

dsg

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Torino

nuova serie

5

Nella stessa collana:

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuoglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2010.

La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario

Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori
delle materie internazionalistiche - VII Edizione
Torino 9-10 ottobre 2009

a cura di

ALBERTO ODDENINO, ELISA RUOZZI
ANNAMARIA VITERBO, FRANCESCO COSTAMAGNA
LORENZA MOLA, LUDOVICA POLI



Edizioni Scientifiche Italiane

ODDENINO A., RUOZZI E., VITERBO A., COSTAMAGNA F., MOLA L., POLI L. (*a cura di*)
La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino
nuova serie, 5
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010
pp. VIII+332; 24 cm
ISBN 978-88-495-1960-0

© 2010 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Indice

Premessa

VII

I sessione

IL DIALOGO TRA GIUDICI NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO:
I RAPPORTI TRA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA,
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E GIUDICI NAZIONALI

<i>Introduzione alla prima sessione</i>	3
ILARIA ANRÒ, <i>Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	7
PATRIZIA BONETALLI, <i>Il «dialogo» tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la House of Lords inglese in tema di terrorismo internazionale</i>	29
FEDERICO FABBRINI, <i>C'è ancora un giudice a Berlino? Sanzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e dialogo tra corti nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti fondamentali</i>	49
DEBORAH RUSSO, <i>Le violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo compiute in adempimento di obblighi dell'Unione europea</i>	83
MARCO BORRACCETTI, <i>Il procedimento pregiudiziale d'urgenza: esigenza di celerità e diritti fondamentali delle persone</i>	99

II sessione

RECENTI EVOLUZIONI
DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE INTERNAZIONALE,
CON PARTICOLARE ATTENZIONE AL RUOLO DELLE PARTI PRIVATE

Introduzione alla seconda sessione

115

ANNA DE LUCA, <i>Potenziali conflitti tra giurisdizione comunitaria e istanze arbitrali istituite sulla base di accordi di promozione e protezione degli investimenti: quali possibili soluzioni?</i>	117
ANGELA DI MAIO, <i>Il ruolo dell'amicus curiae nella funzione giurisdizionale internazionale: evoluzioni e prospettive</i>	141
LAURA PIAZZA, <i>L'onere della prova nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: tra principi generali e stare decisis</i>	157
SAVERIO DI BENEDETTO, <i>Il rapporto tra diritto internazionale degli investimenti e tutela dell'ambiente nel quadro dell'arbitrato internazionale misto: l'esperienza dei tribunali UNCITRAL</i>	175
ANGELICA BONFANTI, <i>Imprese multinazionali e diritti umani: la prassi dei Punti di contatto nazionali dell'OCSE e la giurisprudenza statunitense</i>	195

III sessione

L'AZIONE DEI GIUDICI INTERNAZIONALI E NAZIONALI NELLA DEFINIZIONE ED APPLICAZIONE DELLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO

<i>Introduzione alla terza sessione</i>	221
EMANUELE CIMIOTTA, <i>Sull'inquadramento giuridico dei tribunali penali misti</i>	225
CHIARA RAGNI, <i>Il contributo della Corte speciale per la Sierra Leone allo sviluppo del diritto internazionale</i>	251
SALVATORE FABIO NICOLOSI, <i>La repressione del reclutamento di bambini-soldato: una nuova frontiera della giustizia penale internazionale</i>	271
CLAUDIA MORINI, <i>Testimoni e processi dinanzi a giurisdizioni penali internazionali</i>	293
MARIANGELA ATTANASIO, <i>Il «qualified privilege» dei corrispondenti di guerra di non testimoniare innanzi ai tribunali penali internazionali: il «caso Randal»</i>	311

Premessa

Questo volume raccoglie il testo delle relazioni presentate al VII Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche, tenutosi presso l'Università di Torino nei giorni 9 e 10 ottobre 2009, col quale si è rinnovata un'importante occasione annuale di conoscenza reciproca e di confronto aperto tra dottorandi, dottori di ricerca, assegnisti, ricercatori e professori impegnati nella ricerca su temi di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea¹.

Il tema del VII Incontro è stato «La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario»: la vastità oggettiva del campo di indagine e l'ampiezza della riscontro dato dai giovani studiosi hanno consentito di articolare il convegno in tre sessioni, compendianti ciascuna cinque interventi. Come precisato nel *call for paper* che è stato utilizzato quale meccanismo di selezione, l'obiettivo proposto alle ricerche è stato quello di valutare gli effetti della proliferazione delle istanze giurisdizionali internazionali e delle sovrapposizioni tra diverse giurisdizioni nonché i meccanismi di raccordo e di armonizzazione. In un simile generale contesto, la sollecitazione è stata nel senso di dare conto del crescente utilizzo degli strumenti della giustizia internazionale per l'attuazione di norme internazionali che abbiano per oggetto persone fisiche o giuridiche, e di indagare altresì le problematiche relative all'esecuzione delle decisioni internazionali.

La pubblicazione degli atti è occasione di ringraziamento sentito verso tutti coloro che hanno contribuito alla realizzazione ed alla riuscita del convegno: il Magnifico Rettore dell'Università di Torino per il sostegno, non solo finanziario; il Dipartimento di Scienze giuridi-

¹ Il convegno di Torino è stato il settimo appuntamento della serie degli Incontri, inauguratasi nel 2003 presso l'Università di Siena e proseguita nel 2005 presso l'Università LUISS - Guido Carli di Roma, sempre nel 2005 presso l'Università di Bari, nel 2006 presso l'Università di Teramo, nel 2007 presso l'Università di Milano - Bicocca e nel 2008 presso l'Università di Macerata.

che della medesima università, per l'insostituibile apporto dato tanto complessivamente quanto attraverso le particolari figure del Direttore Prof. Raffaele Caterina e del Segretario amministrativo, signora Maria Luisa Schembri; il Professor Andrea Comba che con la sua partecipazione ha voluto rinnovare l'ampiezza del suo magistero, i professori Ornella Porchia, Margherita Salvadori, Giuseppe Porro, Silvia Cantoni ed Edoardo Greppi per la presidenza, individuale o congiunta, delle tre sessioni dell'Incontro, che ha costituito prezioso collante fra gli interventi; i relatori, per la cura e la passione che ha caratterizzato il loro lavoro; e infine tutti i partecipanti, per il clima di fruttuoso dialogo e di piacevole confronto che hanno saputo instaurare.

Torino, 28 febbraio 2010

Il Comitato organizzatore:

Alberto Oddenino, Elisa Ruoizzi
Annamaria Viterbo; Francesco Costamagna
Lorenza Mola; Ludovica Poli

I sessione

Il dialogo tra giudici nello spazio giuridico europeo:
i rapporti tra Corte di giustizia dell'Unione europea,
Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali

Introduzione alla prima sessione

La prima sessione, dedicata a «Il dialogo tra giudici nello spazio giuridico europeo: i rapporti tra Corte di giustizia dell'Unione europea, Corte europea dei diritti umani e giudici nazionali» e presieduta dalla Prof.ssa Ornella Porchia, presenta profili di grande interesse, inerenti alle dinamiche e alla *cross-fertilization* fra i diversi piani giurisdizionali. Tali temi presentano una attualità ancor più stringente in ragione della loro attitudine a rispecchiare problematiche di ricerca di nuovi assetti ed equilibri che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha recentemente profilato.

Il contributo di Ilaria ANRÒ si concentra sul margine di apprezzamento, uno dei principali strumenti utilizzati dalle corti sovranazionali, non solo europee, per bilanciare il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati internazionali e il perseguimento di interessi statali. L'Autrice mette in luce come questo strumento, inizialmente elaborato e sviluppato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sia utilizzato con sempre maggiore intensità anche da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea. Muovendo da tale considerazione, l'analisi si concentra su questo secondo ambito e, più in particolare, su quelle pronunce che riguardano il rapporto tra i diritti umani e le libertà fondamentali su cui si fonda il mercato interno. È in questo contesto, infatti, che la Corte di giustizia ha sviluppato una propria versione del margine di apprezzamento, al fine di garantire agli Stati membri un adeguato spazio di manovra nel tutelare diritti che costituiscono patrimonio comune degli ordinamenti costituzionali nazionali, nonché della stessa Unione europea. L'Autrice mette in luce come l'approccio dei giudici comunitari presenti molti punti di contatto con il modello elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, seppur a fronte di innegabili differenze dovute alla diversità dei due contesti normativi. A questo proposito, viene evidenziato il diverso ruolo che il margine di apprezzamento è chiamato a svolgere nei due ambiti: «mentre nel sistema della CEDU il margine di apprezzamento viene utilizzato per legittimare deroghe alla tutela dei

diritti fondamentali, in quello dell'Unione europea esso amplia la tutela degli stessi».

Il contributo di Patrizia BONETALLI affronta più nello specifico il tema del dialogo tra giudici nazionali e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Esso si concentra sul caso delle misure anti-terrorismo adottate dal governo britannico dopo gli eventi dell'11 settembre 2001 e, soprattutto, sulle pronunce adottate dai giudici inglesi, tra i quali anche la *House of Lords*, e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo circa la loro compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con le altre norme internazionali rilevanti. A tale proposito, viene messo in luce come le soluzioni adottate presentino chiari punti di contatto e come questo sia segno evidente del dialogo sempre più intenso che intercorre tra il livello nazionale e quello sovranazionale in questo ambito. L'Autrice dimostra, altresì, come l'approccio dei giudici, tanto inglesi quanto europei, presenti alcuni profili problematici, peccando talvolta di eccessiva deferenza rispetto alle decisioni adottate dagli esecutivi nazionali. Il rischio paventato è che, per questa via, si finisca con il mettere in pericolo proprio quei principi e valori che le misure anti-terrorismo vorrebbero tutelare.

Il tema della tutela dei diritti individuali in un contesto di lotta globale contro il terrorismo costituisce oggetto di analisi anche del contributo di Federico FABBRINI. L'Autore si concentra, in particolare, sul controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte di giustizia sulle sanzioni economiche adottate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nei confronti di individui collegati a vario titolo con il fenomeno terroristico internazionale. Muovendo dall'esame dell'evoluzione che ha interessato la giurisprudenza della Corte e del Tribunale, e prendendo in considerazione anche le novità introdotte dal Trattato di Lisbona a tale riguardo, lo scritto mette in luce come l'atteggiamento inizialmente adottato dai giudici europei avesse creato una lacuna nel controllo sulla compatibilità delle misure adottate dal Consiglio di Sicurezza rispetto a principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri e dell'Unione europea. L'analisi dimostra come la situazione sia, però, migliorata grazie all'esercizio da parte di Corte e Tribunale di un controllo più attento sul rispetto dei diritti dei soggetti colpiti dalle sanzioni. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è vista come un'ulteriore novità positiva in questo senso, riaffermando l'importanza della tutela dei diritti umani nell'Unione europea e del rafforzamento dello Stato di diritto anche nel contesto della lotta contro il terrorismo.

Il contributo di Deborah Russo riguarda un aspetto centrale del dialogo tra i giudici europei, quale il problema del rapporto tra il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le misure

adottate dagli Stati membri in adempimento di obblighi imposti dall'Unione europea. L'analisi ricostruisce dapprima la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento ai casi in cui gli Stati abbiano trasferito alcuni poteri ad un'organizzazione internazionale. Questa parte del lavoro si concentra, in particolare, sul criterio dell'equivalenza, utilizzato dai giudici di Strasburgo per disciplinare i casi in cui la misura statale oggetto del ricorso sia stata adottata in adempimento di un obbligo internazionale. A tale proposito, l'Autrice sottolinea come il ricorso a questo tipo di criterio possa risultare problematico, non garantendo sempre un controllo adeguato su misure statali contrarie al dettato della CEDU. La seconda parte del contributo si concentra, invece, su una recente decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativa ad una violazione del diritto di difesa occorsa durante un procedimento in via pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia. L'Autrice sottolinea come l'aspetto potenzialmente più innovativo della pronuncia sia l'implicito riconoscimento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo della possibilità di configurare una responsabilità dello Stato del giudice *a quo* in relazione ad una violazione del diritto al contraddittorio avvenuta durante la procedura in via pregiudiziale svolta dinanzi alla Corte di giustizia. Da ultimo, il contributo prende in considerazione le difficoltà derivanti dall'applicazione del criterio dell'equivalenza in riferimento a misure nazionali che costituiscono il recepimento di atti relativi alla politica estera e di sicurezza comune, ambito nel quale il livello delle garanzie riconosciute agli individui non può dirsi 'equivalente' rispetto a quello imposto dalla CEDU.

L'ultimo contributo della sezione è dedicato da Marco BORRACETTI al rinvio pregiudiziale, quale fondamentale strumento di dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea. L'Autore si concentra sulla particolare forma di questo meccanismo che è il procedimento pregiudiziale d'urgenza. Si tratta di uno strumento di recente introduzione, volto a ridurre al minimo i tempi di trattazione della causa qualora questa concerna persone detenute. Il contributo analizza in modo dettagliato i principali aspetti innovativi rispetto al meccanismo tradizionale, soffermandosi anche sulle novità introdotte in questo ambito dal Trattato di Lisbona. L'analisi si sofferma, in particolare, sul ruolo delle parti e dell'Avvocato generale e sugli aspetti più problematici che ineriscono alla tutela dei diritti di difesa: a tale proposito è il carattere quasi esclusivamente orale del meccanismo, caratteristica essenziale per ridurre i tempi di trattazione, a porre questioni di non poco momento quanto alla trasparenza dell'intera procedura e alla possibilità di un'adeguata partecipazione di tutte le parti coinvolte.

Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo

di Ilaria Anrò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2.1. Definizione. – 2.2. Prime applicazioni del margine di apprezzamento: l'articolo 15 CEDU. – 2.3. Diritti fondamentali e concezioni morali. – 2.4. Margine di apprezzamento e dottrina del consenso. – 3. L'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito del diritto comunitario. – 4. Il margine di apprezzamento nella tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia. – 4.1. L'utilizzo del margine di apprezzamento in relazione al conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali. – 4.2. Il test di proporzionalità. – 4.3. Il problema delle competenze. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La «dottrina»¹ del margine di apprezzamento vede il suo principale sviluppo nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa è conosciuta e utilizzata anche negli ordinamenti nazionali, per esempio in Francia ed in Germania, a proposito del controllo giudiziale delle decisioni amministrative, nonché nell'ambito di giurisdizioni internazionali, come la Corte internazionale di giustizia, e nel sistema del WTO². È possibile riscontrare l'applicazione di tale dottrina anche da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, con

* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Milano.

¹ Alcuni autori criticano l'utilizzo del concetto di «dottrina» a proposito del margine di apprezzamento, in quanto non si tratterebbe di un insieme di principi con una coerenza teorica, ma di un approccio metodologico o di una tecnica giudiziale. Per un'analisi di tale problematica cfr. P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss. Nella presente relazione, tuttavia, per l'invalso uso di tale locuzione e per comodità espositiva si parlerà di «dottrina del margine di apprezzamento».

² J. COT, *Margin of appreciation*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, testo disponibile su www.mpepil.com, ultimo accesso 9 novembre 2009.

modalità assimilabili a quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo. In passato è già stato evidenziato che tra le due Corti vi è una certa somiglianza nel ragionamento diretto a riconoscere agli Stati un certo margine di apprezzamento nell'attuazione dei diritti garantiti³: il presente lavoro è diretto ad approfondire questa tematica sulla base dei recenti orientamenti della Corte di giustizia dell'Unione europea. Nella prima parte verrà effettuata una breve ricostruzione degli elementi principali della dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; successivamente saranno richiamate le diverse modalità di utilizzo del concetto di margine di apprezzamento da parte della Corte di giustizia per poi concentrarsi sul peculiare sviluppo di tale dottrina nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario ed effettuare un confronto con quanto operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

2.1. *Definizione*

Tra le varie definizioni che sono state fornite di «margine di apprezzamento» possiamo ricordare quella di Arai-Takahashi, per cui esso può essere descritto «as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and conditions»⁴ o di Macdonald, secondo il quale «the doctrine of margin of appreciation illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate task of balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention»⁵. La dottrina del margine di apprezzamento in-

³ D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t'aime, moi non plus»?*, in *Pourvoi*, 2001/1, pp. 31 ss.; N. SHUIBHNE, *Margin of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law*, in *European Law Review*, 2009, pp. 230 ss.; J. SWEENEY, *A «margin of appreciation» in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, pp. 27 ss.

⁴ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, pp. 1162 ss.

⁵ R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss.

dica, infatti, lo spazio lasciato agli Stati nell'applicazione della Convenzione⁶ per bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali. La Corte di Strasburgo veglia sul rispetto da parte degli Stati dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, ma lascia un margine di deroga per consentire agli stessi il perseguimento di altri interessi statali, nonché uno spazio di scelta e valutazione di questi ultimi.

2.2. Prime applicazioni del margine di apprezzamento: l'articolo 15 CEDU

Il margine di apprezzamento è stato utilizzato inizialmente in questioni concernenti la sicurezza nazionale, a proposito dell'applicazione dell'art. 15 CEDU, il quale consente agli Stati di derogare alle obbligazioni convenzionali in caso di guerra o estremo pericolo per la nazione. Nella pronuncia *Grecia c. Regno Unito*⁷ la Commissione⁸ dei diritti dell'uomo sanciva che deve essere lasciata allo Stato una certa discrezionalità nel valutare la ricorrenza degli estremi di urgenza che consentono di applicare l'art. 15 e le misure richieste dalle esigenze della situazione. Anche in *Lawless c. Irlanda*⁹ la Corte riconosceva che nella determinazione circa la sussistenza di una situazione di emergenza, idonea a giustificare la sospensione della Convenzione, deve essere lasciato un certo margine di apprezzamento al governo. La Corte rimetteva, dunque, decisioni di tale importanza nelle mani degli Stati, considerandoli in una posizione migliore per effettuare le necessarie valutazioni.

2.3. Diritti fondamentali e concezioni morali

Successivamente il *landmark* case *Handyside* segna l'utilizzo di tale tecnica nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali come strumento per tenere conto del pluralismo delle concezioni morali presente nel-

⁶ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950; di seguito: CEDU o Convenzione.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo (Commissione), *Grecia c. Regno Unito* (caso Cipro), ricorso n. 176/56, decisione del 2 giugno 1956.

⁸ Come è noto, la Commissione era un organo quasi giurisdizionale istituito dalla CEDU che operava svolgendo un esame preliminare della questione sottoposta alla Corte circa la ricevibilità e fornendo il proprio parere. Il Protocollo n. 11 dell'11 maggio 1994 ha fuso la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo in un unico organo giurisdizionale.

⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo (Commissione), *Lawless c. Irlanda*, ricorso n. 332/57, decisione del 30 agosto 1958.

l'ambito dei diversi Stati membri del Consiglio d'Europa. Il caso traeva origine dalla condanna del signor Handyside, da parte delle Inner London Quarter Sessions, per la detenzione ai fini della pubblicazione di un libro contenente immagini giudicate oscene. Il signor Handyside aveva, dunque, fatto ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando una violazione del proprio diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU. Si trattava in quel caso di bilanciare la libertà di espressione con le esigenze della morale: fino a che punto è giusto consentire l'esplicazione della manifestazione delle proprie idee e fino a che punto occorre, invece, tutelare la morale? La Corte in particolare affermava che «It is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective law of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterized by a rapid and far reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements [...]»¹⁰. La Corte riconosceva, dunque, in tale occasione che, in presenza di una pluralità di concezioni morali, è necessario lasciare agli Stati un margine di apprezzamento nell'applicazione dell'art. 10 CEDU.

Oltre alla libertà di espressione, frequenti applicazioni della dottrina del margine di apprezzamento si ritrovano a proposito di alcune disposizioni che rinviano a scelte discrezionali dello Stato circa le modalità di tutela del diritto in questione: si tratta delle norme relative al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), alla libertà di riunione e associazione (art. 11) e al diritto al matrimonio (art. 12), nonché dell'articolo 1 del Protocollo 1, relativo al diritto di proprietà. Sebbene non sia dato riscontrare una esplicita legittimazione della dottrina del margine di apprezzamento nel testo della CEDU, il rinvio alla legge nazionale per quanto riguarda le limitazioni o le modalità di esercizio di tali diritti rende quasi implicita la previsione dell'operatività del margine di apprezzamento nella formulazione di tali disposizioni, in quanto risulta evidente lo spazio per la scelta e la valutazione degli Stati contraenti. Un largo margine di apprezzamento è poi lasciato agli Stati ove vi siano nozioni caratterizzate da una certa indeterminatezza, quali «public emergency threatening the life of the nation» (art. 15), «persons of unsound mind» (art. 5.1, lett. e), «re-

¹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976.

spect for is private and family life» (art. 8) i cui contenuti possono variare da un sistema nazionale all'altro¹¹.

Un'ulteriore considerazione circa l'applicazione del margine di apprezzamento nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali deve essere fatta a proposito della distinzione tra «diritti assoluti» e «diritti soggetti a limitazioni». I diritti assoluti sono formulati in modo da impedire agli Stati di restringerli, mentre gli altri possono essere limitati in quanto «gli Stati possono definirne e restringerne l'esercizio in base a considerazioni di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, di protezione della salute o di morale pubblica, il cui contenuto e la cui portata sono suscettibili di variare da uno Stato all'altro e da una situazione all'altra, sempreché la restrizione sia giustificata e non abbia la conseguenza di limitare un diritto in modo incompatibile con la sua essenza o di sopprimerlo»¹². Secondo la tradizionale interpretazione sarebbero diritti assoluti il diritto a non essere sottoposto a tortura o il diritto alla vita, mentre sarebbero soggetti a limitazioni, anche in virtù del temperamento con altri diritti e interessi, diritti quali, tra gli altri, la libertà di espressione, di associazione, di movimento. Tale distinzione viene presa in considerazione ed enunciata anche dalla giurisprudenza comunitaria¹³. In dottrina vi è chi ritiene che i diritti assoluti siano sottratti alle operazioni di bilanciamento e dunque anche all'applicazione del margine di apprezzamento¹⁴. È possibile, tuttavia, riscontrare anche la tesi opposta, secondo la quale la protezione dei diritti assoluti non può prescindere da un'attività di bilanciamento da parte del giudice, che può essere esplicita oppure mascherata all'interno del ragionamento interpretativo¹⁵. Anche in quest'ultimo caso vi sarebbe quindi lo spazio per un eventuale margine di apprezzamento lasciato agli Stati.

2.4. *Margine di apprezzamento e dottrina del consenso*

Particolarmente interessante, ai fini della nostra analisi e del confronto con l'attitudine della Corte di Lussemburgo, è la combina-

¹¹ Cfr. P. TANZARELLA, *op. cit.*, pp. 156 ss.

¹² Cfr. F. POCAR, *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale* in P. BILANCIA e E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004, pp. 8 ss.

¹³ Cfr. ad esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Familiapress*, causa C-368/95, sentenza del 26 giugno 1997; *Promusicae*, causa C-275/06, sentenza del 29 gennaio 2008; *Varec*, causa C-450/06, sentenza del 14 febbraio 2008.

¹⁴ J. COT., *op. cit.*

¹⁵ A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali 'assoluti' nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 644 ss.

zione del margine di apprezzamento con la dottrina del consenso. Con questo termine si indica la ricerca effettuata dalla Corte di Strasburgo circa la sussistenza o meno di una concezione comune all'interno delle leggi e delle prassi degli Stati membri del Consiglio d'Europa¹⁶. Come indicato da Benvenisti¹⁷, l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: quando la Corte è in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali. Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, nella giurisprudenza relativa al riconoscimento dei diritti dei transessuali¹⁸: la Corte ha riconosciuto un grande margine di apprezzamento agli Stati, in ragione della mancanza di omogeneità tra i diversi ordinamenti nell'affrontare la questione¹⁹, anche se più recentemente ha preso atto di una certa evoluzione circa la convergenza dei sistemi nazionali a favore della tutela di tali soggetti²⁰. Per quanto riguarda le forme di tutela dei diritti degli omosessuali, la Corte continua, invece, a constatare la difformità delle legislazioni nazionali e dunque a concedere agli Stati un ampio margine di apprezzamento²¹.

3. *L'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento nel diritto comunitario*

Tenendo presente quanto esposto in merito al Consiglio d'Europa, è interessante ora riflettere sull'utilizzo del margine di apprezzamento nel sistema comunitario. Occorre, dunque, procedere ad un'analisi delle pronunce della Corte di giustizia in cui è stato utilizzato tale strumento²², in quanto anche nel sistema comunitario esso non trova

¹⁶ I. RASILLA DEL MORAL, *The increasingly marginal appreciation of the Margin-of-appreciation doctrine*, in *German law journal*, 2006, pp. 611 ss.

¹⁷ E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.

¹⁸ G. LETSAS, *Two concepts of the margin of appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, pp. 705 ss.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990.

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002.

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Frette c. Francia*, ricorso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002, par. 36.

²² Per una maggiore precisione dei risultati la ricerca nella giurisprudenza della Corte di giustizia deve essere effettuata in francese, lingua di lavoro della stessa. Alla locuzione «marge d'appréciation» corrisponde infatti una pluralità di traduzioni ita-

una esplicita formulazione all'interno dei Trattati, ma conosce il suo principale sviluppo in ambito giurisprudenziale.

La nozione ed il concetto di «margine di apprezzamento» sono utilizzati nella giurisprudenza della Corte di giustizia secondo diversi profili. Un'applicazione molto importante è, innanzitutto, quella relativa alla discrezionalità delle istituzioni: in particolare, si parla di margine di apprezzamento della Commissione nell'ambito della concorrenza. Esso viene impiegato quale standard di revisione nel controllo di legittimità operato dal Tribunale e dalla Corte di giustizia sulle decisioni della Commissione relative alle intese anticoncorrenziali e alle ipotesi di abuso di posizione dominante. La Commissione, infatti, nella propria attività di vigilanza in tale ambito svolge valutazioni economiche complesse che non possono essere rinnovate dall'autorità giurisdizionale, per il contenuto prettamente tecnico e la necessità di un'ingente quantità di dati fattuali. Di conseguenza, il giudice comunitario si limita alla verifica del rispetto delle norme procedurali, del carattere sufficiente della motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere, lasciando alla Commissione un certo margine di apprezzamento²³. Questo è riservato alla Commissione anche nella valutazione della compatibilità di aiuti di Stato²⁴. Vi è, invece, un controllo giurisdizionale più esteso da parte del giudice comunitario e, dunque, un minore margine di apprezzamento della Commissione, a proposito della qualificazione di una misura come aiuto di Stato, a meno che questa non derivi da indagini e valutazioni tecniche e complesse²⁵ proprie della Commissione.

Si parla poi di margine di apprezzamento nell'applicazione del diritto comunitario da parte degli Stati. Tale spazio di discrezionalità è implicito nello strumento della direttiva, la quale mira alla realizzazione di un obiettivo comunitario lasciando agli Stati la facoltà di sce-

liane, tra cui «margine discrezionale», «potere di discrezionalità», «discrezionalità»: di conseguenza con una ricerca in italiano l'elenco dei casi rilevanti in materia potrebbe risultare lacunoso.

²³ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Remia c. Commissione*, causa 42/84, sentenza dell'11 luglio 1985, punto 34; *British American Tobacco e Reynolds Industries c. Commissione*, causa 142/84 e 156/84, sentenza del 17 novembre 1987, punto 62; *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, sentenza del 7 gennaio 2004, punto 279; conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott in *Commissione c. Alrosa Company Ltd*, causa C-441/07 P, presentate il 17 settembre 2009, punto 68

²⁴ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Italia*, causa 73/79, sentenza del 21 maggio 1980, punto 11.

²⁵ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *British Aggregates Association c. Commissione*, causa C-487/06 P, sentenza del 22 dicembre 2008.

gliere i mezzi e gli strumenti più adeguati. Dall'analisi della giurisprudenza emerge, poi, che la Corte di giustizia tende a lasciare agli Stati membri un ampio margine discrezionale di valutazione nell'ambito della verifica dei divieti di discriminazione per il conseguimento di determinati obiettivi nella politica agraria e sociale²⁶. Lo stesso potere di valutazione viene concesso agli Stati a proposito della verifica circa il rispetto delle libertà fondamentali²⁷ in settori non armonizzati²⁸: la Corte di giustizia consente, infatti, agli Stati di adottare misure di protezione di interessi quali la tutela della salute o la politica culturale in ambiti in cui non sia stato fissato uno standard comunitario di tutela, anche nei casi in cui possano costituire un ostacolo alle libertà di circolazione, nel rispetto del principio di proporzionalità.

4. *Il margine di apprezzamento nella tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia*

Ai fini del presente lavoro occorre, tuttavia, concentrarsi sugli ambiti in cui la Corte di giustizia utilizza il margine di apprezzamento come tecnica giudiziaria e standard di revisione delle misure nazionali al pari di quanto fatto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, raggiungendo gli stessi risultati nella gestione dei conflitti relativi ai diritti fondamentali, nonché della tensione tra universalità e pluralismo, propria di entrambi i sistemi sovranazionali.

La Corte di giustizia applica inizialmente il margine di apprezzamento in materia di sicurezza e ordine pubblico. Anche nel sistema comunitario, al pari di quanto sancito nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, emerge la necessità di lasciare il dovuto spazio agli Stati per la salvaguardia della propria sicurezza e per la

²⁶ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Karlsson e a.*, causa C-292/97, sentenza del 13 aprile 2000, punti 35 e 49; *Steinicke*, causa C-77/02, sentenza dell'11 settembre 2003, punto 61; *Mangold*, causa C-144/04, sentenza del 22 novembre 2005, punto 63.

²⁷ La libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, cfr. articolo 26 TFUE, già articolo 14 CE. Sullo status di tali libertà nell'ordinamento comunitario cfr. D. EHLERS (a cura di), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlino, 2007, pp. 227 ss.; P. OLIVER e W. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 407 ss.

²⁸ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Bacardi France*, causa C-429/02, sentenza del 13 luglio 2004, p. 33; *United Pan-Europe Communications Belgio e a.*, causa C-250/06, sentenza del 13 dicembre 2007, p. 44; Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, in causa *UTECA*, C-222/07, del 4 settembre 2008.

protezione di interessi strettamente connessi al cuore della sovranità. Nella sentenza *Van Duyn* la Corte affermava che «non si può [...] negare che la nozione di ordine pubblico varia da un paese all'altro e da un'epoca all'altra. È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti posti dal Trattato»²⁹. Come specificato successivamente in *Bouchereau* «qualora possa giustificare talune limitazioni della libera circolazione delle persone cui si applica il diritto comunitario, il richiamo alla nozione di ordine pubblico, da parte degli organi nazionali, presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione di legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività»³⁰. Risulta, dunque, evidente il confine tra la competenza della Corte di giustizia relativamente alla salvaguardia delle libertà fondamentali del Trattato e del diritto comunitario in genere e l'ambito della sovranità nazionale, in cui le competenti autorità selezionano quali sono gli interessi qualificabili come «fondamentali» per la propria società e determinano quando si possa considerare sussistente una minaccia grave ed effettiva nei confronti di questi ultimi. Vi è, dunque, la consapevolezza che l'integrazione non può portare alla determinazione di uno standard comunitario in questo settore e la Corte, rispettando le diverse concezioni degli Stati, nel proprio controllo giurisdizionale si limita a verificare il rispetto dei limiti imposti dal Trattato³¹. Si tratta, dunque, di un *self-restraint* da parte della Corte di giustizia che discende dal rispetto del principio di attribuzione, su cui è fondata l'Unione europea, in quanto la determinazione dei confini dell'ordine pubblico è di competenza nazionale, e che si verifica al pari di quanto effettuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella stessa materia.

Un simile atteggiamento di *self-restraint* da parte della Corte di giustizia viene applicato anche a proposito della moralità pubblica nella sentenza *Henn*³². È interessante osservare che in quel caso lo stesso avvocato generale delineò un parallelismo tra la discrezionalità

²⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Van Duyn*, causa 41/74, sentenza del 4 dicembre 1974.

³⁰ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Bouchereau*, causa 30/77, sentenza del 27 ottobre 1977, punto 34.

³¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Jipa*, causa C-33/07, sentenza del 10 luglio 2008, p. 23.

³² Corte di giustizia delle Comunità europee, *Henn*, causa 34/79, sentenza del 14 dicembre 1979. In proposito cfr. anche *Schindler*, causa C-275/92, sentenza del 24 marzo 1994, punto 61 e *Liga Portuguesa*, causa C-42/07, sentenza dell'8 settembre 2009, punto 57.

lasciata agli Stati nell'ambito dell'art. 36 CE³³ rispetto alla tutela della pubblica moralità e il margine di apprezzamento di cui godevano le Alte parti contraenti nell'ambito dell'art. 10 CEDU³⁴. Nel caso *Henn* si trattava di un conflitto tra la libera circolazione delle merci e la tutela della moralità pubblica: vi erano, infatti, delle pubblicazioni giudicate oscene la cui importazione nel Regno Unito era stata vietata. Nel caso *Handyside*, presso la Corte di Strasburgo, la protezione della moralità pubblica veniva contrapposta alla libertà di espressione e di manifestazione del pensiero, mentre in questo caso ciò che si faceva valere era una libertà economica. Il Trattato prevede già una deroga alla libertà di circolazione delle merci per motivi di moralità pubblica, la quale venne ritenuta applicabile al caso di specie anche se le pubblicazioni in esame circolavano liberamente in altri Stati membri, proprio in considerazione del fatto che «spetta in linea di principio a ciascuno Stato membro determinare gli imperativi di moralità pubblica nell'ambito del proprio territorio in base alla scala di valori da esso scelta»³⁵. Dunque nell'applicazione di tale eccezione vi è il rispetto del pluralismo e della diversità delle concezioni morali degli Stati membri.

È possibile poi riscontrare l'applicazione del margine di apprezzamento da parte della Corte di giustizia relativamente alla tutela dei diritti fondamentali consacrati in alcune norme della Convenzione, secondo le medesime modalità della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta in particolare dell'art. 10 CEDU³⁶, relativo alla libertà di stampa e dell'art. 8 CEDU sulla tutela della vita privata³⁷.

³³ Nella sentenza si fa riferimento alla numerazione pre-Amsterdam. Secondo la numerazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, così come modificato da Lisbona è l'articolo 36 TFUE, già articolo 30 CE.

³⁴ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Warner alla sentenza *Henn*, cit., del 25 ottobre 1979.

³⁵ Cfr. Sentenza *Henn*, cit., punto 15.

³⁶ Cfr. ad esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Karner*, causa C-71/02, sentenza del 25 marzo 2004, punto 51; *RTL Television*, causa C-245/01, sentenza del 23 ottobre 2003, punto 73; *Connolly*, causa C-274/99 P, sentenza del 6 marzo 2001. Per il confronto con la Corte europea dei diritti dell'uomo vedi *Markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Germania*, ricorso n. 10572/83 § 33, sentenza del 20 novembre 1989 e *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera*, ricorso n. 24699/94, sentenza del 28 giugno 2001, §§ 69-70.

³⁷ Cfr. ad esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Carpenter*, causa C-60/00, sentenza dell'11 luglio 2002; Conclusioni dell'avvocato generale Léger alla sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-317/04 e C-318/04, del 30 maggio 2006, punti 226-228; Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *The Bavarian Lager Co. Ltd c. Commissione*, causa T-194/04, sentenza dell'8 novembre 2007, punti 116-119. Per il confronto con la Corte europea dei diritti dell'uomo cfr. *Peck c. Regno Unito*, ricorso n. 44647/98, sentenza del 28 gennaio 2003.

Un recente esempio di tale atteggiamento della Corte di giustizia si può vedere nella sentenza *Damgaard*³⁸. Tale pronuncia trae origine da un rinvio pregiudiziale effettuato da un tribunale danese in sede di appello. Il signor Damgaard, giornalista, era stato condannato per aver pubblicato sul suo sito internet delle informazioni relative alle proprietà benefiche di un medicinale il cui commercio era vietato in Danimarca, violando la relativa legge nazionale. Nel corso dell'appello emergeva la questione se la pubblicazione del signor Damgaard fosse assimilabile ad una pubblicità ai sensi della direttiva 2001/83 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano: sul punto venivano chiesti lumi alla Corte di Lussemburgo. Il giudice comunitario, dopo aver sancito che la direttiva in questione deve essere interpretata nel senso che la divulgazione da parte di un terzo di informazioni relative ad un medicinale può essere considerata come pubblicità, anche quando questi agisce di propria iniziativa e in autonomia rispetto al venditore o produttore, rinviando l'accertamento di tale circostanza al giudice nazionale, prendeva posizione sull'eventuale violazione della libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU lamentata dal signor Damgaard. La Corte descriveva, dunque, le modalità di tutela di tale diritto nell'ambito della CEDU, ricordando che lo stesso art. 10, al paragrafo 2, prevede la possibilità di limitazioni all'esercizio di tale diritto giustificate da obiettivi di interesse generale ove tali deroghe siano previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e proporzionate al fine perseguito³⁹. La Corte di giustizia ha, quindi, ripreso lo stesso standard di controllo applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sancendo che «è pacifico che il margine di valutazione discrezionale di cui dispongono le autorità competenti per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi sopramenzionati è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate. Qualora l'esercizio della libertà non contribuisca ad un dibattito di interesse generale e, per giunta, ci si collochi in un contesto in cui gli Stati membri hanno un certo margine di valutazione discrezionale, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale dell'ingerenza»⁴⁰. In particolare, la Corte ha concluso sottolineando come quanto affermato valga anche per l'uso commerciale della libertà di

³⁸ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Damgaard*, causa C-421/07, sentenza del 2 aprile 2009.

³⁹ Cfr. Sentenza *Damgaard*, cit., punto 26.

⁴⁰ Cfr. Sentenza *Damgaard*, cit., punto 27.

espressione e soprattutto nel settore della pubblicità. La Corte di giustizia, quindi, intende tutelare il diritto alla libertà di espressione secondo le stesse modalità della Corte europea dei diritti dell'uomo, applicando il medesimo standard di revisione delle decisioni nazionali e riconoscendo lo stesso margine di apprezzamento agli Stati membri nel bilanciare la tutela di tale diritto con il perseguimento di altri interessi. Si tratta, dunque, di «un'importazione» del margine di apprezzamento da parte della Corte di giustizia che discende dalla volontà di applicare il medesimo livello di tutela presente nell'ambito del Consiglio d'Europa a proposito di un diritto fondamentale iscritto nella CEDU.

4.1. *L'utilizzo del margine di apprezzamento in relazione al conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali*

A partire dal 2003 è possibile individuare una serie di sentenze in cui emerge un conflitto⁴¹ tra diritti fondamentali e libertà comunitarie⁴²: è in tale ambito che la Corte di giustizia sviluppa la propria peculiare dottrina del margine di apprezzamento, quale spazio riconosciuto agli Stati membri nell'applicazione delle norme sulle libertà di circolazione al fine di consentire a questi il bilanciamento tra tali libertà e la tutela dei diritti fondamentali nazionali⁴³. I casi in cui l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, quale spazio

⁴¹ Una prima manifestazione di tale possibile conflitto si era avuta con la sentenza *Cinéthèque*, (cause riunite 60 e 61/84, dell'11 luglio 1985) in cui il ricorrente aveva richiesto alla Corte se una normativa che vietasse la circolazione di videocassette per consentire lo sfruttamento commerciale di un film nelle sale cinematografiche fosse contraria alla libertà di espressione garantita dalla CEDU. La Corte tuttavia non si era pronunciata sul punto perché non competente a valutare la compatibilità di una normativa nazionale con la CEDU. In generale, il rapporto tra diritti fondamentali e libertà di circolazione si ritrova secondo diversi profili, anche non conflittuali, nella giurisprudenza comunitaria. Cfr. sul rapporto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali C. KADDOUS, *Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?*, in AA.VV., *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008, pp. 563 ss.; A. BAILLEUX, *Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le 'flou' au cœur de la jurisprudence communautaire* in *Journal de droit européen*, giugno 2009, pp. 1 ss.

⁴² Cfr. nota 27.

⁴³ Sul ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali cfr. per tutti A. TIZZANO, *The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights*, in A. ARNULL, P. ECKHOUT e T. TRIDIMAS (a cura di), *Continuity and Change: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, pp. 125 ss e *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, nonché M. CONDINANZI, *Il «livello comunitario» di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo* in P. BILANCIA e E. DE MARCO (a cura di), *op. cit.*, pp. 35 ss.

discrezionale degli Stati, al fine del bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie, appare più evidente sono quelli oggetto delle pronunce *Schmidberger*⁴⁴, *Omega*⁴⁵ e più recentemente *Dynamic Medien*⁴⁶. In tutti questi casi veniva invocata dagli Stati la tutela di un diritto fondamentale nazionale quale motivo di giustificazione di una restrizione ad una libertà comunitaria. In *Schmidberger* si opponevano libertà di circolazione delle merci e libertà di riunione e di espressione, in *Omega* libertà di prestazione di servizi e dignità umana, in *Dynamic* libertà di circolazione delle merci e diritti dei minori. Si tratta di conflitti tra elementi nazionali e comunitari, quindi in relazione a valori protetti secondo diversi livelli di tutela.

Si analizzerà in particolare la recente pronuncia *Dynamic Medien*⁴⁷, con i debiti richiami agli altri precedenti, per mostrare il metodo utilizzato dalla Corte di giustizia. Il caso trae origine da una domanda pregiudiziale presentata dal Landgericht Koblenz nell'ambito di una controversia tra due società di diritto tedesco. La Avides Media vendeva per corrispondenza su internet in Germania dei supporti video provenienti dal Regno Unito, i quali erano stati oggetto di un controllo, ai fini della tutela del minore, da parte del British Board of Film Classification. A seguito di tale controllo, svolto in conformità alla normativa inglese, i supporti esportati venivano classificati come «vietati ai minori di anni quindici» e contrassegnati in tal modo. La Dynamic Medien, società concorrente dell'Avides Media, agiva in giudizio per inibire la vendita in Germania di tali supporti, contestando che gli stessi non fossero stati oggetto di controllo da parte delle competenti autorità tedesche, in violazione di quanto stabilito dalla *Jugendschutzgesetz*, la legge di tutela dei minori del 23 luglio 2002⁴⁸. Tale normativa vieta, infatti, la vendita a bambini o adolescenti, tramite commercio al dettaglio fuori dai locali commerciali o per corrispondenza, di supporti video che non siano stati contrassegnati dalle competenti autorità tedesche.

Il giudice tedesco si è, dunque, trovato a confrontare il divieto previsto dalla legge nazionale sulla tutela dei minori con il fonda-

⁴⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Schmidberger*, causa C-112/00, sentenza del 12 giugno 2003.

⁴⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Omega*, causa C-36/02, sentenza del 14 ottobre 2004.

⁴⁶ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Dynamic Medien*, causa C-244/06, sentenza del 14 febbraio 2008.

⁴⁷ Cfr. O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 3 ss.

⁴⁸ BGBl 2002 I, p. 2730.

mentale principio della libera circolazione delle merci, di cui agli artt. 28 e 30 CE⁴⁹, nonché con gli obblighi derivanti dalla direttiva 2000/31⁵⁰. Per risolvere la questione, il giudice tedesco ha ritenuto opportuno investire di una questione pregiudiziale la Corte di Lussemburgo. La Corte di giustizia ha considerato, innanzitutto, che il divieto di vendita previsto dalla normativa tedesca costituisce una restrizione alla libera circolazione delle merci in quanto essa «rende più ardua e dispendiosa l'importazione di supporti video provenienti da Stati membri diversi dalla Repubblica federale di Germania, e può pertanto dissuadere taluni interessati dal commercializzare tali supporti video in quest'ultimo Stato membro». Successivamente ha valutato la sussistenza di una possibile giustificazione a tale restrizione. Dapprima la Corte ha considerato che la protezione dei minori costituisce un interesse tutelato sia a livello internazionale che comunitario, come testimonia il fatto che l'art. 24 della Carta di Nizza⁵¹ stabilisce che i minori hanno diritto alla tutela e alle cure necessarie per il loro benessere. La tutela del minore rappresenta dunque «un interesse legittimo che giustifica, in linea di principio, una limitazione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato CE, quale la libera circolazione delle merci»⁵². In concreto, la Corte riconosce che la normativa nazionale è diretta a tale obiettivo. Quindi il livello nazionale, internazionale e comunitario condividono lo stesso obiettivo. Riprendendo quanto sancito in *Omega*, la Corte afferma che affinché la misura restrittiva diretta alla tutela del minore sia giustificata, non

⁴⁹ L'articolo 28 CE corrisponde all'attuale articolo 34 TFUE il quale dispone che «Sono vietate tra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione, nonché qualsiasi misura di effetto equivalente». A sua volta, l'articolo 30 CE corrisponde all'attuale articolo 36 TFUE il quale prevede che « Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.»

⁵⁰ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, pubblicata in *GUCE* L 178, p. 1.

⁵¹ Pubblicata in *GUUE* C 364 del 18 dicembre 2000 p.1. Il 12 dicembre 2007 la Carta è stata nuovamente proclamata dai presidenti della Commissione europea, del Parlamento e del Consiglio a Strasburgo, in previsione della firma del Trattato di Lisbona ed il testo, modificato ed aggiornato per renderlo coerente con il Trattato di Lisbona, è stato pubblicato in *GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007 p. 1. Il testo è reperibile in B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea*, Torino, 2008.

⁵² Cfr. Sentenza *Dynamic*, cit., punto 42.

occorre che essa corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri rispetto al livello o alle modalità di tale tutela. La Corte constata, infatti, che «poiché tale concezione può variare da uno Stato membro all'altro in funzione, in particolare, di considerazioni di carattere morale o culturale, si deve riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale certo»⁵³. Questa affermazione della Corte appare condivisibile in particolare ricordando quanto scritto da Weiler, il quale rilevava che un diritto fondamentale costituisce l'espressione di un «compromesso tra beni sociali concorrenti». In particolare, ogni diritto fondamentale esprime, nelle democrazie liberali, un compromesso tra i vari interessi della collettività, rappresentati dall'autorità governativa, e l'interesse dell'individuo alla propria autonomia e libertà⁵⁴. Il bilanciamento tra queste esigenze contrastanti esprime il compromesso sociale, il nucleo dei valori fondamentali di una società, il quale differisce da un sistema all'altro ed è dunque ragionevole lasciare tale spazio di valutazione direttamente agli Stati. La Corte rileva che quello della tutela dei minori è un settore in cui non è avvenuta un'armonizzazione a livello comunitario e lascia agli Stati lo spazio per scegliere il livello di tutela da accordare a tale interesse, senza imporre un proprio standard. In questo modo allo Stato viene lasciato lo spazio per bilanciare la tutela dei minori con altri interessi nazionali o con altri diritti fondamentali, quale ad esempio la libertà di espressione.

Si può osservare, dunque, che, al pari della Corte di Strasburgo, la Corte di Lussemburgo opera un certo *self-restraint*, in quanto non interviene sulla determinazione del livello di tutela del diritto in questione, non impone uno standard comunitario, ma lascia spazio alla scelta discrezionale dello Stato. Non richiedendo, inoltre, che la concezione del diritto fondamentale in questione sia la stessa in tutti gli Stati membri, ma valorizzando le peculiarità dell'ordinamento del caso di specie, la Corte di Lussemburgo rifiuta la «dottrina del consenso», non ricercando una concezione comune ai vari ordinamenti comunitari. È interessante notare poi che, mentre nel sistema della CEDU il margine di apprezzamento viene utilizzato per legittimare deroghe alla tutela dei diritti fondamentali, in quello comunitario esso amplia la tutela degli stessi. La Corte di giustizia, infatti, consente allo Stato di accordare la tutela più ampia ai diritti fondamentali così come con-

⁵³ Cfr. Sentenza *Dynamic*, cit., punto 44.

⁵⁴ Cfr. J.H.H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N.A. NEUWAHL e A. ROSAS, *The European Union and human rights*, L'Aja, 1995, nonché J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999.

cepiti dal proprio ordinamento, anche ove questo si realizzi a detrimento di una libertà comunitaria.

4.2. *Il test di proporzionalità*

Al pari di quanto effettuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia dell'Unione europea effettua un controllo circa la misura adottata dallo Stato nell'ambito del proprio margine di apprezzamento. Esso viene sviluppato in maniera peculiare nei casi di conflitto tra una libertà comunitaria e un diritto fondamentale. Secondo i parametri utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁵ la restrizione ad un diritto della Convenzione deve essere conforme alla legge o prescritto da essa; in secondo luogo, l'obiettivo della restrizione deve essere riconducibile ad uno degli obiettivi specificati dalla norma rilevante nel caso di specie e, in terzo luogo, essa deve essere considerata necessaria in una società democratica. La misura deve essere, inoltre, proporzionata all'obiettivo perseguito. Ad esempio, nell'ambito della libertà di espressione, la Corte di Strasburgo verifica che le limitazioni operate nell'ambito del margine di apprezzamento degli Stati siano dirette ad uno degli scopi previsti dalla norma stessa al paragrafo 2, ovvero «alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario»⁵⁶. Un analogo standard di revisione viene applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito dell'art. 8 CEDU, relativo alla tutela della vita privata e familiare: questa norma, strutturata similmente all'art. 10 CEDU, prevede che non possano esservi ingerenze da parte delle autorità, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui⁵⁷.

⁵⁵ J. SWEENEY, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶ A proposito del controllo dei limiti del margine di apprezzamento relativo all'applicazione dell'art. 10 CEDU cfr. ad esempio: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979; *Lingens c. Austria*, ricorso n. 9815/82, sentenza dell'8 luglio 1986; *Muller e a. c. Svizzera*, ricorso n. 10737/84, sentenza del 24 maggio 1988; *Barfod c. Danimarca*, ricorso n. 11508/85, sentenza del 22 febbraio 1989.

⁵⁷ A proposito del controllo dei limiti del margine di apprezzamento relativo al-

Per quanto riguarda la Corte di giustizia dell'Unione europea, il controllo circa i limiti del margine di apprezzamento dello Stato, nell'ambito del bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie, si svolge all'interno della verifica della legittimità della restrizione a tali libertà.

Il test di proporzionalità viene normalmente effettuato dalla Corte per tutte le misure restrittive delle libertà comunitarie giustificate in base ad una norma del Trattato⁵⁸ o in virtù delle esigenze imperative⁵⁹. In sostanza, la Corte di giustizia adotta una variante del tradizionale metodo di controllo della legittimità di una giustificazione ad una restrizione delle libertà comunitarie modellata sulla specificità della materia dei diritti fondamentali. Le ipotesi di giustificazione di una restrizione in virtù della tutela dei diritti fondamentali non sono direttamente riconducibili a quelle descritte dal Trattato o ad una delle esigenze imperative proprio per la specificità della materia. Da un lato, l'invocazione dei diritti fondamentali appare trasversale in quanto riconducibile ora alle categorie di giustificazione previste dal Trattato, quali ad esempio l'ordine pubblico, ora alle esigenze imperative; dall'altro, essa può costituire un'autonoma causa di giustificazione⁶⁰.

In genere, la Corte verifica che la misura restrittiva sia riconduci-

l'applicazione dell'articolo 8 CEDU cfr. ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, *Johnston e a. c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 dicembre 1986, *Eriksson c. Svezia*, ricorso n. 11373/85, sentenza del 22 giugno 1989; *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, sentenza del 22 ottobre 1981.

⁵⁸ Il Trattato stesso prevede la possibilità di restrizioni, giustificate in virtù della considerazione di interessi propri dello Stato la cui tutela, secondo l'ottica del legislatore comunitario, può essere prevalente rispetto alla salvaguardia delle libertà di circolazione. Per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, ad esempio vi è l'art. 30 CE, il quale prevede la possibilità di restrizioni per ragioni attinenti alla moralità pubblica, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la tutela della salute, della vita delle persone, degli animali, la preservazione dei vegetali, la protezione del patrimonio artistico, storico, archeologico nazionale, la tutela della proprietà industriale e commerciale. La Corte ha sottolineato che trattandosi di deroghe alla regola fondamentale dell'eliminazione di ogni ostacolo alla libera circolazione delle merci tra Stati membri è necessario effettuare un'interpretazione restrittiva.

⁵⁹ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Rewe-Zentral AG* (Cassis de Dijon), causa 120/78, sentenza del 20 febbraio 1979; *Canal Satélite Digital*, causa C-390/99, sentenza del 22 gennaio 2002; *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-286/07, sentenza del 23 aprile 2009.

⁶⁰ Cfr. A. ALEMANN, *À la recherche d'un juste équilibre entre liberté fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2004, pp. 709 ss nonché M. AYBELJ, *European Court of Justice and the question of value choices: fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods*, Jean Monnet working paper 4/06, reperibile sul sito <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.html>, ultimo accesso 9 novembre 2009.

bile ad una delle giustificazioni previste dal Trattato o ad un'esigenza imperativa e che sia rispettosa del principio di proporzionalità. Secondo la giurisprudenza della Corte non vi possono essere delle restrizioni giustificate per la necessità di perseguire esigenze fondamentali riconosciute dal diritto comunitario in settori in cui vi è stata un'armonizzazione delle misure necessarie per realizzare tale obiettivo⁶¹. Ove, invece, non vi sia stato tale intervento del legislatore europeo, gli Stati membri sono liberi di scegliere il livello e le modalità di tutela da accordare alle diverse esigenze imperative eventualmente contrastanti con le libertà comunitarie, nel rispetto dei limiti imposti dal diritto comunitario. Talvolta, in caso di armonizzazione parziale è il legislatore comunitario a dettare i limiti per le deroghe alle libertà comunitarie⁶². Poiché nel settore dei diritti fondamentali non vi è e non vi può essere, per ragioni di competenza, un'armonizzazione della materia, spetta agli Stati «valutare il livello di tutela che essi intendono garantire all'interesse in questione»⁶³. La Corte riserva, però, per sé il compito di valutare che tale potere discrezionale sia esercitato nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, nonché del principio di proporzionalità, e procede alla verifica dell'adequazione della misura rispetto all'obiettivo perseguito e dell'impossibilità di raggiungere un tale obiettivo con misure meno restrittive.

La Corte talvolta procede direttamente, talvolta rimette la questione al giudice nazionale. In *Schmidberger* la Corte ha esaminato accuratamente le modalità di svolgimento della manifestazione in oggetto nel giudizio nazionale, concludendo che le autorità austriache avevano effettuato un corretto bilanciamento del danno arrecato alla libertà di circolazione e della tutela dei diritti fondamentali di libertà di riunione e di espressione, viste le misure adottate per limitare il pregiudizio il più possibile. In *Omega* la Corte ha confermato il bilanciamento effettuato dalle autorità tedesche constatando, inoltre, che il divieto nazionale riguardava solo una parte limitata dell'attività della società. In *Dynamic Medien* la Corte ha analizzato il divieto imposto dalla legge nazionale circa la vendita di supporti video non sottoposti a controllo e ha constatato che non si tratta di una misura

⁶¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Kemikalieinspektionen c. Toolex Alpha*, causa C-473/98, sentenza dell'11 luglio 2000, p. 25; *Tadeschi c. Denkavit*, causa 5/77, sentenza del 5 ottobre 1977

⁶² Cfr. *Free movement of goods: guide to the application of Treaty provisions governing free movement of goods*, Commission staff working paper, 12 maggio 2009, p. 37, consultabile sul sito http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art2830/new_guide_en.pdf, ultimo accesso 9 novembre 2009.

⁶³ Cfr. Sentenza *Dynamic*, cit., punto 44.

generale ma che riguarda soltanto la commercializzazione con i minori. Tale misura non risultava, dunque, essere sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito di tutela dei minori. La Corte ha indicato, tuttavia, i criteri che devono essere seguiti dal legislatore nazionale per strutturare la procedura di controllo di tali supporti video: essa deve, infatti, essere facilmente accessibile, deve potersi concludere entro termini ragionevoli e, in caso di esito negativo, il relativo divieto deve poter formare oggetto di ricorso giurisdizionale. La Corte, in proposito, affermava che dagli elementi del fascicolo la procedura nazionale sembra essere conforme a tali criteri, ma rinvia al giudice nazionale la verifica in concreto.

Il test effettuato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, dunque, differisce da quello della Corte di Strasburgo, in quanto assume le caratteristiche peculiari del sistema. In generale, tuttavia, si può dire che in entrambi i casi si tratta di una declinazione del principio di proporzionalità, nel rispetto del principio di sussidiarietà tra ordinamento nazionale e sovranazionale.

4.3. *Il problema delle competenze*

L'analisi dell'applicazione del margine di apprezzamento a proposito della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario apre lo spazio per un'ultima riflessione in materia di riparto di competenze relativamente alla tutela dei diritti fondamentali.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la dottrina del margine di apprezzamento è stata sviluppata per tenere conto della sovranità nazionale degli Stati e della relativa competenza nel determinare il livello di tutela accordato ai diritti considerati fondamentali all'interno dell'ordinamento. La CEDU costituisce, infatti, un minimo comune denominatore circa la tutela dei diritti umani nell'ambito degli Stati dell'area europea, uno «strumento di ordine pubblico», ma non è diretta a sostituire le scelte delle carte costituzionali. La Corte di Strasburgo, in coerenza con tali premesse, ha dunque operato un certo *self-restraint* per non imporre agli Stati standard che potevano risultare inaccettabili per il proprio ordinamento, optando per una certa deferenza per le decisioni nazionali nell'ambito del bilanciamento tra diritti fondamentali e altri interessi dello Stato.

In ambito comunitario il rapporto tra controllo della Corte di giustizia in merito alla tutela dei diritti fondamentali e competenza degli Stati appare ancora più controverso. A differenza della Corte di Strasburgo, la Corte di Lussemburgo è competente a giudicare delle violazioni dei diritti fondamentali solo in un ambito limitato, ovvero relativamente agli atti comunitari adottati dalle istituzioni comunita-

rie nell'esercizio delle loro funzioni; gli atti o i comportamenti nazionali di attuazione del diritto comunitario⁶⁴; le giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto comunitario⁶⁵. Nei casi sopra ricordati il margine di apprezzamento è stato riconosciuto agli Stati in ipotesi rientranti in quest'ultima categoria: si trattava, infatti, di misure nazionali che erano dirette a creare un limite ad una delle libertà di circolazione comunitarie, in ragione della tutela di un diritto fondamentale nazionale. La Corte di giustizia ha riconosciuto lo spazio discrezionale di ogni Stato nel determinare il livello di tutela da accordare ad un singolo diritto fondamentale, in assenza di uno standard comunitario. L'imposizione di un tale standard non sarebbe coerente con il sistema comunitario, in quanto l'Unione europea non ha una competenza generale in materia di diritti fondamentali e dunque la ricostruzione del livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali viene operata, di volta in volta, in sede giudiziaria da parte della Corte di giustizia. Nemmeno la redazione della Carta di Nizza ha la funzione di «armonizzare» la materia dei diritti fondamentali, di esclusiva competenza nazionale, ma semplicemente di identificare quali sono i diritti fondamentali riconosciuti nell'ordinamento comunitario e di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza nell'ambito di competenza che le è riservato. La concessione di un margine di apprezzamento agli Stati, dunque, discende dall'applicazione del metodo della Corte di controllo delle misure restrittive delle libertà comunitarie anche ove gli Stati invochino una giustificazione dettata da esigenze di tutela dei diritti fondamentali ed appare una scelta «obbligatoria» in ragione della carenza di competenza in questa materia. Il *self-restraint* della Corte appare, dunque, necessario e coerente con il sistema comunitario. Ciò nulla toglie, tuttavia, all'importanza del controllo della Corte di giustizia, affinché tale potere degli Stati venga esercitato nel rispetto dei limiti del diritto comunitario, nonché del principio di proporzionalità, e al dialogo che in tal modo viene sviluppato con le giurisdizioni nazionali in tema di diritti fondamentali.

Una tale applicazione del margine di apprezzamento, inoltre, risulta coerente con le novità apportate dal Trattato di Lisbona. Il Trattato sull'Unione europea nella sua versione modificata prevede all'art. 4 che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai

⁶⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, causa C- 5/88, sentenza del 13 luglio 1989.

⁶⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Elliniki Radiophonia Tileorasi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios*, causa C-260/89, sentenza del 18 giugno 1991.

Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale [...]». All'art. 3 TUE viene, inoltre, sancito che «[L'Unione] rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo». La promozione dei valori nazionali anche attraverso un atteggiamento di deferenza della Corte di giustizia rispetto al livello e alle modalità di tutela dei diritti fondamentali può validamente rientrare in una politica di valorizzazione della diversità culturale e di salvaguardia dell'identità nazionale.

5. Conclusioni

L'applicazione del margine di apprezzamento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo ha suscitato in dottrina diverse reazioni. È stato sottolineato che se le differenze nazionali rendono necessario il margine di apprezzamento, questo accresce tuttavia la difficoltà della costruzione di standard europei; la Corte, inoltre, ricorrendo a tale tecnica, abdicerebbe alla propria funzione di controllo giudiziale della condotta degli Stati membri, rinviando ad essi proprio ove le materie sono più sensibili e le problematiche più delicate⁶⁶. È stata, infine, rilevata la mancanza di legittimazione della Corte all'utilizzo di tale tecnica, data l'assenza nel testo della Convenzione di un riferimento esplicito al margine di apprezzamento.

Altra dottrina ha, invece, sottolineato i meriti di tale tecnica giudiziale adottata dalla Corte di Strasburgo, sottolineando, in particolare, come al fine di bilanciare i diritti individuali e gli altri interessi nazionali, sia inevitabile, in un sistema multiculturale e pluralista come quello del Consiglio d'Europa, la concessione di uno spazio di discrezionalità per gli Stati. La dottrina del margine di apprezzamento ha consentito, inoltre, di evitare possibili conflitti tra la Corte e gli Stati, preoccupati di una prevaricazione della propria sovranità in aree fondamentali come quella della sicurezza e di mantenere il consenso necessario al funzionamento del Consiglio d'Europa⁶⁷.

Vi è, tuttavia, una certa unanimità nella ricerca di una base logica e politica più forte per l'utilizzo di tale dottrina, nonché l'aspirazione ad un maggiore sviluppo delle argomentazioni della Corte di Stra-

⁶⁶ Cfr. *inter alia*, M.R. HUTCHINSON, *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 638 ss. e BENVENISTI, *op. cit.*, pp. 853 ss.

⁶⁷ Cfr. Y. ARAI TAKAHASHI, *op. cit.*

sburgo, in modo da rendere più trasparente il ragionamento ed esplicitare i presupposti della sua applicazione.

In assenza di analoghe valutazioni dottrinali per quanto riguarda l'applicazione del margine di apprezzamento da parte della Corte di giustizia, si può, tuttavia, sottolineare che l'utilizzo di tale tecnica dimostra che vi sono ambiti in cui la Corte riconosce lo spazio di scelta degli Stati, in particolare l'ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali, evitando di imporre degli standard comunitari e consentendo l'emersione del pluralismo delle realtà nazionali. Questo atteggiamento, se da un lato può apparire come un eccessivo *self-restraint* dell'ordinamento comunitario rispetto a quelli nazionali, comporta, invece, la tutela della diversità nazionale su cui interviene tuttavia il coordinamento e il controllo della Corte. È interessante l'utilizzo di tale tecnica, soprattutto per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali nazionali, in quanto, la Corte riconosce la piena esplicazione del livello di tutela nazionale, evitando, inoltre, la contrapposizione di *controlimiti* da parte degli ordinamenti nazionali. Questa tecnica giudiziaria, dunque, importata dal o quanto meno «ispirata» al sistema di Strasburgo, si è rivelata favorevole alla tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario, nonché un buon metodo per mediare tra universalità e particolarismo in entrambi i sistemi. Essa è, inoltre, coerente con il sistema comunitario e il principio di attribuzione, nonché con quanto previsto nel Trattato di Lisbona a proposito della tutela dell'identità nazionale.

Il «dialogo» tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la House of Lords inglese in tema di terrorismo internazionale

di Patrizia Bonetalli*

SOMMARIO: 1. La risposta del Regno Unito agli attacchi dell'11 settembre 2001. – 2. La sentenza della *House of Lords* e la dichiarazione di incompatibilità della normativa con i diritti umani. – 3. Il ricorso alla Corte di Strasburgo. – 4. Il «dialogo» tra le due Corti in merito all'esistenza dell'emergenza: un'unica voce, ma molteplici perplessità. – 5. Gli effetti della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: l'accesso alle prove a carico.

1. La risposta del Regno Unito agli attacchi dell'11 settembre 2001

È ormai noto che, all'indomani degli eventi occorsi l'11 settembre 2001, il Regno Unito si avvale della clausola di deroga, prevista dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dall'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, al fine di introdurre nel proprio ordinamento giuridico una serie di nuove norme, codificate nel *Anti-Terrorism, Crime and Security Act (2001)*¹ (ATCSA), il cui contenuto si poneva in contrasto con l'art. 5, c. 1 lett. f della CEDU e con il corrispondente art. 9 del Patto. Si trattava, in particolare, della Sez. 23 della legge, la quale contemplava il caso in cui uno straniero, sospettato di appartenere ad un gruppo terroristico e nei confronti del quale il Ministro dell'Interno avesse emesso una *certification*, non potesse essere espulso od estradato verso il suo Paese d'origine, stante l'esistenza di vincoli per il Regno Unito – la cui origine fosse da ricercarsi, *in toto* o in parte, in accordi internazionali – che precludevano tale possibilità. Ricorrendo detta circostanza, la legge prevedeva che l'individuo sospettato fosse posto in stato di detenzione, in ragione del fatto che la sua presenza sul territorio costituiva un rischio per la sicurezza nazionale. A causa della inconciliabilità di tali disposizioni legislative con l'art. 5, c. 1, lett. f

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano.

¹ Il testo è disponibile su www.opsi.gov.uk/Acts/acts2001/ukpga_20010024_en_1, ultimo accesso 29 ottobre 2009.

CEDU (il quale, affermando il principio secondo cui nessuno può essere privato della libertà personale, fa salvo il caso dell'arresto o della detenzione di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione, o per impedire alla stessa l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato), il 12 dicembre 2001 il Parlamento del Regno Unito esercitava il diritto di deroga in caso di pericolo pubblico eccezionale e votava l'adozione del *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001*². Il contenuto della deroga inglese si concretava nella possibilità (fintanto che durasse il pericolo pubblico eccezionale) di privare della libertà personale gli individui stranieri sospettati di appartenere a gruppi terroristici, quando non fosse stato possibile procedere all'allontanamento coatto dal territorio dello Stato, ad esempio perché esisteva la possibilità che, nel Paese di destinazione, gli stessi fossero sottoposti a tortura o a trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti³.

La competenza a riesaminare l'uso, da parte del Ministro dell'Interno, delle prerogative attribuitegli dall'ATCSA era conferita alla *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC), la quale aveva il potere di disporre gli arresti domiciliari, di pronunciarsi sui ricorsi avverso la *certification*, di monitorare periodicamente la situazione degli individui colpiti da tale provvedimento e di esprimersi sulle questioni aventi ad oggetto la validità della deroga⁴. Nei procedimenti di fronte alla Commissione era consentito l'uso di informazioni e prove fornite dall'*intelligence*, del cui contenuto i ricorrenti erano mantenuti all'oscuro. Solo gli *Special Advocates*, nominati dall'*Attorney General* a rappresentare gli interessi dei ricorrenti, avevano accesso a

² La deroga è entrata in vigore il giorno successivo. Il testo del provvedimento è disponibile su www.opsi.gov.uk/si/si2001/20013644.htm, ultimo accesso 29 ottobre 2009. Il 18 dicembre 2001 il Regno Unito notificava altresì la deroga all'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il cui testo è consultabile su www.bayefsky.com/html/uk_t2_ccpr.php, ultimo accesso 3 novembre 2009.

³ Per un commento alla legge si veda D. BONNER, *Managing Terrorism While Respecting Human Rights? European Aspects of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, in *European Public Law*, 2002, pp. 497 ss.; H. FENWICK, *The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September?*, in *Modern Law Review*, 2002, pp. 724 ss.; A. TOMKINS, *Legislating Against Terror: the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, in *Public Law*, 2002, p. 205 ss.; P. BONETALLI, *I diritti umani dopo l'11 settembre: il caso del Regno Unito*, in *La Comunità internazionale*, 2003, pp. 481 ss.

⁴ La *Special Immigration Appeals Commission* è stata istituita dallo *Special Immigration Appeals Commission Act (1997)* ed è competente a ricevere e a pronunciarsi sui ricorsi avverso le decisioni del Ministro per gli Affari interni aventi ad oggetto l'espulsione o l'extradizione di stranieri dal Regno Unito per ragioni legate alla sicurezza nazionale o per altri motivi di interesse pubblico.

tutti i materiali a carico, sebbene fosse poi interdetta loro la possibilità di parlarne con i propri assistiti⁵.

Nell'immediato, sedici *certifications* furono emesse nei confronti di altrettanti individui di diverse nazionalità, tutti accomunati dall'accusa di essere coinvolti, in gradi differenti, in attività di tipo terroristico collegate alla rete di Al Qaeda. Due di loro decisero di lasciare volontariamente il Paese; gli altri presentarono ricorso alla SIAC, la quale fu chiamata a pronunciarsi, *in primis*, sulla validità della deroga (*Belmarsh case*)⁶ e, secondariamente, sui ricorsi avverso l'emissione della *certification* e la conseguente privazione della libertà personale⁷.

Nel primo giudizio, la SIAC confermò la validità del *Designated Derogation Order* e rigettò due delle tre eccezioni sollevate dai ricorrenti, statuendo che esisteva una minaccia alla vita della nazione atta a giustificare il ricorso alla deroga e che le misure adottate dal Regno Unito costituivano una risposta proporzionata al pericolo. I membri della Commissione, accolsero, invece, la terza istanza degli attori, riconoscendo la natura discriminatoria della Sez. 23 ACTSA poiché le norme ivi codificate introducevano una diversità di trattamento tra i cittadini e gli stranieri non giustificata da ragioni obiettive e, quindi, in contrasto con l'art. 14 CEDU. Secondo la Commissione, la differente disciplina applicabile agli stranieri rispetto ai cittadini (per i quali non era prevista la limitazione alla libertà personale) avrebbe potuto giustificarsi solo laddove Governo fosse stato in grado di dimostrare che la minaccia terroristica proveniva in modo esclusivo dai primi. Poiché tale circostanza non era stata provata, la diversità del trattamento non poteva dirsi dettata da motivazioni plausibili ed oggettive.

La successiva sentenza della *Court of Appeals* ribaltò completamente il giudizio della SIAC⁸. I giudici di secondo grado, infatti, confutarono i presupposti che avevano indotto i membri della Commissione a riconoscere la natura discriminatoria dei provvedimenti, sostenendo che cittadini e stranieri sospettati di terrorismo non rico-

⁵ Sul ruolo degli *Special Advocates* si veda M. CHAMBERLAIN, *Special Advocates and Procedural Fairness in Closed Proceedings*, in *Civil Justice Quarterly*, 2009, p. 314 ss.

⁶ [2002] HRLR 1274, 30 luglio 2002, *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department*, Appeal No: sc/1-7/2002.

⁷ Tali ricorsi non saranno oggetto della presente trattazione.

⁸ [2002] EWCA Civ 1502; [2004] QB 335, [2003] 2 WLR 564, 25 ottobre 2002, *A., X and Y, and Others v. Secretary of State for the Home Department*, disponibile su www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1502.html, ultimo accesso 3 novembre 2009.

prono la medesima posizione nell'ordinamento interno (e soprattutto nell'ambito della CEDU): i primi sono titolari di un vero e proprio diritto a risiedere sul territorio del proprio Stato; i secondi, invece, godono solo del diritto a non essere rimossi, fintantoché permane il rischio di tortura nel Paese di destinazione. Proprio per questo motivo, la differenza di trattamento introdotta dalla Sez. 23 ATCSA non era da considerarsi né irragionevole né ingiustificata e, quindi, non in contrasto con le norme della CEDU.

2. *La sentenza della House of Lords e la dichiarazione di incompatibilità della normativa con i diritti umani*

Nel 2004, il caso giunse alla *House of Lords*, la quale fu richiesta, da nove degli individui detenuti in base alla Sez. 23, di esaminare la validità della deroga del Regno Unito e del regime di privazione della libertà personale ad essa susseguente⁹. In particolare, i ricorrenti eccepivano l'esistenza, sul territorio dello Stato e all'indomani degli attentati dell'11 settembre, di una «public emergency threatening the life of the nation»¹⁰, che giustificasse la deroga alla CEDU; sostenevano che le misure adottate dal Governo per affrontare il pericolo non potessero in ogni caso dirsi «strictly required by the exigencies of the situation»; e chiedevano alla Corte di dichiarare che i poteri attribuiti dall'ATCSA all'Esecutivo erano discriminatori e, in quanto tali, contrari all'art. 14 CEDU.

Sul primo punto, con l'eccezione di Lord Hoffman¹¹, i giudici della *House of Lords* (riunita nella formazione composta da nove membri al posto dei consueti cinque, data la delicatezza dell'oggetto del contendere) furono concordi nel ritenere sussistente una situazione di minaccia alla vita della nazione ai sensi dell'art. 15 CEDU.

⁹ [2004] UKHL 56, 16 dicembre 2004, *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department*, disponibile su www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm, ultimo accesso 3 novembre 2009. Per un commento alla sentenza si vedano, tra gli altri, A. CHIRINOS, *Finding the Balance Between Liberty and Security: The Lord's Decision on Britain's Anti-Terrorism Act*, in *Harvard Human Rights Law Journal*, 2005, p. 265 ss.; D. FELDMAN, *Terrorism, Human Rights and their Constitutional Implications*, in *European Constitutional Law Review*, 2005, pp. 531 ss.; S. SHAH, *The UK's Anti-Terror Legislation and the House of Lords: the First Skirmish*, in *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 403 ss.

¹⁰ Sulla nozione di «emergenza», si veda, tra gli altri, D. KRETZMER, *Emergency (State of)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009.

¹¹ Secondo Lord Hoffman, con l'espressione «minaccia alla vita della nazione» doveva intendersi un attacco alle istituzioni e ai valori che fanno del Regno Unito uno stato; secondo il giudice, tale circostanza, nel caso di specie, non si era verificata.

Nella *leading opinion*, Lord Bingham of Cornhill dichiarò che i ricorrenti, su cui gravava l'onere di dimostrare che la SIAC e la *Court of Appeal* avevano commesso un errore in diritto nello stabilire che esisteva un'emergenza pubblica, non erano stati in grado di adempiere a tale compito; inoltre, una dettagliata analisi della situazione alla luce dei parametri di Strasburgo, aveva indotto il *Law Lord* a ritenere soddisfatto il test posto dall'articolo 15; infine, ad ulteriore conferma delle proprie conclusioni, il giudice ribadì che l'accertamento relativo alla presenza di un'emergenza pubblica è questione di natura squisitamente politica e quindi «great weight should be given to the judgment of the Home Secretary, his colleagues and Parliament on this question»¹².

Sulla seconda eccezione, relativa alla proporzionalità delle misure adottate, i giudici decisero a favore dei ricorrenti: poiché la minaccia terroristica proveniente dai cittadini britannici non era meno significativa del pericolo posto dagli stranieri (unici destinatari delle misure della Sez. 23 ATCSA), la *House of Lords* statuí che i provvedimenti proposti dall'Esecutivo e votati dal Parlamento non potevano considerarsi idonei e proporzionati a rimuovere il pericolo che incombeva sulla nazione. Essi non rispondevano, quindi, al requisito di essere «strictly required».

Infine, in merito alla presunta natura discriminatoria del provvedimento legislativo, la maggioranza dell'organo giudicante ritenne contrario all'art. 14 CEDU il fatto che gli stranieri sospettati di legami con gruppi terroristici fossero trattati diversamente rispetto a coloro i quali, ugualmente presunti coinvolti in fenomeni di terrorismo, risultassero in possesso della cittadinanza britannica. La *House of Lords* poneva così l'accento sulla minaccia alla sicurezza pubblica costituita dai collegamenti con il terrorismo, ritenendo ingiustificata la diversità di trattamento riservata agli stranieri rispetto ai cittadini, per i quali non si contemplava la privazione della libertà personale in caso di sospetta appartenenza o vicinanza a cellule terroristiche. In questo modo si sanzionava la scelta dell'Esecutivo di impiegare le politiche in materia di immigrazione per affrontare problemi di sicurezza nazionale: se nel primo caso, infatti, è lecito introdurre trattamenti diversificati in ragione della nazionalità, nel secondo caso la differenza di trattamento deve perseguire un fine legittimo ed essere obiettivamente giustificata¹³.

¹² Lord Bingham of Cornhill, par. 29. Si vedano anche i commenti di Lord Hope, par. 112; Lord Scott, par. 154; Lord Roger par. 166; Lord Walker, par. 208; Baroness Hale, par. 226.

¹³ Nella sua strategia difensiva, invece, l'Esecutivo aveva sostenuto che gli stra-

A seguito dell'accertamento giudiziale dei fatti, i *Law Lords* disposero l'annullamento del *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001* e dichiararono, ai sensi della Sez. 4 dello *Human Rights Act (1998)*, l'incompatibilità delle norme contenute nella Sez. 23 ATCSA con gli artt. 5 e 14 CEDU.

3. Il ricorso alla Corte di Strasburgo

Sebbene il giudizio della *House of Lords* fosse da considerarsi una vittoria per i ricorrenti, la situazione in cui essi versavano – di privazione della libertà personale – non subì modifiche in seguito alla pronuncia, in quanto, in base allo *Human Rights Act (1998)*, la sentenza che dichiara l'incompatibilità di un atto del Parlamento (o di una parte di esso) non è idonea a produrre effetti diretti né sulla sezione della legge dichiarata contraria ai diritti umani, né nei confronti di coloro i quali, in ragione dell'applicazione di tali norme, hanno subito una lesione dei propri diritti¹⁴. Per questo motivo, decorso un mese dalla decisione interna definitiva, gli 11 individui ancora privati della libertà personale¹⁵ inoltrarono ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶ lamentando la violazione, da parte del Regno Unito, degli artt. 3, 5 c.1, 5 c.4, 5 c.5, 6 e 13 CEDU¹⁷.

nieri, ritenuti coinvolti in fenomeno di terrorismo e nei confronti dei quali non potesse procedersi ad espulsione, si trovavano in una posizione equiparabile a quella degli stranieri sospettati dei medesimi atti, ma nei confronti dei quali fosse possibile disporre l'allontanamento dal territorio. Il tratto che accomunava i due gruppi, e che li distingueva rispetto ai cittadini, era costituito dalla circostanza per cui nessuno di loro aveva il diritto di soggiornare sul suolo dello Stato.

¹⁴ *Human Rights Act (1998)*, sez. 4: «Declaration of incompatibility: [...] (4) If the court is satisfied – (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility. [...] (6) A declaration under this section («a declaration of incompatibility») – (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made. Per l'applicazione del *Human Rights Act 1998* al *Belmarsh case* si veda A. KAVANAGH, *Judging the Judges under the Human Rights Act: Deference, Disillusionment and the «War On Terror*, in *Public Law*, 2009, pp. 287 ss.

¹⁵ Dei 14 detenuti, uno vinse il ricorso avverso l'emissione nei suoi confronti della *certification* e due videro revocata la misura detentiva a seguito del secondo riesame periodico compiuto dalla SIAC.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo [GC], *A. and Others c. Regno Unito*, ricorso n. 3455/05, sentenza del 19 febbraio 2009.

¹⁷ Art. 3, divieto di tortura; art. 5.1, diritto a non essere privati della libertà personale; art. 5.4, diritto di ricorrere ad un tribunale competente a pronunciarsi sulla

L'11 settembre 2007 la Camera di sette giudici costituita all'interno della quarta Sezione della Corte, avvalendosi della possibilità prevista dall'art. 30, si spogliò della propria competenza a pronunciarsi sul caso a favore della Grande Camera. Sorprendentemente¹⁸, data la natura e l'oggetto del ricorso, la sentenza del 19 febbraio 2009 è stata resa all'unanimità¹⁹.

In merito alla prima eccezione sollevata dai ricorrenti, i giudici di Strasburgo non hanno rilevato la violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, ritenendo che il sentimento di angoscia e ansia indubbiamente provato dalle persone private della libertà personale non integrasse i requisiti minimi necessari per la qualifica di «trattamento contrario all'art. 3». La Corte (in modo non scevro da critiche, nell'opinione di chi scrive), ha posto l'accento in modo decisivo sul fatto che «It cannot [...] be said that the applicants were without any prospect or hope of release»: detta circostanza escluderebbe che la situazione dei ricorrenti fosse comparabile «[...] to an irriducibile life sentence [...] as capable of giving rise to an issue under Article 3». I giudici hanno altresì aggiunto che, qualora gli stessi avessero voluto lamentare le condizioni della detenzione, avrebbero dovuto rivolgersi *in primis* alle autorità nazionali, dichiarando, di conseguenza, inammissibile l'eccezione fondata sulla inosservanza dell'art. 13 letto congiuntamente all'art. 3.

Per analizzare la lamentata violazione dell'art. 5, c. 1, la Corte si è dapprima soffermata a valutare la compatibilità della privazione della libertà personale ai sensi della Sez. 23 ACTSA con le eccezioni previste dall'articolo stesso. Ritenendo che il trattamento riservato ai ricorrenti non fosse rispettoso della previsione convenzionale, si è quindi pronunciata sulla deroga del Regno Unito, unica circostanza che, se riconosciuta legittima, avrebbe potuto autorizzare lo Stato a tenere un comportamento non conforme a quanto previsto dall'art. 5, c. 1 CEDU. Richiamando la sua consolidata dottrina in materia e applicando il principio del margine di apprezzamento riservato alle autorità nazionali in tema di emergenza alla vita della nazione, la Corte è giunta a confermare il giudizio della *House of Lords* secondo cui,

legalità della detenzione; art. 5.5, diritto ad una riparazione in caso di ingiusta detenzione; art. 6, diritto ad un equo processo; art. 13, diritto ad un rimedio effettivo.

¹⁸ Si veda R.C.A. WHITE e I. BOUSSIAKOU, *Separate Opinions in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 37 ss.

¹⁹ Per un commento alla sentenza si veda M. COSTAS TRASCASAS, *Lotta al terrorismo internazionale e deroghe alla CEDU di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 426 ss.; S. SHAH, *From Westminster to Strasbourg: A. and Others v United Kingdom*, in *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 473 ss.

all'indomani dell'11 settembre 2001, il Regno Unito era minacciato da un pericolo pubblico eccezionale che giustificava la sospensione di alcuni diritti contenuti nella CEDU. Nell'indagine vertente sulla proporzionalità delle misure, invece, i giudici hanno rilevato una violazione del principio di secondo cui i mezzi approntati per affrontare l'emergenza devono essere «strictly required by the exigencies of the situation»: i provvedimenti interni, infatti, introducevano una discriminazione ingiustificata tra cittadini e non cittadini.

In merito alla censura di violazione dell'art. 5, c. 4, la Corte europea dei diritti dell'uomo, operando una distinzione tra le situazioni in cui versavano i ricorrenti, ha riconosciuto l'inosservanza della disposizione solo nei confronti di quelli che, nel procedimento di riesame della *certification* di fronte alla SIAC, non erano stati in grado di contestare le accuse a causa del fatto che le prove a carico erano state mantenute segrete. Secondo la Corte, il requisito del rispetto delle norme procedurali previsto dall'art. 5, c. 4, non impone uno standard uniforme da applicarsi indipendentemente dal contesto, dai fatti e dalle circostanze rilevanti. Sebbene non sia sempre necessario che la procedura *ex art. 5, c. 4*, soddisfi le medesime garanzie di cui all'art. 6 (applicabile alle sole controversie su diritti e doveri di carattere civile e alle accuse penali), essa deve comunque avere natura giudiziale e garantire la tutela più appropriata, tenuto conto del tipo di privazione della libertà personale di cui si tratta. I procedimenti, per esempio, dovranno sempre e comunque assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa. In caso di detenzione in carcere, l'individuo privato della libertà personale dovrà avere effettivamente la possibilità di ricorrere avverso le accuse a carico. Questo non esclude che il diritto ad una procedura di tipo accusatorio possa subire delle restrizioni, ove ciò sia richiesto da un prevalente interesse pubblico (per esempio, per ragioni di sicurezza nazionale potrebbe essere necessario mantenere il segreto su alcuni metodi investigativi della polizia). Tuttavia l'equità del procedimento verrà meno laddove le difficoltà causate al convenuto dalla limitazione dei suoi diritti a difendersi non siano sufficientemente controbilanciate dalla procedura seguita dalle autorità giudiziarie. La Corte conclude quindi che, sebbene in questioni riguardanti la sicurezza nazionale sia plausibile apportare delle restrizioni alle garanzie processuali delle persone private della libertà personale, non è conforme alla Convenzione (e, in particolare, all'art. 5, c. 4) una procedura che non permetta al detenuto di essere sufficientemente informato delle accuse a suo carico²⁰. Tale circostanza infatti esclude che lo stesso sia in grado di dare effettive

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo [GC], *A. and Others c. Regno Unito*, cit., par. 220: «The Court further considers that the special advocate could perform an

istruzioni allo *Special Advocate* per preparare la difesa e rispondere adeguatamente alle contestazioni²¹.

Infine, per quanto attiene alla presunta inosservanza, da parte dello Stato, dell'art. 5, c. 5, la Corte ha accertato la violazione in ragione dell'assenza, nell'ordinamento interno, di procedure che permettessero ai ricorrenti di ottenere una compensazione a titolo di ingiusta detenzione.

4. Il «dialogo» tra le due corti in merito all'esistenza dell'emergenza

Sebbene sia sempre da accogliere con favore una pronuncia della Corte di Strasburgo confermativa di quanto deciso dalle massime autorità giudiziarie interne, in quanto attestazione del giusto operare del principio di sussidiarietà secondo cui la tutela dei diritti umani spetta *in primis* agli Stati, alcuni aspetti della sentenza in commento, alla luce della decisione della *House of Lords*, sollavano alcune perplessità.

Ci si riferisce in particolare alla ricostruzione (operata da entrambi gli organi giudiziari) del contenuto dell'art. 15 e alla valutazione dell'esistenza di una minaccia alla vita della nazione, circostanza che

important role in counterbalancing the lack of full disclosure and the lack of a full, open, adversarial hearing by testing the evidence and putting arguments on behalf of the detainee during the closed hearings. However, the special advocate could not perform this function in any useful way unless the detainee was provided with sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions to the special advocate. While this question must be decided on a case-by-case basis, the Court observes generally that, where the evidence was to a large extent disclosed and the open material played the predominant role in the determination, it could not be said that the applicant was denied an opportunity effectively to challenge the reasonableness of the Secretary of State's belief and suspicions about him. In other cases, even where all or most of the underlying evidence remained undisclosed, if the allegations contained in the open material were sufficiently specific, it should have been possible for the applicant to provide his representatives and the special advocate with information with which to refute them, if such information existed, without his having to know the detail or sources of the evidence which formed the basis of the allegations. [...] Where, however, the open material consisted purely of general assertions and SIAC's decision to uphold the certification and maintain the detention was based solely or to a decisive degree on closed material, the procedural requirements of Article 5 § 4 would not be satisfied».

²¹ La Corte ha altresì aggiunto di non essere stata richiesta di pronunciarsi in via generale sulla compatibilità, con gli articoli 5, co. 4 e 6, della procedura che impiega gli *Special Advocates* al fine di controbilanciare le restrizioni ai diritti della difesa dovute alla mancanza della completa comunicazione delle prove a carico, nei casi che riguardano la sicurezza nazionale (Corte europea dei diritti dell'uomo, *A. and Others c. Regno Unito*, cit., par. 209).

avrebbe legittimamente autorizzato la sospensione dei diritti quale strumento per affrontare e debellare il pericolo pubblico eccezionale.

È lecito chiedersi, in particolare, se gli attentati terroristici dell'11 settembre ad obiettivi statunitensi rappresentassero genuinamente un'emergenza per il Regno Unito, grave al punto tale da poter giustificare una così seria interferenza alla libertà personale degli individui. Senza necessità di dilungarsi eccessivamente sui requisiti che, ai sensi dell'art. 15 CEDU e della giurisprudenza degli organi di Strasburgo²², una situazione di crisi deve soddisfare al fine di giustificare il ricorso alle misure di deroga, si ritiene utile richiamare l'attenzione su alcune caratteristiche che devono essere soddisfatte affinché si possa legittimamente accertare una «minaccia alla vita della nazione». Secondo i parametri dettati dagli organi di Strasburgo del *caso greco*, affinché la clausola derogatoria sia invocabile è necessario che si tratti di una situazione eccezionale di crisi, che riguardi l'intera popolazione (e l'intero territorio dello Stato, o una parte dello stesso) e che costituisca una minaccia alla vita organizzata dello Stato (e, quindi, una minaccia all'integrità fisica della popolazione, all'indipendenza politica o all'integrità territoriale dello Stato oppure all'esistenza o al normale funzionamento delle istituzioni indispensabili ad assicurare e proteggere i diritti umani tutelati nella CEDU). Il pericolo, inoltre, deve essere attuale o quanto meno imminente (tale requisito, assente nella formulazione letterale dell'art. 15, è comunque considerato dalla Corte condizione necessaria per la validità della deroga).

È interessante notare come Lord Bingham of Cornhill, ricostruendo nel *leading speech* il contenuto e il significato del concetto di *public emergency*, si avvalga della copiosa e consolidata giurisprudenza degli organi di Strasburgo²³ e richiami, altresì, una serie di circostanze e dichiarazioni che lascerebbero intendere l'assenza di una situazione di pericolo tale da giustificare un ricorso alle deroghe. In particolare, il *Law Lord* menziona due dichiarazioni del Ministro dell'Interno, rispettivamente dell'ottobre 2001 e del marzo 2002, secondo cui non sussistevano né indicazioni dell'*intelligence* né prove volte a confermare una specifica minaccia al Regno Unito²⁴. Rileva, inoltre, come

²² Per un'ampia bibliografia, si rinvia a P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici*, VIII Convegno SIDI, 2004, pp. 195 ss.

²³ Tra gli altri, Lord Bingham richiama il *caso Lawless* (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lawless c. Irlanda* (N. 3), (1961) 1 EHRR 15), il *caso greco* ((1969) 12 YB 1), *Irlanda c. Regno Unito* ((1978) 2 EHRR 25) e *Brannigan e McBride c. Regno Unito* ((1993) 17 EHRR 539).

²⁴ [2004] UKHL 56, cit., par. 21.

nessuno Stato membro del Consiglio d'Europa, ad eccezione del Regno Unito, abbia fatto ricorso alla clausola derogatoria, circostanza posta in luce pure dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa²⁵ e dal *Committee of Privy Counsellors*, istituito dalla Sezione 122 ATCSA²⁶. Richiama, infine, il parere del *Joint Committee on Human Rights*, che, nel *Report* del 2004, aveva espresso seri dubbi sulla necessità della deroga quale strumento per far fronte ad una minaccia alla vita della nazione²⁷.

Sorprende, quindi, che Lord Bingham e, con lui, la maggior parte dei *Law Lords* concludano rigettando l'eccezione dei ricorrenti sull'esistenza del pericolo pubblico eccezionale e accettando acriticamente la decisione della SIAC, la quale era stata assunta sulla base di prove non disvelate né alla *Court of Appeal* né alla *House of Lords*. L'attenta ricostruzione compiuta nel *leading speech* rende ancora più stridente l'affermazione secondo cui «[...] great weight should be given to the judgment of the Home Secretary, his colleagues and Parliament on this question, because they were called on to exercise a pre-eminently political judgment»²⁸.

²⁵ Lord Bingham cita l'opinione 1/2002 del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa (Comm DH(2002) 7, 28 agosto 2002), secondo cui «Whilst acknowledging the obligations of governments to protect their citizens against the threat of terrorism, the Commissioner is of the opinion that general appeals to an increased risk of terrorist activity post September 11th 2001 cannot, on their own, be sufficient to justify derogating from the Convention. Several European states long faced with recurring terrorist activity have not considered it necessary to derogate from Convention rights. Nor have any found it necessary to do so under the present circumstances. Detailed information pointing to a real and imminent danger to public safety in the United Kingdom will, therefore, have to be shown».

²⁶ ATCSA (2001), Sez. 122: «The Secretary of State shall appoint a committee to conduct a review of this Act. [...] The committee shall complete the review and send a report to the Secretary of State not later than the end of two years beginning with the day on which this Act is passed». Il Comitato è divenuto noto con l'appellativo di *Newton Committee*, dal nome di Lord Newton, che, per primo, lo ha presieduto.

²⁷ Sixth Report of the Session 2003-2004, HL Paper 38, HC 381 (disponibile su www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtrights/38/38.pdf, ultimo accesso 10 novembre 2009), par. 34: «Insufficient evidence has been presented to Parliament to make it possible for us to accept that derogation under ECHR Article 15 is strictly required by the exigencies of the situation to deal with a public emergency threatening the life of the nation».

²⁸ [2004] UKHL 56, cit., par. 29. Lord Bingham avoca al potere giudiziario il diritto a ricoprire un ruolo di preminenza nel caso in cui l'oggetto del contendere abbia natura squisitamente legale («The more purely political – in a broad or narrow sense – a question is, the more appropriate it will be for political resolution and the less likely it is to be an appropriate matter for judicial decision. The smaller, therefore, will be the potential role of the court. It is the function of political

Molto più convincente ci pare la *dissenting opinion* del giudice Hoffman, che riteniamo costituisca un'interpretazione più rigorosa e autentica dei requisiti imposti dall'art. 15. Il giudice, domandosi quale sia il significato dell'espressione «minaccia alla vita della nazione», sostiene che la nazione è un organismo sociale, che vive su un territorio secondo la forma di governo che si è dato ed è sottoposto ad un sistema di leggi che esprime i propri valori politici e morali. La vita della nazione prosegue oltre la vita dei singoli individui che la compongono. La nazione, le sue istituzioni e i suoi valori permangono attraverso le generazioni. Secondo Lord Hoffman – per il quale esempi di minaccia alla vita della nazione possono rinvenirsi nell'attacco al Regno Unito da parte dell'*Armada* spagnola e, successivamente, della Germania nazista²⁹ – il terrorismo estremista di matrice islamica non rappresenta una minaccia alla vita della nazione. La violenza terroristica, quantunque seria, non pone in pericolo l'esistenza e il normale funzionamento delle istituzioni governative o della popolazione intesa come comunità civile. La vera minaccia alla vita della nazione è rappresentata da leggi come quella di cui si discute la compatibilità, unico successo che il terrorismo è in grado di conseguire³⁰.

La Corte europea, dal canto suo, non si sofferma con sufficiente attenzione sull'esistenza del pericolo pubblico eccezionale, in quanto convinta che le autorità interne si trovino in una posizione migliore per compiere tale valutazione. Per esempio, nel pronunciarsi sul requisito dell'imminenza della minaccia, soddisfa i giudici di Strasburgo il fatto che tutti gli organi nazionali avessero ritenuto il pericolo «credibile». A conferma dell'esattezza di tale convinzione, la Corte richiama gli attentati terroristici di Londra del luglio 2005, verificatisi, tuttavia, successivamente alla sentenza della *House of Lords*³¹. L'organo giudiziario dichiara, altresì, che il requisito della temporaneità

and not judicial bodies to resolve political questions. Conversely, the greater the legal content of any issue, the greater the potential role of the court, because under our constitution and subject to the sovereign power of Parliament it is the function of the courts and not of the political bodies to resolve legal questions»).

²⁹ Secondo Lord Hoffman anche il terrorismo nell'Irlanda del Nord costituiva una minaccia alla vita di quella parte della regione e all'integrità territoriale del Regno Unito, [2004] UKHL 56, cit., par. 93.

³⁰ [2004] UKHL 56, cit., par. 91 ss.

³¹ Senza soffermarsi troppo ad argomentare la propria posizione, la Corte dichiara: «Since the purpose of Article 15 is to permit State to take derogating measures to protect their population from future risks, the existence of the threat to the life of the nation must be assessed primarily with reference to those facts which were known at the time of the derogation. The Court is not precluded, however, from having regard to information which come to light subsequently» (*A. and others v. The United Kingdom*, cit., par. 177).

delle misure è soddisfatto in quanto annualmente è previsto un riesame delle misure da parte del Parlamento; in realtà, il limite temporale attiene alla vigenza degli strumenti adottati per rimuovere il pericolo, piuttosto che alla loro applicazione nei confronti dei singoli.

Riteniamo, quindi, che, l'assenza di un controllo giurisdizionale interno sulla ricorrenza dei requisiti giustificanti il ricorso alla clausola derogatoria, seguita da una applicazione *sic et simpliciter* della dottrina del margine di apprezzamento da parte della Corte di Strasburgo³², si sia di fatto tramutata in un rifiuto, da parte di tutte le istanze giudiziarie adite, di pronunciarsi sull'esistenza dei presupposti per la legittimità della deroga. Nessun organo giudiziario, né a livello interno, né a livello internazionale, ha valutato nel merito il rispetto dei requisiti che giustificano l'emergenza, lasciando il dubbio che manchi, nel caso britannico, il «nesso diretto fra minaccia terroristica e minaccia alla sicurezza dello Stato coinvolto», talché la deroga britannica e la minaccia alla vita della nazione parrebbero «complessivamente configurabili come ripercussioni della minaccia alla sicurezza nazionale statunitense»³³.

Ci si domanda, allora, se non sarebbe stato più opportuno, nell'attuale periodo di incertezza in cui le esigenze di sicurezza nazionale sembrano prevalere sui diritti dei singoli, un atteggiamento della Corte meno deferente alle decisioni degli esecutivi nazionali, in ragione anche del fatto che il fenomeno del terrorismo internazionale è una categoria nuova per i giudici di Strasburgo, storicamente chiamati a pronunciarsi su situazioni in cui la minaccia proveniva dall'interno dello Stato³⁴. Una ricostruzione più elaborata dei requisiti, anche alla luce della natura del fenomeno (si pensi, a titolo esemplificativo, alla temporaneità delle misure o all'imminenza del pericolo), e una loro eventuale rivisitazione sarebbero state assai apprezzabili per evitare che il richiamo al terrorismo internazionale si tramuti in un espediente per risolvere con più facilità situazioni complesse, che richiedono invece la dovuta cautela ed attenzione. E questo vale a

³² *A. and Others v. The United Kingdom*, cit., par. 180: «[...] the Court accepts that it was for each Government, as the guardian of their own people's safety, to make their own assessment on the basis of the facts known to them. Weight must, therefore, attach to the judgment of the United Kingdom's executive and Parliament on this question».

³³ Cfr. P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, cit., p. 237. Si veda anche O. DE SCHUTTER, *La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme*, in E. BRIBOSIA e A. WEYEMBERGH (a cura di), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2002, pp. 125 ss.

³⁴ Cfr. M. COSTAS TRASCASAS, *Lotta al terrorismo internazionale* cit., p. 429.

maggior ragione per il futuro, poiché, se in uno Stato di consolidata tradizione democratica come il Regno Unito, i giudici sono comunque giunti a censurare una legge voluta dall'Esecutivo e votata dal Parlamento, non è detto che in altri Stati le corti siano altrettanto autonome. Diventa quindi prioritario un incisivo controllo internazionale, tanto più efficace e legittimo se condotto nell'alveo di criteri certi ed autonomi.

La Corte avrebbe potuto approfittare dell'occasione per tracciare le linee di un *modus vivendi* comunque rispettoso delle esigenze di sicurezza della popolazione e dei diritti di chi si trova ingiustamente sospettato o accusato di atti cui è estraneo.

5. *Gli effetti della sentenza della Corte europea nell'ordinamento interno: l'accesso alle prove a carico*

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del febbraio 2009 ha avuto una seria ricaduta a livello interno, che si è manifestata nel giugno scorso, quando la *House of Lords* ha superato una sua precedente reticenza e ha fatto propria la posizione dei giudici di Strasburgo in merito all'impiego degli *Special Advocates* nelle cause aventi ad oggetto le questioni di sicurezza nazionale in cui fossero coinvolti presunti terroristi.

Come si è anticipato *supra*, la sentenza della *House of Lords* del dicembre 2004 non aveva espunto dall'ordinamento la legislazione dichiarata incompatibile con i diritti umani. Aveva avuto, tuttavia, l'effetto di indurre ad una serie di riflessioni sulla opportunità di apportare modifiche alla strategia nazionale antiterrorismo, al fine di colmare la lacuna apertasi con la censura della Sez. 23 ATCSA. Diventava, così, prioritario dotarsi di nuovi strumenti di natura preventiva, oltre che repressiva.

L'11 marzo 2005, su proposta dell'Esecutivo, il Parlamento approvava il *Prevention of Terrorism Act*³⁵ (PTA), il quale sostituiva la

³⁵ L'adozione del PTA è avvenuta dopo un acceso dibattito interno da cui erano emersi seri contrasti tra i parlamentari, che vertevano sul ruolo, l'intensità e i tempi dell'intervento dei giudici in merito alla imposizione delle misure restrittive. Per un commento alla normativa, con particolare riferimento alle misure privative della libertà personale, si veda D. MCGOLDRICK, *Security Detention in Practice: Security Detention-United Kingdom Practice*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2009, p. 507 ss. Si veda anche L. HANLON, *UK Anti-Terrorism Legislation: Still Disproportionate?*, in *The International Journal of Human Rights*, 2007, pp. 497 ss.

³⁶ PTA (2005), Sez. 1 (4): «Those obligations may include, in particular: (a) a

misura della detenzione illimitata degli stranieri presunti terroristi con il sistema dei c.d. *control orders*, ovvero provvedimenti restrittivi a vario titolo della libertà personale o anche di altri diritti civili dell'individuo³⁶, destinati ad essere applicati sia alle persone in possesso della cittadinanza britannica, sia agli stranieri³⁷.

Tali misure hanno carattere preventivo rispetto all'eventuale commissione di attività collegate con il terrorismo e si possono classificare in *non-derogating control orders* e *derogating control orders*. I

prohibition or restriction on his possession or use of specified articles or substances; (b) a prohibition or restriction on his use of specified services or specified facilities, or on his carrying on specified activities; (c) a restriction in respect of his work or other occupation, or in respect of his business; (d) a restriction on his association or communications with specified persons or with other persons generally; (e) a restriction in respect of his place of residence or on the persons to whom he gives access to his place of residence; (f) a prohibition on his being at specified places or within a specified area at specified times or on specified days; (g) a prohibition or restriction on his movements to, from or within the United Kingdom, a specified part of the United Kingdom or a specified place or area within the United Kingdom; (h) a requirement on him to comply with such other prohibitions or restrictions on his movements as may be imposed, for a period not exceeding 24 hours, by directions given to him in the specified manner, by a specified person and for the purpose of securing compliance with other obligations imposed by or under the order; (i) a requirement on him to surrender his passport, or anything in his possession to which a prohibition or restriction imposed by the order relates, to a specified person for a period not exceeding the period for which the order remains in force; (j) a requirement on him to give access to specified persons to his place of residence or to other premises to which he has power to grant access; (k) a requirement on him to allow specified persons to search that place or any such premises for the purpose of ascertaining whether obligations imposed by or under the order have been, are being or are about to be contravened; (l) a requirement on him to allow specified persons, either for that purpose or for the purpose of securing that the order is complied with, to remove anything found in that place or on any such premises and to subject it to tests or to retain it for a period not exceeding the period for which the order remains in force; (m) a requirement on him to allow himself to be photographed; (n) a requirement on him to co-operate with specified arrangements for enabling his movements, communications or other activities to be monitored by electronic or other means; (o) a requirement on him to comply with a demand made in the specified manner to provide information to a specified person in accordance with the demand; (p) a requirement on him to report to a specified person at specified times and places».

³⁷ Com'è stato giustamente rilevato «Il meccanismo dei *control orders* sarebbe destinato a governare quei casi in cui non sia possibile espellere un sospetto terrorista né sottoporlo a processo, in considerazione del rischio di compromettere con una incriminazione formale fonti informative altamente sensibili o della impossibilità di produrre, quali prove processuali, documenti in tal senso non utilizzabili». Cfr. E. SCISO, *Libertà fondamentali della persona e misure di contrasto al terrorismo internazionale: Governo, Parlamento e giudici britannici a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 468.

primi consistono in provvedimenti restrittivi comportanti la limitazione a vario titolo della libertà di movimento, di comunicazione e di altri diritti civili; i secondi, invece, consistono in misure privative della libertà personale – come gli arresti domiciliari – o con effetti equivalenti, le quali, ai sensi dell'art. 5 CEDU, dovrebbero essere preventivamente poste al vaglio di un tribunale indipendente.

I *non-derogating control orders* sono disposti dal Segretario di Stato sulla base di un duplice presupposto: il «ragionevole sospetto» che l'individuo sia coinvolto in attività connesse al terrorismo e la convinzione che il *control order* sia necessario per tutelare la nazione contro le minacce terroristiche³⁸. Il controllo da parte dei giudici dovrebbe esercitarsi prima dell'imposizione della misura³⁹, ma in caso di urgenza, il Segretario di Stato potrà disporre il *control order* e chiedere successivamente l'intervento della magistratura. I giudici, in questa fase, sono chiamati a valutare se l'ordinanza del ministro non sia «palesamente viziata» in base ai presupposti indicati dalla legge. Sempre in questa fase, non è previsto il coinvolgimento dell'individuo destinatario della misura, il quale potrà presentare le sue osservazioni (sulla base delle istruzioni date dal tribunale competente) solo durante l'udienza confermativa del *control order* già in vigore nei suoi confronti. L'art. 10 della legge prevede che sia riconosciuto all'interessato il diritto di ricorrere in sede giudiziaria per la revoca o la modifica di un *control order*, così come avverso la decisione del Segretario di Stato di apportare modifiche o di rinnovare il *control order*.

I *derogating control orders*, invece, sono disposti dall'autorità giudiziaria, su richiesta del Segretario di Stato, a seguito di un'udienza preliminare, della quale il destinatario del provvedimento non viene informato⁴⁰. Il provvedimento, adottato in via provvisoria, potrà essere poi confermato durante una pubblica udienza con le parti qua-

³⁸ PTA (2005), art. 2 (1).

³⁹ PTA (2005), art. 3: «(1) The Secretary of State must not make a non-derogating control order against an individual except where: (a) having decided that there are grounds to make such an order against that individual, he has applied to the court for permission to make the order and has been granted that permission; (b) the order contains a statement by the Secretary of State that, in his opinion, the urgency of the case requires the order to be made without such permission; or (c) the order is made before 14th March 2005 against an individual who, at the time it is made, is an individual in respect of whom a certificate under section 21(1) of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (c. 24) is in force».

⁴⁰ PTA (2005), art. 4 (2): «The preliminary hearing under subsection (1)(a) may be held: (a) in the absence of the individual in question; (b) without his having had notice of the application for the order; and (c) without his having been given an opportunity (if he was aware of the application) of making any representations to the court».

lora il tribunale accerti, sulla base di un bilanciamento di probabilità (*balance of probabilities*), che l'individuo assoggettato al *derogating control order* sia coinvolto in attività connesse con il terrorismo, che la misura disposta sia necessaria per tutelare la comunità nazionale contro il rischio terroristico e che detto rischio discenda da una situazione di emergenza, rispetto alla quale sia stata emanata un'ordinanza di deroga (soggetta ad autorizzazione parlamentare) relativamente all'art. 5 CEDU.

Già durante il dibattito parlamentare era emerso come i principali problemi connessi alla nuova normativa antiterrorismo riguardassero il fatto che il Segretario di Stato, per soddisfare il requisito del «ragionevole sospetto» potesse far ricorso ad informazioni e documenti riservati. Inoltre, nelle udienze in cui fossero presentate delle prove di diversa natura e origine che, per ragioni di sicurezza nazionale, dovessero essere tenute segrete, il destinatario delle misure restrittive non poteva essere informato del contenuto delle medesime. L'unica garanzia prevista dalla procedura consisteva nella nomina, da parte dell'*Attorney General*, di un rappresentante speciale (*Special Advocate*) chiamato a tutelare gli interessi dell'individuo colpito dal provvedimento restrittivo; detta tutela, tuttavia, era ampiamente ridimensionata (per non dire compromessa) dal divieto, per il rappresentante, di confrontarsi con il proprio assistito una volta venuto a conoscenza del contenuto delle prove segrete⁴¹.

In alcuni casi dell'ottobre 2007⁴², la *House of Lords*, chiamata a pronunciarsi, tra l'altro, sull'impiego di prove segrete nelle udienze di conferma dei *control orders* e sulla rispondenza del sistema degli *Special Advocates* ai requisiti di cui all'art. 6 CEDU, aveva mantenuto un atteggiamento piuttosto cauto e, in parte, ambiguo. In par-

⁴¹ Il sistema degli *Special Advocates* era stato duramente contestato anche nell'ambito dell'ATCSA, in quanto considerato non rispondente ai requisiti del *fair trial*, con particolare riferimento al diritto di accesso alle prove a carico, al diritto di scegliere un legale di propria fiducia e al diritto di interrogare i testimoni a favore e di controinterrogare i testimoni a carico in condizioni di parità rispetto all'accusa.

⁴² [2007] UKHL 47, 31 ottobre 2007, *Secretary of State for the Home Department v E and Another* (disponibile su www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071031/dept-1.htm, ultimo accesso 10 novembre 2009); [2007] UKHL 45, 31 ottobre 2007, *Secretary of State for the Home Department v JJ* (disponibile su www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071031/homejj-1.htm, ultimo accesso 10 novembre 2009); [2007] UKHL 46, 31 ottobre 2009, *Secretary of State for the Home Department v MB and AF* (disponibile su www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071031/home-1.htm, ultimo accesso 10 novembre 2009). Per un'analisi dei casi si veda A. SANDELL, *Liberty Fairness and the UK Control Order Cases: Two Steps Forward, Two Steps Back*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, p. 120 ss.

ticolare, nel caso *Secretary of State for the Home Department v MB* le opinioni dei *Law Lords* paiono a tratti equivocate e contraddittorie⁴³. Per esempio, un giudice aveva sostenuto che la procedura che conduce all'imposizione di un *control order* sulla base di prove di cui il destinatario delle misure è stato completamente tenuto all'oscuro non soddisfa il diritto ad un'equa udienza⁴⁴. Un altro giudice aveva invece concluso che il sistema degli *Special Advocates* soddisfaceva pienamente i requisiti del *fair trial*, fornendo al destinatario delle misure restrittive una serie di salvaguardie rispondenti all'art. 6, idonee a controbilanciare lo squilibrio derivante dall'impiego di prove segrete⁴⁵. Altri due giudici, addirittura, avevano impiegato un linguaggio «sibillino», da cui non poteva desumersi con certezza se essi ritenessero che i requisiti del *fair trial* potevano dirsi soddisfatti anche nel caso in cui nessuna prova fosse stata svelata al destinatario, oppure, al contrario, se tali requisiti potevano dirsi soddisfatti qualora non tutte le prove fossero state svelate al destinatario⁴⁶. Dall'opinione di un altro Lord, infine, era plausibile desumere (o leggere) l'enucleazione del principio «makes no differences» secondo cui, se il giudice investito del caso ritenga che il materiale mantenuto segreto sia sufficiente a provare il fondamento del *control order*, allora non è nemmeno necessario comunicare le prove al destinatario delle misure, in quanto costui non sarebbe comunque in grado di addurre giustificazioni idonee a persuadere il tribunale a cambiare la propria convinzione.

In tale situazione poco chiara, la *House of Lord* si era limitata a decidere per il caso concreto, senza prendere esplicita posizione sul sistema degli *Special Advocates* e dichiarando salomonicamente che ci possono essere casi in cui la mancata comunicazione al presunto terrorista delle prove a carico è incompatibile con i requisiti del *fair trial* previsti dall'art. 6. Aveva quindi rimandato il caso all'istanza giudiziaria di primo grado per un ulteriore esame.

Nel frattempo, tuttavia, l'«enigmaticità» del giudizio della *House of Lords* aveva causato incertezza tra i giudici; alcuni casi, decisi sulla

⁴³ Per un commento si veda S. FOSTER, *The Fight Against Terrorism, Detention Without Trial and Human Rights*, in *Coventry Law Journal*, 2009, pp. 4 ss.

⁴⁴ Lord Bingham of Cornhill, par. 41.

⁴⁵ Lord Hoffman, par. 54.

⁴⁶ Baroness Hale, par. 74: «It is quite possible for the court to provide the controlled person with a sufficient measure of procedural protection even though the whole evidential basis for the basic allegation, which has been explained to him, is not disclosed». Infatti l'espressione «Even though the whole evidential basis...is not disclosed» può significare (i) «even though none of the evidential basis is disclosed» oppure (ii) «even though not all of the evidential basis is disclosed».

base di principi tra loro divergenti, erano stati portati all'attenzione della *Court of Appeal*, la quale, ricorrendo ad una procedura piuttosto insolita, aveva sì emesso la propria sentenza – sostenendo che non esisteva un principio rigido e unico, ma spettava essenzialmente a ciascun giudice stabilire che cosa fosse equo nel caso di specie – ma, in un *post scriptum* al giudizio, aveva proposto di rimettere direttamente il caso alla *House of Lords*, ritenendo la questione di importanza pubblica generale e reputando necessario che fosse fornita un'interpretazione corretta e autentica del giudizio nel caso *MB*⁴⁷.

Ogni dubbio interpretativo è stato infine sciolto dalla stessa *House of Lords* nella sentenza del giugno scorso, resa nel caso *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v AF (Appellant) (FC) and another (Appellant) and one other action*⁴⁸. La *House of Lords* ha applicato la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *A. e altri c. Regno Unito*, nella parte in cui la Grande Camera aveva riconosciuto che, laddove gli elementi probatori pubblici consistono in asserzioni generali e la decisione di confermare la detenzione è basata esclusivamente, o in misura decisiva, su materiale mantenuto segreto, i requisiti procedurali di cui all'art. 5, c. 4, CEDU non possono dirsi soddisfatti.

La *House of Lords*, riconoscendo che la sentenza della Corte europea risolveva definitivamente il problema dell'accesso alle prove e alle informazioni a carico, ha stabilito che il destinatario delle misure deve essere sufficientemente informato del contenuto del materiale utilizzato per disporre il *control order* nei suoi confronti, al fine di consentire l'impartizione di istruzioni effettive ed efficaci al proprio rappresentante. Laddove, poi, le informazioni pubbliche consistano solamente in affermazioni di carattere generale e il caso contro il destinatario sia istruito e deciso solo, o in modo decisivo, sulla base di materiale segreto, i requisiti del *fair trial* non potranno dirsi soddisfatti, indipendentemente dal fatto che le informazioni reperite nelle prove secretate siano persuasive e convincenti. Infatti, una procedura non potrà mai essere considerata equa, regolare e giusta se una delle parti è tenuta all'oscuro del materiale a suo carico, anche nel caso in

⁴⁷ [2008] EWCA Civ 1148, 17 ottobre 2008, *Secretary of State for the Home Department v AF, AM and AN and AE v Secretary of State for the Home Department* (disponibile su www.unhcr.org/refworld/pdfid/4900438e2.pdf, ultimo accesso 10 novembre 2009).

⁴⁸ [2009] UKHL 28, 10 giugno 2009, disponibile su www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldjudgmt/jd090610/af-1.htm, ultimo accesso 10 novembre 2009. Per un primo commento si veda M. CHAMBERLAIN, *Update on Procedural Fairness in Closed Proceedings*, in *Civil Justice Quarterly*, 2009, pp. 448 ss.

cui la decisione finale appaia corretta: ciò risponde all'esigenza della comunità di avere fiducia nel sistema giudiziario.

La *House of Lords* non ha dichiarato l'incompatibilità con i diritti umani del *Prevention of Terrorism Act*, ma ha sancito che lo stesso dovrà essere interpretato alla luce sia dei diritti tutelati dalla Convenzione (e codificati nel *Human Rights Act*), sia della giurisprudenza di Strasburgo. Spetterà al giudice interno il compito di valutare quali materiali dovranno essere resi noti al destinatario del *control order* e di decidere se esistono altre prove/documenti la cui pubblicazione sia essenziale per garantire la regolarità e l'equità del procedimento.

La sentenza della *House of Lords* dimostra quindi che il «dialogo» tra i giudici, pur con i rilievi critici mossi precedentemente, può costituire un valido strumento di supporto nell'orientare le scelte politiche degli Stati in materia di sicurezza nazionale verso soluzioni comunque rispettose dei diritti umani.

*C'è ancora un giudice a Berlino?
Sanzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite
e dialogo tra corti nel sistema europeo multilivello
di tutela dei diritti fondamentali*

di Federico Fabbrini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le sanzioni anti-terrorismo dell'ONU e la loro attuazione negli Stati membri dell'UE. – 3. L'iniziale assenza di controllo giurisdizionale sulla legalità delle sanzioni anti-terrorismo. – 4. Gli insoddisfacenti sviluppi della giurisprudenza delle corti europee. – 5. I rimedi offerti dalla Corte di Giustizia e dal Trattato di Lisbona. – 6. Conclusione

1. *Introduzione*

L'adozione di sanzioni economiche individuali dirette a colpire determinate persone sospettate di essere coinvolte nel finanziamento del terrorismo è una delle principali strategie utilizzate dalle Nazioni Unite (ONU), specialmente a partire dagli attentati dell'11 settembre 2001, per fronteggiare il fenomeno del terrorismo internazionale¹. Con una serie di risoluzioni adottate ai sensi del Capitolo VII della Carta ONU il Consiglio di Sicurezza ha definito una lista nera di individui ed organizzazioni e imposto agli Stati membri dell'ONU di congelarne le proprietà finanziarie². A tali risoluzioni è stata data fede

* Dottorando di ricerca, Dipartimento di Legge, Istituto Universitario Europeo. Desidero ringraziare i proff. Marise Cremona e Martin Scheinin per i loro utili commenti ad una prima versione in inglese del *paper*. Un ringraziamento sincero poi ai partecipanti all'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionali che svoltosi a Torino il 9 ottobre 2009, e specialmente alla prof. Ornella Porchia, per le loro attente e perspicaci indicazioni. E-mail: federico.fabbrini@eui.eu

¹ Sulla strategia globale contro il terrorismo dell'ONU vedi A/RES/60/228 (2006); A/60/825 (2006); A/RES/62/272 (2008) ed in dottrina: A. BIANCHI *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Antiterrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion*, in *European Journal of International Law*, 17, 2006, p. 881; J. FROWEIN, *The Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law*, in AA.VV., *Festschrift Tomuschat*, Kehl, 2006, p. 785. Per una definizione di terrorismo internazionale si veda A. CASSESE, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, in *European Journal of International Law*, 12, 2001, p. 993 e B. SAUL, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford, 2006.

² A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007;

attuazione nello spazio giuridico europeo, prima tramite l'adozione di strumenti normativi a livello dell'Unione Europea (UE) e poi mediante misure di implementazione negli Stati membri. La natura eminentemente politica e confidenziale delle procedure attraverso le quali tali misure anti-terrorismo vengono stabilite in seno all'ONU, tuttavia, ha suscitato preoccupazione circa il rispetto dei diritti fondamentali delle persone colpite dalle sanzioni³ e sollevato al contempo la domanda sul ruolo che spetta al potere giudiziario in una materia sensibile come la sicurezza nazionale nell'età dell'emergenza terroristica⁴.

Questo scritto analizza il tema del controllo giurisdizionale esercitato dalle corti europee sulla legalità delle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU al fine di sottolineare la progressiva evoluzione della tutela dei diritti nel sistema europeo multilivello⁵. Il sistema costitu-

D. HALBERSTAM e E. STEIN, *The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order*, in *Common Market Law Review*, 46, 2009, p. 13. Sul regime delle sanzioni dell'ONU più in generale si vadano: G. ABI-SAAB, *The Concept of Sanction in International Law*, in GOWLLAND-DEBBAS ET AL. (eds.), *United Nations Sanctions and International Law*, The Hague, 2005, p. 29 e J. FARRALL, *The United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Cambridge, 2008.

³ Si veda il report dello *Special Rapporteur* dell'ONU sulla promozione e la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo, Martin Scheinin, A/61/267 (2006), le conclusioni dell'Alto Commissario dell'ONU per i Diritti Umani sulla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo, A/HRC/8/13 (2008) e la risoluzione 1597 (2008) e la raccomandazione 1824 (2008) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa. In dottrina: F. MÉGRET e F. HOFFMAN, *The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities*, in *Human Rights Quarterly*, 25, 2003, p. 314; E. CANNIZZARO, *The Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, in *International Organization Law Review*, 13, 2006, p. 195 e B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights*, in *International Organization Law Review*, 13, 2006, p. 437.

⁴ J. DUGARD, *Judicial Review of Sanctions* in GOWLLAND-DEBBAS ET AL. (eds.), *United Nations Sanctions* cit., 83; J. ALMQVIST, *A Human Rights Critique of European Judicial Review: Counter-Terrorism Sanctions*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 57, 2008, p. 303; T. TRIDIMAS e J. GUTIERREZ-FONS, *EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism: the Judiciary in Distress?*, in *Fordham International Law Journal*, 32, 2008, p. 682. Per una riflessione sul ruolo del potere giudiziario nel periodo dell'emergenza terroristica a partire da un'analisi comparata della giurisprudenza della Corte Suprema USA e della CGE sia consentito rinviare a F. FABBRINI, *Silent enim leges inter arma? La Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte di Giustizia Europea nella lotta al terrorismo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2009, pp. 591-634.

⁵ Per un'introduzione al concetto di costituzionalismo multilivello si rinvia a I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, p. 703; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 27, 2002, p. 511; e da ultimo I. PER-

zionale europeo di protezione dei diritti dell'uomo è caratterizzato, infatti, da una struttura a tre livelli, nella quale si sovrappongono norme ed istituzioni nazionali, sovranazionali (l'UE) ed internazionali (la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, CEDU)⁶. Un ampio catalogo di diritti fondamentali è codificato nelle Costituzioni nazionali e nella CEDU mentre il Trattato UE (TUE) identifica le tradizioni costituzionali comuni e la CEDU come principi generali del diritto comunitario e, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, riconosce il valore vincolante della Carta dei Diritti Fondamentali⁷. I tribunali nazionali, la Corte di Giustizia Europea (CGE, che include il Tribunale di Primo Grado, TPG, ora rinominato dal Trattato di Lisbona semplicemente: Tribunale) e la Corte CEDU, poi, garantiscono in dialogo tra loro la giustiziabilità di tali diritti, fornendo rimedio in caso di una loro violazione da parte dei poteri pubblici⁸. Nonostante la complessità di tale struttura, tuttavia, vi possono

NICE, *The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journal of European Law*, 15, 2009, p. 349. Per un'analisi critica del concetto si veda invece N. WALKER, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, in *LSE Europe in Question Discussion Papers*, No. 8, 2009.

⁶ La letteratura sulla tutela multilivello dei diritti in Europa è ormai vasta. Si vedano, ad es.: G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003; A. D'ATENA, *Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali*, in A. D'ATENA ET AL. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; G. GUZZETTA, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le Corti nella prospettiva di un Bill of Rights europeo*, in A. D'ATENA ET AL. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali*, cit.; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune dei diritti fondamentali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, p. 7; S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, p. 629; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 13; N. KRISCH, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, in *Modern Law Review*, 71, 2008, p. 183.

⁷ In materia di tutela dei diritti nell'UE cfr. B. DE WITTE, *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999; A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights at the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 37, 2000, p. 1307; O. PORCHIA, *La tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Grande Dizionario Enciclopedico. Appendice Nuova Europa*, Torino, 2000, p. 67 e, con riferimento alla Carta dei Diritti Fondamentali ed al Trattato di Lisbona, la letteratura citata in nota 139 *infra*.

⁸ K. LENAERTS e E. DE SMIJTER, *The Charter and the Role of the European Courts*, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 8, 2001, p. 90; L. WILDHABER, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Review*, 23, 2002, p. 161; E. STORSKRUBB e J. ZILLER, *Access to Justice in European Comparative Law*, in F. FRANCONI (ed.), *Access to Justice as a Human Rights*, Oxford, 2007, p. 177.

essere in Europa situazioni nelle quali la tutela dei diritti fondamentali è inefficace, a causa della mancanza di adeguati strumenti di protezione ad ogni livello del sistema⁹.

Lo scritto argomenta che una seria lacuna nella tutela dei diritti fondamentali è inizialmente sorta nel sistema europeo multilivello a causa dell'impossibilità per le persone colpite dalle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU in violazione dei loro diritti fondamentali di ottenere ragione dinnanzi ad un'istanza giurisdizionale. Il saggio sostiene tuttavia che una recente evoluzione nella giurisprudenza della CGE ha fornito una risposta soddisfacente alla questione, parzialmente anticipando le positive innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona. Invero, mentre nei primi ricorsi sollevati contro le misure anti-terrorismo sia i giudici nazionali, che il TPG dell'UE e la Corte CEDU erano risultati privi o avevano declinato la competenza a sindacare la legalità delle misure contestate, la decisione della CGE nel caso *Kadi*¹⁰ ha posto rimedio a tale situazione riconoscendo che le sanzioni economiche imposte dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU ed attuate nel sistema giuridico dell'UE sono sottoposte al controllo di costituzionalità circa la loro conformità con gli standard europei di tutela dei diritti fondamentali.

La struttura dello scritto è la seguente. Il paragrafo 2 analizza brevemente il contesto, illustrando la dinamica dell'adozione delle sanzioni al livello dell'ONU e la loro attuazione nello spazio giuridico europeo. Il paragrafo 3 si concentra sul problema generato dall'iniziale assenza di controllo giurisdizionale sulla legittimità delle misure anti-terrorismo nella *law on the books* o nella *law in action* di ciascuno dei tre gradini del sistema europeo multilivello di tutela dei diritti. Il paragrafo 4 ripercorre alcuni sviluppi nel dialogo tra le corti europee che, pur rilevanti in quanto tali, sono tuttavia risultati non soddisfacenti al fine di rimediare all'originaria lacuna. Il paragrafo 5 analizza invece l'efficacia del recente *revirement* della CGE nello ristabilire i principi dello stato di diritto in Europa. Riconoscendo la propria competenza a sindacare la legalità delle misure anti-terrorismo, la CGE ha offerto una soluzione al problema dell'ineffettività della tutela dei diritti fondamentali nell'età della lotta al terrorismo e

⁹ J. WEILER, *Methods of Protection of Fundamental Human Rights in the European Community: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in A. CASSESE ET AL. (eds.), *European Union - The Human Rights Challenge: Volume II. Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, 1991, p. 562.

¹⁰ Corte di giustizia delle comunità europee, *Yassin A. Kadi & Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'UE e Commissione della CE*, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008.

parzialmente anticipato alcune positive riforme legate all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

2. *Le sanzioni anti-terrorismo dell'ONU e la loro attuazione negli Stati membri dell'UE*

Le sanzioni economiche volte a congelare i fondi di individui e organizzazioni sospettate di finanziare attività di terrorismo internazionale (*smart sanctions*) sono inizialmente stabilite tramite una risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, adottata sulla base del Capitolo VII della Carta dell'ONU, il quale attribuisce al Consiglio il potere vincolante di prendere ogni azione necessaria per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale¹¹. Nella più semplice delle ipotesi, il Consiglio di Sicurezza si limita a prescrivere un generale dovere degli Stati di congelare senza ritardo i fondi dei finanziatori del terrorismo internazionale attribuendo agli Stati stessi il compito di identificare specificamente le persone fisiche e giuridiche che debbono costituire oggetto (*target*) di tali sanzioni¹². In questo caso, il procedimento attraverso cui viene definita la lista (*listing*) degli individui e delle organizzazioni sospettate di finanziare il terrorismo è sottoposto agli standard domestici di tutela dei diritti fondamentali¹³. Questo scritto si concentra tuttavia su un'ipotesi più com-

¹¹ Per un'introduzione alle disposizioni del Capitolo VII della Carta dell'ONU e per un commento dettagliato degli artt. 39-51 si rinvia a J. FROWEIN e N. KRISH, *Chapter VII: Action with Respect to Threats to Peace, Breaches of Peace and Acts of Aggression*, in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary. Volume I*, Oxford, 2002, p. 701; E. DE WET, *The Chapter VII Powers of the UN Security Council*, Oxford, 2004; C. DENIS, *Le pouvoir normatif du Conseil de Sécurité des Nations Unies: portée et limites*, Bruxelles, 2004.

¹² Si veda, ad es. S/RES/1373 (2001), par. 1c la quale stabilisce che gli Stati debbono «freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons».

¹³ P.J. KUIJPER, *Implementation of Binding Security Council Resolutions by the EU/EC* in E. DE WET e A. NOLLKAEMPER (eds.), *Review of the Security Council by Member States*, Antwerp, 2003, p. 39. Per l'ordinamento giuridico dell'UE ciò è stato riconosciuto dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran (OMPI) c. Consiglio dell'UE*, causa T-228/02, sentenza del 12 dicembre 2006 sulla quale si rinvia in dottrina a: G. DELLA CANA-NEA, *Return to Due Process of Law: The European Union and the Fight against Terrorism*, in *European Law Review*, 32(6), 2007, p. 896; L. CAPPUCCIO, *È illegittima la decisione delle istituzioni comunitarie che non rispetta il diritto di difesa?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, p. 416 e E. GUILD, *The Uses and Abuses of Counter-Ter-*

pressa che solleva maggiori preoccupazioni circa la protezione dei diritti umani¹⁴.

Con la risoluzione 1267 (1999)¹⁵, infatti, il Consiglio di Sicurezza ha iniziato a definire direttamente al livello dell'ONU una lista nera (*black list*) degli individui e delle organizzazioni le cui proprietà finanziarie debbono essere congelate in attuazione delle sanzioni anti-terrorismo¹⁶. Più specificamente, il Consiglio di Sicurezza ha istituito un Comitato ausiliario (nel quale tutti gli Stati membri del Consiglio di Sicurezza sono rappresentati) dotato del potere di iscrivere e rimuovere da un'apposita lista i nomi delle persone fisiche e giuridiche sospettate di essere coinvolte nel finanziamento del terrorismo internazionale sulla base delle informazioni (per lo più segrete e non condivise) fornite dai servizi di *intelligence* degli Stati membri¹⁷. In questo caso, per gli Stati parte dell'ONU ed al contempo membri dell'UE, l'attuazione a livello domestico delle sanzioni stabilite tramite risoluzione del Consiglio di Sicurezza (e rivolte agli individui ed alle organizzazioni individuati dal Comitato ausiliario del Consiglio) segue una procedura a tre fasi¹⁸.

rorism Policies in Europe: The Case of the 'Terrorist Lists', in *Journal of Common Market Studies*, 46, 2008, p. 185.

¹⁴ Si veda M. REISMAN e D. STEVICK, *The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programs*, in *European Journal of International Law*, 9, 1998, p. 226; E. MILLER, *The Use of Targeted Sanctions in the Fight Against Terrorism: What About Human Rights?*, in *American Society of International Law Proceedings*, 97, 2003, p. 46; L. VAN DEN HERIK, *The Security Council's Targeted Sanctions Regime: in Need of Better Protection of the Individual*, in *Leiden Journal of International Law*, 20, 2007, p. 729 e la letteratura citata alla nota 3 *supra*.

¹⁵ S/RES/1267 (1999).

¹⁶ J. FROWEIN, *The Anti-Terrorism Administration*, cit., p. 787; A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza*, cit., p. 42; D. HALBERSTAM e E. STEIN, *The United Nations, the European Union and the King of Sweden*, cit., p. 28.

¹⁷ Il cd. Comitato per le sanzioni è stato istituito dalla risoluzione S/RES/1267 (1999) ma i suoi poteri e le sue funzioni sono state progressivamente ampliate attraverso altre risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, tra le quali in particolare le risoluzioni S/RES/1333 (2000), S/RES/1363 (2001), S/RES/1390 (2002), S/RES/1452 (2002), S/RES/1455 (2003), S/RES/1526 (2004), S/RES/1566 (2004), S/RES/1617 (2005), S/RES/1730 (2006), S/RES/1735 (2006), S/RES/1822 (2008). Per un'analisi delle procedure amministrative che governano il funzionamento del Comitato si rinvia a C. FEINAUGLE, *The UN Security Council and the Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?*, in *German Law Journal*, 9(11), 2008, p. 1513.

¹⁸ M. NETTESHEIM, *UN Sanctions Against Individuals: a Challenge to the Architecture of the EU Governance*, in *Common Market Law Review*, 44, 2007, p. 571. Per un'analisi delle basi costituzionali delle relazioni internazionali dell'UE si veda P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union - Legal and Consti-*

Nella struttura a tre pilastri dell'UE precedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, veniva innanzi tutto adottata una posizione comune nel contesto del II pilastro, relativo alla cooperazione tra gli Stati membri nel campo della politica estera e di sicurezza comune, cui faceva seguito (in virtù delle finalità economiche delle sanzioni anti-terrorismo) la promulgazione, nell'ambito del I pilastro, di un regolamento della Comunità Europea (CE)¹⁹. Gli Stati membri davano infine esecuzione a detto regolamento a livello nazionale tramite l'adozione di atti amministrativi volti materialmente a congelare le proprietà finanziarie degli individui e delle organizzazioni specificamente elencati in un allegato al regolamento stesso (costantemente aggiornato dalla Commissione sulla base degli emendamenti aventi luogo al livello dell'ONU per opera del Comitato ausiliario del Consiglio di Sicurezza)²⁰.

Il Trattato di Lisbona non pare tuttavia modificare profondamente il modello ora tracciato. L'art. 215 del (rinominato) Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE) stabilisce infatti che il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta congiunta dell'Alto rappresentante UE per gli affari esteri e della Commissione, può adottare (nel contesto della politica di sicurezza e difesa comune) misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali²¹. L'art. 75 TFUE dispone quindi che il Parla-

tional Foundations, Oxford, 2004 e M. CREMONA e B. DE WITTE (eds.), *EU Foreign Relations Law - Constitutional Fundamentals*, Oxford, 2008.

¹⁹ Vedi ad es. le posizioni comuni del Consiglio 1999/727/PESC (1999) GU L 294/01; 2001/154/PESC (2001) GU 2001 L 57/01; 2002/402/PESC (2002) GU L 139/04 ed i regolamenti attuativi del Consiglio 337/2000/CE (2000) GU L 43/01; 881/2002/CE (2002) GU L 139/09; 561/2003/CE (2003) GU L 082/01.

²⁰ Ai sensi dell'art. 249(2) TCE (preservato intatto dal Trattato di Lisbona e rinumerato art. 288 TFUE) un regolamento CE «è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri». L'intervento delle autorità amministrative nazionali è però necessario nel caso di specie per dare pieno effetto al regolamento. Per la disciplina italiana sulle procedure di attuazione delle *smart sanctions* si rinvia a M. SAVINO, *La disciplina italiana della lotta al finanziamento del terrorismo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, p. 497.

²¹ Con il Trattato di Lisbona la struttura a pilastri dell'UE verrà abolita, ma il settore della politica estera e di sicurezza continuerà a mantenere regole *ad hoc*. Cfr. M. CREMONA, *The Union External Action: Constitutional Perspectives*, in G. AMATO ET AL. (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, Bruxelles, 2007, p. 1194 e la letteratura citata alla nota 140 *infra*. L'art. 215 TFUE rende ora esplicita la possibilità per l'UE di adottare misure restrittive in attuazione delle strategie di politica estera, stabilendo che: «1. Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V TUE [in materia di politica di difesa e sicurezza comune] prevede l'interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più paesi terzi, il Consiglio, deliberando a maggioranza quali-

mento europeo e il Consiglio, adottano, secondo la procedura legislativa ordinaria, un regolamento (da applicarsi negli Stati membri) che definisce «il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali»²². Sembra pertanto che una serie di atti giuridici identici nel loro contenuto – misure nel settore della politica estera, regolamenti e atti amministrativi nazionali – continueranno, anche nel quadro normativo post-Trattato di Lisbona, a susseguirsi al fine di dare attuazione alle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU.

3. *L'iniziale assenza di controllo giurisdizionale sulla legalità delle sanzioni anti-terrorismo*

Le misure anti-terrorismo adottate dall'ONU hanno un notevole impatto sui diritti fondamentali delle persone fisiche e giuridiche col-

ficata su proposta congiunta dell'Alto rappresentante dell'UE per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione, adotta le misure necessarie. Esso ne informa il Parlamento europeo. 2. Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V TUE lo prevede, il Consiglio può adottare, secondo la procedura di cui al co. 1, misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali». Fa da cappello a tale disposizione la previsione del nuovo art. 43(1) TUE il quale afferma che le azioni nel campo della difesa e sicurezza comune «possono contribuire alla lotta contro il terrorismo». Vedi G. GREVI, *The Common Foreign, Security and Defence Policy*, in G. AMATO ET AL. (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, cit., p. 829 ss.

²² L'art. 75(1) TFUE afferma ora espressamente che «qualora sia necessario per conseguire gli obiettivi di cui all'art. 67, per quanto riguarda la prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, definiscono un insieme di misure amministrative concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti, quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali». Si noti che la competenza della CE ad adottare ed implementare sanzioni economiche atte a colpire direttamente persone fisiche e giuridiche era stata oggetto di contestazione in dottrina. Al riguardo si rinvia a A. GARDE, *Is it really for the European Community to Implement Anti-Terrorism UN Security Council Resolutions?*, in *Cambridge Law Journal*, 65, 2006, p. 284. Nondimeno, gli artt. 60, 301 e 308 TCE erano stati riconosciuti come basi giuridiche sufficienti per l'adozione delle *smart sanctions* da parte della CE sia dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Yassin A. Kadi c. Consiglio dell'UE e Commissione della CE*, Causa T-315/01, sentenza del 21 settembre 2005 che dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, *Yassin A. Kadi & Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'UE e Commissione della CE*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, seppur con differenti argomenti.

pite dalle sanzioni²³. Sul piano sostanziale sono in gioco tanto il diritto di proprietà quanto il diritto alla riservatezza (*privacy*). Dal punto di vista procedurale rileva invece il diritto al *due process*, ovvero il diritto a non essere privato della propria libertà o proprietà se non dopo essere stato ascoltato dall'amministrazione e con un provvedimento motivato al termine di un giusto procedimento. Tali diritti sono ben riconosciuti in ciascuno dei livelli del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali²⁴. Ampio consenso esiste nondimeno tra gli studiosi circa le insufficienze della procedura tramite la quale il Comitato ausiliario del Consiglio di Sicurezza dell'ONU identifica gli individui e le organizzazioni oggetto delle sanzioni: In conseguenza dei meccanismi politici e diplomatici in virtù dei quali vengono redatte le liste nere, infatti, si sono lamentate significative violazioni dei diritti umani²⁵.

L'esistenza di un controllo giurisdizionale *ex post* sulla legittimità delle sanzioni anti-terrorismo risulta pertanto essenziale per garantire il rispetto dei diritti fondamentali²⁶. Invero, nella tradizione del costituzionalismo liberale, al quale si ispirano in Europa sia gli ordinamenti nazionali che l'UE e la CEDU, ogni persona fisica o giuridica che sia illegittimamente colpita dall'esercizio del potere pubblico ha diritto ad ottenere un rimedio giurisdizionale effettivo mediante l'accesso ad un organo giurisdizionale indipendente e costituito per legge²⁷.

²³ B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council*, cit., p. 437; A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza*, cit., p. 123; L. VAN DEN HERIK, *The Security Council's Targeted Sanctions Regime*, cit., p. 729.

²⁴ Si veda a titolo puramente esemplificativo S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 370; C. HARLOW, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, in *European Journal of International Law*, 17, 2006, p. 206; A. VON BOGDANDY, P. DANN e M. GOLDMANN, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, in *German Law Journal*, 9(11), 2008, p. 1394. Per ulteriori approfondimenti bibliografici sia concesso rinviare a F. FABBRINI, *Silent enim leges inter arma?*, cit..

²⁵ Vedi la letteratura citata alle note 3 e 14 *supra*.

²⁶ Come affermato da F. JACOBS, *The Sovereignty of Law*, Cambridge, 2007, p. 35, invero, «the key to the notion of rule of law is [...] reviewability of decisions of public authorities by independent courts». Cfr. anche M. SHAPIRO, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, 1981; A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 116. Per un'analisi comparata del diritto ad un rimedio giurisdizionale nei sistemi continentali e di *common law* si veda poi: N. TROCKER, 'Civil Law' e 'Common Law' nella formazione del diritto processuale europeo, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2007, p. 435.

²⁷ Sullo 'Stato di diritto' o 'Rule of Law' la letteratura è sconfinata. Si veda, ad

Ciò nonostante, «in every legal system there is a gap between the law in the books and the law in action»²⁸: cosicché vi sono «a number of possible human rights violations [that] may, in fact, never reach [a judicial authority]»²⁹. Nella misura in cui un sistema costituzionale non offre rimedi a protezione dei diritti fondamentali, esso può essere considerato affetto da un problema di ineffettività³⁰. Il sistema europeo multilivello di tutela dei diritti ha, nel caso *de qua*, sperimentato questo problema.

Nei primi ricorsi diretti contro le misure anti-terrorismo dell'ONU, infatti, non vi era nessun giudice disponibile a verificare la compatibilità delle sanzioni con i diritti fondamentali delle persone iscritte nelle liste nere. È noto come a livello dell'ONU – ammesso e non concesso che la Corte Internazionale di Giustizia potesse essere competente a controllare la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza³¹ – non esista un'istituzione giurisdizionale innanzi alla quale singoli individui possano avviare un'azione legale³². Ma anche nello

es. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2001; E. DENNINGER, *Lo Stato di diritto o 'rule of law': che cos'è oggi?*, in A. JELLAMO e F. RICCOBONO (a cura di), *In ricordo di Vittorio Frosini*, Milano, 2004; S. BREYER, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, New York, 2005; P. HÄBERLE, *Verdad y Estado constitucional*, Ciudad de México, 2006; E. CHELI, *Lo stato costituzionale: radici e prospettive*, Napoli, 2006.

²⁸ F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 56, 1993, p. 26.

²⁹ B. DE WITTE, *The Past and Future Role of the European Court of Justice*, cit., p. 883.

³⁰ In questo scritto, invero, utilizzo il concetto di ineffettività in senso ampio, così da includere sia le ipotesi di lacune (i.e. l'assenza di rimedi nell'ordinamento) sia le ipotesi di ineffettività *strictu sensu* (che si verificano laddove un rimedio esiste ma è in effettivo). Mi permetto di rinviare a F. FABBRINI, *Judicial Review of UN Counter-Terrorism Sanctions in the European Multilevel System of Human Rights Protection: A Case Study in Ineffectiveness*, in G. MARTINICO ET AL. (eds.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, Groningen, 2009, pp. 147-190 per una più approfondita riflessione sulla possibilità di concettualizzare, ricorrendo alla categoria dell'ineffettività, alcuni tra i più significativi problemi che emergono dall'analisi del funzionamento del sistema europeo multilivello di tutela dei diritti.

³¹ Sebbene la Corte Internazionale di Giustizia non abbia escluso nella decisione *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 45 la possibilità di sindacare gli atti del Consiglio di Sicurezza, essa non ha mai esercitato tale competenza. In letteratura vedi: D. AKANDE, *The International Court of Justice and the Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 46, 1997, p. 341.

³² G. DELLA CANANEA, *Global Security and Procedural Due Process of Law*

spazio giuridico d'Europa era del tutto assente un controllo giudiziario³³. Infatti, sebbene in precedenza corti europee avessero sindacato la legalità di (atti di attuazione di) sanzioni autorizzate dal Consiglio di Sicurezza per fronteggiare situazioni di guerra o crisi internazionale³⁴, nelle prime decisioni relative alle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU, tutti i giudici europei risultavano giuridicamente privi o declinavano spontaneamente la competenza a controllare la legittimità delle misure sottoposte al loro scrutinio.

Innanzitutto, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il TUE limitava la giurisdizione della CGE sugli atti normativi adottati dal Consiglio dell'UE nei pilastri intergovernativi. Ai sensi dell'art. 46(1)(d) TUE infatti la competenza della CGE era ridotta a quanto specificato dall'art. 35 TUE, il quale riconosceva un ruolo limitato per i giudici comunitari solo nel campo della giustizia e degli affari interni³⁵: le posizioni comuni, ad ogni modo, non rientra-

Between the United Nations and the European Union: Kadi v. Council, in *Columbia Journal of European Law*, 15, 2009, p. 523.

³³ Vedi: I. CAMERON, *UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 72, 2003, p. 159; N. LAVRANOS, *Judicial Review of UN Sanctions by the CFI*, in *European Foreign Affairs Review*, 11, 2006, p. 471; P. EECKHOUT, *Community Terrorism Listing, Fundamental Rights and UN Security Council Resolution: In Search of the Right Fit*, in *European Constitutional Law Review*, 2, 2007, p. 205.

³⁴ La CGE aveva ad es. esercitato sindacato giurisdizionale in controversie vertenti sull'applicazione di sanzioni economiche adottate dal Consiglio di Sicurezza ai sensi del Capitolo VII della Carta dell'ONU per fronteggiare le guerre in Jugoslavia ed Iraq. Vedi le sentenze Corte di giustizia delle Comunità europee, *Bosphorus v. Minister of Transport*, causa C-84/95, sentenza del 30 luglio 1996; *Ebony Maritime SA v. Prefetto della Provincia di Brindisi*, causa C-177/95, sentenza del 27 febbraio 1997; *Dorsch Consult mbH v. Consiglio e Commissione*, causa C-237/98 P, sentenza del 15 giugno 2000. In dottrina si rinvia a P. KAPTEYN, *The Role of the ECJ in Implementing Security Council Resolutions*, in E. DE WET e A. NOLLKAEMPER (eds.), *Review of the Security Council by Member States*, cit., p. 57. Per una critica alla natura del sindacato esercitato dalla CGE in tali sentenze vedi tuttavia: I. CANOR, *'Can Two Walk Together Except They Be Agreed? The Relationship Between International Law and European Law: The Incorporation of United Nations Sanctions Against Yugoslavia into European Community Law through the Perspective of the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 35, 1998, p. 137. Un controllo di costituzionalità sulle misure nazionali di attuazione di sanzioni ONU era stato esercitato anche negli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'UE nei quali prevale un'interpretazione dualista del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale. vedi ad es. C. Cost. s. 73/2001; BVerfG 111, 307 (2004) *Görgülü*. In dottrina: M. HERDEGEN, *Review of the Security Council by National Courts: A Constitutional Perspective*, in E. DE WET e A. NOLLKAEMPER (eds.), *Review of the Security Council by Member States*, cit., p. 77.

³⁵ Ai sensi dell'art. 35(1) TUE la CGE era «competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni quadro e delle decisioni,

vano tra gli atti sottoponibili al sindacato della CGE³⁶. La giurisdizione della CGE e del TPG sugli atti adottati nel I pilastro era invece formalmente riconosciuta negli artt. 230 e 234 Trattato CE (TCE), istitutivi del ricorso per annullamento e del rinvio pregiudiziale³⁷.

sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse». Ai sensi dell'art. 35(6) TUE, poi, la CGE era «competente a riesaminare la legittimità delle decisioni-quadro e delle decisioni nei ricorsi proposti da uno Stato membro o dalla Commissione per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere». Il Trattato di Lisbona estende la piena giurisdizione della CGE sulle materie afferenti al III pilastro dell'UE. Si noti tuttavia che, ai sensi dell'art. 275(1) TFUE la CGE continua a rimanere «non [...] competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, né per quanto riguarda gli atti adottati in base a dette disposizioni». Cfr. R. PASSOS, *Le système juridictionnel de l'Union*, in G. AMATO ET AL. (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, cit., p. 571 e il testo di accompagnamento alla nota 140 *infra*.

³⁶ L'inammissibilità di un ricorso avverso ad una posizione comune è stata confermata dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee nella *Organisation des Modjbedines du peuple d'Iran (OMPI) c. Consiglio dell'UE*, Causa T-228/02 [2006] ECR II-4665. In dottrina vedi: E. SPAVENTA, *Fundamental What? The Difficult Relationship Between Foreign Policy and Fundamental Rights*, in B. DE WITTE e M. CREMONA (eds.), *EU Foreign Relations Law*, cit.

³⁷ Ai sensi dell'art. 230(4) TCE qualsiasi persona fisica o giuridica poteva proporre «ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente». Vedi M. CARTABIA – J. WEILER, *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 55 e per un'analisi critica sull'interpretazione restrittiva data dalla CGE a tali previsioni sul *locus standi* cfr. X. LEWIS, *Standing of Private Plaintiffs to Annul Generally Applicable European Community Measures*, in *Fordham International Law Journal*, 30, 2007, p. 1469. Il Trattato di Lisbona ha mantenuto tale disposizione rendendo però *prima facie* più ampie le maglie del ricorso individuale diretto alla CGE: l'art. 263(4) TFUE afferma ora infatti che «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al 1° e 2° co., un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione». Per una prima lettura di tale disposizione cfr. R. PASSOS, *Le système juridictionnel*, cit., p. 575 e M. CHITTI, *La giurisdizione*, in F. BASSANINI – G. TIBERI (a cura di), *Le Nuove Istituzioni Europee: Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, p. 361. Ai sensi dell'art. 234 TCE, invece, la CGE era «competente a pronunciarsi in via pregiudiziale: (a) sull'interpretazione del presente trattato, (b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della CE». Vedi A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997. Il Trattato di Lisbona ha conservato intatta ed invariata questa norma chiave dell'architettura giuridica dell'UE, provvedendo solo a rinumerarla come art. 267 TFUE. In materia cfr. anche M. WIND ET AL., *The Uneven Legal Push for Europe*, in *EU Politics*, 10(1), 2009, p. 63.

Nelle sentenze *Yusuf*³⁸ e *Kadi*³⁹ del 2005, tuttavia, il TPG negò di spontanea volontà la propria competenza a sindacare la legittimità del regolamento CE che dava attuazione nell'ordinamento giuridico comunitario alla risoluzione dell'ONU.

A giudizio del TPG, infatti, per poter decidere circa la compatibilità delle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU con i diritti fondamentali riconosciuti come principi generali dell'UE era necessario esaminare preliminarmente «il legame tra l'ordinamento giuridico internazionale creato dall'ONU e l'ordinamento giuridico nazionale o comunitario»⁴⁰. Secondo il giudice comunitario, tuttavia, la Carta dell'ONU prevaleva «incontestabilmente su qualsiasi altro obbligo di diritto interno o di diritto internazionale pattizio»⁴¹, incluso il TCE: tale supremazia si estendeva peraltro alle risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza⁴². Inoltre, la CE doveva considerarsi «vincolata agli obblighi derivanti dalla Carta dell'ONU, alla stessa stregua dei suoi Stati membri»⁴³ in virtù dell'assunzione di competenze «precedentemente esercitate dagli Stati membri nell'ambito di applicazione della

³⁸ Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Abmed A. Yusuf & Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'UE e Commissione CE*, causa T-306/01, sentenza del 21 settembre 2005.

³⁹ Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Yassin a. Kadi c. Consiglio dell'UE e Commissione della CE*, causa T-315/01, sentenza del 21 settembre 2005.

⁴⁰ Id., punto 178.

⁴¹ Id., punto 181.

⁴² La sentenza della CGE conferma pertanto grande rispetto per il diritto internazionale e si conforma ad una lettura costituzionalistica della Carta dell'ONU, a sostegno della quale vedi B. FASSBENDER, *The UN Charter as Constitution of the International Community*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1998, p. 529. Con specifico riferimento alle preoccupazioni circa il rispetto del principio del *due process* generate dal sistema di sanzioni utilizzato dal Consiglio di Sicurezza vedi tuttavia B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council*, cit. e la letteratura citata alla nota 25 *supra*. Da questo punto di vista, l'internazionalismo del TPG è stato applaudito da alcuni. Vedi per esempio P. STANGOS – G. GRYLLOS, *Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international: leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2006, p. 466. Nondimeno, una serie di critiche sono state sollevate sull'adeguatezza di questo approccio per dare conto del rapporto tra gli ordini giuridici dell'ONU, dell'UE e dei suoi Stati membri. Vedi, per una riflessione che tiene conto anche della successiva sentenza d'appello della CGE e distingue tra un approccio costituzionalistico ed uno pluralistico al diritto internazionale, D. HALBERSTAM e E. STEIN, *The United Nations, the European Union and the King of Sweden*, cit. e G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *Jean Monnet Working Paper*, No. 1, 2009 e la letteratura citata alla nota 123 *infra*.

⁴³ *Kadi*, cit., punto 193 Secondo M. NETTESHEIM, *UN Sanctions Against Individuals*, cit., p. 574 questo argomento è «somewhat surprising».

Carta dell'ONU»⁴⁴. Il TPG affermò perciò che la Carta dell'ONU e gli atti adottati in base a questa dovevano prevalere anche sui principi costituzionali dell'UE⁴⁵.

Di conseguenza, il TPG argomentò che in tale situazione una «limitazione [delle sue] competenze»⁴⁶ era necessaria dal momento che «qualsiasi controllo della legittimità interna del regolamento impugnato, in particolare rispetto alle disposizioni o ai principi generali del diritto comunitario in materia di tutela dei diritti fondamentali, [avrebbe] implic[ato] dunque la verifica da parte del Tribunale, in via incidentale, della legittimità»⁴⁷ di una superiore risoluzione del Consiglio di Sicurezza. Tuttavia, al fine di evitare una totale «judicial abdication»⁴⁸, che avrebbe generato gravi lacune nella tutela dei diritti fondamentali⁴⁹, il TPG si riconobbe competente a verificare indirettamente la legalità della risoluzione del Consiglio di Sicurezza rispetto alle «norme superiori del diritto internazionale appartenenti allo *jus cogens* e, in particolare, [a]lle norme imperative che riguardano la tutela universale dei diritti dell'uomo, cui né gli Stati membri né le organizzazioni dell'ONU possono derogare»⁵⁰.

Ciò nonostante, il controllo delle potenziali violazioni dei diritti fondamentali esercitato sulla base dello *jus cogens* risultò essere nei fatti assai limitato⁵¹. Il TPG escluse di poter «verificare l'assenza di errori di valutazione dei fatti e degli elementi di prova che il Consi-

⁴⁴ *Kadi*, cit., punto 203. Per una descrizione della teoria della successione, in base alla quale la CE ha assunto tutte le responsabilità degli Stati membri nei campi ora coperti dal diritto comunitario – una teoria originariamente elaborata con riferimento al GATT: Corte di giustizia delle Comunità europee, *International Fruit Company*, cause riunite C-21/72 e C-24/72, sentenza del 12 dicembre 1972 (sulla successione della CE agli Stati membri nei rapporti commerciali entro il GATT) e per una difesa del suo uso nel caso *de qua* vedi C. TOMUSCHAT, *Case Note: Kadi v. EU Council and Commission*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, pp. 542-543.

⁴⁵ Il che sembra contraddire la gerarchia delle fonti quale normalmente intesa a livello dell'UE. Vedi A. ROSAS, *The European Court of Justice and Public International Law*, in J. WOUTERS, A. NOLLKAEMPER e E. DE WET (eds.), *The Europeanisation of International Law*, Cambridge, 2008, p. 78.

⁴⁶ *Kadi*, cit., punto 218.

⁴⁷ *Id.*, punto 215.

⁴⁸ P. EECKHOUT, *Community Terrorism Listing*, cit., p. 205.

⁴⁹ M. NETTESHEIM, *UN Sanctions Against Individuals*, cit., p. 574.

⁵⁰ *Kadi* cit., punto 231 Per una critica di questo ragionamento vedi però B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di Sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del tribunale di primo grado*, in *Diritto Unione Europea*, 2006, p. 333.

⁵¹ N. LAVRANOS, *Judicial Review of UN Sanctions* cit., p. 475. *Contra* C. TOMUSCHAT, *Case Note*, cit., p. 551, il quale sostiene che «the judgment show that the CFI did not confine its assessment to *jus cogens* proper, but resorted to applying to their full extent the standards evolved in the practice of the EC judicial bodies».

glio di Sicurezza ha considerato a sostegno delle misure adottate»⁵². Ed al contrario affermò che «sapere se un individuo o un'organizzazione rappresenti una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale, così come sapere quali misure vadano prese nei confronti degli interessati per bloccare tale minaccia, implica una valutazione politica e giudizi di valore che, in via di principio, attengono alla competenza dell'autorità cui la comunità internazionale ha affidato la responsabilità principale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale»⁵³. La decisione del TPG, in conclusione, ebbe l'effetto di privare a livello comunitario le persone colpite dalle sanzioni ONU del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo⁵⁴.

Le sentenze del TPG nei casi *Yusuf* e *Kadi*, tuttavia, ebbero una ricaduta anche a livello nazionale⁵⁵. Nella maggior parte dei paesi dell'UE i tribunali amministrativi possono giudicare della compatibilità di specifiche decisioni amministrative nazionali (e.g. relative al congelamento di fondi di una persona iscritta nelle liste nere) con l'atto legislativo che le autorizza: ovvero, in questo caso, un regolamento CE⁵⁶. Secondo la giurisprudenza *Foto-Frost*⁵⁷, però, i giudici nazionali non hanno il potere di invalidare autonomamente un atto CE, ma debbono rinviare la questione ai giudici comunitari⁵⁸. In caso di dubbio circa la legalità di un regolamento anti-terrorismo della CE, i giudici nazionali avrebbero pertanto potuto attivare la procedura dell'art. 234 TCE. Se la questione avesse raggiunto la CGE, tuttavia, l'immunità garantita dalla giurisprudenza *Kadi* avrebbe (probabil-

⁵² *Kadi*, cit., punto 284.

⁵³ Id. Secondo S. ADAM, *Les résolutions du Conseil de sécurité de l'Onu à l'épreuve des juridictions communautaires: Variations autour de la justiciabilité*, in F. SNYDER et al. (eds.), *The evolution of the European Courts*, Bruxelles, 2009 (in corso di pubblicazione), p. 10 il TPG nella sentenza *Kadi* ha essenzialmente adottato «les théories de l'acte de gouvernement [...] et des *political questions*». Vedi la nota 106 *infra*.

⁵⁴ C. ECKES, *Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures - The Yusuf and Kadi Judgments of the CFI*, in *European Law Journal*, 14, 2008, p. 82; T. TRIDIMAS e J. GUTIERREZ-FONS, *EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism*, cit., p. 682. Difende tuttavia le argomentazioni del TPG, S. BROWN, *Kadi v. Council: Executive Power and Judicial Supervision at the European Level*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 468 il quale sostiene che il TPG «has a responsibility not to hinder the effective implementation of peaceable measures adopted to combat terrorism. [Freezing of funds] broadly speaking, therefore, should receive judicial backing».

⁵⁵ Vedi N. LAVRANOS, *Judicial Review of UN Sanctions*, cit., p. 486.

⁵⁶ M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004.

⁵⁷ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Foto-Frost*, causa 314/85, sentenza del 22 ottobre 1987.

⁵⁸ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 299; J.C. GAUTRON, *Droit européen*, Paris, 2006, p. 175.

mente) impedito nuovamente ai giudici europei di sindacare la legalità di un regolamento attuativo di una risoluzione ONU, con effetti assai negativi per la tutela giurisdizionale dei singoli⁵⁹.

D'altra parte, nessun ricorso giudiziario avverso le contestate misure anti-terrorismo poteva essere esperito dagli interessati dinnanzi alla Corte CEDU, la quale opera come una corte di ultima istanza per la tutela dei diritti in Europa⁶⁰. In primo luogo – come recentemente riaffermato nella sentenza *Behrami & Saramati*⁶¹ nella quale la Corte CEDU ha stabilito l'insindacabilità della condotta degli Stati contraenti nell'espletamento di missioni militari sotto egida dell'ONU – la Corte CEDU non è competente *ratione personae* a controllare la legalità degli atti del Consiglio di Sicurezza dell'ONU⁶². Sin dalla decisione *CFDT*⁶³, inoltre, la Corte CEDU ha dichiarato inammissibili tutte le impugnazioni dirette di atti della CE, dal momento che né quest'ultima né l'UE sono parti contraenti della CEDU⁶⁴. La Corte

⁵⁹ P. EECKHOUT, *Community Terrorism Listing*, cit., p. 202. Questa ipotesi è sviluppata in astratto nella misura in cui assume che la CGE, adita su rinvio pregiudiziale sulla validità di un regolamento CE operante come base giuridica per un atto amministrativo interno, avrebbe seguito lo stesso ragionamento del TPG nel caso *Kadi*. Nei fatti l'ipotesi di cui si tratta non si è mai verificata dal momento che la CGE è stata capace di ribaltare il verdetto del TPG nel caso *Kadi* in appello: vedi il paragrafo 5 *infra*.

⁶⁰ E.U. PETERSMANN, *Human Rights and 'Constitutional Justice' Require Citizen-oriented Adjudication in International Economic Law*, in *European Journal of International Law*, 20, 2008, p. 1.

⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo [GC], *Behrami and Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, ricorsi n. 71412/01 e 78166/01, sentenza del 31 maggio 2007.

⁶² Per un commento alla decisione vedi P. PALCHETTI, *Azioni di forza istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2007, p. 681 e A. SARI, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: the Behrami and Saramati Cases*, in *Human Rights Law Review*, 8, 2008, p. 151.

⁶³ *Confédération Française Démocratique du Travail v. EEC (CFDT)*, ECHR [1978], Application No. 8030/77.

⁶⁴ E. ALKEMA, *The EC and the European Convention on Human Rights: Immunity and Impunity for the Community?*, in *Common Market Law Review*, 16, 1979, p. 508. Nell'Opinione 2/94 *Sull'adesione dell'UE alla CEDU* [1996] ECR I-1759 la CGE ha inoltre escluso che l'UE potesse accedere alla CEDU in assenza di una modifica al diritto primario dell'UE. Dal punto di vista pratico, nondimeno, attraverso l'opera giurisprudenziale di convergenza della CGE e della Corte CEDU il problema dell'adesione dell'UE alla CEDU è stato parzialmente ridotto (anche se non cancellato). Si veda in letteratura L. SCHEECK, *Solving Europe's Binary Human Rights Puzzle. The Interaction Between Supranational Courts as a Parameter of European Governance*, in *Questions de recherche de Science Po*, No. 15, 2005 e M.E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 91. Circa la possibilità dell'adesione dell'UE alla CEDU in seguito

CEDU può essere adita dai singoli, in seguito all'esaurimento delle vie di ricorso interne, solo per verificare la compatibilità con i diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU delle misure adottate dagli Stati contraenti⁶⁵.

Nella sentenza *Matthews v. UK*⁶⁶ la Corte CEDU ha riconosciuto anche il proprio potere di sindacare la legalità degli atti degli Stati contraenti che modificano il diritto primario dell'UE⁶⁷. La decisione in questione, tuttavia, era giustificata dal fatto che l'atto contestato (relativo alle norme per l'elezione del Parlamento Europeo) non poteva essere impugnato dinnanzi alla CGE «for the very reason that it [was] not a 'normal' act of the Community, but [it was] a treaty within the Community legal order»⁶⁸. Come verrà ribadito nel prossimo paragrafo, invece, sin dalla sentenza *M. & co. v Germany*⁶⁹, la Corte CEDU ha stabilito che, se l'atto di uno stato contraente sottoposto al suo scrutinio si limita ad implementare una disposizione della CE o dell'UE, vale una presunzione di legalità: la Corte CEDU pertanto esercita un controllo indiretto sulla legalità di una misura dell'UE attraverso un controllo sulla misura nazionale di attuazione solo in casi specifici e quasi ipotetici⁷⁰.

In conclusione, emerge dall'analisi che precede come un controllo giurisdizionale effettivo sulla legalità delle misure anti-terrorismo fosse originariamente assente sia nella *law in the books* che nella *law in action* di ciascuno dei tre gradini del sistema europeo multilivello di tutela dei diritti. Vuoi per i limiti formali alla giurisdizione derivanti

all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona vedi il testo di accompagnamento alla nota 144 *infra*.

⁶⁵ Sul funzionamento della CEDU si rinvia a H. KELLER – A. STONE SWEET (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on the National Legal Systems*, Oxford, 2009.

⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo [GC], *Matthews c. Regno Unito*, ricorso n. 24833/94, sentenza del 18 febbraio 1999.

⁶⁷ I. CANOR, *Primus inter Pares. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe*, in *European Law Review*, 25, 2000, p. 3; H.C. KRUGER – J. POLAKIEWICZ, *Proposal for a Coherent Human Rights Protection System in Europe: The ECHR and the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Human Rights Law Review*, 22, 2001, p. 1.

⁶⁸ *Matthews*, cit., par. 33.

⁶⁹ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *M & co. c. Germania*, ricorso n. 13258/87, decisione del 9 febbraio 1990.

⁷⁰ Secondo D. HARRIS, M. O'BOYLE e C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1995, p. 28, «the case involves a disappointing surrender of competence by [...] Strasbourg»: citato in L. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 35, 1998, p. 655. Vedi anche la letteratura citata alla nota 108 *infra*.

dai trattati europei o dalla CEDU, vuoi per l'auto-imposto *self-restraint* dei giudici comunitari derivante dalla giurisprudenza *Yusuf e Kadi*, né la CGE né i tribunali degli Stati membri dell'UE e la Corte CEDU risultavano competenti ad intervenire nel campo della sicurezza nazionale per sindacare la legalità delle sanzioni anti-terrorismo imposte dall'ONU. Ciò produsse un serio problema di ineffettività nella protezione dei diritti fondamentali nel sistema europeo multilivello, a causa dell'impossibilità per le persone colpite dalle sanzioni anti-terrorismo in violazione dei loro diritti fondamentali di ottenere un rimedio dinnanzi ad un'istanza giurisdizionale.

4. *Gli insoddisfacenti sviluppi della giurisprudenza delle corti europee*

La lacuna nella protezione dei diritti fondamentali generata dall'originaria assenza di rimedi giurisdizionali effettivi per gli individui e le organizzazioni colpiti dalle risoluzioni anti-terrorismo dell'ONU spinse i giudici europei a reagire elaborando alcuni possibili antidoti giurisprudenziali⁷¹. Benché rilevanti in sé, dal punto di vista pratico, tuttavia, questi sviluppi risultarono inadeguati per rispondere al problema di ineffettività che si era verificato nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti. Da un lato, questi nuovi meccanismi giurisprudenziali non erano in grado di migliorare la protezione garantita alle persone fisiche e giuridiche le cui proprietà finanziarie erano state congelate in assenza di *due process*. Dall'altro lato, inoltre, essi rischiavano di porre a rischio la stabilità dell'intera architettura europea tramite la messa in discussione di consolidati principi quali, in particolare, il monopolio della CGE a dichiarare l'invalidità di atti adottati dalle istituzioni dell'UE.

In primo luogo, nella sentenza *Segi*⁷², la CGE adottò un'interpretazione teleologica⁷³ delle disposizioni del TUE regolanti la sua giu-

⁷¹ M. ROSENFELD, *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, p. 647 ha sottolineato come le corti imparino dalla loro esperienza diretta e possano progressivamente calibrare le loro risposte tenendo in considerazione quali erano stati gli effetti delle loro precedenti decisioni.

⁷² Corte di giustizia delle Comunità europee, *Segi et al. c. Consiglio dell'UE*, causa C-355/04, sentenza del 27 febbraio 2007. Vedi anche Corte di giustizia delle Comunità europee, *Gestoras Pro Aministia c. Consiglio dell'UE*, Causa C-354/04, del 27 febbraio 2007.

⁷³ Sull'interpretazione teleologica nella giurisprudenza della CGE vedi J. BENOETXEA, N. MACCORMICK e L. MORAL SORIANO, *Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in G. DE BURCA e J. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, 2001, p. 43; M.P. MADURO, *Inter-*

risdizione nei pilasti intergovernativi dell'UE al fine di estendere il proprio controllo sulle posizioni comuni (adottate sia nei campi della politica estera e di sicurezza che della giustizia ed affari interni)⁷⁴. A giudizio della CGE, «una posizione comune non dovrebbe, di per sé, produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Per questo motivo, nel sistema istituito dal Titolo VI del TUE, solo le decisioni-quadro e le decisioni possono formare oggetto di un ricorso di annullamento [o di un rinvio pregiudiziale] dinanzi alla Corte di Giustizia»⁷⁵. Tuttavia, se le istituzioni dell'UE adottano una posizione comune diretta a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, è necessario non «interpretare restrittivamente l'art. 35 TUE»⁷⁶ e, «pertanto, una posizione comune che, in forza del suo contenuto, abbia una portata che supera quella attribuita dal TUE a questo genere di atti deve poter essere sottoposta al sindacato della Corte»⁷⁷.

In conseguenza della giurisprudenza *Segi* «un giudice nazionale cui è stata sottoposta una controversia che [...] sollevi la questione della validità o dell'interpretazione di una posizione comune [...] e che nutre un fondato dubbio che tale posizione comune produca in realtà effetti giuridici nei confronti di terzi potrebbe chiedere alla CGE di pronunciarsi in via pregiudiziale»⁷⁸. Nonostante la portata innovativa della decisione⁷⁹, tuttavia, la soluzione offerta dalla CGE per rimediare al *gap* di effettività nella tutela dei diritti risultava insoddisfacente⁸⁰. Da un lato, infatti, il linguaggio utilizzato dal TPG nel caso *Kadi* sembrava escludere che i giudici comunitari potessero sindacare qualsiasi atto dell'UE (e quindi anche una posizione comune) che fosse una semplice implementazione di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza⁸¹. Dall'altro, soprattutto, la possibilità per i giudici nazionali di sollevare questione pregiudiziale restava vinco-

preting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism, in *European Journal of Legal Studies*, 1, 2007, p. 1.

⁷⁴ Vedi S. PEERS, *Salvation Outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar After the Pupino and Segi Judgments*, in *Common Market Law Review*, 44, 2007, p. 888 e la nota 35 *supra*.

⁷⁵ *Segi*, cit., punto 52.

⁷⁶ *Id.*, punto 53.

⁷⁷ *Id.*, punto 54.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ E. SANFUTOS CANO, *The third pillar and the European Court of Justice: a 'Praetorian Communitarisation' of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters?*, in E. GUILD ET AL. (eds.), *Security v Justice? Police and Judicial Cooperation in the EU*, London, 2008, p. 51.

⁸⁰ S. PEERS, *Salvation Outside the Church*, cit., p. 895.

⁸¹ Vedi S. ADAM, *Les résolutions du Conseil de sécurité de l'Onu*, cit..

lata ex art. 35 TUE all'accettazione da parte degli Stati membri della giurisdizione della CGE⁸².

Gli Stati membri dell'UE infatti dovevano accettare che la CGE fosse competente a pronunciarsi in via pregiudiziale nelle materie afferenti al III pilastro e potevano inoltre decidere di restringere agli organi giudiziari nazionali di ultima istanza il potere di sollevare questioni pregiudiziali dinnanzi alla CGE. Dal momento che solo alcuni degli Stati membri avevano riconosciuto la giurisdizione della CGE (e alcuni di questi avevano limitato il potere di rinvio ai soli giudici di ultimo grado) in questo campo prevaleva una geometria variabile⁸³. Da questo punto di vista, pertanto, la possibilità, per le persone colpite dalle sanzioni anti-terrorismo contenute in una posizione comune, di ottenere un rimedio giurisdizionale (tramite rinvio pregiudiziale sulla legalità di detta posizione comune) era limitata e essenzialmente incerta, nella misura in cui dipendeva dal fatto (invero casuale) che la persona interessata agisse in giudizio in uno degli Stati membri che autorizzavano il rinvio pregiudiziale alla CGE piuttosto che in un altro Stato membro⁸⁴.

Anche nel I pilastro dell'UE i giudici comunitari tentarono di fornire un rimedio alla lacuna nella protezione dei diritti creata dalla giurisprudenza *Kadi*⁸⁵. Nel caso *Ayadi*⁸⁶, in particolare, il TPG, pur

⁸² Ai sensi dell'art. 35(2) TUE nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, ogni Stato membro poteva accettare che la CGE fosse «competente a pronunciarsi in via pregiudiziale». L'art. 35(3) specificava poi che «lo Stato membro che effettu[asse] una dichiarazione a norma del co. 2 precisa[va] che: (a) ogni giurisdizione di tale Stato avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno [potesse] chiedere alla CGE di pronunciarsi in via pregiudiziale su questione sollevata in giudizio pendente davanti a tale giurisdizione [...]; (b) ogni giurisdizione di tale Stato [potesse] chiedere alla CGE di pronunciarsi in via pregiudiziale su questione sollevata in giudizio pendente davanti a tale giurisdizione». In letteratura vedi A. ARNULL, *Les incidences du traité d'Amsterdam sur la Cour de Justice des CE*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2000, p. 227. Circa l'effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona su tale disposizione si rinvia alla nota 35 *supra*.

⁸³ Come indica S. PEERS, *Salvation Outside the Church*, cit., p. 886 solo 14 Stati membri dell'UE avevano accettato la giurisdizione facoltativa della CGE nel III pilastro e 2 di essi avevano ristretto il potere di sollevare una questione pregiudiziale comunitaria ai soli giudici nazionali di ultima istanza.

⁸⁴ Gli effetti perversi della geometria variabile della giurisdizione della CGE nel campo della giustizia e degli affari interni sono stati sottolineati in dottrina. Si veda K. LENAERTS e L. JADOU, *Quelle contribution de la Cour de Justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in G. DE KERCHOVE ET AL. (eds.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspective*, Bruxelles, 2002.

⁸⁵ M. NETTESHEIM, *UN Sanctions Against Individuals*, cit., p. 574.

⁸⁶ Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Chakif Ayadi c. Consiglio*

confermando la *ratio decidendi* della sua precedente sentenza, riconobbe che le persone colpite dalle misure di congelamento dei fondi imposte dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU, avevano diritto alla protezione diplomatica, da parte dello Stato membro competente, dinanzi al Comitato ausiliario del Consiglio di Sicurezza affinché il loro nominativo fosse espunto dalle liste nere⁸⁷. Inoltre, il TPG stabilì che gli interessati avevano «la possibilità di proporre un ricorso giurisdizionale fondato sul diritto interno dello Stato del governo interpellato, e persino direttamente sul regolamento impugnato e sulle risoluzioni pertinenti del Consiglio di Sicurezza da questo attuate, contro un eventuale rifiuto abusivo dell'autorità nazionale competente di sottoporre il loro caso al Comitato per le sanzioni»⁸⁸.

Nonostante la creazione di un nuovo diritto di ricorso in giudizio negli ordinamenti nazionali⁸⁹, la giurisprudenza *Ayadi* non raggiungeva l'obiettivo di porre rimedio all'assenza di un controllo giurisdizionale sulla legalità dei regolamenti CE attuativi delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU⁹⁰. Dal momento che la protezione diplomatica è concessa dagli Stati sulla base di una decisione politica e discrezionale, non è possibile considerarla equivalente all'azione in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.⁹¹ Le procedure di *listing* e *delisting* degli individui e delle organizzazioni sospettate di finanziare il terrorismo sono basate sul consenso tra gli Stati parte del Consiglio di Sicurezza ed essenzialmente confidenziali⁹². Richiedere agli Stati membri dell'UE di prendere sul serio il proprio dovere di rappresentare in sede ONU gli interessi delle persone sottoposte alla loro giurisdizione era certamente un

dell'UE, causa T-253/02, sentenza del 12 luglio 2006. Vedi anche Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Faraj Hassan c. Consiglio dell'UE e Commissione della CE*, Causa T-49/04, sentenza del 12 luglio 2006.

⁸⁷ A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza*, cit., p. 282.

⁸⁸ *Ayadi*, cit., punto 150.

⁸⁹ P. EECKHOUT, *Community Terrorism Listing*, cit., p. 188 sottolinea come questa obbligazione in capo agli Stati membri «stem from their duty to respect fundamental rights as general principles of Community law». In tal senso, la decisione del TPG estende il concetto di atto domestico che può essere sottoposto allo scrutinio dei giudici comunitari circa il rispetto dei diritti umani quali principi generali dell'ordinamento UE. Cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles*, cit., p. 319.

⁹⁰ M. NETTESHEIM, *UN Sanctions Against Individuals*, cit., p. 575.

⁹¹ La Corte di Giustizia Internazionale ha riconosciuto invero nella sua decisione *Barcelona Traction, Light and Power Co. Lmt. (Belgium v. Spain)*, ICJ Rep. 1970, p. 45, §79 che lo Stato è «the sole judge to decide whether its [diplomatic] protection will be granted, to what extent its granted and when it will cease».

⁹² J. FROWEIN, *The Anti-Terrorism Administration*, cit.; C. FEINAUGLE, *The UN Security Council and the Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee*, cit.

passo in avanti ma non era un passo sufficiente ad assicurare agli interessati un rimedio effettivo⁹³.

Una possibile risposta all'insufficiente protezione dei diritti delle persone colpite dalle sanzioni anti-terrorismo avrebbe potuto avere luogo a livello nazionale. Com'è noto, invero, le Corti Supreme e Costituzionali di diversi Stati membri dell'UE hanno accettato la supremazia del diritto comunitario con riserve, rinunciando tuttavia a sindacare la legittimità degli atti dell'UE fintanto che l'UE assicura un sistema di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello nazionale⁹⁴. L'assenza di un rimedio giurisdizionale a livello UE avverso un regolamento CE attuativo di una risoluzione ONU avrebbe perciò potuto indurre le Corti Costituzionali nazionali a ricorrere alla propria giurisprudenza *Solange* e dichiarare direttamente invalido il

⁹³ M. NETTESHEIM, *UN Sanctions Against Individuals*, cit., p. 575; H. AUST, *Between Self-Assertion and Deference: European Courts and their Assessment of UN Security Council Resolutions*, in VIII *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2008, p. 64.

⁹⁴ La teoria della supremazia del diritto CE sul diritto interno (anche di rango costituzionale) con riserva della tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale relativi alla tutela dei diritti umani è stata elaborata originalmente dalla Corte Costituzionale italiana e dal Tribunale Costituzionale federale tedesco. Vedi le sentenze: C. Cost s. 183/1973 *Frontini*; BVerfG 37, 271 (1974) *Solange I*; C. Cost 170/1984 *Granital*; BVerfG 73, 339 (1986) *Solange II*; BVerfG 89, 155 (1993) *Maastricht Urteil*. Dottrine sostanzialmente equivalenti a quella dei 'contro-limiti' hanno successivamente trovato riconoscimento anche nella giurisprudenza di altri Corti Supreme e Costituzionali europee. Si vedano per esempio le decisioni sulla costituzionalità del Trattato Costituzionale Europeo del Consiglio Costituzionale francese – Décision 2004-505 DC – e del Tribunale Costituzionale spagnolo – 1/2004 DTC – e le decisioni sulla costituzionalità delle leggi di implementazione della direttiva quadro sul mandato d'arresto europeo dalla Corte Costituzionale polacca – P 1/05 (2005) – e della Corte Costituzionale ceca – Pl US 66/04 (2006). La letteratura in materia è estremamente vasta. Si vedano tra gli altri M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, passim; M.P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 501; T. PAPADIMITRIOU, *Constitution européenne et constitutions nationales: l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol*, in *Cahier du Conseil Constitutionnel*, 18, 2005, p. 218; J. KOMAREK, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant*, in *Common Market Law Review*, 44, 2007, p. 9; W. SADUSKI, 'Solange, Chapter 3': *Constitutional Courts in Central Europe - Democracy - European Union*, in *European Law Journal*, 14(1), 2008, p. 1; J. BAQUERO CRUZ, *The Legacy of the Maastricht Urteil and the Pluralist Movement*, in *European Law Journal*, 14(4), 2008, p. 389; N. LAVRANOS, *Toward a Solange-Method between International Courts and Tribunals*, in Y. SHANY ET AL. (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy & Subsidiarity*, Oxford, 2008, p. 217.

regolamento CE⁹⁵. Questa opzione nei fatti non si è verificata, ma è probabile che i suoi effetti non sarebbero stati davvero soddisfacenti. In chiave sistemica, l'intervento dei supremi giudici nazionali avrebbe minato la stabilità dell'edificio comunitario, che richiede che sia la CGE ad annullare gli atti dell'UE⁹⁶.

Vi sono poi numerosi dubbi sul fatto che i tribunali nazionali avrebbero potuto essere più sensibili alle richieste di tutela dei diritti fondamentali sollevate dalle persone colpite dalle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU⁹⁷. Dai pochi casi disponibili emerge infatti che la giurisprudenza delle corti nazionali sulle *smart sanctions* è stata tanto deferente quanto quella del TPG nei confronti dei *political branches of government*. Così, se la Corte suprema federale svizzera – in uno Stato europeo non membro dell'UE – ha seguito nel caso *Nada*⁹⁸ esattamente la stessa motivazione adottata dal TPG nella sentenza *Kadi* per declinare la propria giurisdizione⁹⁹, il Consiglio di Stato francese, nella decisione *Association Secours Mondial*¹⁰⁰, pur riconoscendo la sua competenza a sindacare la legittimità di un decreto ministeriale attraverso il quale i fondi di un'associazione sospetta venivano congelati, si è pronunciata contro i ricorrenti¹⁰¹, poiché «il ne

⁹⁵ N. LAVRANOS, *Judicial Review of UN Sanctions*, cit., p. 489; P. ECKHOUT, *Community Terrorism Listing*, cit., p. 202.

⁹⁶ B. DE WITTE, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG e G. DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, p. 177.

⁹⁷ A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza*, cit., p. 430; G. DELLA CANA-NEA, *Global Security and Procedural Due Process*, cit., p. 525.

⁹⁸ *Youssef Nada v. SECO* 1A.45/2007/daa sentenza del 14 novembre 2007.

⁹⁹ Lo stesso ragionamento è stato seguito anche dalla Corte Suprema federale svizzera nel caso *A v. Département federal de l'économie* 2A.783/2008/svc sentenza del 23 gennaio 2008.

¹⁰⁰ C.E. No. 262626, *Association Secours Mondial de France*, decisione del 3 novembre 2004.

¹⁰¹ S. ADAM, *Global Security Challenges and Due Process of Law. The ECJ at the Crossroad between National, Regional and Universal Interest*, in G. MARTINICO ET AL. (eds.), *Shaping Rule of Law*, cit. Si noti che il Consiglio di Stato francese ricorre alla tecnica dell'errore manifesto d'apprezzamento e non ai normali criteri di sindacato della legittimità dell'atto amministrativo, ovvero il controllo di proporzionalità che è – sin dalla decisione C.E. No. 78825 *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Fédération des Défenses des Personnes Concernées par le Projet Ville Nouvelle Est de Lille*, decisione del 28 maggio 1971 – normalmente utilizzato nel contenzioso amministrativo. Come sottolinea W. SADURSKI, «Reasonableness» and Value Pluralism in Law and Politics, in *EUI Working Papers*, No. 13, 2008, p. 4 il controllo dell'errore manifesto di apprezzamento rappresenta un test giurisdizionale debole e «only extremely irrational, arbitrary, unwise legal rules will fall victim of such test of reasonableness».

ressort pas des pièces du dossier que le ministre [ait], dans ces circonstances, commis une erreur d'appréciation.»¹⁰²

D'altra parte, la stessa Camera dei Lord inglese nella decisione *Al-Jedda*¹⁰³ – la quale non verteva sulla legittimità delle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU bensì sul potere delle forze armate di detenere individui sospettati di attività terroristiche: un potere, tuttavia, autorizzato in ultima istanza da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza – ha adottato una posizione non troppo diversa, affermando che un atto autorizzato da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU non può essere sottoposto, «for imperative reasons of security»¹⁰⁴, a controllo giudiziario circa la sua conformità con i principi di tutela dei diritti umani riconosciuti dalla CEDU¹⁰⁵. Insomma, come questi brevi riferimenti alla giurisprudenza di alcune corti supreme europee lasciano intendere, diversi giudici nazionali hanno finito nei fatti per abbracciare la teoria dell'*act de gouvernement* o *political question*, dimostrandosi perciò incapaci di fornire una protezione effettiva dei diritti fondamentali degli individui e delle organizzazioni colpite dalle misure dell'ONU¹⁰⁶.

Quanto si viene dicendo circa i giudici nazionali vale d'altra parte anche per la Corte CEDU¹⁰⁷. Sebbene l'UE non sia (ancora) parte della CEDU, la Corte CEDU ha riconosciuto il potere di controllare la compatibilità con la CEDU di atti degli Stati membri dell'UE che si limitano a dare attuazione a livello domestico a disposizioni UE¹⁰⁸.

¹⁰² *Association Secours Mondial*, 7ième considérant.

¹⁰³ *R (on the Application of Al-Jedda) v. Secretary of State* [2007] UKHL 58.

¹⁰⁴ *Al-Jedda* (Bingham of Cornhill L.J. al par. 39).

¹⁰⁵ Vedi F. MESSINEO, *The House of Lords in Al-Jedda and Public International Law: Attribution of Conduct to UN-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 56, 2009, p. 35 e A. SARI, *The Al-Jedda Case Before the House of Lords*, in *Journal of International Peacekeeping*, 13, 2009, p. 181.

¹⁰⁶ Rinvio *funditus* a F. FABBRINI, *Silent enim leges inter arma?*, cit. Il concetto di *political question* è stato elaborato dalla Corte Suprema USA nel caso *Luther v. Borden* 48 U.S. 1 (1849) (sull'insindacabilità giudiziaria di alcune questioni eminentemente politiche) ed è usualmente utilizzato per indicare un'area discrezionale dei *political branches of government* esente da sindacato giurisdizionale. La categoria in dottrina è tuttavia oggetto di contestazione. Vedi L. HENKIN, *Is There a 'Political Question' Doctrine?*, in *Yale Law Journal*, 85, 1976, p. 597; T. FRANCK, *Political Questions, Judicial Answers*, Princeton, 1992; A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, cit., p. 177.

¹⁰⁷ N. LAVRANOS, *Judicial Review of UN Sanctions*, cit., p. 484; A. CIAMPI, *L'Union Européenne et le respect des droit de l'homme dans la mise en oeuvre des sanctions devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2006, p. 85.

¹⁰⁸ S. PEERS, *Limited Responsibility of European Union Member States for Ac-*

Tuttavia, come recentemente ribadito nel caso *Bosphorus*¹⁰⁹, questo controllo non viene esercitato fintantoché l'UE assicura un livello di protezione dei diritti, «as regards both the substantive guarantees offered and the mechanism controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent»¹¹⁰ a quello della CEDU. Secondo la dottrina *Solange* della Corte CEDU¹¹¹, in altri termini, è possibile sindacare un atto dell'UE tramite l'atto nazionale di implementazione solo se l'intero sistema di tutela dei diritti a livello dell'UE dovesse all'improvviso cadere al di sotto degli standard CEDU e se «in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of ECHR rights was [in the EU] manifestly deficient»¹¹².

In quest'ottica, la giurisprudenza *Bosphorus* della Corte CEDU non era capace di dare risposta reale al problema di ineffettività nella tutela dei diritti fondamentali generato dall'assenza di controllo giurisdizionale sulle misure anti-terrorismo a livello dell'UE¹¹³. Emerge quindi, alla fine, come sia le tecniche giurisprudenziali sviluppate dai giudici comunitari nelle sentenze *Segi* e *Ayadi*, sia la dottrina *Solange* delle Corti Supreme e Costituzionali nazionali e della Corte CEDU, sebbene in sé importanti ed innovative, costituissero degli sviluppi insoddisfacenti. Esse infatti non raggiungevano lo scopo di trovare una soluzione all'originaria lacuna del sistema europeo multilivello, vuoi per la loro inattitudine a sostituire il diritto all'accesso ad un'istanza giurisdizionale indipendente (competente a sindacare nel merito la legittimità delle sanzioni anti-terrorismo), vuoi per la loro idoneità solo

tion within the Scope of Community Law. Case Note to Bosphorus Airways v. Ireland, in *European Constitutional Law Review*, 2, 2006, p. 443; S. DOUGLAS-SCOTT, *Case Note Bosphorus v. Ireland*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, p. 243. Circa la possibilità dell'adesione dell'UE alla CEDU in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona vedi il testo di accompagnamento alla nota 144 *infra*.

¹⁰⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo [GC], *Bosphorus Hava Yolları Turizm v. Ireland*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 maggio 2005.

¹¹⁰ Id., punto 155.

¹¹¹ J.P. JACQUÉ, *Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme: L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence «Solange II» de la Cour européenne des droits de l'homme?*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 41, 2005, p. 756; G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: «Solange» Yet Again?*, in AA.VV., *Festschrift Tomuschat*, cit.

¹¹² *Bosphorus*, cit., punto 156.

¹¹³ N. LAVRANOS, *Judicial Review of UN Sanctions*, cit., pp. 484-485 sottolinea come l'effetto della sentenza *Bosphorus* è che «private parties (like Bosphorus) who are affected by UN sanctions or rather European and domestic implementing measures are unable to obtain judicial review from the ECtHR in order to assess their conformity with the ECHR». Vedi anche A. CIAMPI, *L'Unione Européenne et le respect des droits de l'homme*, cit., p. 104.

teorica a rimediare alle disfunzioni giurisdizionali esistenti negli altri livelli della struttura europea.

5. I rimedi offerti dalla Corte di Giustizia e dal Trattato di Lisbona

Un passo importante verso la risoluzione del problema di ineffettività della tutela dei diritti fondamentali nel sistema europeo multilivello è stato fatto dalla CGE nella recente sentenza *Kadi & Al Barakaat*¹¹⁴. La sentenza *Kadi* del TPG fu infatti successivamente impugnata e la CGE fu perciò chiamata a pronunciarsi in ultima istanza sulla legalità di un regolamento CE attuativo di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU che designava, in assenza di *due process of law*, gli individui e le società sospettate di finanziare organizzazioni terroristiche con l'obbligo di congelarne i fondi. Nella sua opinione l'Avvocato Generale Maduro invitò la CGE a rivedere la decisione del TPG, rigettandone in particolare l'assunto che «una volta che il Consiglio di Sicurezza si [sia] pronunciato, la Corte [debba] tacere»¹¹⁵. A giudizio dell'Avvocato Generale, infatti, nessuna *political question doctrine* poteva rendere le norme europee attuative di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU immuni da controllo giudiziario¹¹⁶.

L'Avvocato Generale invitò quindi i colleghi dell'organo giudicante ad «ottemperare con accresciuta attenzione al loro dovere di tutelare lo Stato di diritto»¹¹⁷ nella consapevolezza che «le stesse circostanze che possono giustificare limitazioni eccezionali di diritti fondamentali richiedono altresì che i giudici accertino scrupolosamente se tali limitazioni si spingano oltre quanto necessario»¹¹⁸. Contrariamente al TPG¹¹⁹, pertanto, la Grande Sezione della CGE iniziò il suo ragionamento sottolineando che la CE «è una comunità di diritto nel senso che né i suoi Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale fondamentale costituita dal TCE»¹²⁰. Secondo la CGE, da queste conside-

¹¹⁴ Corte di giustizia delle comunità europee, *Yassin A. Kadi & Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'UE e Commissione della CE*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008.

¹¹⁵ *Kadi* (Opinione dell'AG Maduro), punto 1.

¹¹⁶ Id., punto 33.

¹¹⁷ Id., punto 35.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ Vedi D. HALBERSTAM e E. STEIN, *The United Nations, the European Union and the King of Sweden*, cit., p. 43; G. DE BURCA, *The European Court of Justice*, cit., p. 43.

¹²⁰ *Kadi*, cit., punto 281 che cita la fondamentale Corte di giustizia delle comu-

razioni conseguiva che «gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del TCE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali»¹²¹.

Sulla base di queste premesse la CGE mise da parte le argomentazioni del TPG circa il rapporto tra gli ordini giuridici dell'ONU e dell'UE: pur non negando la natura vincolante delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU e «la prevalenza di tale risoluzione sul piano del diritto internazionale»¹²², derivante dalla Carta dell'ONU, essa riaffermò all'interno del sistema giuridico dell'UE¹²³ il primato dei principi costituzionali dell'UE, «in particolare, [i] principi generali nel cui novero vi sono i diritti fondamentali»¹²⁴. La CGE così escluse che un regolamento CE attuativo di una risoluzione dell'ONU

nità europee, *I Verdi c. Parlamento dell'UE*, causa 294/83, sentenza del 23 aprile 1986 (sulla possibilità di servirsi dell'azione di annullamento contro ad un atto del Parlamento Europeo in ragione della natura costituzionale del TCE).

¹²¹ *Kadi*, cit., punto 285.

¹²² *Id.*, punto 288.

¹²³ La CGE pertanto adotta un approccio interno, costituzionalistico per quanto concerne il rapporto tra i sistemi giuridici dell'ONU e dell'UE. Questa posizione è difesa da N. LAVRANOS, *Case Note: Kadi v. Council*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, p. 174 secondo il quale con la sentenza *Kadi* «the normally applicable hierarchy of norms within the Community legal order remains intact also *vis-à-vis* the UN Charter», e da M. TZANOU, *Case Note: Kadi v. Council*, in *German Law Journal*, 10(2), 2009, p. 142 secondo la quale «there are two reasons that advocate in favour of the ECJ's self-oriented approach: first, [...] the serious deficit of the UN system as regard the observance of fundamental rights [...]. Secondly, the ECJ does not seek to establish itself as the guardian of the global legal order, since it does not review the UNSC resolution but the EC implementing measure». Assai critica verso questa posizione è però G. DE BURCA, *The European Court of Justice*, cit., p. 2 secondo la quale «the judgment is a significant departure from the conventional presentation and widespread understanding of the EU as an actor which maintains a distinctive commitments to international law and institutions». Secondo A. GATTINI, *Case Note: Kadi v. Council*, in *Common Market Law Review*, 46, 2009, p. 224, invece, la sentenza della CGE «gives rise to mixed feelings. On the one hand one can not but welcome the unbending commitment of the ECJ to the respect of human rights, but on the other hand the relatively high price, in terms of coherence and unity of the international legal system [...] is worrying». Per una valutazione dei diversi approcci alla definizione del rapporto tra diritto europeo ed internazionale vedi D. HALBERSTAM e E. STEIN, *The United Nations, the European Union and the King of Sweden* cit., p. 49; S. GRILLER, *International Law, Human Rights and the European Community's Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2008, p. 528; E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di Giustizia nel caso Kadi*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 1075.

¹²⁴ *Kadi*, cit., punto 308.

potesse essere immune da un controllo di costituzionalità, sostenendo invece che «il controllo da parte della Corte della validità di qualsiasi atto comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante dal TCE, quale sistema giuridico autonomo, che non può essere compromessa da un accordo internazionale»¹²⁵.

La CGE affermò chiaramente che «i giudici comunitari devono, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del TCE, garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ivi inclusi gli atti comunitari che, come il regolamento controverso, mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza»¹²⁶. Ed intraprese un rigido ed attento scrutinio del regolamento in oggetto¹²⁷, seguendo ancora l'autorevole opinione dell'Avvocato Generale Maduro, secondo la quale, «in situazioni in cui si trovino in gioco i valori fondamentali della Comunità, può essere chiesto alla Corte di riesaminare, e in caso annullare, provvedimenti adottati dalle istituzioni comunitarie, anche se tali provvedimenti riflettono i voleri del Consiglio di Sicurezza»¹²⁸, onde evitare che «le necessità politiche dell'oggi [...] divengano le realtà giuridiche del domani»¹²⁹.

Nel merito del ricorso per violazione dei diritti fondamentali sollevato dagli appellanti, la CGE mostrò «distrust toward any invasion of *due process*»¹³⁰ e sostenne che «alla luce delle circostanze concrete in cui [era] intervenuta l'inclusione dei nomi dei ricorrenti nell'elenco delle persone e delle entità interessate dalle misure restrittive [...], d[oveva] stabilirsi che i diritti della difesa, in particolare il diritto al contraddittorio e il diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo di

¹²⁵ Id., punto 316. Vi è ampio consenso in dottrina sul fatto che l'approccio della CGE sia preferibile a quello del TPG per quel che concerne la protezione dei diritti fondamentali. Vedi T. TRIDIMAS, *Terrorism and the ECJ: Empowerment and Democracy in the EC Legal Order*, in *European Law Review*, 34, 2009, p. 126 il quale afferma che «on the issue of fundamental rights protection, the ECJ's commitment is to be applauded».

¹²⁶ *Kadi*, cit., punto 326.

¹²⁷ L. CAPPUCCIO, *Il controllo della Corte di Giustizia sugli atti comunitari tra tutela giurisdizionale dei diritti e lotta al terrorismo internazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, p. 904.

¹²⁸ *Kadi* (Opinione dell'AG Maduro), punto 44.

¹²⁹ Id., punto 45.

¹³⁰ T. TRIDIMAS e J. GUTIERREZ-FONS, *EU Law, International Law and Economic Sanctions*, cit., p. 698.

questi ultimi non [erano] stati manifestamente rispettati»¹³¹. In aggiunta, secondo la CGE, il congelamento delle risorse economiche conseguente all'inclusione nella lista delle persone fisiche e giuridiche sospettate di finanziare il terrorismo, «costitu[va anche] una restrizione ingiustificata del [...] diritto di proprietà»¹³². Pertanto, confermando che «in the EU's flawed system of governance, democracy finds solace in judicial review»¹³³, la Corte di Giustizia dichiarò gli appelli fondati ed annullò il regolamento nella misura in cui si applicava ai ricorrenti¹³⁴.

Affermando a livello sovranazionale un rimedio giurisdizionale effettivo per le persone fisiche e giuridiche aversamente colpite dalle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU in violazione dei loro diritti, la decisione della CGE nel caso *Kadi* ha colmato la lacuna nella protezione dei diritti fondamentali del sistema europeo multilivello¹³⁵ e parzialmente anticipato le riforme introdotte dal Trattato di Lisbona¹³⁶. Dopo un lungo periodo di gestazione, infatti, il Trattato di riforma (che recupera buona parte delle modifiche al diritto primario dell'UE già contenute nel defunto Trattato Costituzionale¹³⁷) è stato ratificato

¹³¹ *Kadi*, cit., punto 334.

¹³² *Id.*, punto 370.

¹³³ T. TRIDIMAS, *Terrorism and the ECJ*, cit., p. 103.

¹³⁴ La CGE tuttavia ai sensi dell'art. 231 TCE (rinumerato ora art. 264 TFUE dal Trattato di Lisbona) mantenne in vigore gli effetti del regolamento per un periodo non superiore ai tre mesi dalla data di pubblicazione della sentenza al fine di consentire al Consiglio di rimediare alle violazioni sanzionate dalla sentenza evitando al contempo di «arrecare un pregiudizio grave ed irreversibile all'efficacia delle misure restrittive» (*Kadi*, cit., punto 373). Vedi M. TZANOU, *Case Note*, cit., p. 152.

¹³⁵ T. TRIDIMAS, *Terrorism and the ECJ*, cit., p. 103; N. LAVRANOS, *Case Note*, cit., p. 161; B. KUNOY e A. DAWES, *Plate Tectonics in Luxembourg: the Ménage à Trois between EC Law, International Law and the ECHR Following the UN Sanctions Cases*, in *Common Market Law Review*, 46, 2009, p. 100; M. PAYANDEH e H. SAUER, *European Union: UN Sanctions and EU Fundamental Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, p. 312. Ciò naturalmente non significa che il contenzioso in materia di sanzioni anti-terrorismo si sia esaurito. Al contrario: come testimonia il ricorso in annullamento prontamente promosso da *Kadi* avverso il regolamento 1190/2008/CE (2008) GU L 322/08 della Commissione che continua a mantenere il nominativo del ricorrente sulle liste nere dell'UE, Causa T-85/09 *Kadi c. Commissione*, spetterà ora ai giudici comunitari definire tutta una serie di profili processuali e di merito circa la legittimità del congelamento dei fondi degli individui e degli enti colpiti dalle sanzioni. L'importanza della sentenza della CGE nel caso *Kadi*, sta tuttavia nel forte e chiaro riconoscimento dell'esistenza di un rimedio giurisdizionale effettivo avverso alle sanzioni anti-terrorismo.

¹³⁶ GU 2007 C 306/1.

¹³⁷ GU 2004 C 310/1. Vedi B. DE WITTE, *Saving the Constitution? The Escape Routes and their Legal Feasibility*, in G. AMATO ET AL. (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, cit., p. 919.

da tutti gli Stati Membri ed è entrato in vigore¹³⁸, con alcune novità significative per il tema *de qua*. In primo luogo, ed a livello generale, il Trattato riafferma l'importanza della tutela dei diritti nell'UE, attribuendo (finalmente) valore giuridico vincolante alla Carta dei Diritti Fondamentali¹³⁹.

In aggiunta, il Trattato abolisce la struttura a pilastri dell'UE estendendo il metodo comunitario, inclusa la piena giurisdizione della CGE, anche all'area della giustizia ed affari interni¹⁴⁰. Sebbene la politica estera e di sicurezza mantenga regole *ad hoc*¹⁴¹, ai sensi del nuovo art. 275(2) TFUE, la CGE avrà la competenza «a pronunciarsi sui ricorsi proposti secondo le condizioni di cui all'art. 263(4) TFUE [ex art. 230(4) TCE], riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche». Unitamente alla recente giurisprudenza *Kadi*, questa disposizione del Trattato potrà consentire alla CGE di esercitare un controllo effettivo sugli atti normativi disposti nel settore della poli-

¹³⁸ Il Trattato di Lisbona è stato ratificato da tutti gli Stati membri. In Repubblica Ceca, la legge di ratificazione approvata dal Parlamento ha recentemente ottenuto la controfirma presidenziale in seguito a due pronunce della Corte Costituzionale sulla legittimità del Trattato – Sp. zn. Pl. ÚS 19/08 sentenza del 28 novembre 2008 e Sp. zn. Pl. ÚS 29/09 sentenza del 3 novembre 2009. In Germania il Tribunale Costituzionale Federale – BVerfG sentenza del 30 giugno 2009 *Lissabon Urteil* – ha riconosciuto la costituzionalità della legge di ratifica subordinatamente all'adozione da parte del Parlamento di una legge che garantisca il rafforzamento delle responsabilità parlamentari. In Irlanda, invece, un referendum popolare svoltosi il 2 ottobre 2009 – come richiesto dalle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo dell'11 e 12 dicembre 2008, Council of the European Union Doc. 17271/08 – ha ribaltato l'esito del referendum indetto il 12 giugno 2008 consentendo infine la ratifica del Trattato. Il Trattato è quindi entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Cfr. S. MICOSI, *Senza Unione non c'è Europa*, *Il Sole 24 Ore*, 6 novembre 2009, p. 15.

¹³⁹ La Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (GU 2000 C 364/1) era stata solennemente proclamata dalle istituzioni comunitarie al Consiglio Europeo di Nizza nel 2000 ma, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, era priva di valore giuridico vincolante. La letteratura sulla Carta dei Diritti è estremamente vasta. Si vedano, a titolo esemplificativo K. LENAERTS e E. DE SMIJTER, *A «Bill of Rights for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 38, 2001, p. 273; S. PEERS e A. WARDS (eds.), *The European Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Oxford, 2004. Per una riflessione generale sull'impatto del Trattato di Lisbona sulla tutela dei diritti fondamentali nell'UE si rinvia poi a M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Le Nuove Istituzioni Europee: Commento al Trattato di Lisbona*, cit., p. 81.

¹⁴⁰ Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p. 70 e la letteratura citata alla nota 35 *supra*.

¹⁴¹ Cfr. R. CANGELOSI e N. VEROLA, *La politica estera e di sicurezza dell'Unione*, in F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Le Nuove Istituzioni Europee: Commento al Trattato di Lisbona*, cit., p. 205 e la letteratura citata alla nota 21 *supra*.

tica estera così come sui regolamenti di attuazione, adottati nei confronti di persone sospettate di finanziare il terrorismo¹⁴²: anche il ragionamento della CGE in *Segi* acquisterà quindi mordente, posto che il Trattato emendato escluderà *de jure* l'immunità delle misure restrittive adottate dall'UE rendendo al contempo la giurisdizione della CGE obbligatoria¹⁴³.

Infine, il nuovo art. 6(2) TUE impone all'UE di aderire alla CEDU¹⁴⁴. A tal fine (dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del 14° protocollo addizionale alla CEDU, che espressamente consente l'adesione dell'UE al sistema CEDU) un accordo speciale dovrà essere negoziato tra l'UE e il Consiglio d'Europa e quindi ratificato da tutti i 47 Stati contraenti della CEDU¹⁴⁵. L'effetto più rilevante dell'adesione sarebbe che gli atti delle istituzioni UE verrebbero sottoposti ad un controllo circa la loro compatibilità con i diritti della CEDU da parte della Corte CEDU¹⁴⁶. Il controllo limitato ed indiretto che oggi la giurisprudenza *Bosphorus* prevede verrebbe quindi rimpiazzato da un sistema di supervisione piena (seppur sussidiaria, nella misura in cui la Corte CEDU interviene solo in seguito all'esaurimento delle vie di ricorso interne). Dovesse pertanto l'UE aderire alla CEDU, lacune nella protezione dei diritti pari

¹⁴² M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds not Hearts*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 674-675. Cfr. anche M. CREMONA, *EU External Action in the JHA Domain: a Legal Perspective*, in *EUI Working Papers*, No. 24, 2008. Si rammenti d'altro canto che il Trattato di Lisbona modificherà la denominazione degli atti normativi dell'UE: le posizioni comuni, in particolare usciranno dal catalogo delle fonti. Cfr. B. DE WITTE, *Legal Instruments and Law-Making in the Lisbon Treaty*, in S. GRILLER ET AL. (eds.), *The Lisbon Treaty*, Wien-New York, 2008, p. 79.

¹⁴³ Secondo M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 675 infatti la decisione della CGE in *Segi* era di «little value in the case of [EU Member States] which have refused to accept the [ECJ]'s jurisdiction to deliver preliminary rulings under the Third pillar. Under the revised Treaties, by contrast, the [ECJ] will have jurisdiction over all Union acts imposing restrictive measures on individuals».

¹⁴⁴ G. AMATO, *Prefazione* a J. ZILLER, *Il nuovo Trattato*, cit., p. 10.

¹⁴⁵ Sull'adesione dell'UE alla CEDU la letteratura è vasta. Si vedano tra i molti F. BENOIT-ROHMER, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, p. 57; O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union*, in E. BRIBOSIA ET AL. (sous la direction de), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 205.

¹⁴⁶ H.C. KRUGER e J. POLAKIEWICZ, *Proposal for a Coherent Human Rights Protection System*, cit., p. 1; E. BRIBOSIA, *L'avenir de la protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne*, in G. AMATO ET AL. (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, cit., p. 995.

a quelle generate dalla giurisprudenza *Kadi* del TPG, verrebbero facilmente colmate dal controllo della Corte CEDU¹⁴⁷.

In conclusione, le trasformazioni sostanziali che hanno recentemente avuto luogo nella giurisprudenza della CGE, specialmente se unite alle trasformazioni formali prodotte dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, offrono una risposta soddisfacente al problema dell'ineffettività nella tutela dei diritti fondamentali nel sistema europeo multilivello¹⁴⁸. La lacuna nella protezione dei diritti delle persone fisiche e giuridiche illegittimamente colpite dalle sanzioni anti-terrorismo dell'ONU generata dall'iniziale assenza di rimedi giurisdizionali ad ogni livello del sistema europeo è stata infine colmata dalla decisione della CGE (che anticipa in parte le riforme nel diritto primario dell'UE) di riaffermare il ruolo del potere giudiziario nell'età dell'emergenza terroristica escludendo «che misure restrittive quali quelle imposte dal regolamento controverso si sottraggano a qualsivoglia controllo del giudice comunitario in quanto si affermi che l'atto che le prevede riguarda la sicurezza nazionale e il terrorismo»¹⁴⁹.

6. Conclusione

Come il caso dell'originaria assenza di rimedi giurisdizionali avverso alle misure anti-terrorismo adottate dall'ONU dimostra, vi possono essere in Europa situazioni nelle quali la richiesta di tutela dei diritti fondamentale si risolve in un *flatus voci*, sia a livello nazionale, che sovranazionale ed internazionale. Nonostante l'esistenza nel sistema europeo di tre livelli di norme ed istituzioni per la protezione dei diritti dell'uomo, invero, nelle prime controversie sulla legittimità delle *smart sanctions* nessuna istanza giurisdizionale era disponibile a valutare nel merito i ricorsi sollevati dalle persone colpite dalle san-

¹⁴⁷ G. HARPAZ, *The European Court of Justice and Its Relationship with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 46, 2009, p. 114.

¹⁴⁸ Per una riflessione più approfondita sull'influenza che le trasformazioni formali e sostanziali in corso nel sistema europeo multilivello possono avere per risolvere il problema dell'ineffettività della tutela dei diritti rinvio ancora a F. FABBRINI, *Judicial Review of UN Counter-Terrorism Sanctions in the European Multilevel System*, cit.

¹⁴⁹ *Kadi*, cit., punto 343 A giudizio di T. TRIDIMAS e J. GUTIERREZ-FONS, *EU Law, International Law and Economic Sanctions*, cit., p. 701 «a distinct feature of the ECJ's reasoning, which differentiates its approach from that of the CFI, is [precisely] that it conceded little ground to the source of the security concerns». Sul bilanciamento tra libertà e sicurezza nell'età dell'emergenza terroristica sia consentito rinviare un'ultima volta a F. FABBRINI, *Silent enim leges inter arma?*, cit..

zioni anti-terrorismo in violazione dei loro diritti fondamentali. Da allora diverse vie giurisprudenziali sono state percorse al fine di colmare questa lacuna: la maggior parte di esse, tuttavia, per quanto importanti, si sono rivelate insoddisfacenti. Alla fine, solo il recente *revirement* della CGE nel caso *Kadi* ha fornito una risposta adeguata al problema *de qua*, anticipando in parte le novità legate all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Il problema dell'ineffettività nella tutela dei diritti fondamentali rappresenta una sfida rilevante al funzionamento del modello europeo di protezione multilivello dei diritti e delle libertà. D'altronde, «human rights protection is a question of constant vigilance»¹⁵⁰. Accanto alle modifiche apportate al diritto positivo è pertanto necessario che siano le corti europee, in dialogo tra loro, a colmare le lacune nel sistema di protezione dei diritti, fornendo un rimedio per gli individui i cui diritti sono stati illegittimamente violati dall'azione dei poteri pubblici. Come il titolo di questo scritto evoca, già nella Prussia del XVIII secolo un mugnaio illegittimamente espropriato della sua proprietà poteva affermare che il potere di re Federico II era limitato perché c'era un giudice a Berlino pronto a giudicare della legittimità dei suoi atti. Quattro secoli dopo, lo stesso principio resta valido: le misure anti-terrorismo adottate dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU non sono al di sopra della legge. C'è ancora un giudice a Berlino pronto a controllarne la legalità.

¹⁵⁰ A. CASSESE, A. CLAPHAM e J. WEILER, 1992 – *What Are our Rights? Agenda for a Human Rights Action Plan* in A. CASSESE ET AL. (eds.), *European Union - The Human Rights Challenge: Volume II. Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, 1991, p. 75.

Le violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo compiute in adempimento di obblighi dell'Unione europea

di Deborah Russo*

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della Commissione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle violazioni compiute in adempimento di obblighi comunitari. – 2. La decisione *Kokkelvisserij* della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. Le violazioni compiute in adempimento di atti dell'Unione europea basati sulle disposizioni PESC.

1. La giurisprudenza della Commissione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle violazioni compiute in adempimento di obblighi dell'Unione europea

I diritti umani enunciati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo costituiscono un minimo denominatore comune della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo. Nell'ambito delle rispettive competenze gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione europea sono, infatti, tenuti ad agire nel rispetto dei diritti umani sanciti nella Convenzione europea. Com'è noto, il fondamento di tale vincolo risiede, nel primo caso, nella partecipazione degli Stati alla Convenzione europea e, nel secondo caso, nella previsione dell'art. 6 TUE, che impone il rispetto dei diritti fondamentali garantiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e risultanti nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Il processo di integrazione europeo ha determinato il progressivo trasferimento di poteri dagli Stati membri all'Unione europea con la conseguente espansione dell'ambito delle competenze dell'Unione.

In teoria, ciò non dovrebbe pregiudicare il livello di tutela garantito agli individui giacché, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il trasferimento di poteri sovrani all'Unione europea non libera gli Stati membri, allorché agiscono attraverso i propri organi, dagli obblighi derivanti dalla Convenzione europea. Essi, infatti, sono

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale - Università di Firenze

responsabili in base all'art. 1 di qualsiasi atto o omissione dei propri organi «regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations»¹.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tuttavia, allorché sia garantita dall'organizzazione una tutela equivalente, si presume che l'azione statale in adempimento degli obblighi internazionali sia giustificata. Questi criteri hanno ridotto notevolmente l'incidenza del controllo della Corte di Strasburgo sugli atti statali in adempimento del diritto comunitario. La Commissione europea dei diritti dell'uomo, prima, e la Corte europea, dopo, hanno, infatti, costantemente dichiarato l'irricevibilità dei ricorsi concernenti le violazioni compiute in adempimento di obblighi comunitari, in considerazione della ritenuta equivalenza della tutela sostanziale e procedurale disponibile in ambito comunitario.

Com'è noto, il criterio dell'equivalenza è stato enunciato inizialmente dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *M* in una decisione nei confronti della Repubblica federale di Germania concernente l'attribuzione di effetti ad una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in presunta violazione del diritto alla presunzione di innocenza tutelato nell'art. 6, par. 2 CEDU². In questa decisione la Commissione europea ha ritenuto che il trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale non sia incompatibile con gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea se, all'interno di quell'organizzazione, i diritti umani ricevono una protezione equivalente. Secondo la Commissione europea, questa condizione sarebbe soddisfatta nel caso della Comunità europea che prevede un sistema di protezione e di controllo dei diritti umani incentrato sulla giurisdizione della Corte di giustizia delle Comunità europee. In considerazione di una valutazione di sostanziale equivalenza fra i due sistemi di protezione dei diritti umani, la Commissione europea ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto la possibilità che gli Stati trasferiscano una parte dei propri poteri sovrani ad organizzazioni internazionali senza che ciò li liberi dall'obbligo di assicurare il rispetto dei diritti umani entro la propria giurisdizione³.

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *United Communist Party of Turkey and Others c. Turchia*, ricorso n. 19392/92, sentenza del 30 gennaio 1998, reperibile sul sito <http://cmiskp.echr.coe.int>, ultimo accesso 2 novembre 2009, par. 29.

² Commissione europea dei diritti dell'uomo, *M & Co c. Germania*, ricorso n. 13258/87, decisione del 9 febbraio 1990, reperibile sul sito <http://cmiskp.echr.coe.int>, ultimo accesso 2 novembre 2009.

³ Nella sentenza *Matthews*, infatti, la Corte europea ha affermato: «The Con-

Nella giurisprudenza della Corte europea il principio dell'equivalenza è stato adottato in due categorie di casi. La prima categoria concerne i casi caratterizzati da un trasferimento di poteri sovrani dallo Stato ad una organizzazione internazionale in assenza di alcuna misura dello Stato convenuto: nelle materie delegate, infatti, l'attribuzione all'Organizzazione internazionale di funzioni sovrane e il riconoscimento della sua immunità dalla giurisdizione nazionale, ha suscitato la proposizione di ricorsi per l'eventuale violazione dell'art. 6 della Convenzione europea da parte dello Stato delegante⁴. In questi casi la Corte europea ha ritenuto che il trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale non comporta una violazione dei diritti sanciti nella Convenzione europea se all'interno dell'Organizzazione i diritti individuali ricevono una tutela equivalente a quella richiesta allo Stato.

La seconda categoria concerne i casi in cui uno Stato contraente abbia adottato una misura statale che attui, in assenza di discrezionalità, obblighi posti da un'organizzazione internazionale. I ricorsi alla Corte europea hanno posto il problema della riferibilità allo Stato della violazione causata dalla misura esecutiva di tali obblighi internazionali⁵.

Diverso è il caso della possibile responsabilità di uno Stato per una azione svolta nel contesto dell'Unione europea, ma non in adempimento di obblighi comunitari. Infatti, in un caso del genere non assume rilevanza una valutazione da parte della Corte europea sull'equivalenza fra sistemi di tutela dei diritti umani. Questa ipotesi si è verificata a proposito di una violazione compiuta dal Regno Unito in adempimento delle disposizioni sulle elezioni al Parlamento europeo, contenute in un atto anomalo, denominato «decisione» ma avente lo *status* di un trattato interno fra gli Stati membri della Comunità europea. In questa sentenza la Corte europea ha valorizzato la circostanza che il Regno Unito non avesse agito in conseguenza dell'operatività di obblighi comunitari, ma avesse assunto per libera scelta,

vention does not exclude the transfer of competences to international organisations provided that Convention rights continue to be «secured». Member States responsibility therefore continues even after such a transfer» (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mathews c. Regno Unito*, ricorso n. 24833/94, sentenza del 18 febbraio 1999.

⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Waite and Kennedy c. Germania*, ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gaspardini c. Italia e Belgio*, ricorso n. 10750/03, decisione del 12 maggio 2009; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rambus inc. c. Germania*, ricorso n. 40382/04, decisione del 16 giugno 2009.

⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005.

aderendo ad un accordo successivo alla ratifica del primo Protocollo della Convenzione europea, alcuni impegni incompatibili con la tutela stabilita nell'art. 3 di tale Protocollo. Trattandosi di attività statale di carattere discrezionale e non vincolata dall'operatività di obblighi comunitari, il Regno Unito avrebbe violato l'obbligo di garantire lo svolgimento di libere elezioni a coloro che si trovavano nel territorio di Gibilterra⁶.

La Corte europea ha fatto ricorso al criterio dell'equivalenza nel caso *Bosphorus* in relazione ad una vera e propria misura statale adottata in adempimento di obblighi comunitari⁷. Il caso traeva origine dal sequestro, eseguito dalle autorità irlandesi in applicazione della disposizione di un regolamento comunitario, di due aeromobili di bandiera Jugoslava che erano stati noleggiati dalla ricorrente e si trovavano in territorio irlandese per manutenzione. La ricorrente aveva quindi lamentato una violazione dell'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione europea che tutela il diritto al pacifico godimento della proprietà. In questo caso la Corte europea ha considerato che il sequestro stabilito dall'Irlanda fosse da considerare come una misura di controllo dell'uso della proprietà, consentita agli Stati contraenti in base all'art. 1 del primo Protocollo, se finalizzata al perseguimento di un interesse generale. Essa ha quindi valorizzato come, nel caso di specie, la misura statale del sequestro costituisse un atto vincolato delle autorità statali in virtù delle disposizioni del regolamento comunitario e della decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee che, interpellata in via pregiudiziale, aveva stabilito l'applicabilità di quell'atto comunitario al caso specifico⁸. Nel verificare se, nel caso di specie, l'imposizione del sequestro e il sacrificio dell'interesse del privato che ne era derivato potessero essere giustificati dall'interesse generale richiamato nell'art. 1, par. 2, del primo Protocollo, la Corte europea ha ritenuto di identificare l'interesse generale perseguito dalle autorità statali con l'esigenza di adempiere agli obblighi derivanti dalla partecipazione dell'Irlanda alla Comunità europea⁹. Seguendo il ragionamento della Corte, l'esigenza di adempiere agli obblighi comunitari costituisce in ogni caso un legittimo interesse di ca-

⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Matthews c. Regno Unito*, cit.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005.

⁸ La Corte europea ha, infatti, affermato: «The impugned interference was not the result of an exercise of discretion by the Irish authorities, either under Community or Irish law, but rather amounted to compliance by the Irish State with its legal obligations flowing from Community law and, in particular, Article 8 of Regulation (ECC) n. 990/93», Ivi, par. 148.

⁹ Ivi, par. 150.

rattere oggettivo in grado di giustificare, entro certi limiti, una interferenza nel diritto di proprietà. Secondo la Corte, in particolare, l'azione dello Stato in adempimento di un obbligo derivante da una organizzazione internazionale è giustificata finché l'organizzazione sia dotata di un sistema di protezione dei diritti umani che, dal punto di vista delle garanzie sostanziali e dei meccanismi per controllarne l'osservanza, sia almeno equivalente al sistema della Convenzione europea. Se tale equivalenza è accertata, l'azione statale in adempimento di obblighi derivanti da tale organizzazione internazionale, si presume conforme alla Convenzione europea, a meno che non risulti, nelle circostanze del caso concreto, una manifesta carenza di tutela¹⁰.

Ciò premesso, la Corte europea ha considerato come il sistema comunitario di tutela dei diritti umani garantisca, sia dal punto di vista sostanziale, sia dal punto di vista procedurale, un livello di protezione dei diritti umani equivalente a quello del sistema della Convenzione europea. Per questo motivo, la Corte europea ha ritenuto: «In such circumstances, the Court finds that the protection of fundamental rights by Community law can be considered to be, and to have been at the relevant time, «equivalent» to that of the Convention system»¹¹. Con argomentazione sintetica essa ha, infine, escluso che la presunzione di legittimità potesse considerarsi superata nel caso concreto, considerando che l'interesse pubblico perseguito dallo Stato con l'atto di sequestro e la presenza di una pronuncia in via pregiudiziale della Corte di giustizia delle Comunità europee fossero indici del corretto funzionamento del meccanismo comunitario di tutela dei diritti umani¹².

Nel caso *Bosphorus* il controllo della Corte europea si è sostanzialmente limitato ad una comparazione in astratto fra i due sistemi di tutela dei diritti dell'uomo al fine di valutare se l'equivalenza potesse fondare una presunzione di legittimità dell'azione statale compiuta in adempimento di obblighi comunitari. L'interesse sostanziale perseguito dalla norma comunitaria avrebbe potuto essere ravvisato, nel caso di specie, nel sanzionare la Serbia per i gravi illeciti di cui si era resa responsabile nei confronti della Comunità internazionale,

¹⁰ Secondo la Corte europea, infatti: «In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a «constitutional instrument of European public order» in the field of human rights» (Ivi, par. 156).

¹¹ Secondo la Corte europea, inoltre: «...Consequently, the presumption arises that Ireland did not depart from the requirements of the Convention when it implemented legal obligations flowing from its membership of the European Community» (Ivi, par. 165).

¹² Ivi, par. 166.

e avrebbe potuto rappresentare il parametro per misurare la legittimità dell'ingerenza della misura di controllo applicata¹³.

Al contrario, il ragionamento della Corte europea conduce a considerare che una compressione del diritto di proprietà sia sempre giustificata se attuata dallo Stato in adempimento di obblighi derivanti dalla partecipazione ad una organizzazione internazionale che sia dotata di un sistema di protezione dei diritti umani almeno equivalente a quello della Convenzione europea, a prescindere dalla considerazione dell'interesse sostanziale perseguito. Vi è quindi una scelta della Corte europea di astenersi da una valutazione nel merito degli interessi in gioco e delle forme di tutela garantite nel caso concreto, con la conseguenza di una sostanziale rinuncia all'esercizio della propria funzione di controllo sulle azioni statali svolte in adempimento di obblighi comunitari. In considerazione della affermata equivalenza della tutela comunitaria, si presume che qualsiasi interferenza nel diritto di proprietà individuale stabilita in attuazione di obblighi comunitari (ma la presunzione è suscettibile di operare rispetto ad agli altri diritti umani) sia giustificata, a meno che risulti nel caso concreto una manifesta carenza di tutela¹⁴.

Nei casi esaminati il ricorso al principio dell'equivalenza ha, pertanto, ridotto in modo sostanziale la possibilità di un controllo della

¹³ Cfr. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, cit., 2005, pp. 764.

¹⁴ Sull'applicazione del principio dell'equivalenza nella giurisprudenza della Corte europea si possono vedere, fra gli altri, alcuni commenti: E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, cit., pp. 762 ss.; A. CIAMPI, *L'Union européenne et le respect des droits de l'homme dans la mise en œuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Reveu Général de Droit International Public*, 2006, pp. 86 ss., A. CIAMPI, *Individual Remedies against Security Council Targeted Sanctions*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2007, pp. 55 ss.; B. CONFORTI, *Le principe de l'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in S. BREITENMOSER (a cura di), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurigo, 2007, pp. 173 ss., C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, pp. 87 ss.; G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: 'Solange' Yet Again?*, in *Common Values in International Law. Essay in Honour of Christian Tomuschat*, Berlino, 2006, pp. 517 ss.; F. HOFFMEISTER, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, in *American Journal of International Law*, 2006, pp. 442 ss.; J.P. JACQUÉ, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour européenne des droits de l'homme?*, in *Reveu trimestrielle de droit européen*, 2005, pp. 756 ss.; F. SCHORKOPF, *The European Court of Human Rights Judgement in the Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, in *German Law Journal*, 2005, pp. 1255 ss.

Corte europea. Il concetto di «equivalenza» è stato utilizzato per sottolineare l'esigenza che una organizzazione internazionale garantisca un livello di tutela che sia paragonabile a quello della Convenzione europea, evitando una pretesa di identità che finirebbe per pregiudicare l'interesse alla cooperazione internazionale¹⁵. La comparabilità, tuttavia, è un concetto dai contorni non definiti. Se si confronta il sistema comunitario con quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si nota che, se, da un lato, entrambi fanno riferimento al catalogo dei diritti umani sanciti nella Convenzione europea, dall'altro, l'interpretazione dell'organo giurisdizionale inevitabilmente incide sul loro contenuto. Infatti, l'interpretazione di uno stesso diritto, talvolta, ha portato la Corte europea dei diritti dell'uomo ad una interpretazione diversa da quella fornita dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, attribuendo tutela in situazioni in cui la Corte di giustizia l'aveva esclusa¹⁶. In effetti, la Corte di giustizia generalmente riconosce il carattere fondamentale dell'interpretazione della Corte europea, «leggendo» i diritti sanciti nella Convenzione europea alla luce della giurisprudenza del suo organo di controllo¹⁷. Ciò non esclude, tuttavia, che in alcuni casi, la Corte europea consideri l'opportunità di un superamento di un proprio precedente orientamento giurisprudenziale in virtù di uno sviluppo del contesto giuridico internazionale o di quello sociale, economico e culturale¹⁸. È quindi conna-

¹⁵ Sent. 30 giugno 2005, cit., par. 155.

¹⁶ Si può considerare, ad esempio, la diversa interpretazione della tutela del domicilio contenuta nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: nella sentenza *Hoechst v. Commissione* (Corte di giustizia dell'Unione europea, *Hoechst v. Commissione*, cause riunite C-46/87 e C-227/88, sentenza del 21 settembre 1989, punto 292) la Corte di giustizia delle Comunità europee ha ritenuto che la tutela dell'art. 8 della Convenzione europea, riguardando lo sviluppo della libertà personale di un individuo, non avrebbe potuto essere estesa ai luoghi dell'esercizio professionale. In un caso analogo, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 13710/88, sentenza del 16 dicembre 1992, par. 29) ha, invece, affermato che la vita privata dell'individuo avrebbe dovuto ricevere tutela anche nei luoghi di esercizio lavorativo.

¹⁷ Nel caso della tutela del domicilio, ad esempio, la Corte di giustizia delle Comunità europee, invece di uniformarsi alla propria precedente interpretazione, ha tenuto conto della interpretazione più ampia della Corte europea dei diritti dell'uomo successiva al caso *Hoechst v. Commissione* (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Roquette Frères SA v. Commissione*, causa C-99/00, sentenza del 22 ottobre 2002, punto 29).

¹⁸ Cfr. P. PUSTORINO, *L'interpretazione della CEDU nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998. È noto come, dalla fine degli anni settanta, la Corte europea abbia sviluppato la teoria dell'interpretazione evolutiva delle disposizioni della Convenzione europea, considerata un «*living instrument*» da leggere alla luce del contesto presente al momento dell'applicazione (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, sentenza 21 feb-

turata al ruolo di organo interprete del contenuto attuale della Convenzione europea, l'opportunità che la Corte europea dei diritti dell'uomo si possa pronunciare per ultima in relazione all'estensione della tutela in un caso concreto.

Un ulteriore elemento che interviene a rendere incerti i confini del concetto di equivalenza fra il sistema comunitario di tutela dei diritti dell'uomo e quello della Convenzione europea riguarda gli strumenti procedurali a disposizione dell'individuo. Infatti, se è vero che la Corte di Lussemburgo può esercitare una competenza a controllare il rispetto dei diritti umani riconosciuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo attraverso la decisione dei ricorsi per annullamento, in via principale o pregiudiziale, nondimeno gli individui godono di una legittimazione ad agire limitata all'esperienza dei ricorsi per annullamento di decisioni prese nei loro confronti o degli atti che li riguardino direttamente e individualmente; negli altri casi potranno soltanto chiedere al giudice nazionale di sollevare a titolo pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia una questione di validità di un atto comunitario¹⁹. Secondo la Corte europea, la presenza di limiti alla legittimazione ad agire degli individui non inficerebbe l'equivalenza della tutela che essi potrebbero ricavare, sia pure in via indiretta, dalle pronunce della Corte di giustizia sui ricorsi proposti dalle istituzioni comunitarie o dagli Stati membri; in questi casi, tuttavia, la tutela dipende dalla iniziativa delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri che possono decidere discrezionalmente se proporre un ricorso dinanzi al giudice comunitario²⁰.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i limiti di legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento risultano in parte

braio 1975, par. 32; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tyrrer v. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72, sentenza del 25 aprile 1978, par. 31; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Matthews c. Regno Unito*, cit., par. 39) e come sia giunta, talvolta, perfino al riconoscimento di diritti chiaramente non previsti al momento dell'adozione (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Young, James and Webster c. Regno Unito*, ricorso n. 7601/76, sentenza 13 agosto 1981, par. 51 ss., sul riconoscimento, nell'ambito della libertà di associazione, sancita nell'art. 11 della Convenzione europea, della libertà di non partecipare ad una associazione sindacale).

¹⁹ Art. 230, par. 4, CE. La Corte di giustizia ha interpretato in senso restrittivo l'espressione «individualmente» considerando che una decisione riguardi individualmente una persona fisica o giuridica «se il provvedimento la tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stregua dei destinatari.» (Corte di giustizia dell'Unione europea, *Plaumann v. Commissione*, causa C-25/62, sentenza del 15 luglio 1963, punto 197).

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, cit., par. 163.

modificati in modo da facilitare l'accesso degli individui alla giustizia e consentire l'impugnazione di alcuni atti dell'Unione, anche se questi non li riguardino «individualmente». La nuova disposizione prevede, infatti, il diritto di una persona fisica o giuridica di proporre un ricorso in annullamento oltre che contro «gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardino direttamente e individualmente», anche contro gli «atti regolamentari che la riguardano direttamente e non comportano alcuna misura d'esecuzione»²¹.

In tutti i casi, in cui in pratica potrebbe verificarsi una differenza fra la tutela comunitaria e quella richiesta dalla Convenzione europea, l'orientamento della sentenza *Bosphorus* non prevede un superamento della presunzione di legittimità dell'azione statale svolta in adempimento di obblighi comunitari. La presunzione potrebbe essere superata, infatti, soltanto nel caso in cui risulti una manifesta carenza di tutela nel caso concreto. Con l'espressione «manifestly deficient» si indica evidentemente la possibilità che si verifichi una disfunzione del sistema comunitario dei diritti umani che abbia determinato in un caso specifico una totale mancanza di tutela.

Allorché si sia in presenza del comportamento dell'organo di uno Stato membro, il ricorso al criterio dell'equivalenza finisce così per contraddire la stessa disposizione dell'art. 1 della Convenzione europea che, secondo l'interpretazione della Corte europea, presuppone la responsabilità degli Stati contraenti per qualsiasi atto o omissione dei propri organi «regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations»²².

La circostanza che gli obblighi internazionali che determinano l'azione o l'omissione di uno Stato provengano da una organizzazione internazionale che tutela i diritti umani in modo astrattamente equivalente al sistema della Convenzione europea non esclude la possibilità che una violazione si verifichi in un caso concreto. Del resto, anche l'atto o l'omissione che siano una conseguenza del diritto interno derivano in genere da uno Stato che di per sé garantisce una tutela dei diritti umani conforme a quella richiesta dalla Convenzione europea. Gli Stati parti della Convenzione europea, infatti, possiedono sistemi di tutela dei diritti dell'uomo che, in molti casi, e rispetto a tutti o ad alcuni diritti della Convenzione europea, sono perfino più garantisti. Ciò che dovrebbe rilevare, in altre parole, non è se il sistema giuridico nel cui ambito si sia formata la condotta le-

²¹ Art. 263, par. 4, TFUE.

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, *United Communist Party of Turkey and Others c. Turchia*, cit., par. 29.

siva tuteli in modo equivalente i diritti umani ma se, in un caso concreto, nell'attuazione di tale obbligo, lo *standard* minimo stabilito dalla Convenzione europea sia stato rispettato.

Una interpretazione che faccia perno sull'equivalenza del sistema di tutela dei diritti umani considerata in astratto non permette di perseguire l'oggetto e lo scopo della Convenzione europea. Com'è noto, infatti, esso consiste nell'assicurare a tutti coloro che si trovano nella giurisdizione degli Stati contraenti una tutela minima dei diritti dell'uomo e nell'attribuire alla Corte europea la funzione di controllo del rispetto degli obblighi convenzionali in relazione a qualsiasi situazione concreta in cui una lesione di tale minimum standard si sia verificata. Il controllo della Corte europea dovrebbe costituire quindi l'imprescindibile garanzia di una ultima istanza giurisdizionale per far valere le violazioni statali, indipendentemente dalla loro derivazione da obblighi interni o internazionali.

2. *La decisione Kokkelvisserij della Corte europea dei diritti dell'uomo*

In una recente decisione, la Corte europea è tornata ad applicare il principio dell'equivalenza in un caso riguardante un ricorso proposto contro la Comunità europea ed i Paesi Bassi per una violazione del diritto di difesa occorsa durante un procedimento in via pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia²³. La ricorrente lamentava il mancato riconoscimento del diritto di replicare all'opinione dell'avvocato generale che aveva sollevato nuove questioni²⁴.

Il ragionamento che la Corte europea segue in questa decisione

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Belgio*, ricorso n. 13645/05, decisione del 20 gennaio 2009.

²⁴ Il mancato riconoscimento del diritto di replicare all'opinione dell'avvocato generale ha costituito l'oggetto di un precedente ricorso proposto alla Corte europea nei confronti dei Paesi Bassi. Nella decisione relativa a tale ricorso la Corte europea ha sottolineato la rilevanza della questione sollevata dallo Stato, secondo il quale soltanto la Corte di giustizia delle Comunità europee, e non lo Stato del giudice *a quo*, potesse considerarsi responsabile della violazione contestata. La Corte europea ha, tuttavia, escluso la necessità di pronunciarsi sul punto, ritenendo nel caso di specie «more appropriate to determine first whether the proceedings at issue concerned a 'dispute' about 'civil rights and obligations' within the meaning of Article 6, par. 1, of the Convention.» Sulla scorta di tale priorità, la Corte europea ha, quindi, deciso l'irricevibilità del ricorso a causa della estraneità dell'oggetto del giudizio *a quo*, concernente la materia fiscale, al campo di applicazione dell'art. 6 della Convenzione europea (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Emesa Sugar N.V. c. Paesi Bassi*, ricorso n. 62023/00, decisione del 13 gennaio 2005).

appare sotto alcuni aspetti innovativo. Essa, infatti, dopo aver ribadito l'irricevibilità *ratione personae* di un ricorso eventualmente proposto nei confronti della Comunità europea, ha previsto la possibilità di configurare una responsabilità dello Stato del giudice *a quo* in relazione ad una violazione del diritto al contraddittorio occorsa durante la procedura in via pregiudiziale svolta dinanzi alla Corte di giustizia. In altre parole, essa ha implicitamente riconosciuto la configurabilità di una responsabilità degli Stati contraenti della Convenzione europea non solo per gli atti e le omissioni dei propri organi in attuazione di obblighi comunitari, ma anche per gli atti compiuti da una istituzione comunitaria, purché vi sia un coinvolgimento dello Stato contraente che faccia ricadere gli effetti della violazione compiuta dalla istituzione comunitaria nella sua sfera di giurisdizione. In questo caso, infatti, la Corte europea ha sottolineato una distinzione con la decisione *Boivin* concernente alcune violazioni degli artt. 6, 13 e 14 CEDU occorse nell'ambito della procedura di risoluzione delle controversie fra l'Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea e un suo impiegato davanti al Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro²⁵. La mera sede del

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Boivin c. 34 Stati membri del Consiglio d'Europa*, ricorso n. 73250/01, decisione del 9 settembre 2008. Analogamente la Corte europea ha ritenuto irricevibile *ratione personae* il ricorso *GaliË*, avente ad oggetto la presunta responsabilità dei Paesi Bassi per una violazione dell'art. 6 della Convenzione europea compiuta dal Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, affermando, fra l'altro: «the Court cannot find the sole fact that the ICTY has its seat and premises in The Hague sufficient ground to attribute the matters complained of to the Kingdom of the Netherlands» (Corte europea dei diritti dell'uomo, *GaliË c. Paesi Bassi*, ricorso n. 22617/07, decisione del 9 giugno 2009, par. 46). Una posizione sostanzialmente analoga è stata espressa con riferimento al ricorso *Rambus inc.*, avente ad oggetto la presunta responsabilità della Germania per le violazioni delle disposizioni dell'art. 6 della Convenzione europea e dell'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione europea, in relazione al trasferimento di poteri all'Organizzazione dei brevetti europei, senza la garanzia che essa garantisca una tutela equivalente dei diritti dell'uomo. In questo caso, ha deciso l'irricevibilità del ricorso operando un ragionamento per esclusione: essa ha, innanzitutto, dubitato della possibilità di configurare la responsabilità di uno Stato contraente per il trasferimento di poteri sovrani ad una organizzazione internazionale che non garantisca un livello di tutela dei diritti umani equivalente a quello della Convenzione europea, quando il sistema di tutela giurisdizionale nazionale non è sostituito, ma coesiste con quello internazionale, e spetta all'individuo la scelta sull'istanza giurisdizionale. La Corte europea, infatti, ha sottolineato: «According to the European Patent Convention, a European patent has in each of the Contracting States for which it is granted the effect of a national patent granted by that State. However, beside this international instrument the national protection mechanisms still exist. Both the international and the national mechanisms provide their own system of judicial protection. It is for the patentee to decide to which system he wants to submit. Against this background

Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro nei Paesi Bassi e la circostanza che i Paesi Bassi fossero uno Stato membro dell'organizzazione non poteva giustificare, secondo la Corte europea, la considerazione che il ricorrente si trovasse nella giurisdizione di quello Stato e che la violazione dei propri diritti potesse essere ad esso imputata.

Nel caso in cui un giudice nazionale richieda una decisione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia vi sarebbe invece un coinvolgimento dello Stato del giudice *a quo* sufficiente a giustificare una sua eventuale responsabilità per violazione dell'obbligo di garantire l'osservanza dei diritti umani nella propria giurisdizione. Ciò perché il giudizio comunitario si innesta in un processo interno e si conclude con una decisione destinata a produrre effetti nel giudizio *a quo*.

Anche in questo caso, però, il controllo della Corte di Strasburgo è limitato dal ricorso al principio dell'equivalenza in base al quale si deve presumere che uno Stato contraente non abbia violato gli obblighi della Convenzione europea se l'organizzazione internazionale cui lo Stato membro abbia trasferito parte dei propri poteri sovrani, tutela i diritti umani e offre meccanismi di controllo della loro osservanza in misura almeno equivalente al sistema della Convenzione europea. L'equivalenza concernerebbe in questo caso le procedure proprie dell'organizzazione stessa²⁶.

Nel verificare l'equivalenza nel caso di specie la Corte europea ha,

the Court finds that the question arises whether it is competent at all to examine complaints about an international system of patent protection which the applicant voluntarily submitted to with all its advantages and disadvantages.» In secondo luogo, essa ha ritenuto che, anche assumendo la propria giurisdizione in un caso del genere, il ricorso sarebbe risultato irricevibile in considerazione dell'assenza di un effettivo coinvolgimento dello Stato. Secondo la Corte europea, infatti: «the Court finds that German authorities have neither intervened in the proceedings before the EPO nor, unlike the situation in *Bosphorus*, taken any subsequent measures of implementation». Infine, applicando una ulteriore clausola ipotetica, essa ha ritenuto che, se anche si potesse applicare l'orientamento *Bosphorus* al caso di specie, mancava l'indicazione dal ricorrente degli elementi dai quali si potesse desumere che il livello di tutela previsto dall'Organizzazione per i brevetti europei non fosse equivalente a quello della Convenzione europea, né risultavano elementi indicativi, nel caso di specie, di una manifesta carenza di tutela (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rambus inc. c. Germania*, cit.).

²⁶ Secondo la Corte europea, infatti: «As a corollary this presumption applies not only to actions taken by a Contracting Party but also to the procedures followed within such an international organisation itself and, in particular, to the procedures of the ECJ (...) The presumption can be rebutted only if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient.» (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Paesi Bassi*, cit.)

tuttavia, tenuto in considerazione non soltanto la presenza di mezzi applicabili in generale, in questo caso la disposizione del regolamento di procedura che garantisce la possibilità di una riapertura della fase orale del procedimento pregiudiziale se la Corte di giustizia lo ritenga necessario o utile per la decisione, ma anche la loro concreta applicazione e gli effetti prodotti sugli interessi giuridici in gioco. Sotto questo particolare aspetto essa ha ritenuto che la richiesta di riapertura della fase orale del procedimento, proposta dalla ricorrente, fosse stata valutata nel merito e poi rigettata per l'omissione da parte della stessa ricorrente di fornire informazioni precise circa la necessità o l'utilità della riapertura. Essa ha notato, inoltre, come la ricorrente avesse avuto gli strumenti procedurali per tutelare le proprie ragioni davanti al giudice *a quo*, senza che la decisione della Corte di giustizia sull'applicazione di una direttiva al caso concreto le avesse precluso la possibilità di addurre prove adeguate ad evitarle il risultato pregiudizievole della causa. Per questi motivi, la Corte europea ha ritenuto che la ricorrente non avesse subito una manifesta carenza di tutela dei diritti di difesa a causa della mancata concessione della facoltà di replicare all'opinione dell'avvocato generale.

Un elemento innovativo di questa decisione consiste nella circostanza che la Corte europea ha valutato non soltanto i mezzi e l'intensità della tutela astrattamente disponibili, ma anche la loro effettiva applicazione nella situazione concreta. Essa sembra, quindi, aver mosso i primi passi verso un superamento del criterio dell'equivalenza interpretato come astratta comparazione fra diversi sistemi giuridici.

La decisione *Kokkelvisserij* appare innovativa anche per l'affermazione di una eventuale responsabilità degli Stati membri dell'Unione europea in casi in cui la violazione sia compiuta dalla Corte di giustizia nel contesto di un procedimento pregiudiziale. La combinazione di tali aspetti innovativi induce a considerare la possibilità che il superamento del principio dell'equivalenza interpretato «in astratto» comporti, in casi analoghi, l'affermazione di un controllo sull'operato della Corte di giustizia. In prospettiva, tale controllo potrebbe estendersi oltre la tutela dei diritti procedurali nel giudizio pregiudiziale, fino alla tutela dei diritti sostanziali nell'interpretazione resa dalla Corte di giustizia sulle questioni pregiudiziali rinviate dal giudice nazionale.

Il superamento del principio dell'equivalenza, pertanto, oltre a consentire l'esercizio di una tutela effettiva sulle misure adottate dagli Stati membri dell'Unione europea in adempimento degli obblighi comunitari, inciderebbe in modo sostanziale sull'attuale equilibrio nei rapporti fra la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte eu-

ropea dei diritti dell'uomo, segnando il passaggio da un controllo sostanzialmente deferente, espressione del riconoscimento dell'autosufficienza del sistema comunitario e del suo organo giurisdizionale supremo, ad un controllo effettivo sull'operato del giudice comunitario.

3. *Le violazioni compiute in adempimento di atti dell'Unione europea basati sulle disposizioni pesc*

L'esigenza di affermare un controllo effettivo della Corte europea appare, inoltre, particolarmente rilevante con riferimento a quegli atti dell'Unione europea basati sulle disposizioni PESC²⁷.

Il problema si è posto con particolare urgenza rispetto alla recente prassi dell'Unione europea di affrontare la lotta al terrorismo internazionale attraverso l'emanazione di sanzioni individuali in grado di incidere direttamente sui diritti umani dei destinatari.

Com'è noto, alcune di queste sanzioni individuali sono state adottate tramite posizioni comuni PESC o attraverso atti che trovavano un fondamento congiunto nelle disposizioni del secondo e terzo pilastro e che hanno suscitato il problema della garanzia dei diritti umani dei destinatari²⁸. Fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona mancava, infatti, una competenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado rispetto agli atti basati sulle disposizioni del secondo e terzo pilastro, eccetto la disposizione dell'art. 35 UE che ammetteva ad alcune condizioni il rinvio pregiudiziale delle decisioni quadro e delle decisioni adottate nell'ambito del terzo pilastro²⁹. Ri-

²⁷ Si vedano, ad esempio, le posizioni comuni 2001/930/PESC, 2005/440/PESC, 2008/187/PESC. Cfr. C. Novi, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005.

²⁸ Per una trattazione del tema si vedano: J. ALMQVIST, *A Human Rights Critique of European Judicial Review: Counter-Terrorism Sanctions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 303 ss.; A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007; P. TRIDIMAS e J. GUTIERREZ-FONS, *EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism: the Judiciary in Distress?*, in *Fordham International Law Journal*, 2008, pp. 682 ss.

²⁹ Il problema si pone in particolar modo quando manca una misura comunitaria di attuazione. È noto come rispetto alle misure comunitarie di attuazione di posizioni comuni PESC la Corte di giustizia abbia affermato la propria competenza ad esercitare un controllo sul rispetto dei diritti umani nella sentenza *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* (Corte di giustizia dell'Unione europea, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 e C-415/05, sentenza del 3 settembre 2008).

spetto agli atti del secondo pilastro mancava del tutto, invece, la legittimazione degli individui a ricorrere al giudice comunitario³⁰.

Appare evidente, pertanto, che il principio dell'equivalenza non avrebbe potuto operare rispetto all'eventuale ricorso proposto con riferimento ad una misura statale esecutiva di una posizione comune adottata sulla base del secondo o del terzo pilastro.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 6, par. 2 TUE realizza il presupposto giuridico essenziale per una futura adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³¹. La partecipazione alla Convenzione europea non si determina, tuttavia, in modo automatico, né è possibile definire i tempi necessari ad effettuare la procedura di adesione³².

Nel frattempo le modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona comportano l'automatica estensione della competenza giurisdizionale comunitaria rispetto agli atti basati sulle disposizioni dell'ex terzo pilastro. Rispetto agli atti che rientravano nel secondo pilastro, invece, l'art. 24 TUE conferma l'incompetenza della Corte di giustizia, con l'eccezione del controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche³³.

Pertanto, rispetto agli atti basati sulle disposizioni PESC, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, gli individui rimangono privi della possibilità di esperire un ricorso per il risarcimento dei danni derivanti dalla responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie e di beneficiare del giudizio in via pregiudiziale della Corte di giustizia. È evidente, quindi, che le nuove disposizioni introdotte con il Trattato di Lisbona non modificano il livello di tu-

³⁰ Nella sentenza *Segi* la Corte di giustizia, tuttavia, ha parzialmente rimediato a tale vuoto di tutela estendendo la portata dell'art. 35 del Trattato dell'Unione europea a «tutte le disposizioni del Consiglio destinate a produrre un effetto giuridico nei confronti dei terzi» includendo così le posizioni comuni adottate sulla base del terzo pilastro che avevano costituito l'oggetto del ricorso (Corte di giustizia dell'Unione europea, *Segi e Gestoras pro Amnistia*, cause riunite C-354/04 e C-355/04, sentenza del 27 febbraio 2007).

³¹ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 6, par. 2 TUE stabilisce, infatti: «L'Unione europea aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Parallelamente il Protocollo 14 della Convenzione europea, prevede una disposizione che consente l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea.

³² Si veda, fra l'altro, quanto dispone il Protocollo n. 8 relativo all'art. 6, par. 2 TUE sull'adesione dell'Unione alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

³³ Cfr. M.G. GARBAGNATI-KETVELL, *The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, pp. 116 ss.

tela garantito sul piano comunitario nei riguardi del destinatario di decisioni PESC in termini tali da fondare una valutazione di equivalenza da parte della Corte europea e da giustificare, in conformità all'orientamento *Bosphorus*, una presunzione del rispetto dei diritti sanciti nella Convenzione europea, superabile solo in caso di una manifesta carenza.

Il procedimento pregiudiziale d'urgenza: esigenza di celerità e diritti fondamentali delle persone

di Marco Borraccetti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La procedura. – 2.1. Il procedimento pregiudiziale d'urgenza. – 2.2. Il rinvio pregiudiziale nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. – 2.3. L'art. 267 TFUE e il procedimento pregiudiziale d'urgenza. – 3. Le parti del processo; – 3.1. Le parti nel procedimento ordinario. – 3.2. Le parti nel procedimento accelerato. – 3.3. Le parti nel PPU. – 4. L'intervento dell'avvocato generale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il rinvio pregiudiziale¹ è uno dei meccanismi che caratterizzano la giurisdizione comunitaria, fondamentale nello sviluppo di una giurisprudenza favorevole al processo d'integrazione e strumento di dialogo costante² tra i giudici nazionali, «primi giudici comunitari»³, e

* Ricercatore confermato in diritto dell'Unione europea - Università di Bologna.

¹ Con riferimento al Trattato di Lisbona si veda: R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, ne *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 1, 2008, pp. 21-70; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, ne *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 4, 2008, pp. 655-669; R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'UE*, in *www.sudineuropa.net*, n. 1, 2008; G. BRONZINI, F. GUARRIELLO e V. PICCONE, *Le scommesse dell'Europa. Diritti. Istituzioni. Politiche*, Roma, 2009; O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA e M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 223-232.

² Con riferimento ai rinvii pregiudiziali proposti dai giudici italiani si veda B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 6, 2009, pp. 1625-1687; M. CONDINANZI e R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009.

L. DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, vol. 47, 2008, pp. 447-461; nonché M.C. REALE e M. BORRACCETTI, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008.

³ Come sottolinea A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di*

la Corte di giustizia dell'Unione europea, con riferimento all'interpretazione del diritto comunitario primario e derivato e alla validità degli atti di diritto derivato.

Il meccanismo corrisponde a quello di base che era proprio, in vigore il Trattato CE, del primo pilastro e che, ai sensi dell'art. 234 CE, concerneva quei rinvii che avevano ad oggetto l'interpretazione delle disposizioni di quel Trattato e degli atti e delle disposizioni ad esso riconducibili, nonché la validità delle disposizioni riconducibili al diritto derivato.

Ad esso facevano eccezione le disposizioni del titolo IV, «Visto, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone», ovvero quella parte del primo pilastro che rientrava nello spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (LSG) e che in parte era stata comunitarizzata al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

Qualora un giudice nazionale, con le limitazioni sulle quali si tornerà in seguito, avesse deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia per disposizioni rientranti in questo specifico campo, egli avrebbe dovuto ricorrere allo strumento invece previsto dall'art. 68 CE che, seppur sul modello dell'art. 234, limitava l'azione ai soli giudici che decidono in ultima istanza.

Per quel che riguarda il terzo pilastro, e quindi la parte rimanente dello spazio LSG, si doveva invece fare riferimento all'art. 35 UE che richiedeva, in via preliminare, il riconoscimento da parte statale della competenza della Corte in questo pilastro, nonché – in un secondo momento – l'individuazione delle giurisdizioni competenti a rivolgersi ad essa.

Scopo del presente lavoro è l'analisi di uno strumento particolare, il procedimento d'urgenza, che ha la finalità di ridurre al minimo i tempi di trattazione della causa qualora questa concerna una norma rientrante nell'alveo dello spazio LSG. Si avrà particolare riferimento al ruolo delle parti ed a quello dell'avvocato generale, con particolare ai diritti di difesa, oltre che alle modifiche conseguenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

giustizia allo sviluppo del sistema comunitario, ne Il diritto dell'Unione europea, n. 1, 2009, pp. 141-167, in particolare p. 148, quando applicano il diritto comunitario i giudici «agiscono come una sorta di organi decentrati della giurisdizione comunitaria e concorrono con questa a garantire l'osservanza di detto diritto», consentendo in tal modo quel controllo diffuso e quel rafforzamento di garanzie che solo un'azione capillare di controllo può consentire che le sole Istituzioni comunitarie non sarebbero in grado di assicurare.

2. La procedura

2.1. La procedura pregiudiziale d'urgenza

Il procedimento pregiudiziale d'urgenza (PPU), che consente l'instradamento della causa in un canale preferenziale portando così all'abbattimento dei suoi tempi di trattazione, è stato introdotto con esclusivo riferimento allo spazio LSG; le sue caratteristiche sono individuate dallo Statuto della Corte di giustizia (St.) e sviluppate nel regolamento di procedura (RP).

Il primo, con l'art. 23 bis, nell'introdurre la possibilità di prevedere un procedimento d'urgenza, «per i rinvii pregiudiziali relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia», precisa che in tal caso si potranno avere un termine più breve dell'ordinario per il deposito di osservazioni scritte e memorie; la limitazione dei soggetti autorizzati a compiere tale deposito; l'omissione della fase scritta del procedimento, oltre che quella delle conclusioni dell'avvocato generale.

Proprio la possibilità di limitare il deposito ad alcuni soggetti soltanto, unitamente all'omissione della fase scritta, sono caratteristiche esclusive del procedimento d'urgenza e lo distinguono da quello accelerato, con il quale condivide invece, oltre alla possibilità di rinunciare alle conclusioni dell'avvocato generale, quella di fissare un termine più breve dell'ordinario per il deposito delle osservazioni scritte e delle memorie.

Il regolamento di procedura, all'art. 104 ter, individua invece la procedura da seguire, dando così attuazione completa alla norma statutaria. Una volta valutata la necessità di rivolgersi alla Corte, il giudice nazionale chiederà che il rinvio venga sottoposto a tal tipo di procedimento, illustrando le circostanze di diritto e di fatto che, a suo giudizio, ne provano la necessità e ne giustificherebbero l'applicazione. In tale richiesta, che non dovrà necessariamente essere contestuale al rinvio vero e proprio⁴, questo giudice sarà tenuto ad indicare anche, e «per quanto possibile», la soluzione alle questioni poste che reputa maggiormente appropriata.

Qualora non vi sia stata alcuna richiesta in tal senso, ma l'impiego del PPU appaia comunque opportuno alla luce delle caratteristiche della causa cd. principale, il Presidente della Corte – in via eccezio-

⁴ Si osserva infatti che, nella causa *Rinau*, cit. alla successiva nota 11, la decisione di rinvio è del 30 aprile 2008, mentre la richiesta di sottoporre il rinvio al procedimento d'urgenza è del 21 maggio successivo. In ogni caso, è ragionevole ritenere che la richiesta debba comunque essere molto prossima alla decisione di rivolgersi alla Corte.

nale – potrà ugualmente sollecitare alla sezione assegnataria della causa⁵ una pronuncia sull'opportunità di seguire tale procedimento. Quale che sia il proponente, saranno questi giudici ad assumere la decisione finale, una volta conclusa la relazione del giudice relatore e dopo avere sentito l'avvocato generale.

2.2. *Il rinvio pregiudiziale nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea*

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁶, anche in seguito alla modifica dell'architettura dell'Unione europea e del conseguente superamento della suddivisione in pilastri, l'art. 267 TFUE costituisce l'unico strumento per interpellare in via pregiudiziale il giudice comunitario, quale che sia l'ambito in cui rientra la disposizione normativa di cui si chiederà l'interpretazione o la verifica della legittimità. Risultano infatti abrogati tanto l'art. 68 CE⁷ che l'art. 35 UE così che, per chiedere lumi sull'interpretazione e la validità di norme rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁸, potranno d'ora

⁵ L'art. 11 *quater* RP, riguarda i criteri da seguire per la composizione delle sezioni a tre e cinque giudici, nonché per l'assegnazione del ruolo di relatore ad ogni singolo giudice. Fino ad ora, assegnataria delle cause trattate col procedimento d'urgenza è stata la terza sezione della Corte di giustizia che, per tali casi, è sempre stata composta di cinque giudici.

⁶ Il percorso che ha portato alla ratifica del Trattato da parte degli Stati membri è stato alquanto accidentato, richiedendo la pronuncia in più occasioni degli elettori (es. in Irlanda) ed anche delle più alte giurisdizioni. Si pensi, in particolare, alla duplice pronuncia della Corte costituzionale ceca ed alla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009, reperibile in lingua inglese, tra gli altri, sul sito www.federalismi.it, con la quale i giudici si sono espressi per la compatibilità del Trattato con la Costituzione della Germania, richiedendo tuttavia la modifica della legge tedesca sul diritto di partecipazione del Parlamento nazionale. Circa tale sentenza si veda L.S. Rossi, *Integrazione europea al capolinea?*, pubblicato il 22 luglio 2009 in www.affarinternazionali.it.

⁷ L'abrogazione dell'art. 68 CE porterà anche all'eliminazione della possibilità per Consiglio, Commissione o Stati membri di interrogare la Corte sull'interpretazione del titolo relativo a «visto, asilo, immigrazione e libera circolazione delle persone», oltre che degli atti fondati su di esso, attraverso un particolare tipo di ricorso nell'interesse della legge che era previsto dal terzo comma. Nel nuovo Trattato, infatti, non vi è traccia di tale strumento né di qualcosa ad esso riconducibile. Una conferma del fatto che la sua funzione appare ora superata, anche perché strettamente collegata, si da trarne la sua ragion d'essere, alla transitorietà delle limitazioni previste all'entrata in vigore del regime di cui al titolo IV. Sul punto si vedano Baratta, che in *cit.*, nota 50, sottolinea come questo fosse un «regresso» rispetto al meccanismo previsto dal Protocollo alla Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968.

⁸ Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia, cui sarà dedicato il titolo IV del TFUE comprenderà, oltre a quelle comprese nell'attuale terzo pilastro, anche le politiche

in poi rivolgersi alla Corte anche i giudici che non si pronunciano in ultima istanza, cui tale possibilità fino ad ora veniva negata. Inoltre, non ci sarà più il regime differenziato che concerneva il terzo pilastro, che prevedeva innanzitutto l'opzione per la competenza della Corte e poi, in un momento successivo, del giudice cui veniva riconosciuta la possibilità di rivolgersi ad essa⁹.

In tale contesto, la novità che più rileva ai fini del presente lavoro è quella prevista dal testo dell'ultimo comma dell'art. 267 TFUE, secondo il quale la Corte avrà l'obbligo di statuire nel più breve tempo possibile qualora il cd. procedimento principale, cioè quello da cui origina il rinvio pregiudiziale, riguardi una persona in stato di detenzione.

2.3. L'art. 267 TFUE e il procedimento pregiudiziale d'urgenza

Per giungere alla sentenza della Corte nel più breve tempo possibile, ed assolvere così all'obbligo previsto del trattato, è ragionevole ritenere che si vada ad utilizzare la procedura pregiudiziale d'urgenza¹⁰;

relative al controllo delle frontiere esterne, ai visti, all'asilo, all'immigrazione, nonché alla cooperazione giudiziaria in materia civile. Sul nuovo titolo IV si veda G. CAGGIANO che in *L'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 2, 2007, pp. 335-375, in particolare p. 366.

⁹ R. MASTROIANNI, *cit.*, reputa questo «un notevole passo in avanti nella direzione di una maggiore tutela giurisdizionale dei singoli, se si considerano anche le discutibili prese di posizione della Corte in merito all'accesso alla giustizia nell'attuale III pilastro». In particolare, egli fa riferimento alla sentenza *Segi* del 27 febbraio 2007, in causa C-355/04 P, in *Raccolta* p. I-1657. Si veda anche P. DE PASQUALE, *Il terzo pilastro dell'Unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 2, 2009, pp. 431-449.

¹⁰ La procedura – come anche evidenzia la Commissione nel proprio parere del 20 novembre 2007, SEC(2007) 1540 def – è figlia dell'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva e un'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione nei termini prescritti» ora che la Corte avrà la necessità di rispondere «molto rapidamente» alle domande di pronuncia pregiudiziale riguardanti lo spazio LSG. La stessa Commissione predice che in futuro l'utilizzo di tale procedimento sarà sempre più frequente e si esprime nel senso che questo garantisca «un equilibrio delicato fra tutti gli interessi in causa»: rapidità, flessibilità, contraddittorio ed equità, esigenze di chiarezza, non influenza sul tempo delle altre cause discusse dalla Corte. Non mancano comunque le voci fortemente critiche, anche all'interno della Corte stessa. Sul punto si vedano le conclusioni dell'a.g. Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 5 marzo 2009, nella causa C-14/08, *Roda Golf*, non ancora pubbl. in *Racc.*, ove – alla nota 16 – si afferma che «il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza [...] oltre a preservare inevitabili rischi per la coerenza e l'unità della giurisprudenza (per non parlare del venire meno di garanzie procedurali fondamentali come quelle legate alla trasparenza), può inoltre compromettere la capacità operativa di questa Corte, nel

questo comporterà delle sensibili novità circa il suo ambito di applicazione visto che il contenuto della norma potrebbe portare all'estensione del ricorso all'iter veloce anche nei casi che, seppur riguardanti persone detenute, non rientrano nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Un cambiamento sensibile poiché ad un criterio di applicazione collegato alla materia trattata nel procedimento nazionale, se ne aggiungerà un altro strettamente collegato alla posizione soggettiva dell'individuo; una vera e propria estensione delle garanzie, quindi, di cui beneficeranno tutti i detenuti il cui processo è sospeso in attesa della pronuncia dei giudici comunitari.

Come già ampiamente sottolineato, la possibilità di derogare alla normale procedura è attualmente prevista dall'art. 23 bis dello Statuto della Corte, che prevede l'istituzione «per i rinvii pregiudiziali relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, [di] un procedimento d'urgenza»; una formulazione che, in verità, non muta nel protocollo n. 3 allegato al Trattato di Lisbona, ma che non appare idonea a porre un limite allo stesso art. 267 TFUE, il cui quarto ed ultimo comma ha un carattere più generale¹¹, soprattutto perché un'in-

caso di future (probabili) valanghe di ricorsi. Nonostante l'esistenza di tali pericoli, nulla ha trattenuto i fautori di tale procedimento».

¹¹ Allo stato attuale, con la procedura pregiudiziale d'urgenza sono stati risolti quattro casi: *Kadzoev*, in causa C-357/09 PPU del 30 novembre 2009, non ancora pubbl. in Racc.; *Leymann*, in causa C-388/08 PPU del 1° dicembre 2008, non ancora pubbl. in Racc.; *Goicoechea*, in causa C-296/08 PPU del 12 agosto 2008, in Racc. p. I-6307; *Rinau*, in causa C-195/08 PPU dell'11 luglio 2008, in Racc. p. I-5271. Nel procedimento *Zurita Garcia*, nelle cause riunite C-261/08 e C-348/08 del 22 ottobre 2009, non ancora pubbl. in Racc., la richiesta del giudice di rinvio non è stata accolta. Infine, in un sesto caso, è stata appurata l'impossibilità del suo utilizzo poiché la causa era stata introdotta prima della sua entrata in vigore: si tratta della sentenza *Kozłowski*, in causa C-66/08, del 17 luglio 2008, in Racc. p. I-6041. Alla luce della delicatezza della questione, e dell'«*esprit de coopération caractérisant les relations entre les juridictions nationales et la Cour*», in tal caso la Corte – con ordinanza presidenziale del 22 febbraio 2008 – ha deciso di ricorrere al procedimento accelerato previsto dall'art. 104 bis RP. Pur se in tutte le prime tre procedure l'avvocato generale risulta essere stato sentito, si conosce il contenuto degli interventi compiuti solo nel secondo e nel terzo: in tal caso per individuare il documento scritto è stato impiegato il termine «presa di posizione», in luogo del tradizionale «conclusione», pur se non ne differisce nell'obiettivo. Anche se appare evidente non sia questo il luogo per approfondire tale aspetto, qualche dubbio rimane, soprattutto con riferimento al criterio seguito per deciderne o meno della pubblicazione. In particolare, per la sentenza *Rinau* si veda M. FRAGOLA, *Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso Rinau*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 47, 2008, pp. 765-775; per la sentenza *Goicoechea* si veda A. VALENTINI, *Commento alla sentenza C-296/08 PPU: il caso Goicoechea e il secondo rinvio pregiudiziale d'urgenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 1, 2009, pp. 267-277.

interpretazione di questo tipo svuoterebbe di significato la norma del Trattato. Inoltre, tale possibilità non risulta da questo contemplata, non conferendo in alcun modo alla lettera dello Statuto la possibilità di limitare il campo applicativo dell'ultimo comma dell'art. 267 TFUE¹².

Si può quindi concludere nel senso che al procedimento pregiudiziale d'urgenza si ricorrerà non solo per le situazioni riconducibili allo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, ma anche in quelle ipotesi in cui, più in generale, si vede la presenza, tra le parti, di una persona in stato di detenzione¹³.

3. *Le parti del processo*

3.1. *Le parti nel procedimento ordinario*

Il procedimento pregiudiziale d'urgenza non altera nella sostanza il ruolo delle parti del processo, anche se risulta necessario, alla luce dalla natura stessa del procedimento, operare alcuni distinguo.

Nel procedimento ordinario sono parti del procedimento avanti la Corte innanzitutto i soggetti che ricoprono tale posizione nella causa principale, ad essi è riconosciuta la possibilità, ma non l'obbligo, di produrre alla Corte, entro i termini fissati dai giudici, memorie e documenti, idonei ad illustrare le rispettive posizioni sulla domanda posta dal giudice di rinvio.

Inoltre, hanno la facoltà di partecipare tanto alla fase scritta che a quella orale, rispettando i medesimi termini, la Commissione, il Consiglio e il Parlamento, la BCE e la BEI, ma solo se l'interpretazione o la pronuncia di validità richieste hanno per oggetto un atto che rientri nell'ambito delle loro competenze, nonché gli Stati membri, che verranno a conoscenza della proposizione dei quesiti in seguito alla notifica della cancelleria, oltre che grazie alla loro pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*¹⁴. Infine, con una notifica, verranno informati del provvedimento di rinvio anche gli Stati membri dell'EFTA nonché la sua Autorità di vigilanza, ed addirittura uno Stato terzo, qua-

¹² Cosa che in altre disposizioni ha invece luogo: a titolo d'esempio, si pensi all'art. 225 CE circa la competenza a decidere sui ricorsi da parte del Tribunale di primo grado.

¹³ A titolo d'esempio, si consideri l'ipotesi come conseguenza della violazione della norma che recepisce la direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in *GUUE* L 328 del 6 dicembre 2008, pp. 28-37.

¹⁴ Nel procedimento ordinario non vi era alcuna limitazione all'intervento degli Stati membri, nemmeno qualora il rinvio fosse fondato sull'art. 68 CE o sull'art. 35 UE perché relativo allo spazio di Libertà, sicurezza e giustizia.

lora un accordo relativo ad un determinato settore ne riconosca il diritto ad intervenire.

Una volta notificati i documenti depositati, tanto le parti in senso stretto che gli interessati avranno tre settimane di tempo per richiedere lo svolgimento della fase orale. Diversamente, la Corte potrà anche optare per la rinuncia alla stessa; in tal caso, una volta dichiarata la chiusura, presentate o meno le conclusioni dell'avvocato generale alla luce dell'art. 262 TFUE, si aprirà la fase di deliberazione che si concluderà con la lettura della sentenza.

3.2. *Il procedimento accelerato*

Una prima deroga alla disciplina generale è prevista dall'art. 104 bis RP: su richiesta del giudice di rinvio, e dopo avere sentito relatore ed avvocato generale, il Presidente della Corte potrà decidere di ricorrere ad un procedimento accelerato, qualora sussista un'«urgenza straordinaria di statuire sulla questione proposta in via pregiudiziale»¹⁵.

Il presidente fisserà immediatamente la data dell'udienza, che verrà comunicata a parti ed interessati contestualmente alla notifica del provvedimento di rinvio.

Tutti questi soggetti, che coincidono con quelli che prendono parte a tutte le fasi del procedimento ordinario, potranno presentare eventuali memorie ed osservazioni scritte; il Presidente potrà invitarli a concentrarsi sui «punti di diritto essenziali» sollevati dalla questione pregiudiziale.

Dopo avere sentito l'avvocato generale, cosa che comporterà che non vi sia lettura delle conclusioni, e compiutasi la fase orale la cui chiusura verrà dichiarata dal Presidente, si aprirà la fase di deliberazione che porterà alla decisione dei giudici.

Del contenuto dell'opinione dell'avvocato generale non rimarrà dunque traccia, salvo che il documento ad essa relativo non venga successivamente pubblicato nella raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁶.

3.3. *Il procedimento d'urgenza*

La seconda deroga alla disciplina ordinaria assume il nome di procedimento d'urgenza. Potrà esserne disposto il ricorso sulla base di

¹⁵ Così il primo comma dell'art. 104 bis. Proprio seguendo tale procedura è stata decisa la causa *Kozłowski*, citata alla nota 11.

¹⁶ Circa le criticità e gli aspetti positivi collegati alla pubblicazione della 'presa di posizione' dell'avvocato generale, si rinvia al successivo paragrafo 4.

una richiesta del giudice nazionale, che avrà esposto le circostanze di fatto e diritto che comprovano l'urgenza e giustificano l'applicazione del procedimento derogatorio. Inoltre, cosa che costituisce una vera e propria novità, lo stesso giudice preciserà quella che reputa la soluzione più appropriata per ciascuna delle questioni pregiudiziali formulate.

In assenza della richiesta del giudice a quo, qualora sia comunque emersa l'opportunità di vagliare se ricorrere o meno a tale procedimento, sarà il Presidente della Corte a chiedere alla sezione designata di verificare la necessità della sua applicazione.

Rispetto al procedimento accelerato emerge una seconda novità: in tale ipotesi la decisione finale spetterà ai giudici della sezione assegnataria ed il Presidente della Corte si limiterà, se del caso, a richiedere una valutazione circa la necessità di ricorrere alla procedura d'urgenza. È verosimile che, alla luce della delicatezza delle materie trattate, si stato ritenuto opportuno sia la scelta finale ricondurre ad una decisione collegiale e non individuale; una valutazione che, proprio per quello, appare del tutto condivisibile.

Quale che sia la sua provenienza, in seguito alla richiesta di procedura d'urgenza il rinvio pregiudiziale sarà notificato alle parti del procedimento principale, allo Stato membro cui appartiene la giurisdizione di rinvio, nonché a Commissione, Consiglio, Consiglio e Parlamento, BCE, in funzione della provenienza dell'atto di cui si contesta la validità o si chiede l'interpretazione. A questi stessi soggetti verrà notificata la decisione della sezione, che verrà assunta dopo avere sentito l'avvocato generale: nel caso di diniego, si proseguirà col procedimento ordinario; nel caso in cui la richiesta sia stata accolta, la medesima decisione fisserà il termine entro il quale depositare memorie od osservazioni scritte, potendosi precisare altresì i punti sui quali questi dovranno vertere nonché la loro lunghezza massima. A questo punto, il provvedimento di rinvio sarà comunicato anche alle Istituzioni non riguardate ed agli altri Stati membri, mentre la data prevedibile dell'udienza sarà comunicata «non appena possibile»: un aspetto, questo, che costituisce il terzo elemento di novità rispetto al procedimento accelerato, nel corso del quale – invece – la data verrà fissata dal Presidente e comunicata alle parti contestualmente alla decisione che accoglie la richiesta di seguire quel particolare percorso.

Le memorie e le osservazioni scritte presentate dalle parti processuali, così come individuate dal primo comma del paragrafo 2, saranno notificate anche a tutti gli altri soggetti, sempre che la sezione non si sia avvalsa della facoltà di omettere anche la fase scritta. Se ne deduce che, solo le parti del procedimento principale, la Commis-

sione – in quanto deputata alla tutela dell'interesse comunitario – e le Istituzioni autrici dell'atto oggetto di rinvio, nonché il governo dello Stato cui appartiene la giurisdizione di rinvio, avranno la possibilità di depositare memorie ed osservazioni; cosa diversa dalla regola ordinaria, rispettata anche nel procedimento accelerato, che prevede possano depositarne anche gli altri Stati membri oltre a tutte le Istituzioni, a prescindere dal legame con l'atto oggetto delle questioni sottoposte alla Corte.

Si può quindi osservare che sono principalmente due gli aspetti che si riflettono sul ruolo assunto dalle parti nella procedura d'urgenza: da un lato, si ha una forte riduzione del numero di soggetti che potranno conferire osservazioni scritte e memorie nel corso della fase scritta, fase che potrebbe essere persino omessa su decisione dei giudici stante un'estrema urgenza; tali soggetti potranno comunque prendere parte, se del caso, all'udienza per la quale, dunque, non esistono limitazioni alla partecipazione.

In secondo luogo, risalta in modo evidente la prevalenza dell'oralità, con conseguente riduzione dello spazio dedicato al conferimento di documentazione scritta; oralità che sembra da considerarsi come il mezzo migliore per garantire la tutela dei diritti e degli interessi delle parti in causa e, al contempo, ridurre i tempi di trattazione al fine di giungere alla sentenza nel più breve tempo possibile. In un sistema del genere risulterà quindi evidente il ruolo fondamentale e indispensabile che verrà rivestito dall'udienza dibattimentale in sé considerata.

4. *L'intervento dell'avvocato generale*

La Corte di giustizia deciderà «sentito l'avvocato generale», così come capita nel procedimento accelerato e, come noto, diversamente da quel che accade nel procedimento ordinario, dove le conclusioni vengono presentate nel corso di un'udienza pubblica. Nel silenzio dei testi che regolano il procedimento, si presume che l'avvocato generale illustri la propria posizione alla Corte in forma scritta, con un documento innegabilmente destinato ad influenzarla. Il fatto che, nel corso dei procedimenti d'urgenza fino ad ora verificatisi, questo sia stato pubblicato¹⁷, non assumendo la denominazione di conclusioni,

¹⁷ Ci si riferisce alle citate cause *Kozłowski, Riman, Goicoechea*. In verità, come visto, il primo caso non riguarda il PPU, ma possiamo ricondurlo ad esso perché il ricorso all'art. 104 bis, e quindi al procedimento accelerato, è dovuto all'impossibilità di utilizzare quello d'urgenza visto che le modifiche al regolamento di procedura sarebbero entrate in vigore solo alcuni giorni dopo.

bensì di «presa di posizione», costituisce senz'altro una novità. Pur se distinta formalmente dalle prime, la 'presa di posizione' in realtà è nella sostanza assimilabile ad esse, visto che con essa l'avvocato generale non compie soltanto un'articolata presa di posizione sui fatti della causa, ma anche e soprattutto prospetta in che modo la medesima possa essere risolta.

Dunque, un documento che – al pari delle conclusioni – è idoneo ad influenzare la Corte nel momento decisionale; proprio alla luce di quest'ultimo aspetto, si possono riproporre nei confronti di siffatto atto le riserve rivolte alle conclusioni, o – più precisamente – alle regole di procedura che non consentono alle parti alcun tipo di osservazione sulle stesse.

La pubblicazione della presa di posizione dell'a.g. va salutata con favore e va vista, in questo caso specifico, come elemento funzionale al garantire una maggiore pubblicità al contenuto dell'intervento dell'avvocato generale, oltre che idoneo a consentire una lettura più articolata della causa ed una migliore comprensione della sentenza. Resta il fatto che, pur se la pubblicazione in sé è da vedere con favore, tale scelta appare assolutamente discrezionale, impressione confermata dall'analisi della seppur minima giurisprudenza riconducibile all'art. 104 ter RP.

Il ruolo dell'a.g. – sia o meno pubblicata la sua presa di posizione – merita di essere analizzato anche alla luce del rapporto con la giurisprudenza della Corte EDU sul rispetto dell'art. 6 CEDU, del principio del giusto processo e, in particolare, del diritto in capo alle parti di commentare ogni documento idoneo ad influenzare l'orientamento del giudice.

Senza tornare sull'applicazione al processo comunitario della giurisprudenza *Vermeulen*¹⁸, oltre che sulla risposta fornita dalla Corte con la criticata ordinanza *Emesa Sugar*, si osserva che il Procedimento Pregiudiziale d'Urgenza si presta particolarmente alla soluzione della questione, viste le sue particolari caratteristiche.

Si potrebbe infatti estendere la forma orale anche all'illustrazione della posizione dell'avvocato generale: se in tal modo egli potrà te-

¹⁸ Sul punto ci si limita ad osservare che la recente decisione della Corte EDU del 20 gennaio 2009, nel caso *Cooperatieve*, n. 13645/05 – così come le precedenti pronunce nei casi *Kress*, del 7 giugno 2001, n. 39594/98, e *Bosphorus*, del 30 giugno 2005, n. 45036/98 – non ha fatto altro che rafforzare la necessità di giungere ad una soluzione della questione in modo differente da una presa di posizione a priori, come effettuata a suo tempo con l'Ordinanza *Emesa Sugar*, cit.. Circa la prima di tali sentenze, si rinvia al contributo di I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questo volume.

nere conto di tutti gli intervenienti, è soprattutto vero che questa potrà essere oggetto di discussione. Tale soluzione appare idonea a tutelare anche da ‘infortuni’ che – in una situazione ordinaria – potrebbero persino richiedere la riapertura della fase orale e che, in un caso del genere, ritarderebbero la decisione finale, rendendo nei fatti vano il ricorso alla stessa procedura urgente. Il ricorso alla sola oralità anche per la presentazione delle conclusioni non dovrebbe costituire un problema per la scelta finale dei giudici. Infatti, questi – in fase di deliberazione – disporrebbero della trascrizione del processo verbale integrale dell’udienza, che riporterebbe tutto quanto asserito da parti ed avvocato generale durante il suo svolgimento¹⁹.

La delicatezza della questione è confermata dalla natura del procedimento e dalle materie che ne permettono l’applicazione. Il ricorso al PPU, infatti, non è dovuto all’esistenza di una giurisprudenza consolidata, alla ripetitività di una questione posta alla Corte, o alla sussistenza di una qualsivoglia ragione straordinaria soggetta alla valutazione discrezionale del giudice di rinvio nonché di quelli della Corte, quanto piuttosto ad una situazione oggettiva quale l’appartenenza della norma oggetto del rinvio allo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Un quadro che prospetta la possibilità che innanzi alla sezione assegnataria della causa siano affrontate anche cause complesse, tanto in fatto che in diritto, tali da portare la Corte ad esprimersi anche per la prima volta su di un certo aspetto o in un certo ambito o che potrebbero persino concludersi con *revirement* giurisprudenziale.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce dell’analisi sin qui compiuta, si possono compiere alcune considerazioni di carattere conclusivo.

In primo luogo, si può con sicurezza affermare che uno strumento quale il procedimento pregiudiziale d’urgenza sia da accogliere con favore, alla luce dell’importanza e del rilievo che rivestono le ragioni che ne giustificano il ricorso e che, almeno nella prima fase della sua applicazione, che si può far giungere all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, hanno costituito il presupposto della sua applicazione. Un presupposto, quindi, dalla natura meramente oggettiva, visto che

¹⁹ Sul rapporto tra diritti della difesa e processo verbale integrale dell’udienza, mi permetto di rinviare a M. BORRACCETTI, *Il processo verbale integrale dell’udienza e l’esercizio del diritto alla difesa*, in B. NASCIBENE, *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, 2003, pp. 123-131.

concerneva quegli atti normativi rientranti nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

A tale presupposto il Trattato di Lisbona ne ha aggiunto uno dalla natura soggettiva: l'art. 267 u.c. TFUE, infatti, imponendo alla Corte di giustizia di decidere nel minore tempo possibile qualora la causa d'origine veda tra le parti un imputato detenuto, porterà a concentrarsi anche sulla posizione di una delle parti in causa innanzi al procedimento nazionale e, conseguentemente, all'aumento delle richieste di ricorso alla procedura d'urgenza, visto che non sembra ir-reale ipotizzare il ricorso ad esso anche in casi in cui oggetto di interpretazione o di pronuncia sulla validità sia una norma esterna allo spazio LSG.

In secondo luogo, e con particolare riferimento alla prassi applicativa, non può che essere accolta positivamente la scelta di dare adeguata pubblicità alle posizioni dell'avvocato generale, pur se per il Trattato questo viene solo 'sentito' dalla Corte prima della decisione finale e pur se – a rigore – tali posizioni non rientrano nella categoria delle conclusioni. Proprio per tale ragione, vista l'impossibilità di individuare nella norma, né tantomeno nella prassi, un criterio che soccorra nella comprensione delle scelte di dare o meno pubblicità a questi documenti, è cosa che sembra fortemente auspicabile nel futuro, visto che garantirebbe una maggiore trasparenza circa le scelte compiute dai giudici e, soprattutto, una maggiore tutela dei diritti della parti del processo.

Infine, sembra poi auspicabile, alla luce di peculiarità del procedimento d'urgenza quali l'utilizzo prevalente dell'oralità e l'ambito di applicazione, che l'analisi dibattimentale sia prevalente su ogni altro tipo; pur nella piena consapevolezza della sua non immediata realizzazione, la soluzione più idonea a salvaguardare gli interessi dei soggetti coinvolti sembra da individuare nella previsione di un intervento orale dell'avvocato generale in udienza, sì che le posizioni sostenute possano essere dibattute anche con le parti processuali. All'assenza di un testo scritto al momento della deliberazione, testo fino ad ora sempre presente, la Corte potrà sopperire anche grazie all'utilizzo della trascrizione del verbale integrale dell'udienza, che deriva dalla registrazione di quanto avvenuto nel corso del dibattimento in aula.

II sessione

Recenti evoluzioni
della funzione giurisdizionale internazionale,
con particolare attenzione al ruolo delle parti private

Introduzione alla seconda sessione

I contributi presentati nella seconda sessione, dal titolo «Recenti evoluzioni della funzione giurisdizionale internazionale, con particolare attenzione al ruolo delle parti private» – presieduta dal Prof. Giuseppe Porro e dalla Prof.ssa Margherita Salvadori – sono accomunati dall'osservazione del moltiplicarsi delle istanze giurisdizionali internazionali. All'interno di questo tema di carattere generale, vengono affrontati alcuni aspetti più specifici, fra cui gli effetti delle sovrapposizioni tra giurisdizioni, i meccanismi di raccordo e di armonizzazione, il ruolo dell'individuo, l'evoluzione di determinati aspetti procedurali.

I problemi derivanti dalla sovrapposizione di istanze giudicanti in materia di investimenti sono affrontati da Anna DE LUCA con specifico riferimento alla giurisdizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea e alla competenza dei tribunali arbitrali istituiti sulla base di accordi bilaterali di promozione e protezione degli investimenti. In particolare, l'analisi prende spunto da tre ipotesi prospettate dall'autrice, nell'ambito delle quali possono sorgere interferenze sulla risoluzione di una controversia tra un investitore e uno Stato. Vengono dunque discussi e valutati i termini in cui un tribunale arbitrale sia in grado di risolvere potenziali conflitti tra la propria giurisdizione e quella della Corte di Giustizia. Sul piano sostanziale, sono considerati i problemi di incompatibilità tra diritto convenzionale in materia di investimenti e diritto comunitario.

La funzione giurisdizionale internazionale viene ulteriormente analizzata nel contributo di Angela DI MAIO, la quale esplora l'emergere della figura dell'*amicus curiae* all'interno di diverse istanze giurisdizionali. Più precisamente, viene esaminata la procedura seguita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla Corte InterAmericana dei diritti umani, dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc e dalla Corte Penale Internazionale, arrivando a delineare la progressiva diffusione dell'istituto all'interno di questi ambiti. Al contrario, l'autrice argomenta la scarsa presenza degli *amici curiae* nell'ambito di due importanti categorie di ricorsi interstatali: quelli che si svolgono davanti alla Corte Internazionale di Giustizia e quelli facenti parte del

sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC. Aspetti più propriamente procedurali vengono affrontati dal contributo di Laura PIAZZA, il quale affronta il complesso tema dell'onere della prova all'interno del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, visto in relazione al principio dello *stare decisis*. Il lavoro mira a ricostruire la formazione e l'applicazione delle regole emerse in questo settore all'interno di un sistema di natura giurisdizionale, anche se caratterizzato da elementi di stampo diplomatico. L'attenzione al principio dello *stare decisis* deriva dal fatto che, nonostante l'Intesa sulla risoluzione delle controversie escluda in linea di principio la possibilità che i rapporti dei panel e dell'Organo d'Appello abbiano valore di precedente, nei fatti il sistema ha evidenziato una tendenza alla continuità. Quest'ultima si applica anche ai principi sviluppati nell'ambito della ripartizione dell'onere probatorio, i quali hanno assunto sempre maggiore importanza, vista la frequenza di controversie relative a settori caratterizzati da incertezza scientifica, soprattutto quando ad essere coinvolti sono i così detti *non-trade issues*.

La rilevanza degli interessi di natura pubblicistica emerge altresì nel lavoro di Saverio DI BENEDETTO, il quale prende in esame la tematica del raccordo tra spazi giuridici, nella prospettiva della connessione tra sistemi di risoluzione delle controversie in materia di tutela degli investimenti, da una parte, e di tutela ambientale, dall'altra. L'analisi verte sulle modalità e sul grado di integrazione di istanze di tutela ambientale negli istituti fondamentali della protezione dell'investitore (espropriazione indiretta e *regulatory takings*, trattamento nazionale, trattamento giusto ed equo) nell'ambito di lodi di arbitrati costituiti ai sensi dell'UNCITRAL su base NAFTA. L'autore sottolinea la rilevanza dei casi considerati quale esperienza giuridica di avanguardia e di riferimento suscettibile di aprire il diritto internazionale degli investimenti a esigenze di carattere non economico anche in contesti diversi da quello del NAFTA.

Il rapporto fra le istanze sopra citate e il diritto internazionale dell'economia viene altresì in rilievo nel lavoro di Angelica BONFANTI, dedicato alla giurisprudenza relativa alla responsabilità delle multinazionali in merito alla violazione dei diritti umani, giurisprudenza sviluppata dall'attività dei punti di contatto nazionali incaricati di vegliare sull'applicazione delle Linee Guida dell'OCSE e dalle corti interne statunitensi sulla base dell'*Alien Tort Claims Act*. I principi emergenti dai casi esaminati depongono, nonostante alcuni limiti, verso un sempre maggiore riconoscimento della responsabilità di tali attori, il quale contribuisce al progressivo rafforzarsi della così detta *corporate social responsibility* anche in ambiti diversi da quelli esaminati nel contributo in questione.

Potenziali conflitti tra giurisdizione comunitaria e istanze arbitrali istituite sulla base di accordi di promozione e protezione degli investimenti: quali possibili soluzioni?

di Anna De Luca

SOMMARIO: 1. Potenziali sovrapposizioni tra giurisdizione comunitaria e giurisdizione arbitrale *treaty-based*. - 1.1. Tre ipotesi di possibili interferenze tra disciplina dei BITs e diritto comunitario. - 2. Le soluzioni adottabili da un tribunale arbitrale *treaty-based* per risolvere i potenziali conflitti tra giurisdizione comunitaria e giurisdizione arbitrale. - 2.1. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del tribunale arbitrale *treaty-based*. - 2.2. La sospensione della procedura arbitrale in attesa della pronuncia del giudice comunitario sulla base di considerazioni di cortesia. - 2.3. La partecipazione della Commissione europea alla procedura arbitrale come *amicus curiae*. - 3. Alcuni cenni sulla questione della compatibilità con l'ordinamento comunitario dei BITs intra-comunitari. - 4. Conclusioni.

1. *Potenziali sovrapposizioni tra giurisdizione comunitaria e giurisdizione arbitrale treaty-based*

La compatibilità tra diritto comunitario e accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti (detti anche *Bilateral Investment Treaties* o BITs) è stata oggetto nel marzo 2009 di due sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee¹. In questi casi, introdotti da ricorsi per inadempimento, la Commissione ha sostenuto l'incompatibilità con il Trattato CE (in particolare gli artt. 57 par. 2, 59 e 60 CE – divenuti artt. 64, 66 e 75 TFUE – che prevedono la competenza del Consiglio ad adottare unilateralmente misure restrittive dei movimenti di capitali e pagamenti) delle norme a garanzia della cosiddetta libertà di «*money transfers*», vale a dire del libero trasferimento da parte degli investitori delle Parti di pagamenti in relazione agli investimenti, di alcuni BITs conclusi con Stati terzi da Svezia e Austria prima dell'adesione all'UE. La Corte, pur riconoscendo in via generale tali norme dei BITs come conformi alla li-

* Dottore di ricerca in diritto internazionale e avvocato nel foro di Milano.

¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Svezia*, causa C-249/06, e *Commissione c. Austria*, causa C-205/06, sentenze del 3 marzo 2009.

bera circolazione dei capitali (art. 56, par. 1 CE), ha accolto la tesi della Commissione circa l'incompatibilità (al momento del tutto ipotetica) e il conseguente inadempimento da parte di tali Paesi dell'obbligo di ricorrere a ogni mezzo atto ad eliminarla ai sensi dell'art. 307, secondo comma CE (divenuto art. 351 TFUE).

Sebbene non siano oggetto specifico di commento in questa sede, le sentenze della Corte hanno delle implicazioni più generali rispetto al dichiarato inadempimento dei due Stati membri dell'obbligazione comunitaria di cui all'art. 307, secondo comma CE.

Le incompatibilità con il Trattato CE delle summenzionate norme dei BITs conclusi con Stati terzi non si limitano agli Stati membri convenuti: le norme a garanzia della libertà di «*money transfers*», in quanto clausole standard, sono incluse in molti BITs conclusi dagli Stati membri con Stati terzi sia prima che dopo l'adesione all'UE².

² Si veda per esempio l'art. VI del Modello di BIT italiano del 2003. Tale articolo contiene (al par. 4) una clausola che riserva agli Stati contraenti la possibilità di applicare misure restrittive della libertà di «*money transfers*» relativamente agli investimenti protetti a seguito di «*very serious balance of payments problems*». Tuttavia tale riserva si applica solo nell'ipotesi in cui «...the Contracting Party implements International Monetary Fund relevant provisions adopted in the specific case» e a condizione che le restrizioni siano adottate in buona fede e in maniera equa e non discriminatoria. Dunque, il modello italiano non contiene nessuna clausola che riservi al Consiglio la competenza ad adottare unilateralmente misure restrittive dei movimenti di capitali e pagamenti ai sensi degli articoli 57 n. 2, 59 e 60 CE. Si noti che, sebbene secondo la Commissione una clausola di tale tipo sarebbe idonea a far venir meno l'incompatibilità contestata, la Corte non si è chiaramente pronunciata sul punto (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Austria*, causa C-205/06, sentenza del 3 marzo 2009, punto 42). In senso contrario le Conclusioni del 10 settembre 2009 dell'Avv. Generale E. Sharpston in causa C-118/07, *Commissione c. Finlandia*, punto 36. Si veda anche art. 6 modello di BIT francese del 2006 il cui ultimo paragrafo, pur senza prevedere espressamente una riserva delle competenze del Consiglio, tuttavia prevede che: «when, in exceptional circumstances, capital movements from or to third countries cause or threaten to cause a serious disequilibrium to its balance of payments, each Contracting Party may temporarily apply safeguard measures to the transfers, provided that these measures shall be strictly necessary, would be imposed in an equitable, non discriminatory and in good faith basis and shall not exceed in any case a six months period.» Secondo la Corte, neanche una clausola che garantisca la tutela degli investimenti nei limiti consentiti dalla normativa della Parte contraente (ad esempio, la clausola seguente contenuta nel BIT Finlandia-Sri Lanka: «Ciascuna Parte contraente garantisce in ogni caso, entro i limiti consentiti dalle proprie leggi e dai propri decreti, e conformemente al diritto internazionale, un trattamento ragionevole ed adeguato degli investimenti effettuati dai cittadini o dalle imprese dell'altra Parte contraente»), sarebbe idonea ad assicurare la compatibilità dei BITs con l'ordinamento comunitario sotto il profilo summenzionato, datane l'interpretazione troppo incerta (da ultimo, accogliendo gli argomenti dell'Avv. Generale E. Sharpston, Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Finlandia*, causa C-118/07, sentenza del 19 novembre 2009, punti 42-43).

Dunque, il futuro dei regimi bilaterali di protezione degli investimenti degli Stati membri appare incerto. Da una parte, la decisione della Corte limita fortemente la libertà degli Stati membri di stabilire il contenuto degli accordi di protezione degli investimenti, data la necessità per gli stessi di elaborare una linea di condotta comune sotto la responsabilità della Commissione ai sensi dell'art. 211 CE³; dall'altra occorre tener conto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009. Ai sensi dell'art. 207 TFUE (ex articolo 133 CE) «la politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, *gli investimenti esteri diretti*, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale...»⁴ (il corsivo è nostro).

Le decisioni della Corte offrono qui solo lo spunto per una riflessione su potenziali conflitti tra ordinamento comunitario e disciplina dei BITs (compresi i BITs intra-comunitari e gli accordi multilaterali settoriali in materia di investimenti come l'*Energy Charter Treaty* o ECT) che possono derivare da differenti valutazioni da parte della giurisdizione comunitaria e di un tribunale arbitrale *treaty-based* di medesimi fatti o del medesimo comportamento statale.

Il tribunale arbitrale *treaty-based* applicherà la disciplina del BIT o dell'ECT, i cui elementi principali sono due. Si tratta innanzitutto, sotto il profilo della tutela sostanziale, delle obbligazioni convenzionali che impongono agli Stati contraenti standard di trattamento (quali il trattamento giusto ed equo, la clausola del trattamento della nazione più favorita e del trattamento nazionale) e protezione degli investimenti stranieri (quali il divieto di espropriazione, di misure di nazionalizzazione e misure di carattere equivalente) su base di reciprocità. In secondo luogo, si tratta del diritto degli investitori nazionali di ciascuna delle Parti di ricorrere ad un arbitrato internazionale

³ Si veda il punto 44 delle sentenze citate alla nota 1 (da ultimo sulla necessità di elaborare una linea di condotta comune si veda anche Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Finlandia*, causa C-118/07, sentenza del 19 novembre 2009, punto 35).

⁴ Sulla competenza esterna dell'Unione in materia di investimenti in base alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona si vedano T. EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 383 ss., a pp. 389-398; L. MOLA, *Which Role for the EU in the Development of International Investment Law? (July 2, 2008)*, *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008*, par. 3, 3.1 e 3.2 e i riferimenti bibliografici ivi contenuti reperibile sul sito SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1154583>.

nei confronti dell'altro Stato, ospite dell'investimento, al fine di assicurarsi effettivamente l'applicazione di detti standard.

Per quanto riguarda l'ordinamento comunitario, le norme sul diritto di stabilimento e sulla libera circolazione dei servizi, di cui il giudice comunitario è esclusivo interprete, includono aspetti del trattamento degli investimenti stranieri una volta stabiliti nel territorio comunitario. Le due libertà comunitarie hanno, tuttavia, un ambito di applicazione più ampio che include anche aspetti relativi all'ammissione degli investimenti «comunitari» negli ordinamenti degli Stati membri⁵. Viceversa la libera circolazione dei capitali, l'unica tra le libertà fondamentali ad avere una vera e propria dimensione esterna, sembra includere aspetti relativi sia all'ammissione che al trattamento degli investimenti stranieri⁶. Dunque, si pone la necessità di indagare le potenziali sovrapposizioni tra la giurisdizione comunitaria e quella arbitrale *treaty-based* e le possibili diverse valutazioni del medesimo comportamento statale alla luce delle diverse norme applicabili, il diritto comunitario per il giudice comunitario e le norme del BIT per il tribunale arbitrale. A tal fine in questa sede si faranno solo alcune ipotesi di possibili interferenze tra disciplina degli accordi sugli investimenti e diritto comunitario e si metteranno in evidenza i relativi profili problematici, senza pretesa alcuna di esaurire l'argomento⁷.

⁵ A parte le persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri, destinatari delle due libertà sono anche le persone giuridiche «costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità». Si vedano gli artt. 54 e 61 TFUE (ex artt. 48 e 55 CE).

⁶ In tal senso depongono la giurisprudenza comunitaria relativa alla circolazione dei capitali in materia «golden shares». Si veda per esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Federconsumatori ed altri c. Comune di Milano*, cause riunite C-463/04 e C-464/04, sentenza del 6 dicembre 2007. Si noti che, secondo la giurisprudenza comunitaria, in linea di principio sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali anche normative degli Stati membri indistintamente applicabili che abbiano però l'effetto di dissuadere gli investitori comunitari dall'esercitare la detta libertà (per esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Portogallo*, causa C-367/98, sentenza del 4 giugno 2002, punto 45). Nello stesso senso si veda anche L. MOLA, *op. cit.*, par. 1.2.

⁷ Sul tema del rapporto tra diritto comunitario e BITs si vedano, oltre ai riferimenti bibliografici contenuti in nota 4, anche M. BURGSTALLER, *European Law and Investment Treaties*, in *Journal of International Arbitration*, 2009, p. 181 ss.; B. PUOLAIN, *Quelques interrogations sur le statut des traites bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne*, in *Revue generale du droit international public*, 2007, p. 803 ss.; B. PUOLAIN, *L'investissement international: définition ou définitions?*, in P. KAHN e T.W. WÄLDE (eds.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden/Boston, 2007, p. 123 ss., a pp. 145-150; C. SÖDERLUND, *Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 455 ss.

1.1. Tre ipotesi di possibili interferenze tra disciplina dei BITs e diritto comunitario

In primo luogo si può ipotizzare che un investitore straniero, parte di (o imputato) in un giudizio nazionale in cui si ponga la questione pregiudiziale dell'incompatibilità con il diritto comunitario di una legge nazionale perché restrittiva del diritto di stabilimento, in presenza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, attivi parallelamente un arbitrato internazionale *treaty-based* contro lo Stato membro ospite dell'investimento per violazione degli standard internazionali dell'accordo multilaterale o bilaterale. Una tale ipotesi si potrebbe verificare costruendo un caso ipotetico a partire dai fatti oggetto del giudizio della Corte nel caso *Robert Fearon and Company Limited c. Irish Land Commission*. In particolare la questione in discussione davanti alla Corte era quella della compatibilità con il diritto di stabilimento di un regime nazionale generale d'espropriazione di proprietà fondiaria per pubblica utilità che imponeva alle persone fisiche e a tutti gli azionisti di persona giuridica proprietaria di terreni la condizione della residenza di almeno 1 anno a meno di 3 miglia dal fondo al fine di evitare l'espropriazione dei terreni da parte della *Land Commission*⁸. Sebbene la Corte escludesse allora l'incompatibilità della normativa in questione sia perché intesa a perseguire finalità generali sia perché applicata in modo identico ai cittadini nazionali e cittadini di altri Stati membri⁹, appare dubbio che tale posizione sia ancora attuale alla luce della giurisprudenza comunitaria successiva in materia di discriminazioni indirette e di misure indistintamente applicabili¹⁰.

In secondo luogo, la Commissione europea esercita una competenza esclusiva, sotto il controllo del giudice comunitario, nella valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure o regimi nazionali di aiuto e il privato può impugnare la decisione di incom-

⁸ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Robert Fearon and Company Limited c. Irish Land Commission*, causa 182/83, sentenza del 6 novembre 1984.

⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Robert Fearon*, cit. punto 10.

¹⁰ La Corte ha successivamente chiarito, da una parte, che la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di regimi di proprietà ai sensi art. 295 CE (oggi art. 345 TFUE) non sottrae tali misure dalla necessità del rispetto delle libertà fondamentali del mercato unico (per esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Portogallo*, causa C-367/98, sentenza del 4 giugno 2002, punto 48). Dall'altra, la Corte ha progressivamente esteso anche al diritto di stabilimento i principi affermati relativamente alle misure indistintamente applicabili in materia di libera circolazione di servizi e merci. Sul punto per tutti si vedano G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, pp. 541-545; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, pp. 529-531; M. CONDINANZI, A. LANG e B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, pp. 163-165.

patibilità davanti al giudice comunitario con ricorso nei termini previsti dall'art. 263, sesto comma, TFUE (ex art. 230, quinto comma CE). Un investitore straniero potrebbe contestare in arbitrato internazionale *treaty-based* perché in violazione degli standard internazionali di tutela il ritiro da parte di uno Stato membro di un aiuto a seguito di una decisione di incompatibilità della Commissione. In proposito occorre distinguere l'ipotesi in cui il giudice comunitario sia stato investito dell'annullamento della decisione della Commissione dall'ipotesi in cui il giudice comunitario non ne sia stato investito.

In terzo luogo, vi è l'ipotesi in cui un investitore straniero contesti in arbitrato internazionale *treaty-based* un regolamento o altro atto comunitario a portata generale che lo stesso investitore non possa impugnare davanti al giudice comunitario. Secondo la giurisprudenza comunitaria il ricorrente privato non è legittimato ad impugnare un atto comunitario a portata generale se non alle condizioni che l'atto lo riguardi direttamente e individualmente, nell'interpretazione restrittiva adottata dalla Corte¹¹. Per esempio, la Corte ha escluso che un'impresa importatrice di riso nella Comunità (dai Paesi e territori d'oltremare) colpita da una misura generale di salvaguardia limitativa delle importazioni di tale prodotto nella Comunità potesse essere considerata individualmente interessata solo perché pregiudicata dalla misura «unicamente in qualità di esportatore di riso verso la Comunità.» Secondo la Corte tale qualità non era idonea né sufficiente a distinguere individualmente l'impresa interessata, poiché «si tratta di un'attività commerciale che, in qualsiasi momento, può essere esercitata da una qualsiasi impresa»¹².

¹¹ Si veda T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 178 ss. e pp. 215-216; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea, sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, 2007, p. 346 e pp. 348-352; C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 13 ss. e i riferimenti di dottrina e giurisprudenza ivi contenuti.

¹² Corte di giustizia delle Comunità europee, *Antillean Rice Mills NV c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-451/98, sentenza del 22 novembre 2001, punto 51. Tale sentenza costituisce solo un'applicazione più recente del dispositivo della sentenza *Plaumann* (causa 25/62, sentenza del 15 luglio 1963). Si noti che il Trattato di Lisbona modifica l'art. 230, quarto comma CE, ampliando la possibilità di ricorso dei ricorrenti non privilegiati. Ai sensi dell'art. 263, quarto comma TFUE «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre [...], un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione».

2. Le soluzioni adottabili da un tribunale arbitrale *treaty-based* per risolvere i potenziali conflitti tra giurisdizione comunitaria e giurisdizione arbitrale

Alla luce di tali ipotesi si intendono individuare le soluzioni adottabili al fine di risolvere i potenziali conflitti tra giurisdizione comunitaria e giurisdizione arbitrale o magari semplicemente scongiurare un possibile contrasto e si procederà assumendo il punto di vista di un tribunale arbitrale *treaty-based*¹³. Sono tre le soluzioni astrattamente possibili che si sono individuate, sebbene esse si collochino su piani diversi: 1) il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del tribunale arbitrale *treaty-based* (nell'ipotesi in cui lo stesso abbia sede nel territorio comunitario), 2) la sospensione della procedura arbitrale in attesa della pronuncia del giudice comunitario sulla base di considerazioni di cortesia, infine 3) la partecipazione alla procedura arbitrale come *amicus curiae* della Commissione europea nell'interesse della Comunità.

2.1. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del tribunale arbitrale *treaty-based* (nell'ipotesi in cui lo stesso abbia sede nel territorio comunitario)

La Corte di giustizia ha escluso fino ad oggi che un tribunale arbitrale possa qualificarsi come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 CE¹⁴, divenuto art. 27 TFUE. Tenuto conto della posizione della Corte, l'impossibilità di operare utilmente un rinvio pregiudiziale è stata rilevata anche dal tribunale arbitrale nel caso *Eastern Sugar B.V. v. Repubblica Ceca*¹⁵. Neanche la più recente apertura da parte della

¹³ Si noti che si potrebbe giungere a soluzioni e risultati diversi assumendo la prospettiva del giudice comunitario. Infatti, la questione del coordinamento tra meccanismi diversi di soluzioni delle controversie è problema prevalentemente interpretativo che ciascun tribunale internazionale risolve a partire dalle norme convenzionali su cui ciascuno basa la propria competenza giurisdizionale (su tale punto si veda T. TREVES, *Fragmentation of international law: the judicial perspective*, in *Comunicazioni e Studi*, 2007, p. 821 ss., pp. 849-857; T. TREVES, *Le controversie internazionali, Nuove tendenze, Nuovi Tribunali*, Milano, 1999, a p. 49).

¹⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Nordsee Deutsche Hochseefischerrei*, causa 102/81, sentenza del 23 marzo 1982, punti 10-12; Corte di giustizia delle Comunità europee, *Denuit e Cordenier c. Transorient - Mosaique Voyages e Culture SA*, causa C-125/04, sentenza del 27 gennaio 2005, punto 13. In dottrina si veda M. FRIGO, *L'arbitrato e il diritto comunitario*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR conciliazione*, Bologna-Torino, 2009, p. 487 ss., pp. 479-501.

¹⁵ Tribunale UNCITRAL, *Eastern Sugar B.V. c. Repubblica Ceca*, caso SCC n. 088/2004, lodo parziale del 27 marzo 2007, par. 130-135.

Corte di giustizia alla possibilità di rinvio pregiudiziale da parte di un tribunale arbitrale (sempre che abbia sede in territorio comunitario, dunque non si tratti di arbitrato ICSID) emergente dalla decisione nel caso *Denuit e Cordenier* sembra applicabile ai casi ipotizzati. In base a tale sentenza sarebbe possibile un rinvio pregiudiziale da parte di un tribunale arbitrale, qualora per le parti vi sia un obbligo anche solo di fatto di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e le autorità pubbliche dello Stato membro interessato siano implicate nella scelta della via dell'arbitrato¹⁶.

Argomenti ancora più pertinenti rispetto all'impossibilità di rinvio pregiudiziale da parte di un tribunale arbitrale *treaty-based* si ritrovano nella posizione espressa dalla Corte di giustizia nei pareri 1/91¹⁷, 1/92¹⁸ e 1/00¹⁹. I tre pareri avevano ad oggetto progetti di accordi internazionali tra la Comunità e Stati terzi (i primi due il Progetto di Accordo tra la Comunità ed i Paesi dell'Associazione europea di libero scambio, relativo alla creazione dello Spazio Economico Europeo, e l'ultimo il Progetto di accordo sull'istituzione di uno spazio aereo comune europeo tra la Comunità europea e taluni Paesi terzi) in cui si prevedeva la possibilità del rinvio pregiudiziale da parte di giudici diversi da quelli degli Stati membri, vale a dire i giudici degli Stati terzi interessati dai progetti di accordo. Secondo la Corte di Giustizia, anche ammesso che un trattato internazionale (concluso dalla Comunità con Paesi terzi) le attribuisca una competenza in via pregiudiziale, tale meccanismo di rinvio pregiudiziale è compatibile con l'ordinamento comunitario solo a condizione che le decisioni della Corte siano cogenti e vincolanti per le istanze giurisdizionali di rinvio, compresi i giudici degli Stati terzi. Dunque, secondo la Corte di giustizia, due sono le condizioni necessarie al fine di rendere compatibile con l'ordinamento comunitario il rinvio pregiudiziale da parte di istanze giurisdizionali diverse da quelle degli Stati membri (e il trattato internazionale che lo prevede). In primo luogo la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia deve essere espressamente prevista dal trattato internazionale. In secondo luogo tale trattato internazionale deve espressamente stabilire il carattere vincolante delle sentenze pregiudiziali della Corte per l'istanza di rinvio. Gli accordi in

¹⁶ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Denuit e Cordenier c. Transorient - Mosaique Voyages e Culture SA*, causa C-125/04, sentenza del 27 gennaio 2005, punto 16.

¹⁷ Corte di giustizia delle Comunità europee, parere del 14 dicembre 1991, punto 61.

¹⁸ Corte di giustizia delle Comunità europee, parere del 10 aprile 1992, punti 32-33.

¹⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, parere del 18 aprile 2002, punto 33.

materia di investimento al momento in vigore (incluso ECT di cui anche la Comunità è parte) non prevedono né il rinvio pregiudiziale alla Corte né tanto meno il carattere «cogente» delle eventuali sentenze pregiudiziali per l'istanza arbitrale *treaty-based*. Si può dunque escludere con sicurezza che il rinvio pregiudiziale da parte di un tribunale arbitrale *treaty-based* possa operare utilmente quale meccanismo di coordinamento tra tribunali arbitrali *treaty-based* e giudice comunitario.

2.2. *La sospensione della procedura arbitrale in attesa della pronuncia del giudice comunitario sulla base di considerazioni di cortesia*

In assenza della previsione nei BITs di una apposita norma di coordinamento con meccanismi di risoluzione delle controversie eventualmente previsti da altri accordi internazionali ovvero con la giurisdizione nazionale dello Stato ospite²⁰, il tribunale arbitrale *treaty-based* potrebbe optare per la sospensione della procedura arbitrale in attesa della pronuncia del giudice comunitario. Questa ultima soluzione potrebbe essere fondata sull'ampia discrezionalità normalmente attribuita ai tribunali arbitrali dai relativi regolamenti arbitrali nella conduzione della procedura²¹ e su considerazioni di economia processuale e di cortesia nei rapporti tra tribunali internazionali²². Nel-

²⁰ Per esempio le cosiddette *fork in the road clauses* oppure quelle clausole che subordinano il ricorso all'arbitrato *treaty-based* alle condizioni che «(i) the dispute has not been submitted by the national or the company for resolution in accordance with any applicable previously agreed dispute resolution procedures; and (ii) the national or company concerned has not brought the dispute before the courts of justice or administrative tribunals or agencies of competent jurisdiction of the Party that is a party to the dispute.» (art. VI(a)(3) USA-Repubblica Ceca BIT). Occorre rilevare in proposito che l'applicazione della distinzione *treaty claims-contractual claims* ha consentito ai tribunali *treaty-based* di trattenere la giurisdizione su *treaty claims* anche in presenza di clausole analoghe a quella riportata (su tale distinzione si rinvia alle considerazioni già svolte in A. DE LUCA, *L'arbitrato internazionale treaty-based sugli investimenti esteri*, in *Comunicazioni e Studi*, 2007, p. 977, a pp.1019-1045).

²¹ Per esempio art. 44 Convenzione ICSID, art. 19 ICSID Arbitration Rules e art. 15 UNCITRAL Arbitration Rules.

²² Tali considerazioni sono state evocate dal giudice Treves in relazione al caso *MOX Plant* nella Separate Opinion (par. 5) allegata all'ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare, 3 dicembre 2001, caso n. 10. Proprio in base a «*considerations of mutual respect and comity*» il tribunale arbitrale istituito in base alla Convenzione UNCLOS (art. 287 e art. 1 Annesso) ha successivamente sospeso la procedura in attesa della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (ordinanza n. 3, 24 giugno 2003, par. 28). Si veda anche Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Irlanda*, causa C-459/03, sentenza del 30 mag-

l'ambito della prassi arbitrale su BITs merita di essere ricordato il precedente costituito dalla decisione del tribunale ICSID nel caso *SGS c. Filippine*²³ di sospendere la procedura arbitrale in attesa dello svolgimento di una procedura giurisdizionale domestica contrattualmente pattuita. In proposito si rileva che in tale ultimo caso il tribunale ICSID sembra aver fatto sostanziale applicazione della regola dell'esaurimento dei ricorsi interni²⁴ (anziché aver agito sulla base di considerazione di mutuo rispetto e cortesia tra tribunali internazionali) e il precedente è rimasto del tutto isolato²⁵. Tuttavia, rimane la possibilità per un tribunale arbitrale *treaty-based* di sospendere la procedura nell'ipotesi di parallela pendenza di un caso connesso davanti alla Corte di giustizia in base a «reali» considerazioni di mutuo rispetto e cortesia tra tribunali internazionali.

Tale soluzione potrebbe essere una strada percorribile da parte del tribunale arbitrale nella prima ipotesi che si è fatta, quella della parallela pendenza di rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia e nella seconda ipotesi, quella della contestazione in arbitrato del ritiro di una misura di aiuto da parte di uno Stato membro a seguito di una decisione della Commissione, impugnata davanti al giudice comunitario. In relazione a entrambi i casi è necessario svolgere una considerazione generale: gli effetti della sentenza della Corte di giustizia sulla decisione del tribunale arbitrale una volta riassunta la procedura non sono sicuri; non è, infatti, possibile configurare degli effetti vincolanti delle sentenze della Corte rispetto al giudizio arbitrale.

Premesso quanto sopra detto, per quanto riguarda la prima ipotesi si svolgono le seguenti considerazioni sulle possibili conclusioni del giudizio arbitrale in relazione alla sentenza della Corte di giustizia.

Un tribunale arbitrale *treaty-based* potrebbe giudicare in contrasto con gli standard di tutela del BIT una misura statale che la Corte abbia giudicato incompatibile con una delle libertà fondamentali del mercato unico. Tale ipotesi appare meno problematica perché i due giudizi (quello arbitrale e quello comunitario) avrebbero effetti diversi. La sentenza arbitrale avrebbe ad oggetto una condanna dello Stato membro al risarcimento dei danni in termini monetari²⁶. La sen-

gio 2006. Sui concetti di *mutual respect and comity* si veda T. TREVES, *Fragmentation of international law...*, pp. 870-871.

²³ Tribunale ICSID, caso n. ARB/02/6, decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, parr. 170-175.

²⁴ Si vedano le considerazioni già svolte in A. DE LUCA, *op. cit.*, pp. 1033-1037.

²⁵ Da ultimo Tribunale ICSID, *Toto Costruzioni Generali S.p.a. c. Libano*, caso n. ARB/07/12, decisione sulla giurisdizione dell'11 settembre 2009, par. 220.

²⁶ La possibilità che un tribunale arbitrale *treaty-based* condanni uno Stato convenuto alla *restitution in integrum* o a forme di risarcimento in forma specifica (quale

tenza pregiudiziale avrebbe innanzitutto l'effetto di rendere inapplicabile la normativa nazionale incompatibile in base al principio del primato del diritto comunitario. Sebbene secondo la giurisprudenza comunitaria il singolo abbia diritto di ottenere il risarcimento dei danni da parte dello Stato membro per violazione del diritto comunitario, e dunque non si possa escludere del tutto l'ipotesi di un doppio risarcimento, il regime di responsabilità degli Stati membri è subordinato alle stesse condizioni restrittive cui è subordinata la responsabilità della Comunità²⁷. Poiché la possibilità per il singolo di ottenere un reale ristoro dei danni appare particolarmente difficile nell'ambito del sistema comunitario, si può affermare che i due giudizi siano complementari più che incompatibili sotto il profilo degli effetti.

Il tribunale arbitrale potrebbe giudicare in contrasto con la clausola del trattamento giusto ed equo un comportamento di Stato membro che, pur considerato incompatibile con una libertà fondamentale comunitaria, sia stato giustificato dalla Corte di giustizia in base alle deroghe previste nel Trattato FUE. Tale ipotesi appare più problematica rispetto alla prima sopra considerata. L'interpretazione adottata dalla Corte di giustizia delle deroghe previste nel Trattato FUE è oggi idonea ad assicurare ed a garantire anche la tutela di interessi, diritti e valori non economici. Tale interpretazione consente alla Corte di giustizia di giudicare limitazioni nazionali all'esercizio delle attività economiche garantite dal Trattato FUE come compatibili con il sistema delle deroghe²⁸, indirettamente imponendo la compressione o il sacrificio di interessi patrimoniali. Al contrario, i tribunali arbitrali hanno adottato ad oggi la prospettiva dominante della protezione degli investimenti e degli investitori, ignorando gli interessi generali (magari anch'essi oggetto di tutela internazionale) sottesi all'adozione di una misura nazionale di applicazione generale²⁹. Dunque i tribunali

il ritiro di una misura) appare molto difficile (oltre che inutile data l'impossibilità di esecuzione di un tale lodo di condanna). Sul punto si rinvia alle considerazioni già svolte in A. DE LUCA, *op. cit.*, pp. 1054-1055.

²⁷ Si veda la successiva nota 44.

²⁸ Si vedano Corte di giustizia delle Comunità europee, *Schmidberger*, causa C-112/00, sentenza del 12 giugno 2003, punti 65-95; *Omega*, C-36/02, sentenza del 14 ottobre 2004, punti 30-37; *Dynamic Medien Vertriebs GmbH e Avides Media AG*, causa C-244/06, sentenza del 14 febbraio 2008, punti 36-52; più recentemente in relazione alla tutela della salute pubblica si vedano Corte di giustizia delle Comunità europee, *Apothekerkammer des Saarlandes e altri c. Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, cause riunite C-171/07 e C-172/07, sentenza del 19 maggio 2009, punti 19, 25-30; *Commissione c. Italia*, causa C-531/06, sentenza del 9 maggio 2009, punti 49-59 e 63.

²⁹ Su tale punto si rinvia alle considerazioni già svolte in A. DE LUCA, *op. cit.*,

arbitrali, ignorando gli scopi di una misura nazionale di applicazione generale e la sua congruità e proporzionalità rispetto all'obiettivo della tutela di rilevanti interessi generali, giudicano la contrarietà della misura stessa rispetto agli standard di tutela dei regimi convenzionali in maniera oggettiva, finendo per adottare un approccio *investor-oriented*.

La sospensione della procedura arbitrale può, inoltre, essere una strada percorribile da parte del tribunale arbitrale anche in relazione alla seconda ipotesi, vale a dire quella della contestazione in arbitrato internazionale *treaty-based* del ritiro di un aiuto statale a seguito di una decisione di incompatibilità della Commissione e il giudice comunitario sia stato investito dell'annullamento della decisione della Commissione. In tale caso la sospensione della procedura arbitrale potrebbe essere consigliabile date le possibili conseguenze della mancata considerazione da parte del tribunale arbitrale della normativa comunitaria sulle reali possibilità di esecuzione forzata di un lodo (ICSID e non-ICSID) di condanna dello Stato membro nel territorio comunitario (si veda più avanti).

2.3. *La partecipazione della Commissione europea alla procedura arbitrale come amicus curiae*

Infine, va considerata la possibilità per la Commissione di partecipare come *amicus curiae* alla procedura arbitrale nell'ipotesi in cui vengano in rilievo questioni di diritto comunitario. L'intervento di parti terze in qualità di *amici curiae* in procedure arbitrali in materia di investimenti è oggi espressamente prevista dall'art. 37, par. 2 del Regolamento arbitrale ICSID e dai modelli di BIT statunitense e canadese del 2004 (che assicurano anche pubblicità e trasparenza della procedura ben oltre quanto disposto dal Regolamento arbitrale ICSID). Inoltre, l'intervento dell'*amicus curiae* è possibile anche in assenza di specifiche norme nei regolamenti arbitrali che governano la procedura in virtù dall'ampia discrezionalità dei tribunali arbitrali nella conduzione della stessa e del potere residuale dei tribunali arbitrali di decidere ogni questione procedurale non espressamente regolata³⁰,

pp. 1069-1070. Più recentemente si vedano anche le considerazioni di M. HIRSCH, *Conflicting Obligations in International Investment Law: Investment Tribunals' Perspective*, in T. BROUDE AND Y. SHANY (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law, Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford and Portland, Oregon, 2008, p. 323 ss., pp. 328-331.

³⁰ In tal senso si vedano, prima degli emendamenti al Regolamento arbitrale ICSID del 2006, l'ordinanza del tribunale ICSID nel caso *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c.*

sebbene possa essere difficile per i terzi conoscere persino della pendenza di arbitrati non-ICSID, data la riservatezza delle relative procedure³¹.

L'intervento della Commissione come *amicus curiae*, sebbene non risolutivo, costituisce uno strumento di carattere generale utile per il tribunale arbitrale *treaty-based* sul piano interpretativo in tutte le ipotesi considerate. Tuttavia, l'intervento della Commissione appare l'unica soluzione possibile per cercare di evitare decisioni incompatibili con il diritto comunitario, quando il giudice comunitario non sia stato investito dell'annullamento di un atto comunitario, caso in cui è impossibile ipotizzare una sospensione della procedura arbitrale.

In proposito si analizzeranno qui di seguito le due ipotesi in cui non vi è pendenza di giudizio davanti al giudice comunitario che si sono considerate.

La prima ipotesi riguarda il caso in cui un investitore straniero contesti in arbitrato internazionale *treaty-based* il provvedimento con cui uno Stato membro ritira un aiuto a seguito di una decisione di incompatibilità della Commissione e il giudice comunitario non sia stato investito dell'annullamento della decisione della Commissione. La domanda dell'investitore rispetto al regime convenzionale potrebbe essere formulata in maniera convincente quale violazione dello standard del trattamento giusto ed equo. Gli argomenti dell'investitore potrebbero essere accolti senza difficoltà dal tribunale arbitrale *treaty-based*, tenuto conto sia del ruolo preminente giocato dalle esigenze di tutela delle *legitimate expectations* dell'investitore nell'interpreta-

Argentina (Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, 19 May 2005, ICSID Case No. ARB/03/19) e in relazione al regolamento arbitrale UNCITRAL (art. 15(1)), prima dello *Statement of the North American Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation* del 7 ottobre 2003, la decisione del Tribunale arbitrale NAFTA nel caso *Methanex c. Stati Uniti* (Decision of the Tribunal on Petitions From Third Parties to Intervene as Amici Curiae, 15 January 2001). Sull'intervento degli *amici curiae* nelle procedure arbitrali in materia di investimenti e relativi limiti si vedano E. OBADIA, *Extension of Proceedings Beyond the Original Parties: Non-Disputing Party Participation in Investment Arbitration*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2007, Vol. 22, N. 2, pp. 349-379; F. GRISEL e J.E. VINALES, *L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2007, Vol. 22, N. 2, pp. 380-432. Sull'intervento dell'*amicus curiae* in controversie internazionali di carattere economico si veda B. STERN, *Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2007, Vol. 22, N. 2, pp. 280-348.

³¹ L'ICSID mantiene, infatti, pubblici registri delle istanze di arbitrato con i nomi delle parti e una breve sintesi dell'oggetto della controversia.

zione dello standard³² che dell'applicazione dello stesso quale standard oggettivo secondo la prassi arbitrale dominante³³.

Tale ipotesi appare, tuttavia, particolarmente problematica in base alle seguenti considerazioni.

In primo luogo, secondo giurisprudenza comunitaria pacifica, una volta decorso il termine perentorio di cui all'art. 263, sesto comma, TFUE (ex art. 230, quinto comma, CE) la decisione della Commissione è definitiva ed il beneficiario dell'aiuto oggetto della decisione non può in alcun modo utilmente contestarne la legittimità³⁴ (neanche nell'ambito di ricorsi contro provvedimenti nazionali in attuazione della decisione della Commissione). Tenuto conto di tale ultimo elemento, il tribunale arbitrale potrebbe considerare (se non nella fase della giurisdizione almeno nella fase di merito) il comportamento del singolo investitore che ha mancato di impugnare la decisione della Commissione, avendo riguardo dell'esclusiva competenza in materia di un diverso giudice internazionale (il giudice comunitario in base al Trattato FUE). Tuttavia, il tribunale arbitrale e il giudice comunitario non giudicano fatti identici o connessi in base allo stesso regime convenzionale. Dunque non si può escludere che il tribunale arbitrale giudichi il comportamento dello Stato membro comunque in contrasto con gli standard convenzionali. In tale caso la considerazione del comportamento del singolo investitore potrebbe, tuttavia, comportare una sentenza di condanna dello Stato membro a danni inferiori rispetto a quelli effettivamente subiti dall'investitore³⁵. Il tri-

³² La circostanza che l'investitore dovrebbe conoscere (o avrebbe dovuto conoscere) *ex ante* il rischio del ritiro non esclude che il comportamento dello Stato membro possa essere considerato in contrasto con lo standard del trattamento giusto ed equo. Si veda ad esempio il comportamento delle autorità italiane nel caso *Lucchini* (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini*, causa C-119/05, sentenza del 18 luglio 2007).

³³ Per tale interpretazione si veda Tribunale LCIA, *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, caso n. UN 3467, lodo del 1 luglio 2004, par. 186 («*this is an objective requirement that does not depend on whether the Respondent has proceeded in good faith or not*»); Tribunale ICSID, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, caso n. ARB/01/8, lodo del 12 maggio 2005, par. 278-280; Tribunale ICSID, *LG&E c. Argentina*, caso n. ARB/02/1, decisione sulla *Liability* del 3 Ottobre 2006, par. 125-131. Tuttavia, per un'interpretazione dello standard del trattamento giusto ed equo in senso meno *investor-oriented* in relazione alle misure argentine si veda Tribunale UNCITRAL, *National Grid plc c. Argentina*, lodo del 3 Novembre 2008, par. 180.

³⁴ Si veda per esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Lucchini*, cit. punto 55.

³⁵ Si veda per esempio Tribunale ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, caso n. ARB/01/7, lodo del 25 maggio 2004, par. 164, 171, 178. La

bunale terrebbe conto, in relazione alle circostanze del caso concreto, del fatto che l'investitore, impugnando la decisione della Commissione europea, avrebbe potuto evitare tutti i danni subiti o almeno alcuni di questi, ottenendone l'annullamento totale o parziale.

In secondo luogo, la mancata considerazione da parte di un tribunale *treaty-based* degli aspetti di diritto comunitario implicati nella decisione della controversia ed un'interpretazione e applicazione dello standard del trattamento giusto ed equo di carattere oggettivo (quale risulta dalla giurisprudenza arbitrale al momento dominante) potrebbe dar luogo ad una sentenza arbitrale vincolante ma dall'efficacia esecutiva «depotenziata» in assenza di spontanea ottemperanza da parte dello Stato membro condannato. Per quanto riguarda l'arbitrato *treaty-based* non-ICSID la compatibilità di un lodo con il diritto comunitario può essere garantita dal controllo di ordine pubblico operato dai giudici nazionali degli Stati membri in sede di annullamento o di riconoscimento ed esecuzione dello stesso³⁶. Sebbene tale controllo appaia oggi molto limitato³⁷ e la qualifica di una norma comunitaria come di ordine pubblico non sicura, si può ragionevolmente sostenere il carattere di normativa di ordine pubblico comunitario della disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato. Dunque, ai sensi dell'art. V, par. 2, lettera (b) della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere i giudici degli Stati membri possono d'ufficio rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza arbitrale i cui effetti siano in contrasto con la disciplina comunitaria summenzionata. Per quanto riguarda l'arbitrato ICSID, tale controllo è del tutto escluso. I lodi ICSID, la cui esecuzione è disciplinata negli ordinamenti degli Stati contraenti della Convenzione dalle norme nazionali in materia di esecuzione delle sentenze ai sensi dell'art. 54, par. 3 Convenzione ICSID non possono essere soggetti ad *exequatur* negli ordinamenti degli Stati parti e hanno in questi ultimi efficacia equivalente a quella di una sentenza definitiva di un tribunale nazionale, limitatamente all'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie disposte nella sentenza (art. 54 parr. 1 e 2 Convenzione ICSID)³⁸. Tuttavia, anche un lodo ICSID

decisione del tribunale è stata confermata nel 2007 dal Comitato di annullamento (decisione sull'annullamento del 21 marzo 2007).

³⁶ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Eco Swiss China Time Ltd e Benetton International NV*, causa C-126/97, sentenza del 1 giugno 1999, punti 36-41.

³⁷ Si veda per tutti L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police, Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, in *Recueil des cours*, t. 315 (2005), p. 269 ss., pp. 359-362.

³⁸ Sui problemi che anche l'esecuzione coattiva di un lodo ICSID potrebbe in-

nell'esempio considerato potrebbe avere un'efficacia esecutiva «depotenziata». Ai sensi dell'art. 55 Convenzione ICSID, «Nessuna disposizione dell'articolo 54 può essere interpretata come eccezione al diritto vigente in uno Stato contraente in materia di immunità dello Stato stesso, o di uno Stato estero, dall'esecuzione.»³⁹ A parte il limite di diritto internazionale generale costituito dall'immunità degli Stati dall'esecuzione⁴⁰, che qui non si tratterà, l'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie disposte nel lodo ICSID può incontrare un limite ulteriore negli ordinamenti degli Stati contraenti della Convenzione ICSID. Come chiarito dal *Report of the Executive Directors on the Convention* (par. 43), si tratta dell'ipotesi in cui neanche una sentenza definitiva di un tribunale nazionale potrebbe essere eseguita nei confronti dello Stato contraente richiesto dell'esecuzione. L'eccezione di cui all'art. 55 Convenzione ICSID letta alla luce della sentenza della Corte nel caso *Lucchini* potrebbe rendere impossibile l'esecuzione forzata di un lodo ICSID che dovesse condannare uno Stato membro al risarcimento dei danni per il ritiro di una misura di aiuto in esecuzione di una decisione di incompatibilità della Commissione. Secondo la giurisprudenza *Lucchini* la competenza esclusiva in materia di aiuti di stato attribuita dal Trattato CE alla Commissione sotto il controllo del giudice comunitario e il mancato ricorso in annullamento da parte del beneficiario ai sensi e nei termini dell'art. 230 CE (divenuto art. 263 TFUE) impediscono ad una sentenza definitiva di uno Stato membro dotata di autorità di cosa giudicata di esplicitare i propri effetti se in contrasto con una decisione definitiva di incompatibilità della Commissione⁴¹. Dunque, una sentenza ICSID i cui effetti siano in contrasto con una decisione definitiva di incompatibilità della Commissione non potrebbe essere eseguita nello Stato membro condannato, analogamente a una sentenza definitiva dei tribunali nazionali, secondo il diritto nazionale vigente.

contrare si vedano E. BALDWIN, M. KANTOR e M. NOLAN, *Limits to Enforcement of ICSID Awards*, in *Journal of International Arbitration*, 2006, p. 1 ss.

³⁹ Traduzione non ufficiale in italiano allegata alla legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione (L. 10 maggio 1970 n. 1093 in GURI 12 gennaio 1971 n. 8).

⁴⁰ Sul tema si vedano A. ATTERITANO, *Immunità dalle misure esecutive e cautelari*, in N. RONZITTI e G. VENTURINI (cur.), *Le immunità giurisdizionali degli stati e degli altri enti internazionali*, Padova, 2008, p. 235 ss.; A. REINISCH, *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 803 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Milano, 1992.

⁴¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Lucchini*, cit. punti 57-63. Si veda anche Corte di giustizia delle Comunità europee, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl*, causa C-2/08, sentenza del 3 settembre 2009, punto 25.

Inoltre, l'esecuzione del lodo in Stati membri diversi da quello condannato appare difficile. Da una parte, negli altri Stati membri lo Stato membro condannato potrà eccepire il limite generale dell'immunità dalla giurisdizione esecutiva. Dall'altra occorre tener conto di due elementi che riguardano l'attuazione e l'efficacia del diritto comunitario. In primo luogo, le sentenze della Corte hanno efficacia *erga omnes* e dunque la giurisprudenza *Lucchini* vincola anche i giudici degli altri Stati membri e costituisce diritto vigente che impedisce l'esecuzione forzata di una sentenza definitiva dei tribunali nazionali anche in tali diversi Stati. In secondo luogo, gli Stati membri hanno l'obbligo di collaborare lealmente nell'attuazione del diritto comunitario e di garantire alla norme comunitarie così come interpretate dalla Corte un effetto utile. Tale ipotesi non si verificherebbe se gli Stati membri eseguissero forzatamente nei confronti di altro Stato membro un lodo ICSID i cui effetti siano incompatibili con una decisione definitiva della Commissione in materia di aiuti di stato.

La seconda ipotesi prospettata è quella in cui un investitore straniero contesti in arbitrato internazionale *treaty-based* un regolamento o altro atto comunitario a portata generale perché in violazione degli standard di tutela garantiti dai BITs. In tale caso, data l'impossibilità (o semplicemente la grave incertezza sulle possibilità) da parte degli investitori di impugnare un atto comunitario a portata generale anche se gravemente pregiudizievole dei loro interessi, il ricorso all'arbitrato *treaty-based* potrebbe correggere una lacuna del sistema comunitario rispetto alla protezione giurisdizionale dei cosiddetti ricorrenti «non privilegiati», da tempo rilevata dalla dottrina (ma anche dagli avvocati generali e persino dalla Corte stessa)⁴². Secondo la prassi arbitrale *treaty-based*, gli effetti pregiudizievoli sull'investimento straniero di una misura di applicazione generale sono normalmente considerati sufficienti ai fini della sussistenza della competenza arbitrale *treaty-based*⁴³. Inoltre, nel sistema comunitario la possibilità per

⁴² Sul punto si veda L. DANIELE, *op. cit.*, pp. 252-254; T. BALLARINO, *op. cit.*, pp. 215-217; C. AMALFITANO, *op. cit.*, pp. 28-32; Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Jégo-Quéré e C^{ie} SA*, causa C-263/02 P, sentenza del 1 aprile 2004, punti 33-34.

⁴³ Sulla competenza arbitrale rispetto a «*measures of general economic policy*» si vedano Tribunale ICSID, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, caso n. ARB/01/8, decisione sulla giurisdizione del 17 luglio 2003, par. 33; Tribunale ICSID, *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. Argentina*, caso n. ARB/01/3, decisione sulla giurisdizione (*Ancillary Claim*) del 2 agosto 2004, para 12; Tribunale ICSID, *Camuzzi International S.A. c. Argentina*, caso n. ARB/03/2, decisione sulla giurisdizione del 11 maggio 2005, par. 59; Tribunale ICSID, *Total S.A. c. Argentina*, caso n. ARB/04/01, decisione sulla giurisdizione del 25 agosto 2006, par. 59. Tuttavia, si svolge il seguente rilievo almeno con riferimento alla protezione da espro-

i privati di ottenere un risarcimento dei danni in ragione delle limitazioni all'esercizio di diritti patrimoniali o attività economiche derivanti da atti normativi di portata generale, sebbene mai esclusa in astratto dalla Corte, è limitatissima e del tutto eccezionale⁴⁴. Al con-

priazioni, nazionalizzazioni, e misure di effetto equivalente: i nuovi annessi interpretativi dei modelli di BIT statunitense e canadese relativi alla definizione di espropriazione indiretta sembrano stabilire una presunzione di liceità *prima facie* delle «non discriminatory regulatory actions» volte alla tutela di interessi generali (per esempio salute, sicurezza e ambiente), fatte salve «rare circumstances». Tale formulazione potrebbe avere l'effetto di sottrarre del tutto la misura generale al sindacato di merito del tribunale arbitrale, dando luogo alla conclusione della procedura con un lodo di incompetenza, nell'ipotesi in cui l'investitore non riesca a fornire nella fase attinente alla giurisdizione prove tali da vincere la sopra indicata presunzione (si veda A. DE LUCA, *op. cit.*, pp. 1079-1081).

⁴⁴ Sul punto Corte di giustizia delle Comunità europee, *Aktien Zuckerfabrik Schoepfenstedt c. Consiglio*, causa 5/71, sentenza del 2 dicembre 1971, punto 11 secondo cui «perché sia abbia responsabilità extracontrattuale della Comunità, è quanto meno necessario che l'atto lesivo sia illegittimo. Trattandosi di un atto normativo che implica scelte di politica economica, la responsabilità della Comunità per il danno che i singoli possono aver subito in conseguenza di questo atto sussiste, dato quanto dispone l'art. 215, 2) comma, del Trattato, unicamente in caso di violazione grave di una norma superiore intesa a tutelare i singoli». La condizione della violazione grave di una norma superiore intesa a tutelare i singoli è stata sostituita dalla giurisprudenza successiva da quella della violazione grave e manifesta, comune al regime di responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario (*Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, sentenza del 5 marzo 1996, punti 42, 47). In relazione a tale condizione, si rileva da una parte che il principio della tutela del legittimo affidamento dei privati ha ottenuto ampio riconoscimento nella giurisprudenza comunitaria (si veda per esempio Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Opel Austria c. Consiglio*, causa T-115/94, sentenza del 22 gennaio 1997); dall'altra si rileva che per entrambi i regimi di responsabilità (degli Stati membri e della Comunità) rimane decisiva ai fini della sussistenza della condizione di una violazione grave e manifesta (rispetto al principio del legittimo affidamento) l'ampiezza del potere discrezionale attribuito alle istituzioni comunitarie o agli Stati membri. Rispetto alla responsabilità extracontrattuale della Comunità per violazione del principio del legittimo affidamento e al contenuto di tale principio nella giurisprudenza comunitaria, si è osservato in dottrina che: «per mitigare le conseguenze di questa impostazione, peraltro, la Corte ha interpretato estensivamente i poteri discrezionali delle istituzioni comunitarie nelle scelte di politica economica e monetaria, richiamandosi ai principi generali comuni degli Stati membri, ove essa ha rilevato una concezione restrittiva della responsabilità dei pubblici poteri per gli atti normativi di politica economica» (si veda G. VENTURINI, Art. 288, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 973 ss., a pp. 974-976 e a p. 975 ove si trova la citazione riportata). Tale rilievo è confermato dalla giurisprudenza successiva secondo cui «, se il principio della tutela del legittimo affidamento è uno dei principi fondamentali della Comunità, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere

trario, nella prassi arbitrale in materia di investimenti come dimostra il caso dell'Argentina rispetto alle misure di emergenza economica del 2001/2002, tale possibilità non è eccezionale anche rispetto a provvedimenti legislativi di applicazione generale. Dunque, le possibilità di successo nel merito dei ricorrenti non privilegiati (anche se riconosciuti legittimati al ricorso di annullamento davanti al giudice comunitario) appaiono remote date le severe condizioni cui è subordinata, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'affermazione di una responsabilità extracontrattuale della Comunità. Ciò tenuto conto, la prassi arbitrale *treaty-based* potrebbe correggere la restrittiva giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità extracontrattuale della Comunità, anch'essa oggetto delle critiche della dottrina⁴⁵, contribuendo al superamento della stessa⁴⁶.

discrezionale delle istituzioni comunitarie, specialmente in un settore come quello delle organizzazioni comuni di mercato, il cui oggetto implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica (v., in particolare, sentenza 14 ottobre 1999, causa C-104/97 P, Atlanta/Comunità europea, Racc. pag. I-6983, punto 52)» (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Di Leonardo c. Minicones*, causa C-37-38/02, sentenza del 15 luglio 2004, punto 70). A quanto detto, si aggiunga la condizione del danno «speciale» nell'ipotesi di responsabilità da atto normativo. In tal senso si vedano Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Dorsch Consult c. Consiglio*, causa T-184/95, sentenza del 28 aprile 1998, punti 76 e in particolare 77 ove si afferma che «nella sentenza Biovilac/CEE [si tratta della sentenza del 6 dicembre 1984, causa 59/83], soprammenzionata, la Corte ha dichiarato che la condizione secondo cui la responsabilità della Comunità derivante da atto normativo illegittimo può sorgere solo se il danno asserito supera i limiti dei rischi economici inerenti alle attività nel settore di cui trattasi dovrebbe essere applicata «a maggior ragione se nel diritto comunitario si accogliesse il principio della responsabilità senza colpa» (punto 28)»; Corte di giustizia delle Comunità europee, *FIOMM c. Consiglio e Commissione* e *Fedon c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, sentenza del 9 settembre 2008, punti 171-175 e 181-183. In dottrina sulla responsabilità extracontrattuale si vedano anche R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, pp. 341-345; T.C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law*, Oxford, 2007, pp. 439-453; R. BARATTA, Art. 288, in A. TIZZANO (cur.), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1290 ss., pp. 1293-1295. In particolare sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità in relazione ad atti normativi si veda S. GROSSRIEDER TISSOT, *La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 91 ss. Sul principio del legittimo affidamento si veda T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, pp. 242-297 (in particolare sulla portata del principio con riferimento ad atti legislativi pp. 273-275 e con riferimento al ritiro di aiuti di stato pp. 292-297); T.C. HARTLEY, *op. cit.*, pp. 149-151.

⁴⁵ Sul punto le considerazioni di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, a pp. 362-363 e nota n. 398 a p. 363; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, pp. 352-353 e nota n. 390 a p. 353.

⁴⁶ Lo stesso rilievo ci sembra possa estendersi anche alla giurisprudenza comun-

3. *Alcuni cenni sulla questione della compatibilità con l'ordinamento comunitario dei BITs intra-comunitari*

Merita un ultimo cenno la questione della compatibilità con l'ordinamento comunitario del ricorso in arbitrato previsto dai BITs intra-comunitari a favore degli investitori di ciascuna delle parti.

In verità la questione dell'incompatibilità con l'ordinamento comunitario dei BITs intra-comunitari si pone in relazione a due profili diversi. Il primo profilo riguarda l'applicazione degli standard sostanziali contenuti nei BITs. Il secondo profilo riguarda il ricorso all'arbitrato *treaty-based* garantito solo agli investitori delle Parti contraenti, con l'esclusione degli altri comunitari.

Sotto il primo profilo, i BITs intra-comunitari, garantendo standard di trattamento e protezione su base di reciprocità, porrebbero la questione della loro compatibilità con il principio comunitario di non discriminazione sulla base della nazionalità. Tale sembra la posizione assunta dalla Commissione nell'ambito del caso *Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic*⁴⁷. Circa tale questione si svolgono le seguenti considerazioni. In primo luogo, la discriminazione in base alla nazionalità eventualmente derivante agli investitori comunitari di Stati membri terzi rispetto ai BITs costituisce solo un effetto indiretto dell'applicazione degli standard convenzionali di tutela agli investitori degli Stati membri parte di BITs intra-comunitari. Si rileva qui, sebbene incidentalmente, che anche i BITs tra Stati membri e Stati terzi potrebbe avere effetti discriminatori nell'ordinamento comunitario. Tale problema non è nuovo. Al contrario si pone eventualmente anche in relazione ai trattati di amicizia in materia di commercio, amicizia, e navigazione ancora in vigore tra gli Stati membri (ad esempio il Trattato di amicizia italo-tedesco concluso a Roma il 21 novembre del 1957)⁴⁸ e si è posto in relazione agli accordi bilaterali in materia fiscale sulla doppia imposizione stipulati dagli Stati membri

taria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario.

⁴⁷ Si veda Tribunale UNCITRAL, *Eastern Sugar B.V. c. Repubblica Ceca*, cit., par. 119. La prevalenza automatica del Trattato CE sui BITs conclusi tra Stati membri prima della sua entrata in vigore e, in via sussidiaria, la necessità di una pronuncia sul punto della Corte di giustizia in via pregiudiziale sono state sostenute nel caso dalla Repubblica Ceca ma respinte dal tribunale arbitrale.

⁴⁸ Si vedano per esempio Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza del 28 luglio 1986, n. 4811 e Corte di Cassazione, 8 marzo 2007, n. 5352. In entrambi i casi la Suprema Corte ha garantito a cittadini tedeschi l'applicazione dello standard di protezione previsto dalla disciplina convenzionale (art. 6) dell'indenizzo pari al valore veniale o di mercato del bene in caso di espropriazione.

con Stati terzi, come risulta dalla giurisprudenza *Saint-Gobain*⁴⁹. Tuttavia, a tale effetto indirettamente discriminatorio gli Stati membri parti di tali BITs possono rimediare con un'estensione unilaterale del trattamento più favorevole previsto dai regimi bilaterali agli investitori comunitari di Stati membri terzi rispetto agli stessi.

Sotto il secondo profilo, la posizione della Commissione, secondo la quale la previsione del ricorso in arbitrato a favore dei soli investitori degli Stati membri contraenti del BIT, con l'esclusione degli altri investitori comunitari, configurerebbe di per sé sola una violazione del principio di non discriminazione talmente grave da rendere i BITs incompatibili con il diritto comunitario, non sembra convincente. Se è pur vero che gli investitori di Stati membri contraenti del BIT (al contrario degli altri investitori comunitari) potrebbero optare per l'arbitrato internazionale *treaty-based* tra gli altri fori normalmente previsti a favore degli stessi⁵⁰, occorre tenere conto anche di altri elementi che risultano dall'economia complessiva di tali trattati.

Infatti, da una parte i BITs normalmente prevedono il diritto degli investitori di scelta fra più fori arbitrali (per esempio arbitrato ICSID e arbitrato UNCITRAL) e il giudice nazionale dello Stato ospite (tale previsione implica logicamente che la disciplina degli stessi sia *self-executing*); dall'altra il vantaggio del ricorso all'arbitrato internazionale non può essere considerato come del tutto svincolato dall'obiettivo reale dei regimi convenzionali in materia di investimenti stranieri, vale a dire la garanzia dell'effettiva applicazione degli standard sostanziali di tutela in essi previsti e la promozione in senso lato della *rule of law*. Dunque, l'arbitrato internazionale *treaty-ba-*

⁴⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, causa C-307/97, sentenza del 21 settembre 1999. La giurisprudenza *Saint-Gobain* è stata poi ripresa dalla Corte in caso analogo ma successivo in materia previdenziale relativo all'applicazione di una Convenzione bilaterale tra l'Italia e la Svizzera (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Elide Gottardo e INPS*, causa C-55/00, sentenza del 15 gennaio 2002). Si veda A. LANG, *Non discriminazione in base alla nazionalità e convenzioni bilaterali tra Stati membri e Stati terzi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 871 ss.

⁵⁰ Appare impossibile estendere la portata del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità fino al punto di poter configurare la possibilità per investitori comunitari che siano terzi rispetto ad un determinato BIT intra-comunitario di ricorso ad un arbitrato *treaty-based* contro uno dei due Stati membri contraenti. Si deve ricordare che anche l'arbitrato *treaty-based* ha natura consensuale (sul punto si rinvia alle considerazioni già svolte in A. DE LUCA, *op. cit.*, pp. 1007-1018). Al più sarà ipotizzabile in caso di controversia tra un investitore comunitario terzo rispetto al BIT e uno Stato membro contraente dello stesso un obbligo per questo ultimo di considerare in buona fede la stipula di un compromesso con il singolo investitore comunitario interessato al fine di evitare la discriminazione.

sed, previsto accanto al foro domestico, è solo strumentale all'obiettivo sopra individuato. Ne consegue che l'applicazione dei regimi convenzionali di protezione degli investimenti potrebbe essere garantita ai comunitari terzi rispetto al BIT dai giudici nazionali degli Stati membri parti dello stesso in applicazione dell'art. 18 TFUE (ex art. 12 CE), in tal modo rimuovendo il potenziale effetto discriminatorio degli stessi. L'applicazione dei regimi convenzionali bilaterali agli investitoricomunitari di stati terzi rispetto al BIT (sia sotto il profilo del ricorso all'arbitrato sia sotto il profilo degli standard sostanziali) può avvenire anche tramite l'estensione *ratione personarum* dell'ambito applicativo dei bit da parte degli stati membri contraenti. Tale è la via scelta dalla Repubblica Federale di Germania⁵¹.

4. Conclusioni

In conclusione, rimane aperto il problema delle possibili differenti valutazioni da parte della giurisdizione comunitaria e di un tribunale arbitrale *treaty-based* del medesimo comportamento statale in relazione ad alcune ipotesi prospettate. In primo luogo, un comportamento di Stato membro, pur incompatibile con una libertà fondamentale comunitaria ma giustificato in base alle deroghe previste nel Trattato FUE a tutela di interessi generali di carattere imperativo, potrebbe essere, invece, giudicato in violazione della clausola del trattamento giusto ed equo da una tribunale arbitrale *treaty-based*. Sebbene tale problema potrebbe essere risolto con l'adozione da parte

⁵¹ Ai sensi dell'art. 1(3) del Modello di BIT della Repubblica federale di Germania del 2008: "the term «investor» means

(a) in respect of the Federal Republic of Germany:

– any natural person who is a German within the meaning of the Basic Law of the Federal Republic of Germany or a national of a Member State of the European Union or of the European Economic Area who, within the context of freedom of establishment pursuant to Article 43 of the EC Treaty, is established in the Federal Republic of Germany;

– any juridical person and any commercial or other company or association with or without legal personality which is founded pursuant to the law of the Federal Republic of Germany or the law of a Member State of the European Union or the European Economic Area and is organized pursuant to the law of the Federal Republic of Germany, registered in a public register in the Federal Republic of Germany or enjoys freedom of establishment as an agency or permanent establishment in Germany pursuant to Articles 43 and 48 of the EC Treaty;

which in the context of entrepreneurial activity is the owner, possessor or shareholder of an investment in the territory of the other Contracting State, irrespective of whether or not the activity is directed at profit"

dei tribunali arbitrali di una prospettiva meno unidirezionale e inclusiva anche delle esigenze di tutela di valori di carattere non economico, anche magari tenuto conto delle considerazioni della Commissione in qualità di *amicus curiae*, si rileva, tuttavia, che almeno al momento la prassi arbitrale appare orientata in senso opposto. In secondo luogo, rimane irrisolta l'ipotesi in cui il ritiro di una misura di aiuto da parte di uno Stato membro sia giudicata da un tribunale arbitrale in contrasto con uno degli standard contenuti nel BIT, in presenza di una decisione definitiva di incompatibilità della Commissione. Ciò appare vero sia nell'ipotesi in cui la decisione non sia più impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE (ex art. 230 CE) sia nell'ipotesi in cui il ricorso in annullamento sia stato respinto dai giudici comunitari. In relazione a tali due casi le soluzioni proposte non sono in grado di risolvere eventuali conflitti.

Infine, per quanto riguarda i BITs intra-comunitari si svolgono alcune considerazioni generali sul problema delle possibili sovrapposizioni (e relative incompatibilità) tra disciplina convenzionale in materia di investimenti stranieri e diritto comunitario.

In primo luogo, la posizione della Commissione europea secondo la quale non vi sarebbe necessità o bisogno di un tale tipo di trattati nel mercato unico appare apodittica, smentita dalla prassi arbitrale che segnala, invece, l'ampio ricorso degli investitori all'arbitrato previsto dai BITs intra-comunitari e persino incoerente rispetto ad alcune decisioni prese dalla medesima Commissione in relazione ad alcuni «nuovi» Stati membri⁵². In secondo luogo, la protezione degli investimenti comunitari in Stati membri diversi da quelli di origine è obiettivo non solo compatibile con gli obiettivi del Trattato FUE ma strumentale rispetto agli stessi.

Appare, quindi, troppo radicale la soluzione proposta dalla Commissione della denuncia da parte degli Stati membri dei BITs intra-comunitari per risolvere eventuali conflitti con il diritto comunitario⁵³. Al contrario, sarebbe auspicabile che la Commissione rivedesse

⁵² Si tratta di due decisioni adottate della Commissione nei confronti di Bulgaria e Romania autorizzate dai rispettivi atti di adesione: Decisione n. 2006/929/CE della Commissione del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Bulgaria per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata, in GU L 354 del 14 dicembre 2006; Decisione n. 2006/928/CE della Commissione del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione, in GU L 354 del 14 dicembre 2006.

⁵³ Per esempio l'Italia ha recentemente denunciato i BITs stipulati con altri Paesi

la propria posizione in materia di BITs intra-comunitari, tenuto conto dei seguenti rilievi. Da una parte, gli effetti discriminatori dei BITs, sul piano del trattamento sostanziale, possono essere corretti dai giudici nazionali degli Stati membri (eventualmente con l'intervento del giudice comunitario), sebbene l'arbitrato *treaty-based* rimanga foro più agevole o speciale per i soli nazionali degli Stati membri parti di tali accordi. Dall'altra l'applicazione degli standard di tutela dei BITs e il ricorso all'arbitrato per i comunitari che vi sono legittimati contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi del Trattato FUE e potrebbero correggere le lacune sopra sottolineate del sistema comunitario, rafforzando lo spazio unico di libertà e giustizia.

membri prima dell'ingresso di questi ultimi nell'Unione europea e nella Comunità, accogliendo l'invito rivolto dalla Commissione agli Stati membri di procedere in tale direzione.

Il ruolo dell'amicus curiae nella funzione giurisdizionale internazionale: evoluzioni e prospettive

di Angela Di Maio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Amici curiae* nel sistema di controllo sul rispetto dei diritti umani. – 3. *Amici curiae* nei processi inter-statali. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Figura risalente al diritto processuale romano, l'*amicus curiae* consentiva al giudice di ottenere assistenza giuridica imparziale da soggetti estranei al procedimento in corso¹. Essa ha trovato larga diffusione nei sistemi giuridici anglosassoni, in particolare in quello statunitense, ove l'*amicus curiae* si identifica con un soggetto che, senza essere parte del processo, assiste la Corte presentando osservazioni, su questioni di fatto o di diritto, differenti rispetto a quelle presentate dalle parti e utili all'organo giudicante per dirimere la controversia².

* Dottoranda in «Diritto internazionale e comunitario dello sviluppo socio-economico» presso l'Università di Napoli «Parthenope».

¹ Per un'analisi dell'evoluzione dell'istituto *de quo* v. M.K. LOWMAN, *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?*, in *American University Law Review*, 1992, p. 1243 ss.; G. CRISCUOLI, *Amicus curiae*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1973, p. 187 ss.; K. KRISLOV, *The amicus curiae brief: from friendship to advocacy*, in *Yale Law Journal*, 1963, p. 694 ss.

² L'art. 37(1) del Regolamento della Corte Suprema degli Stati Uniti recita come segue: «An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored».

Proprio nel processo statunitense l'«amico della Corte» ha conosciuto un'evoluzione tale da modificarne le caratteristiche originarie. In particolare, se originariamente l'*amicus curiae* era colui che assisteva il giudice senza rappresentare o contribuire ad affermare l'interesse di alcuna parte, progressivamente, esso si è trasformato, da soggetto disinteressato, a soggetto che rappresenta un interesse che può coincidere con quello di una delle parti in causa, oppure esserne completamente indipendente. L'istituto è particolarmente utilizzato dai movimenti statunitensi a favore dei

Più di recente, a partire dagli anni novanta, tale figura processuale ha trovato riscontro anche all'interno di procedure giurisdizionali internazionali dove sempre più spesso è stata prevista la possibilità di ingresso in giudizio di soggetti diversi dalle parti in causa³.

La partecipazione, davanti alle giurisdizioni internazionali, di soggetti estranei al processo in qualità di *amici curiae*, pone diversi interrogativi che riguardano l'inquadramento giuridico, le funzioni svolte, gli interessi protetti ed aspetti di carattere *lato sensu* politico, soprattutto quando questo ruolo è svolto da soggetti non statali.

La presentazione di memorie da parte di terzi in veste di *amici curiae* è un fenomeno che va assumendo una frequenza sempre maggiore soprattutto nell'ambito dei sistemi regionali di protezione dei diritti dell'uomo e di punizione dei crimini internazionali (Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte interamericana, Tribunali penali internazionali *ad hoc*). Stenta, invece, ad affermarsi in quegli organismi giurisdizionali, o quasi giurisdizionali, deputati alla risoluzione delle controversie esclusivamente tra Stati (Corte Internazionale di Giustizia, sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio) nei quali la presenza di soggetti non parti e non aventi carattere di statualità, incontra maggiori difficoltà.

Oltre a verificare le concrete possibilità di partecipazione di *amici curiae* ai processi internazionali dinanzi alle corti e tribunali succitati, il presente lavoro intende verificare se, intorno alla figura dell'*amicus curiae*, si siano formati, o siano in corso di formazione, principi unitari e quale contributo è lecito attendersi, al riguardo, nel processo di evoluzione delle procedure giurisdizionali internazionali.

2. Amici curiae nel sistema di controllo sul rispetto dei diritti umani

La presentazione di memorie da parte di *amici curiae* nei procedimenti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo è una prassi

diritti civili, organizzazioni non governative che si interessano di questioni ambientali e associazioni che rappresentano determinate categorie sociali.

³ Sugli *amici curiae* nel contenzioso internazionale ed europeo v. L. BARTHOLOMEUSZ, *The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, in *Non-State Actors and International Law*, 2005, p. 211 ss.; E. BERGAMINI, *L'intervento amicus curiae: Recenti evoluzioni di uno strumento di common law fra Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2003, p. 181 ss.; J. RAZZAQUÉ, *Changing role of friend of the Court in the international court and tribunals*, in *Non-State Actors and International Law*, 2002, p. 169 ss.; H. ASCENSIO, *L'amicus curiae devant les juridictions internationales*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, p. 897 ss.; D. SHELTON, *The participation of Nongovernmental Organizations in international judicial proceedings*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 611 ss.

piuttosto consolidata e trova la sua base giuridica nell'art. 36, par. 2, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴. Tale disposizione, prevedendo che, nell'interesse ad una corretta amministrazione della giustizia, il Presidente della Corte possa «invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa o ogni persona diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze», ha di fatto aperto le porte all'ingresso di *amici curiae* nei procedimenti davanti alla Corte⁵. La norma trova attuazione nell'art. 44 del Regolamento della Corte che, in seguito alle modifiche intervenute nel 2003, ha specificato ulteriormente l'intervento da parte di terzi nel procedimento, disciplinando modalità di partecipazione e limiti temporali⁶.

⁴ Cfr. M. FRIGESSI DI ROTTALMA, *NGOs before the European Court of Human Rights: Beyond Amicus Curiae participation?*, in T. TREVES, M. FRIGESSI DI ROTTALMA, A. TANZI, A. FODELLA, C. PITEA e C. RAGNI (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague, 2005, p. 57 ss.; N. TROCKER, *L'amicus curiae nel giudizio davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto civile*, 1989, p. 119 ss.; A. LESTER, *Amici Curiae: Third Party Intervention before the ECHR*, in F. MATSCHER e H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Cologne, 1988; G. CELLAMARE, *Amicus curiae nel processo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1985, p. 350 ss.

⁵ L'art. 36, par. 2, recita: «The President of the Court may, in the interest of the proper administration of justice, invite any High Contracting Party which is not a party to the proceedings or any person concerned who is not the applicant to submit written comments or take part in hearings».

⁶ L'art. 44 del Regolamento della Corte stabilisce: «2. (a)Once notice of an application has been given to the respondent Contracting Party under Rule 51 § 1 or Rule 54 § 2 (b), the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, as provided in Article 36 § 2 of the Convention, invite, or grant leave to, any Contracting Party which is not a party to the proceedings, or any person concerned who is not the applicant, to submit written comments or, in exceptional cases, to take part in a hearing. (b)Requests for leave for this purpose must be duly reasoned and submitted in writing in one of the official languages as provided in Rule 34 § 4 not later than twelve weeks after notice of the application has been given to the respondent Contracting Party. Another time limit may be fixed by the President of the Chamber for exceptional reasons. 3. (a)In cases to be considered by the Grand Chamber the periods of time prescribed in the preceding paragraphs shall run from the notification to the parties of the decision of the Chamber under Rule 72 § 1 to relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber or of the decision of the panel of the Grand Chamber under Rule 73 § 2 to accept a request by a party for referral of the case to the Grand Chamber. (b)The time-limits laid down in this Rule may exceptionally be extended by the President of the Chamber if sufficient cause is shown. 4. Any invitation or grant of leave referred to in paragraph 2 (a) of this Rule shall be subject to any conditions, including time-limits, set by the President of the Chamber. Where such conditions are not complied with, the President may decide not to include the comments in the case file or to limit participation in the hearing to the extent that he or she considers ap-

Dalla giurisprudenza della Corte si evince che il ruolo di *amicus curiae* può essere svolto sia da persone fisiche e giuridiche che abbiano un chiaro interesse nel procedimento di origine interna cui è legato il ricorso⁷, sia da gruppi con specifici interessi strettamente connessi a quelli del ricorrente⁸, sia da organizzazioni con esperienza specifica in determinati settori ovvero una rilevante conoscenza dei fatti⁹ e, finanche, da istituzioni internazionali, quale la Commissione europea¹⁰.

Avvalendosi degli studi e delle ricerche condotte soprattutto da ONG specializzate, la Corte ha ottenuto come risultato, da una parte, una diminuzione del tempo impiegato per condurre le sue indagini, dall'altra, avendo a disposizione informazioni e contributi dettagliati, ha potuto considerare e mettere a confronto più interessi diversi tra loro.

Una prassi ugualmente abbondante si registra con riferimento alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo. L'art. 67, par. 3, del regolamento di questa Corte prevede infatti la possibilità, per il Presidente, di invitare o autorizzare qualsiasi parte interessata a presentare osservazioni scritte su questioni relative alla richiesta di parere¹¹. La Corte interamericana ha ammesso la partecipazione di *amici* sia nel procedimento in sede consultiva che in quello in sede contenziosa. Soprattutto in quest'ultimo, le ONG operanti a difesa dei diritti umani

proprie. 5. Written comments submitted under this Rule shall be drafted in one of the official languages as provided in Rule 34 § 4. They shall be forwarded by the Registrar to the parties to the case, who shall be entitled, subject to any conditions, including time-limits, set by the President of the Chamber, to file written observations in reply or, where appropriate, to reply at the hearing». Tale articolo è rimasto invariato a seguito delle ultime modifiche al regolamento della Corte entrate in vigore il 1° luglio 2009.

⁷ Esempi in tal senso sono rappresentati, *ex multis*, dai casi *Feldek v. Slovakia*, ricorso n. 29032/95, sentenza del 12 luglio 2001; *von Hannover v. Germany*, ricorso n. 59320/00, sentenza del 24 giugno 2004; *Py v. France*, ricorso n. 66289/01, sentenza dell'11 gennaio 2005.

⁸ Cfr. *Pederson and Baadsgaard v. Denmark*, ricorso n. 9017/99, sentenza del 17 dicembre 2004 e *von Hannover v. Germany*, cit.

⁹ Cfr. *I. and Goodwin v. United Kingdom*, ricorsi n. 25680/94 e 28957/95, sentenze dell'11 luglio 2002; *Karner v. Austria*, ricorso n. 40016/98, sentenza del 24 luglio 2003; *Vo v. France*, ricorso n. 53924/00, sentenza dell'8 luglio 2004; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, sentenze del 4 febbraio 2005.

¹⁰ Cfr. *DSR Senator Lines GmbH v. Austria and others*, ricorso n. 56672/00, sentenza del 10 marzo 2004.

¹¹ «The President may invite or authorize any interested party to submit a written opinion on the issues covered by the request. If the request is governed by Article 64(2) of the Convention, he may do so after prior consultation with the Agent»

si sono rivelate di particolare aiuto alla Corte, ponendo l'accento su questioni particolarmente delicate¹².

In questa sede, una significativa evoluzione si è registrata con la recente riforma del Regolamento della Corte avvenuta nel gennaio 2009. La figura dell'*amicus curiae* è stata, infatti, definitivamente codificata nell'art. 2 del Regolamento, ai sensi del quale l'«amico della Corte» è definito come «the person who is unrelated to the case and to the proceeding and who submits to the Court a reasoning about the facts contained in the application or legal considerations over the subject-matter of the proceeding, by means of a document or an argument presented in the hearing». La necessità di regolamentare la partecipazione degli *amici curiae* ha condotto, altresì, all'introduzione dell'art. 41 che provvede ad identificare i limiti temporali entro i quali è possibile presentare la richiesta di partecipazione¹³.

La soluzione adottata dalla Corte si avvicina, in effetti, a quella praticata dai Tribunali penali internazionali *ad hoc*. Infatti, sia il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia che il Tribunale per il Ruanda prevedono espressamente nei loro Regolamenti di Procedura e di Prova l'intervento in qualità di *amicus curiae*, su invito o dietro autorizzazione della Camera, da parte di Stati, di organizzazioni o di individui¹⁴. Sempre nell'ottica della regolamentazione, nel 1997, il Tribunale per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia ha previsto dei requisiti formali necessari affinché le richieste di intervento a titolo di *amicus curiae* possano essere accolte. Oltre all'imparzialità e all'indipendenza, è richiesto che l'intervento sia a sostegno di un interesse generale della comunità internazionale e che il contributo

¹² Cfr. *Gangaram-Panday v. Suriname*, serie C n. 16, sentenza del 21 gennaio 1994; *Godínez-Cruz v. Honduras*, serie C n. 3, sentenza del 20 gennaio 1989 nei quali venivano in rilievo, in particolare, il diritto alla vita e alla libertà.

¹³ Article 41 «*Arguments of Amicus Curiae*»: «The brief of one who wishes to act as *amicus curiae* may be submitted to the Tribunal, together with its annexes, at any point during the contentious proceedings, but within the term of 15 days following the public hearing. If the Court does not hold a public hearing, *amicus* briefs must be submitted within the term of 15 days following the Resolution setting deadlines for the submission of final arguments and documentary evidence. Following consultation with the President, the *amicus curiae* brief and its annexes shall be immediately transmitted to the parties, for their information», Regolamento della Corte interamericana dei diritti umani, approvato nel 1980 e modificato nell'ultima sessione tenuta dal 19 gennaio al 31 gennaio 2009.

¹⁴ L'art. 74 rubricato «*Amicus Curiae*» stabilisce: « A Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to appear before it and make submissions on any issue specified by the Chamber»; ICTY, Regolamento di procedura e di prova, IT/32/Rev. 43, adottato l'11 febbraio 1994 e modificato il 24 luglio 2009 e ICTR, Regolamento di procedura e di prova, adottato il 29 giugno 1995 e modificato il 14 marzo 2008.

alla risoluzione del caso si basi su una competenza tecnica specifica¹⁵. L'intervento consiste generalmente nel deposito di una o più memorie riguardanti alcuni punti di fatto o questioni di diritto al quale può seguire l'eventuale invito, da parte dei giudici, ad esporre oralmente i loro argomenti anche nel corso dell'udienza.

Dalla prassi si evince come, in alcuni casi, sia lo stesso Tribunale a chiedere l'intervento di *amici curiae*, soprattutto quando si tratta di approfondire questioni puramente di diritto¹⁶. In altre occasioni, gli *amici curiae*, in particolare le ONG, hanno assunto autonomamente l'iniziativa a sostegno dei diritti delle vittime dei crimini o al fine di verificare i capi d'accusa formulati dal Procuratore¹⁷. In altri casi, ancora, l'*amicus curiae* è stato utilizzato per assicurare un giusto processo, come nel caso *Milošević*¹⁸ in cui si è avuta la nomina, da parte del Tribunale, di una serie di avvocati, chiamati ad intervenire in veste di *amici* «not to represent the accused but to assist (the Tribunal) in the proper determination of the case».

Sulla scia dei due Tribunali *ad hoc* si sono poste anche la Corte Penale Internazionale e la Corte speciale per la Sierra Leone. Nei Regolamenti di procedura e di prova, infatti, è riprodotta una norma simile a quella contenuta nei regolamenti dei due Tribunali *ad hoc*¹⁹. La prassi in merito non è ampia, dato il breve periodo di attività delle Corti, ma si registrano già i primi casi di intervento in veste di *amici curiae*²⁰.

¹⁵ ICTY Registry, *Information concerning the submission of amicus curiae briefs*, IT/122, 27 marzo 1997

¹⁶ Cfr. *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-I, 7 maggio 1997 e *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-PT, 14 marzo 1997

¹⁷ Cfr. *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 settembre 1998

¹⁸ *Prosecutor v. Milošević, Order Inviting Designation of Amicus Curiae*, Trial Chamber, IT-02-54-T, 31 agosto 2001

¹⁹ Così, per la Corte Penale Internazionale viene in rilievo l'art. 103 che recita come segue: «At any stage of the proceedings, a Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to submit, in writing or orally, any observation on any issue that the Chamber deems appropriate», Regolamento di procedura e di prova, Doc. ICC-ASP/1/3, 9 settembre 2002. Quanto alla Corte per la Sierra Leone, l'art. 74, senza discostarsi sostanzialmente da quanto statuito nei regolamenti dei due Tribunali *ad hoc*, prevede: «A Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to any State, organization or person to make submissions on any issue specified by the Chamber», Regolamento di procedura e di prova, adottato il 16 gennaio 2002, modificato il 14 maggio 2005

²⁰ Cfr., per la CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges* ICC-01/04-01/07, 26 settembre 2008 e, di recente, il caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against*

3. *Amici curiae nei processi inter-statali*

A fronte dello scenario appena delineato va sottolineato che, presso alcune giurisdizioni si registra, invece, una riluttanza nell'ammettere la partecipazione di *amici curiae*.

Il riferimento è alla Corte Internazionale di Giustizia e al sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Per vero, quanto alla Corte internazionale di Giustizia, la questione della partecipazione di soggetti estranei al giudizio si presenta sia nell'ambito della funzione contenziosa che di quella consultiva²¹.

Con riferimento al procedimento contenzioso, l'art. 34 dello Statuto, dopo aver statuito, al par. 1, che soltanto gli Stati possono essere parti nei processi davanti alla Corte, al par. successivo prevede la possibilità per la Corte stessa di richiedere e di ricevere informazioni concernenti la controversia da parte di «organizzazioni pubbliche internazionali»²².

La nozione di «organizzazioni pubbliche internazionali» viene specificata dall'art. 69 del Regolamento della Corte che, al par. 4, le definisce come «organizzazioni internazionali di Stati»²³, in altre parole come organizzazioni intergovernative.

Ora, mentre la partecipazione in veste di *amici curiae* da parte delle Organizzazioni intergovernative è stata piuttosto limitata²⁴, ri-

Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 giugno 2009. Quanto alla Corte Speciale per la Sierra Leone è da evidenziare che essa ha fatto ricorso all'art. 74 sin dall'inizio della sua attività, così, nel processo contro Taylor ha proceduto alla nomina di due docenti universitari al fine di risolvere la questione dell'immunità del Capo di Stato dalla giurisdizione della Corte; cfr. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, SCSL-2003-01-I, 31 Maggio 2004

²¹ V. E. VALENCIA-OSPINA, *Non-Governmental Organizations and the International Court of Justice*, in T. TREVES, M. FRIGESSI DI ROTTALMA, A. TANZI, A. FODELLA, C. PITEA e C. RAGNI (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague, 2005, p. 227 ss.; P. PALCHETTI, *Amici curiae davanti alla Corte internazionale di Giustizia?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2000, p. 965 ss.

²² Il paragrafo 2, dell'art. 34 dello Statuto, prevede: «The Court, subject to and in conformity with its Rules, may request of 'public international organizations' information relevant to cases before it, and shall receive such information presented by such organizations on their own initiative...».

²³ L'art. 69, par. 4, statuisce: «In the foregoing paragraph, the term «public international organization» denotes an international organization of States»; Regolamento della Corte Internazionale di Giustizia, adottato il 14 aprile 1978, così come modificato il 14 aprile 2005

²⁴ Cfr. *Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. USA)* disponibile su <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=9c&case=79&code=irms&p3=0>

chieste di intervento sono pervenute, invece, da parte di Organizzazioni non governative. Rispetto ad esse la Corte ha assunto, sin dal caso *Diritto di Asilo*²⁵, un atteggiamento di chiusura attenendosi ad una interpretazione restrittiva dell'art. 34, par. 2²⁶. Per questo motivo le ONG, successivamente, hanno preferito agire in via indiretta esercitando pressioni sugli Stati, nel tentativo di indurli ad iniziare un procedimento²⁷, oppure esercitando un'influenza nei confronti delle Organizzazioni internazionali chiamate a presentare osservazioni sulla base dell'art. 34, par. 2. A ciò si aggiunge la possibilità, per le ONG, di vedere le proprie memorie allegate alla domanda di uno Stato parte della controversia, come è accaduto, ad esempio, nel caso sollevato dall'Ungheria contro la Slovacchia e riguardante il *Gabčíkovo-Nagy-maros Dam Project*²⁸.

Senza dubbio, la presentazione di memorie da parte delle ONG per il tramite dello Stato può fornire alla Corte informazioni importanti, delle quali non potrebbe venire a conoscenza altrimenti. Tale pratica può risultare particolarmente utile in quei casi caratterizzati da un forte coinvolgimento dell'opinione pubblica, al fine di consentire la ricerca della soluzione migliore per la disputa e favorire, così, l'adozione di decisioni meglio fondate che tengano in considerazione più interessi diversi tra loro.

Maggiori possibilità di intervento potrebbero verificarsi con riferimento al procedimento consultivo, dal momento che l'art. 66 dello Statuto nel prevedere la presentazione di informazioni ad opera di soggetti non parti del procedimento fa riferimento, oltre agli Stati, alle organizzazioni internazionali *tout court*, lasciando intravedere maggiori possibilità di intervento per le ONG²⁹.

²⁵ *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, sentenza del 27 novembre 1950, disponibile su <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=1d&case=13&code=cpr&p3=4>. Alla richiesta dell'*International League for the Rights of Man* di presentare proprie osservazioni in base all'art. 34 par. 2, la Corte ha risposto rifiutando tale richiesta e precisando, altresì, che tale organizzazione non poteva essere considerata una «organizzazione internazionale pubblica» ai sensi del richiamato art. 34 par. 2.

²⁶ Secondo alcuni autori, nulla osta ad una interpretazione estensiva, includente anche le organizzazioni non governative, in tal senso P.M. DUPUY, *Article 34*, in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT e K. OELLERS-FRAHMS, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2006, p. 548

²⁷ Ciò è avvenuto nel caso *Certain Criminal Proceedings in France, (Republic of the Congo v. France)*, Ordinanza del 17 giugno 2003.

²⁸ *Gabčíkovo-Nagy-maros Dam Project, (Hungary v. Slovakia)* sentenza del 25 settembre 1997. In questo caso, il governo ungherese presentò un documento predisposto da due Organizzazioni non governative, il *National Heritage Institute* e l'*International River Network*.

²⁹ L'art. 66, par. 2, del Regolamento della Corte prevede: «2.The Registrar shall

Sul punto l'orientamento della Corte non è stato univoco. Se nel 1950, nel parere sullo *Status dell'Africa sud-occidentale*³⁰, la Corte sembrava aver accolto un'interpretazione estensiva dell'art. 66 includendo anche le ONG, nei casi successivi³¹ i giudici dell'Aja si sono attestati su una interpretazione restrittiva.

Chiarimenti in merito alla partecipazione di ONG – e al ruolo che possono ricoprire nei procedimenti dinanzi alla Corte – si sono avuti soltanto nel 2004 in seguito alle modifiche delle *Practice Directions*. In particolare è stato stabilito che, nei procedimenti consultivi, le memorie presentate da una ONG non acquistano la rilevanza degli atti di causa ma sono considerati documenti di pubblico dominio³². Come tali, per facilitarne la consultazione, esse vengono depositate presso il Palazzo della Pace³³. Tutto è lasciato alla volontà e

also, by means of a special and direct communication, notify any state entitled to appear before the Court or 'international organization' considered by the Court, or, should it not be sitting, by the President, as likely to be able to furnish information on the question, that the Court will be prepared to receive, within a time-limit to be fixed by the President, written statements, or to hear, at a public sitting to be held for the purpose, oral statements relating to the question».

³⁰ Corte Internazionale di Giustizia, parere consultivo dell'11 luglio 1950, in <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=sswa&case=10&k=30>

³¹ Corte Internazionale di Giustizia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, parere consultivo del 21 giugno 1971 e *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo dell'8 luglio 1996, entrambi disponibili su <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4>. Nel caso *Namibia*, in particolare, alla richiesta avanzata da parte di un individuo, Michael Reisman, di partecipare in qualità di *amicus curiae*, il Cancelliere rispose affermando che la decisione presa nel 1950 non poteva essere considerata un precedente su cui basarsi e concluse sostenendo che «the Court would be unwilling to open floodgates to what might be a vast amount of proffered assistance».

³² La *Practice Direction XII* prevede che: «1. Where an international non-governmental organization submits a written statement and/or document in an advisory opinion case on its own initiative, such statement and/or document is not to be considered as part of the case file. 2. Such statements and/or documents shall be treated as publications readily available and may accordingly be referred to by States and intergovernmental organizations presenting written and oral statements in the case in the same manner as publications in the public domain. 3. Written statements and/or documents submitted by international non-governmental organizations will be placed in a designated location in the Peace Palace. All States as well as intergovernmental organizations presenting written or oral statements under Article 66 of the Statute will be informed as to the location where statements and/or documents submitted by international non-governmental organizations may be consulted». La formulazione è rimasta immutata in seguito all'ultima modifica del 20 gennaio 2009.

³³ Si è proceduto, in questo modo, a formalizzare i rapporti tra Corte di Giustizia e ONG e, allo stesso tempo, a riconoscere l'interesse delle ONG nei proce-

delle parti³⁴ e della Corte. Saranno la credibilità di cui gode la singola Organizzazione non governativa e la correttezza e la precisione delle sue argomentazioni a determinare il minore o maggiore grado di consenso sulle osservazioni presentate.

È necessario qui sottolineare che la previsione in esame non è stata estesa al procedimento contenzioso, rafforzando, in questo modo, quella diversità di trattamento che si evince dalla lettera delle disposizioni dello Statuto. Ciò suona, quindi, come ulteriore conferma della particolarità di tale procedimento nel cui ambito viene alla luce il problema di conciliare la partecipazione di *amici* con l'esigenza di rispettare i principi fondamentali sui quali si basa la giurisdizione della Corte, ossia, il principio del consenso e quello della reciprocità e uguaglianza degli Stati. Da qui l'interpretazione restrittiva dell'art. 34, par. 2, ad opera della Corte.

In questa stessa logica si pone anche il sistema di soluzione delle controversie nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Considerato che, pur avendo ad oggetto la cooperazione economica multilaterale a livello interstate, l'OMC esercita una influenza sempre più incisiva sulle situazioni giuridiche dei privati, la partecipazione in qualità di *amici curiae* può costituire uno strumento significativo per i c.d. *non-state actors* al fine di assicurare loro una forma di partecipazione all'interno del meccanismo di risoluzione delle controversie³⁵.

dimenti consultivi. Il fatto di collocare le osservazioni delle ONG presso un luogo fisso, con tutte le conseguenze in termini di organizzazione e risorse, è stato visto come una intenzione della Corte di «taking seriously its new openness to NGO briefs», in questi termini L. BARTHOLOMEUSZ, *The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, in *Non-State Actors and International Law*, 2005, p. 224. Sul punto, in senso critico si è espresso N. LEROUX, *NGOs at the World Court*, in *International Community Law Review*, 2006, p. 203 ss.; secondo l'autore «the tone of the new provisions is more defensive than out-reaching».

³⁴ Se le parti faranno riferimento alla documentazione predisposta dalle Organizzazioni non governative, la Corte, probabilmente, dovrà considerare tali osservazioni allo stesso modo in cui è tenuta a considerare quelle delle parti in causa, così per L. BARTHOLOMEUSZ, cit., p. 224.

³⁵ I contributi in dottrina sull'*amicus curiae* dinanzi agli organi giudiziari dell'OMC sono numerosi, *ex multis*, v. B. STERN, *The emergence of non-State actors in international commercial disputes through WTO Appellate Body case-law*, in G. SACERDOTI, A. YANOVICH e J. BOHANES, *The WTO at ten. The contribution of the Dispute Settlement System*, USA, 2006, p. 372 ss.; M. DISTEFANO, *NGOs and the WTO Dispute Settlement Mechanism*, in T. TREVES, M. FRIGESSI DI ROTTALMA, A. TANZI, A. FODELLA, C. PITEA e C. RAGNI (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague, 2005, p. 261 ss.; Y. FUKUNAGA, *Participation of private parties in the WTO Dispute Settlement Processes: Treatment of unsolicited amicus curiae submission*, in *Soochow Law Journal*, 2005, p. 99 ss.; C.L. LIM, *The ami-*

Pur in assenza di una disposizione che preveda espressamente la partecipazione di soggetti in qualità di *amici curiae*, le crescenti richieste di intervento in tal senso sono state affrontate ora facendo ricorso all'art. 13 dell'Intesa³⁶ che conferisce il potere discrezionale al panel di «richiedere informazioni e consulenze tecniche a qualunque persona o organismo ritenga opportuno», ora attraverso l'emanazione di «Procedure addizionali» di lavoro, redatte dall'Organo d'Appello, per il singolo caso in questione³⁷.

L'apertura manifestata dagli organi giudiziari dell'OMC³⁸ non ha riscosso il consenso di tutti gli Stati membri, sia a causa del conseguente ampliamento di poteri concessi agli organi deputati alla risoluzione delle controversie, sia a causa del timore che tale partecipazione costituisca una intromissione negli affari degli stessi Stati membri³⁹.

cus brief issue at the WTO, in *Chinese Journal of International Law*, 2005, p. 85 ss.; J. B. CAWLEY, *Friend of the Court: How the WTO justifies the acceptance of the amicus curiae brief from non-governmental organization*, in *Penn State International Law Reviews*, 2004, p. 47 ss.; E. BARONCINI, *L'apertura alla società civile del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: Gli amici curiae*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2003, p. 115 ss.; R. BARATTA, *La legittimazione dell'amicus curiae dinanzi agli organi giudiziari dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 552.

³⁶ Così nel caso *Gamberetti*, l'Organo d'Appello ha proceduto a specificare la discrezionalità di cui gode il panel nel richiedere comunicazioni ad *amici curiae* e l'altrettanta discrezionalità nel considerare quelle direttamente sottopostegli; l'organo di secondo grado ha chiarito, inoltre, che le memorie di un *amicus curiae* introdotte nel procedimento per il tramite di allegati alle deduzioni delle parti, divengono parte integrante di esse e sono liberamente apprezzabili dagli organi giudiziari. Cfr. rapporto dell'Organo d'Appello *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Product*, Doc. WT/DS58/AB/R del 12 ottobre 1998.

³⁷ Nel caso *Amianto* del 2001, l'*Appellate Body* ha riconosciuto, in principio, la possibilità di ricevere osservazioni da soggetti «other than the parties and the third parties to this dispute» e, nell'interesse dell'equità e del buon funzionamento dei suoi lavori, ha adottato, sulla base dell'art. 16(1) delle *Working Procedures*, delle regole procedurali addizionali dirette a disciplinare l'intervento *amicus curiae*. Cfr. Rapporto dell'Organo d'Appello *E.C. - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Doc. WT/DS135/AB/R del 12 marzo 2001.

³⁸ Un'apertura che appare solo nelle intenzioni, poiché, *de facto*, quasi tutte le richieste di partecipazione in veste di *amici curiae* sono state respinte dagli organi giudiziari del *Dispute Settlement Body*, ora per motivi procedurali, ora per l'irrelevanza delle osservazioni presentate o per la coincidenza delle stesse rispetto a quelle delle parti in causa. Ciò che emerge è una possibilità di partecipazione fortemente condizionata poiché dipendente, sia dalla *discretionary authority* di panel e *Appellate Body*, sia dall'interesse degli Stati in causa di far proprie le memorie depositate dagli *amici curiae* integrandole alle proprie deduzioni processuali. Gli organi del DSB appaiono, in questo modo, più impegnati nell'affermare il diritto di partecipazione in qualità di *amici*, che nel consentire l'esercizio del diritto stesso.

³⁹ Gli oppositori ad una forma di partecipazione di soggetti diversi dagli Stati

Eppure occorre tener conto della crescente necessità di assicurare una maggiore trasparenza dei procedimenti⁴⁰ e dell'esigenza di procedere ad un contemperamento degli interessi, quelli economici, attinenti al commercio internazionale, e quelli di natura non economica relativi all'ambiente, alla salute, alla protezione dei diritti umani e allo sviluppo sostenibile in generale⁴¹. Va detto, poi, che l'eventuale ampliamento dell'ambito di applicazione del principio di partecipazione comporta evidenti implicazioni sostanziali. Risulta inevitabile, infatti, una corrispondente immissione degli interessi succitati, che gli organi di risoluzione delle controversie dovrebbero o potrebbero trovarsi nella condizione di ponderare rispetto all'interesse primario relativo al commercio internazionale multilaterale, alla cura del quale sono istituzionalmente preposti⁴².

Nella stessa prospettiva si pone anche l'apertura manifestata, a partire dal 2001, dai tribunali NAFTA⁴³ e ICSID⁴⁴ nelle controversie in

membri sono soprattutto i Paesi in via di sviluppo. A loro avviso, gli *amici curiae* promuovono essenzialmente gli interessi dei Paesi industrializzati, attraverso le ONG specializzate nelle politiche sociali e ambientali. Ammettendo le loro richieste, si verrebbe ad aggiungere un ulteriore elemento di squilibrio nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC; cfr., in tal senso, A.F. LOWENFELD, *International economic law*, Oxford, New York, 2008, p. 187; sul punto si veda, inoltre, C.F. BRÜHWILER, *Amicus curiae in the WTO Dispute Settlement Procedure: A developing country's foe?*, in *Aussenwirtschaft*, 2005, p. 347 ss.

⁴⁰ In tal senso v. P. VAN DEN BOSSCHE, *NGO involvement in the WTO: A comparative perspective*, in *Journal of International Economic Law*, 2008, p. 717 ss.

⁴¹ La maggior parte della dottrina vede con favore l'apertura manifestata dagli organi del *Dispute Settlement Body*. È stato in particolare sottolineato che, le richieste di *amici curiae briefs* riguardano un «aspect of legitimacy: it was to represent the unrepresented at the WTO», cfr. B. DE CHAZOURNES, *Trasparenza and amicus curiae briefs*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2004, p. 334.

⁴² Seguendo questa prospettiva, è auspicabile che gli organi del DSB contribuiscano all'evoluzione del sistema, da una parte, rafforzando la sicurezza del sistema e la certezza del diritto attraverso l'applicazione dei principi del *due process*, dall'altra, garantendo l'ampliamento degli interessi tutelati.

⁴³ Cfr. *Methanex Corp. v. United States of America*, Decision on Petitions from Third Person to Intervene as «Amici Curiae», 15 gennaio 2001; *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as «Amici Curiae», 17 ottobre 2001

⁴⁴ Cfr. *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., e Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, 19 maggio 2005; *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae*, 17 marzo 2006; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., e Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition by five Non-Governmental Organization for Permission to make an *Amicus Curiae* Submission, 12 febbraio 2007 e

materia di investimenti tra Stato e investitore⁴⁵. Anche qui, in assenza di una disposizione specifica, tali tribunali hanno ammesso la partecipazione di *amici curiae* sulla base di disposizioni generali, rispettivamente, del regolamento UNCITRAL (art. 15) e della Convenzione ICSID (art. 44), che garantiscono agli arbitri il potere discrezionale di risolvere le questioni procedurali. C'è di più. La necessità di regolamentare tale figura, ha condotto, nell'ambito dell'ICSID, all'introduzione, con la modifica del regolamento di arbitrato nel 2006, di una disposizione specifica⁴⁶ relativa all'ammissione di richieste da parte di terzi estranei alla controversia.

4. Conclusioni

Dalla disamina effettuata emerge con evidenza che non è ancora possibile parlare di uno strumento consacrato da «regole di procedura internazionali» consolidate. La partecipazione dell'*amicus curiae* si presenta strettamente dipendente dal singolo foro considerato, con la conseguenza che, la sua disciplina risulta in costante evoluzione e fortemente dipendente dalla prassi giurisprudenziale. È bene quindi evitare di procedere attraverso generalizzazioni.

Diversi sono i soggetti che agiscono in qualità di *amici* dinanzi alle varie istanze giurisdizionali: Stati, Organizzazioni intergovernative, Organizzazioni non governative, persone fisiche e giuridiche e persino istituzioni. Diverse sono anche le modalità attraverso le quali essi partecipano ai vari processi, agendo, a volte, di propria iniziativa,

Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, 2 febbraio 2007

⁴⁵ Si vedano al riguardo le riflessioni di E. SAVARESE, *Amicus curiae participation in investor-State arbitral proceedings*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2007, p. 99 ss.

⁴⁶ L'art. 37(2) dell'*ICSID Arbitration Rules* stabilisce: «After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the «non-disputing party») to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which: (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding. The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission».

altre volte, dietro invito da parte degli stessi organi giudicanti. Diversi sono, poi, i motivi che spingono tali soggetti a partecipare e, conseguentemente, gli interessi che sottopongono all'attenzione dei giudici internazionali: ora sono interessi di una determinata categoria sociale, ora interessi diffusi o della società civile o, addirittura, per quanto riguarda la Corte europea dei diritti dell'uomo, interessi strettamente personali.

Un dato è certo e cioè, nonostante la diversità di approcci, l'*amicus curiae* non è mai considerato parte del processo. Gli organi giudiziali dell'OMC, i tribunali NAFTA e ICSID, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Tribunale per la ex-Jugoslavia hanno espressamente statuito tale esclusione.

Confusioni possono sorgere, invece, in merito alla distinzione tra *amici curiae*, da un lato, ed esperti e testimoni, dall'altro, atteso che, in alcune giurisdizioni spesso le loro funzioni si sovrappongono. In particolare, tale distinzione appare difficile in quelle giurisdizioni internazionali, *in primis* presso i Tribunali penali, in cui l'*amicus curiae* viene nominato al fine di fornire una competenza giuridica specializzata soprattutto in quelle materie che esulano dalla stretta competenza dell'organo giudicante. Nel fare ciò, la funzione dell'*amicus* si avvicina molto a quella di un esperto. L'utilizzo di tale figura in questo senso, ossia al fine di ottenere «specialist legal expertise» potrebbe forse contribuire ad una minore frammentazione del diritto internazionale. Non solo, l'*amicus curiae* può concorrere all'affermazione dei principi del giusto processo, di trasparenza e responsabilità all'interno dei diversi meccanismi giurisdizionali e di controllo, oltre che divenire portavoce dell'interesse pubblico. Da questo ultimo punto di vista, soprattutto le ONG, e in generale gli attori non statali, sollecitano una loro partecipazione in nome della c.d. società civile globale⁴⁷, ponendo all'attenzione generale il problema della loro capacità di rappresentare gli interessi dei quali si fanno portavoce⁴⁸.

⁴⁷ Sulla nozione di società civile, cfr. M. IOVANE, *Metodo costituzionalistico e ruolo dei giudici nella formulazione dei principi generali del diritto internazionale*, in *Ars Interpretandi*, 2008, p. 110 ss.; M. IOVANE, *La participation de la société civile a l'élaboration et application du droit international de l'environnement*, in *Revue Général de Droit International Public*, 2008, in particolare, p. 467 ss.

⁴⁸ In questa sede ci limitiamo a segnalare che, l'apertura a soggetti non statali è posta talora in relazione all'esigenza di assicurare una forma di controllo sui soggetti stessi i quali, rivendicando il ruolo di esponenti dell'opinione pubblica, si propongono, sulla base di una asserita «legittimazione democratica», quali interlocutori necessari soprattutto quando viene in rilievo la tutela di valori fondamentali dell'*idem sentire*, il riferimento è, per esempio, alla tutela dei diritti umani, della salute e dell'ambiente. Ci si interroga, quindi, sulla possibilità di individuare dei requisiti mi-

In definitiva, le funzioni svolte dagli *amici curiae* sono diverse e da esse dipende il maggiore o minore grado di imparzialità. Rispetto a quest'ultimo punto, è bene aggiungere, però, che sebbene tali soggetti possano apparire come «advocates», essi debbono comportarsi in modo adeguato alla fiducia riposta in loro come «friends of the court». Nel processo contro Milošević, ad esempio, il Tribunale penale per la ex-Jugoslavia ha specificato che un *amicus* deve «agire giustamente... con la dovuta imparzialità». Per cui, anche se possono presentare osservazioni a vantaggio dell'una o dell'altra parte, normalmente i giudici internazionali si aspettano che l'*amicus curiae* sia indipendente, o meglio, che sia più «amico della Corte» che delle parti⁴⁹. Non a caso si registra un forte potere discrezionale esercitato dai giudici internazionali su tutti gli aspetti riguardanti la loro partecipazione: ammissione, forma e contenuto della domanda.

Una partecipazione concepita, quindi, più in termini di «interesse dei giudici» che dei soggetti stessi che chiedono di partecipare e «l'interesse dei giudici» è che la partecipazione dell'*amicus curiae* possa contribuire ad una corretta amministrazione della giustizia ovvero ad una soddisfacente risoluzione del caso.

Questo tipo di interesse è statuito in vari modi: «*in the interest of the proper administration of justice*», per la Corte europea dei diritti dell'uomo; «*desirable for the proper determination of the case*», per i Tribunali penali *ad hoc* e Corte penale internazionale; «*desirable in the interest of achieving a satisfactory settlement of the matter at issue*», per l'Organo d'Appello del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, e, infine, «*in assisting the Tribunal to achieve its*

nimi indispensabili per attribuire ad una Organizzazione non governativa quelle prerogative idonee a permetterle di partecipare, quale «attore», ai processi di controllo delle norme internazionali, oltre che ai processi di formazione e applicazione delle stesse. Nello specifico, «some form of control over the legitimacy of the NGO submitting an *amicus curiae* brief before an international judicial body also seems desirable in view of the fact that a defence of 'public interest' might not be the main or only objective pursued through the submission of the brief», in tal senso L. VIERUCCI, *NGOs before international courts and tribunals*, in P.M. DUPUY e L. VIERUCCI (eds.), *NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility?*, Northampton, USA, 2008, p. 166. Sul punto si veda anche S. CHARNOVITZ, *Nongovernmental Organizations and international law*, in C. KU e P.F. DIEHL, *International law. Classic and contemporary readings*, USA, 2009, p. 117 ss.; A. VEDDER, *Questioning the legitimacy of non-governmental organizations*, in A. VEDDER (ed.), *NGO involvement in international governance and policy, sources of legitimacy*, Leiden, 2007, p. 1-20; F. ORREGO VICUÑA, *Individual and non State entities before international court and tribunal*, in *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, 2001, p. 53 ss.

⁴⁹ In tal senso cfr. L. BARTHOLOMEUSZ, cit., p. 280.

fundamental task of arriving at a correct decision» per i Tribunali NAFTA e ICSID.

Come si è accennato, la partecipazione di soggetti non parti e di entità non statali è accettata più facilmente dalle giurisdizioni che prevedono un coinvolgimento diretto degli individui rispetto a quelle che sono investite della risoluzione di controversie esclusivamente interstatali.

In prospettiva, è auspicabile che l'*amicus curiae* trovi accesso anche in queste ultime giurisdizioni. Nei procedimenti di risoluzione delle controversie in seno all'OMC ciò potrebbe servire ad aprire il sistema a nuovi interessi, ad una maggiore trasparenza dei procedimenti decisionali e quindi ad una maggiore credibilità e legittimazione del sistema stesso. Nelle procedure dinanzi alla Corte Internazionale di giustizia, l'*amicus curiae* potrebbe contribuire, come del resto è stato auspicato da parte degli stessi giudici dell'Aja⁵⁰, a creare un legame maggiore con la società civile. E tale soluzione appare idonea soprattutto in quei casi in cui la Corte si trova a dover affrontare questioni che travalicano gli interessi strettamente statali per coinvolgere, invece, interessi che riguardano trasversalmente l'intera società e che richiederebbero un maggiore spazio per i soggetti in grado di rappresentarli.

L'evoluzione prospettata si inserirebbe perfettamente nel mutato contesto internazionale in cui anche la funzione giurisdizionale appare fortemente condizionata dai fenomeni di trasformazione in atto. Accade sempre più spesso, infatti, che le decisioni delle corti e dei tribunali non abbiano efficacia soltanto per il singolo caso, ma rivestano un valore generale, incidendo sugli interessi della collettività.

L'*amicus curiae* può, in sostanza, costituire, da un lato, per gli attori non statali, uno strumento atto a portare all'attenzione interessi non altrimenti tutelati, dall'altro, per la funzione giurisdizionale, l'occasione per completare il processo di adeguamento ai nuovi equilibri internazionali.

⁵⁰ Cfr. P.H. KOOIJMANS, *The role of non-State actors and international dispute settlement*, in W.P. HEERE (ed.), *From Government to Governance, the growing impact of non-State actors on the international and european legal system*, The Hague, 2004, p. 21 ss.; l'autore auspica una apertura delle procedure di risoluzione delle controversie ai *non-State actors*, non per cambiare la natura giurisdizionale delle stesse, ma per poter applicare correttamente le norme internazionali in una società globalizzata; ne deriva che il centro del dibattito «should not be 'if' or 'when', but 'how'».

L'onere della prova nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: tra principi generali e stare decisis

di Laura Piazza

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Principi generali nel Sistema di Risoluzione delle Controversie OMC – 3. Lo *stare decisis* nella giurisprudenza del panel e dell'Organo d'Appello. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio è ancora caratterizzato da elementi atipici nel quadro della funzione giurisdizionale internazionale. Ne sono un esempio la diffusione degli *interim reports* che precedono la presentazione del rapporto finale e che possono essere commentati dalle parti; l'adozione dei rapporti stessi da parte dell'Organo di risoluzione delle controversie, ovvero un organo politico; la permanenza di definizioni ambigue, quali «Organo d'Appello», in luogo di corte o tribunale, «rapporto» e «raccomandazione» al posto di sentenza. Nonostante alcune ambiguità permangano, l'Organo d'Appello dell'OMC è a tutti gli effetti un organo giurisdizionale, e non diplomatico, di risoluzione delle controversie.

Il sistema di risoluzione delle controversie OMC è un sistema dispositivo, con elementi del sistema inquisitorio, come confermato dallo speciale potere di *fact-finding* attribuito al panel ai sensi dell'articolo 13 dell'Intesa sulle norme e le procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie (d'ora in avanti semplicemente 'Intesa')¹. Coe-

¹ L'articolo 13 dell'Intesa sulle norme e le procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie, stabilisce che «the panel has the right to seek information» laddove le parti non cooperino a sufficienza nel fornire le informazioni necessarie. Nel caso *Canada-Aircraft*, l'Organo d'Appello ha stabilito che il panel ha piena discrezionalità nell'esercitare tale potere inquisitorio. Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R del 2 agosto 1999, (d'ora in avanti *Canada-Aircraft*).

sistono, dunque, al suo interno, elementi delle tradizioni giuridiche di common law e di civil law. Sebbene questa caratteristica sia comune ad altre corti e tribunali internazionali, alcuni aspetti procedurali del funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie OMC sono del tutto peculiari e in controtendenza nel contesto internazionale.

In particolare, caratteristica tipica dei sistemi giurisdizionali internazionali risulta essere la flessibilità e l'ampia discrezionalità concessa ai giudici internazionali sulle questioni di natura procedurale. Caratteristica questa che non si riscontra nel sistema di risoluzione delle controversie OMC, ove gli aspetti di natura procedurale, non solo sono oggetto di una costante attenzione da parte del panel e soprattutto dell'Organo d'Appello, ma risultano addirittura cruciali in molte delle controversie più significative. Tra questi aspetti di natura procedurale a cui la giurisprudenza del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC dedica un'attenzione senza precedenti, l'onere della prova ha un ruolo di primo piano.

L'onere della prova è un concetto cruciale nella determinazione dell'esito di una controversia e nella scelta di una parte di ricorrere di fronte ad un organo giurisdizionale. È stato definito come la risposta giuridica all'ignoranza, nel senso che compensa le numerose incertezze di una controversia, consentendo al sistema giuridico di raggiungere determinati risultati anche in assenza di alcune informazioni rilevanti².

Le regole in merito alla ripartizione dell'onere della prova consentono a un organo giurisdizionale di ripartire tra le parti l'obbligo di provare i fatti e determinano dunque l'esito di una disputa nei casi in cui le prove non sono chiare o insufficienti³. L'attribuzione dell'onere della prova è essenziale ai fini dell'esito della controversia e della determinazione delle rispettive responsabilità delle parti nella preparazione e nella presentazione dei loro argomenti⁴.

L'interesse per questo tema è stato originato dalla constatazione della notevole rilevanza dell'onere della prova nelle argomentazioni utilizzate dagli organi giurisdizionali dell'OMC, cui corrisponde però una letteratura piuttosto frammentaria. Dalla giurisprudenza del panel e dell'Organo d'Appello emerge un quadro composito e per certi

² R.H. GASKINS, *Burdens of Proof in Modern Discourse*, New Haven-London, 1992, pp. 4-5.

³ M. KAZAZI, *Burden of Proof and Related Issues, a Study of Evidence Before International Tribunals*, Den Hague-London-Boston, 1996, p. 30.

⁴ J. WAINCYMER, *WTO Litigation. Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, London, 2002, p. 536.

versi contraddittorio. La domanda posta da Joost Pauwelyn nel 1998 «Who bears the burden?» non ha ancora trovato una risposta definitiva, con il rischio conseguente che tale mancanza di chiarezza possa influire sulla fiducia accordata degli Stati membri al sistema di risoluzione delle controversie OMC.

Questo breve contributo non entra nel merito della ripartizione dell'onere della prova nella giurisprudenza del panel e dell'Organo d'Appello, ma vuole piuttosto ricostruire la formazione e l'applicazione delle regole riguardanti l'onere della prova nella giurisprudenza del sistema di risoluzione delle controversie.

Gli Accordi OMC, compresa l'Intesa, non contengono infatti specifiche disposizioni riguardanti la ripartizione dell'onere della prova. L'OMC, analogamente ad altre corti e tribunali internazionali, non ha sviluppato alcun sistema di regole riguardanti i metodi di prova, lo standard di prova, l'ammissibilità e il peso delle prove. Rappresentano una parziale eccezione l'articolo 10.3 «Export Subsidies» dell'Accordo sull'Agricoltura e l'articolo 34 «Process Patents» dell'Accordo TRIPs.

Eppure l'Organo d'Appello ha riconosciuto che il concetto di onere della prova è intrinseco al sistema di risoluzione delle controversie OMC. L'applicazione di norme di natura procedurale, al cui ambito le regole sulla ripartizione dell'onere della prova afferiscono, va dunque ricondotta all'uso dei principi generali di natura procedurale da parte degli organi giurisdizionali dell'OMC.

Il richiamo ai principi generali di diritto è esplicito nei primi pronunciamenti dell'Organo d'Appello sulla ripartizione dell'onere della prova, poi ripresi e citati costantemente nella successiva giurisprudenza⁵. La constatazione che la giurisprudenza del panel, ma soprat-

⁵ Si veda in particolare il rapporto dell'Organo d'Appello *US-Shirts*: «In addressing this issue, we find it difficult, indeed, to see how any system of judicial settlement could work if it incorporated the proposition that the mere assertion of a claim might amount to proof. It is, thus, hardly surprising that various international tribunals, including the International Court of Justice, have generally and consistently accepted and applied the rule that the party who asserts a fact, whether the claimant or the respondent, is responsible for providing proof thereof. Also, it is a generally-accepted canon of evidence in civil law, common law and, in fact, most jurisdictions, that the burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a particular claim or defence. If that party adduces evidence sufficient to raise a presumption that what is claimed is true, the burden then shifts to the other party, who will fail unless it adduces sufficient evidence to rebut the presumption». Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *United States - Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India (Complainant: India)*, WT/DS33/AB/R del 25 aprile 1997 (d'ora in avanti *US-Shirts*), p. 14.

tutto quella dell'Organo d'Appello, anche a dispetto di alcune non trascurabili incongruenze, diventi, di fatto, una fonte di diritto, conduce a una riflessione sul ruolo del precedente nel sistema di risoluzione delle controversie OMC.

Questi due aspetti, l'applicazione dei principi generali di diritto e lo *stare decisis* nell'ambito dell'OMC, saranno l'oggetto dell'analisi di questo breve contributo.

2. *Principi generali nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC*

L'inserimento di principi procedurali di diritto interno, come l'onere della prova, nella giurisdizione internazionale, avviene attraverso i principi generali di diritto. Sebbene la funzione dei principi generali sia stata molto ampia nell'ambito del diritto internazionale, in questo contesto la loro funzione è esaminata esclusivamente per quanto riguarda gli aspetti di natura procedurale lasciati parzialmente irrisolti dagli Accordi. Infatti, i principi generali costituiscono il legame tra i principi di natura procedurale sviluppati in ambito interno e la procedura delle corti e dei tribunali internazionali.

L'Intesa definisce la procedura per iniziare una controversia di fronte al panel o all'Organo d'Appello e attribuisce diritti e obblighi alle parti. Ciononostante, analogamente ad altri sistemi giuridici⁶, tali disposizioni inevitabilmente lasciano delle lacune che i panel stessi hanno il compito di colmare per via interpretativa, a beneficio di una coerente e completa applicazione della procedura⁷.

Questo obiettivo è perseguito attraverso l'applicazione dei principi generali di diritto internazionale, ovvero principi applicati universalmente nei sistemi giuridici dei paesi di common law e di civil law. Il dibattito sull'esatto contenuto dei principi generali è tuttora aperto, come ricorda Cheng, nell'introduzione al suo studio sui principi generali di diritto internazionale:

«Some writers consider that the expression refers primarily to general principles of international law and only subsidiarily to principles obtaining in the municipal law of the various states. Others hold that it would have been redundant for the Statute to require the Court

⁶ J. CAMERON e K.R. GRAY, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 252.

⁷ J. CAMERON e K.R. GRAY, *op. cit.* p. 287. M. LENNARD, *Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 17 ss..

to apply general principles of international law, and that, therefore, this provision can refer only to principles obtaining in municipal law» (note a piè di pagina omesse)⁸.

Ma, sebbene l'esatto contenuto dei principi non sia del tutto chiaro, alcuni di questi, ed in particolare quelli afferenti all'ambito delle norme di natura procedurale, sono unanimemente riconosciuti come facenti parte di questa categoria⁹.

Lo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia individua all'articolo 38.1(c) i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili quali terza fonte del diritto internazionale¹⁰. E del resto la prassi della Corte Internazionale di Giustizia mostra che principi generali quali *res judicata*¹¹, *estoppel*¹², *pacta sunt servanda*, buona fede¹³ ed equità¹⁴ sono pienamente accettati.

Alcuni dei principi summenzionati sono già esplicitamente o implicitamente contenuti nell'Intesa o in altre disposizioni degli Accordi OMC¹⁵. Laddove non lo sono, gli organi giurisdizionali dell'OMC possono legittimamente applicarli nell'esercizio della loro «*inherent jurisdiction*», a due condizioni: 1) l'uso dei principi generali deve essere necessario al mantenimento e all'esercizio della funzione giurisdizionale del panel e dell'Organo d'Appello nel caso in questione;

⁸ B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, 1987, pp. 2-3.

⁹ J. HU, *The Role of International Law in the Development of WTO Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2004, p. 143 ss.

¹⁰ Articolo 38.1(c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia: «The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto».

¹¹ Corte internazionale di giustizia, *Administrative Tribunal*, ICJ Reports 1954, p. 47, par. 53.

¹² Corte internazionale di giustizia, *Case concerning the Temple of Preah Vibear (Cambodia v Thailand)*, ICJ Reports 1962, p. 6 par. 23, 31 e 32.

¹³ Corte internazionale di giustizia, *Nuclear Tests*, ICJ Reports 1974, p. 253, par. 267.

¹⁴ Corte permanente di giustizia internazionale, *Diversion of Water from the Meuse*, PCIJ Reports, Series A/B No 70 (1937) pp. 76; Corte internazionale di giustizia, *Continental Shelf (Tunisia/Libya)*, ICJ Reports 1982, p. 18, par. 60.

¹⁵ P.C. MAVROIDIS, *No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts*, in *American Journal of International Law*, 2008, p. 421 ss.

2) i principi devono essere applicati per risolvere questioni di natura procedurale e non come fonte di diritti ed obblighi di natura sostanziale.

Ne consegue che il panel e l'Organo d'Appello, in quanto organi giurisdizionali, sono tenuti a stabilire le opportune regole riguardanti la prova e la ripartizione dell'onere della prova sulla base dei principi generali di diritto internazionale¹⁶.

In generale, il panel e l'Organo d'Appello hanno applicato i principi generali in due modalità: in funzione interpretativa, o come indipendente norma sostanziale o di natura procedurale¹⁷.

Probabilmente, l'aspetto principale dell'applicazione dei principi generali attiene all'interpretazione degli Accordi OMC. L'articolo 3.2 dell'Intesa stabilisce che gli Accordi OMC vanno interpretati secondo le norme consuetudinarie sull'interpretazione del diritto internazionale. Questo implica una tacita accettazione della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, i cui articoli 31 e 32 sono pressoché unanimemente ritenuti codificazione delle norme consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati.

L'articolo 3.2 dell'Intesa stabilisce che il sistema di risoluzione delle controversie OMC ha la funzione di preservare i diritti e gli obblighi degli Stati membri derivanti dagli Accordi, e di chiarire le disposizioni degli Accordi conformemente alle norme consuetudinarie sull'interpretazione del diritto internazionale¹⁸. Di conseguenza, l'articolo si limita ad incorporare le norme consuetudinarie sull'interpretazione degli accordi internazionali¹⁹. Eppure, si deve osservare che l'articolo 31.3(c) della Convenzione di Vienna stabilisce che i principi generali di diritto internazionale possano essere utilizzati in funzione interpretativa. Questo è quanto sostenuto anche da una parte autorevole della dottrina che ritiene che l'OMC non costituisca un

¹⁶ A.D. MITCHELL, *The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes*, in *Journal of International Economic Law*, 2007, p. 833.

¹⁷ A.D. MITCHELL, *op. cit.*, p. 796. Deve essere tenuto in considerazione che l'Intesa non affronta esplicitamente il problema dell'inclusione dei principi generali di diritto internazionale tra le norme OMC. J. WAINCYMER, *op. cit.*, p. 495.

¹⁸ Articolo 3.2 dell'Intesa: «The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Member recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and ruling of the DSB cannot add to or diminish the rights and the obligations provided in the covered agreements».

¹⁹ M. LENNARD, *op. cit.*, p. 17 ss..

così detto «*self-contained regime*»²⁰. Cosicché, oltre alle norme sull'interpretazione dei trattati contenute nella Convenzione di Vienna, anche principi esterni al sistema OMC possono coadiuvare gli organi per la risoluzione delle controversie nell'interpretazione degli Accordi OMC²¹. Ne sono un esempio i principi di effettività²², *in dubio mitius*²³, buona fede, equità²⁴.

²⁰ J. PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, in *The American Journal of International Law*, 2001, p. 535 ss.

²¹ A. D. MITCHELL, *op. cit.*, p. 799.

²² L'Organo d'Appello, nell'applicare questo principio, ha precisato: «One of the corollaries of the 'general rule of interpretation' in the Vienna Convention is that interpretation must give meaning and effect to all the terms of a treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility». Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (Complainant: Brazil)*, WT/DS4/AB/R del 22 aprile 1996 (d'ora in avanti *US-Gasoline*) Section IV, p. 23. Si veda anche J. CAMERON, K.R. GRAY, *op. cit.*, p. 256. Il principio di effectiveness è stato anche applicato dall'Organo d'Appello nel caso *Japan - Alcoholic*, in cui si chiarisce che «[a] fundamental tenet of treaty interpretation flowing from the general rule of interpretation set out in Article 31 is the principle of effectiveness (*ut res magis valeat quam pereat*)». Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R del 4 ottobre 1996 (d'ora in avanti *Japan-Alcoholic*), Section D, p. 12. Nell'interpretare l'articolo III del GATT, l'Organo d'Appello ha stabilito che: «Any other reading of Article III would have the effect of rendering the words of Article III:1 meaningless, thereby violating the fundamental principle of effectiveness in treaty interpretation. Consistent with this principle of effectiveness, and with the textual differences in the two sentences, we believe that Article III:1 informs the first sentence and the second sentence of Article III:2 in different ways». Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Japan - Alcoholic*, Section G, p. 19.

²³ Questo importante principio usato come strumento interpretativo nel diritto internazionale, è stato identificato dalla Corte permanente di giustizia internazionale come segue «if the wording of a treaty provisions is not clear, in choosing between several admissible interpretations, the one which involves minimum of obligations for the parties should be adopted. Si veda, Corte permanente di giustizia internazionale, *Frontiers between Turkey and Iraq*, (1925), Series B, No. 12, p. 25. J. CAMERON e K.R. GRAY, *op. cit.*, p. 258. Il principio è stato applicato anche in ambito OMC. Nell'applicare questo principio l'Organo d'Appello nel caso *EC - Hormones* ha affermato che: «The Panel's interpretation of Article 3.1 would, in other words, transform those standards, guidelines and recommendations into binding norms. But, as already noted, the SPS Agreement itself sets out no indication of any intent on the part of the Members to do so. We cannot lightly assume that sovereign states intended to impose upon themselves the more onerous, rather than the less burdensome, obligation by mandating *conformity* or *compliance with* such standards, guidelines and recommendations» (corsivo nell'originale). Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *EC - Measures Concerning Meat and meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, (d'ora in avanti

Alcuni principi possono essere applicati anche in contesti diversi dall'interpretazione degli Accordi, e sono legittimati, come per ogni corte o tribunale internazionale, dalla natura stessa della funzione giurisdizionale e non da specifiche disposizioni contenute negli strumenti che istituiscono le stesse corti e tribunali²⁵.

Le regole riguardanti la prova ed in particolare l'onere della prova, sono in questo senso un esempio significativo. L'Organo d'Appello ha esaminato la questione nel contesto del diritto internazionale nel caso *US - Shirts*, divenuto il caso paradigmatico per la ripartizione dell'onere della prova nella giurisprudenza dell'OMC. In *US - Shirts*, l'Organo d'Appello constata l'assenza di norme sulla ripartizione dell'onere della prova nell'Intesa, e si serve dunque dei principi generali per affermare che la parte, che sia attore o convenuto, che sostiene un fatto ha la responsabilità di provarlo (*actori incumbit probatio*). Inoltre, l'Organo d'Appello stabilisce che vari tribunali internazionali, compresa la Corte Internazionale di Giustizia, hanno ampiamente e costantemente accettato e applicato questo principio, che costituisce quindi un canone negli ordinamenti di common law, di civil law e nella maggior parte dei sistemi giuridici contemporanei, ovvero costituisce un principio generale di diritto²⁶.

Questo pronunciamento dell'Organo d'Appello è stato ripreso costantemente nei successivi rapporti, a riprova dell'attitudine tipica del

EC-Hormones), par. 165 e nota a piè di pagina 154, che cita anche la seguente giurisprudenza rilevante: Corte internazionale di giustizia, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, (1974), I.C.J. Reports, p. 267; Corte permanente di giustizia internazionale, *Access of Polish War Vessels to the Port of Danzig* (1931) PCIJ Rep., Series A/B, No.43, p. 142; *USA-France Air Transport Services Arbitration* (1963), 38 International Law Reports 243 (Tribunale arbitrale); Commissione di conciliazione italo-statunitense, *De Pascale Claim* (1961), 40 International Law Reports 250.

²⁴ H.E. ZEITLER, 'Good faith' in the WTO Jurisprudence, in *Journal of International Economic Law*, 2005, p. 721 ss.

²⁵ A.D. MITCHELL, *op. cit.*, pp. 821-829. Come la Corte internazionale di giustizia ha stabilito in *Nuclear Tests Case*: «inherent jurisdiction [...] derives from the mere existence of the Court as a judicial organ established by the consent of States, and it is conferred upon it in order that its basic judicial functions may be safeguarded». Corte internazionale di giustizia, *Nuclear Tests (Australia vs France) (Merits)*, ICJ Reports 1974, 253, 259-260. D. STEGER, *Jurisdiction of the WTO*, in *American Society of International Law Proceedings*, 2004, p. 146. J. CAMERON e K.R. GRAY, *op. cit.*, p. 252.

²⁶ «The party who asserts a fact, whether claimant or the respondent, is responsible for providing proof thereof», e «various international tribunals, including the International Court of Justice, have generally and consistently accepted and applied the rule». Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *US - Shirts*, p. 14.

sistema di risoluzione delle controversie OMC a richiamare e citare la propria giurisprudenza per suffragare successive decisioni.

3. *Lo stare decisis nella giurisprudenza del panel e dell'Organo d'Appello*

L'Organo d'Appello ha una considerevole autonomia per quanto riguarda le questioni di natura procedurale. L'Organo d'Appello ha adottato un approccio attivo rispetto a una serie di fondamentali questioni di natura procedurale²⁷. In effetti, le regole procedurali che riguardano la prova, la presentazione delle prove, l'onere della prova, sono insufficienti e la necessità di sviluppare una serie di norme procedurali che consentano un efficace funzionamento del sistema è stata ineludibile e incontrovertibile²⁸.

La competenza dell'Organo d'Appello in questo ambito deriva essenzialmente da due fonti. In primo luogo, con la creazione dell'Organo d'Appello, i governi degli Stati membri dell'OMC vi hanno delegato la responsabilità di costruire le norme regolanti il suo funzionamento («*working procedures*»). I membri dell'Organo d'Appello hanno esercitato questa funzione e possono modificare le *working procedures* ogni volta che lo ritengono necessario²⁹. In secondo luogo, nel contesto di specifiche controversie, l'Organo d'Appello è stato posto di fronte a questioni procedurali riguardo alle quali gli Accordi OMC sono silenti o ambigui. Laddove gli Stati membri non sono in grado di raggiungere un accordo su tali questioni, l'Organo d'Appello è letteralmente invitato a interpretare l'Intesa in maniera funzionale ai propri fini istituzionali³⁰. Una questione sulla quale l'Organo d'Appello ha sviluppato un significativo corpus giurisprudenziale è l'onere della prova.

L'articolo 3.2 dell'Intesa stabilisce che il sistema di risoluzione delle controversie OMC è un elemento centrale nell'assicurare la stabilità e la certezza del sistema commerciale multilaterale con l'obiettivo di preservare i diritti e gli obblighi degli Stati membri³¹. Il resto del-

²⁷ J. McCALL SMITH, *op. cit.*, p. 66.

²⁸ D. UNTERHALTER, *op. cit.*, p. 543.

²⁹ L'Organo d'Appello deve consultare il Direttore Generale dell'OMC e il Presidente dell'Organo di Risoluzione delle Controversie. Le *working procedures* sono state emendate varie volte.

³⁰ J. McCALL SMITH, *op. cit.*, p. 67.

³¹ Articolo 3.2 dell'Intesa: «The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations

l'articolo 3.2. contiene alcuni elementi confliggenti. Da un lato, indica che gli Stati membri riconoscono che il sistema di risoluzione delle controversie ha la funzione di chiarire le disposizioni esistenti negli Accordi conformemente alle norme consuetudinarie in tema di interpretazione del diritto internazionale. Dall'altro lato, esso afferma che le raccomandazioni e le decisioni dell'Organo di Risoluzione delle Controversie non possono alterare il sistema di diritti e obblighi previsti dagli Accordi.

L'articolo dunque, seppure con qualche ambiguità, sembra negare la dottrina dello *stare decisis*, nel senso che se i rapporti dei panel e dell'Organo d'Appello dovessero avere effetto di precedente vincolante, avrebbero dunque un effetto sui diritti e gli obblighi anche dei membri dell'OMC che non sono parti della controversia su cui il panel e l'Organo d'Appello si stanno pronunciando³².

Nel caso *US - Shirts*, è stato affermato che l'articolo 3.2 non intende incoraggiare l'«attivismo giudiziario» del panel e dell'Organo d'Appello su questioni interpretative che esulano dal contesto specifico della controversia e che il panel ha l'obbligo di occuparsi esclusivamente delle istanze presentate dalle parti³³. In sostanza, i panel OMC e l'Organo d'Appello non possono legiferare: la loro funzione è «*to find law and not to make it*»³⁴.

Infatti, in termini di precedente giuridico, è cruciale notare che, sebbene la questione non sia esplicitamente affrontata negli Accordi, l'OMC (come il GATT che lo ha preceduto) implicitamente nega una forza vincolante delle raccomandazioni che vada oltre lo specifico oggetto della controversia e che abbia ripercussioni su Stati membri che non siano le parti della controversia stessa³⁵. La dottrina dei sistemi giuridici di common law dello *stare decisis* non si applica, del resto, al diritto del commercio internazionale né al diritto internazionale in

of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements».

³² R. BHALA, *The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)*, in *American University International Law Review*, 1999, p. 11.

³³ Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *US - Shirts*, p. 19. Si veda anche, Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto del panel, *Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, WT/DS56/R, (d'ora in avanti *Argentina - Textiles and Apparel*), par. 6.13 e 6.15. R.S.J. MARTHA, *Capacity to Sue and to Be Sued Under WTO law*, in *World Trade Review*, 2004, pp. 30-31.

³⁴ R. BHALA, *op.cit.*, pp. 8-12.

³⁵ J. MCCALL SMITH, *WTO Dispute Settlement: the Politics of Procedure in Appellate Body Rulings*, in *World Trade Review*, 2003, p. 93.

generale. Questo assicura un considerevole livello di discrezionalità ai membri del panel e dell'Organo d'Appello, che non sono dunque costretti dai vincoli costituiti dalle precedenti decisioni.

Il panel in *Japan- Alcoholic* ha stabilito che i rapporti adottati prima dal Consiglio GATT e poi dall'Organo di risoluzione delle controversie, sono parte integrante del GATT 1994 per due ragioni. In primo luogo, i rapporti adottati costituiscono «*subsequent practice*» secondo l'articolo 31.3(b) della Convenzione di Vienna sul Diritto dei trattati del 1969, che stabilisce che l'interpretazione del trattato deve tenere conto di qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo³⁶. Il panel applica quindi l'articolo 31.3(b) quale parte delle regole consuetudinarie sull'interpretazione del diritto internazionale pubblico alle quali è vincolato, in ottemperanza all'articolo 3.2 dell'Intesa³⁷.

Tuttavia, l'Organo d'Appello ribalta questo aspetto delle conclusioni del panel e afferma:

«*We do not believe that the CONTRACTING PARTIES, in deciding to adopt a panel report, intended that their decision would constitute a definitive interpretation of the relevant provisions of GATT 1947. Nor do we believe that this is contemplated under GATT 1994*»³⁸.

L'Organo d'Appello afferma inoltre che la «*subsequent practice*», nel senso che vi viene dato nell'articolo 31.3(b) della Convenzione di Vienna, richiede una sequenza «*concordant, common and consistent*» di atti o pronunciamenti, sufficienti a individuare un chiaro accordo interpretativo delle parti³⁹. Dunque, un fatto isolato, come l'adozione

³⁶ Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto del panel, *Japan - Alcoholic*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R dell'11 luglio 1996, par. 6.7-6.10. Bisogna chiedersi preliminarmente se gli atti di organi istituiti da un trattato possano essere considerati «*subsequent practice*» ai sensi della Convenzione di Vienna. Il giudice Spender ha affermato che la prassi di un organo quale l'Assemblea generale delle Nazioni Unite non corrisponde alla prassi dei firmatari della Carta ONU, poiché l'adozione degli atti dell'organo avviene attraverso il voto ed è determinata da regole maggioritarie. Corte internazionale di giustizia, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2 of the Charter)*, parere consultivo del 20 luglio 1962, opinione separata del giudice Spender, ICJ Reports 1962, p. 192. Si veda anche, A. CHUA, *op. cit.*, p. 59.

³⁷ Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto del panel, *Japan - Alcoholic*, par. 6.7-6.10.

³⁸ Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Japan - Alcoholic Beverages*, p. 14-15.

³⁹ Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Japan - Alcoholic Beverages*, p. 13. J. CAMERON e K.R. GRAY, *op. cit.*, pp. 273-275.

di un rapporto del panel, non può essere, secondo l'Organo d'Appello, considerato sufficiente a stabilire una prassi. Nonostante ciò, l'Organo d'Appello – riferendosi ai panel precedenti all'istituzione dell'OMC, ma per analogia anche alla giurisprudenza successiva – ha affermato che i rapporti del panel sono una parte fondamentale dell'*acquis* del GATT e, pur non rappresentando un precedente vincolante, hanno un forte potere persuasivo e creano aspettative legittime negli Stati membri⁴⁰.

L'assenza della dottrina dello *stare decisis* nel sistema giuridico OMC è d'altronde supportata anche dal fatto che l'articolo IX.2 dell'Accordo istitutivo dell'OMC stabilisce una speciale procedura per l'«*authoritative interpretations*» e dispone che la Conferenza Ministeriale e il Consiglio Generale debbano avere l'autorità esclusiva di adottare interpretazioni degli Accordi⁴¹. Tale procedura speciale richiede una maggioranza qualificata di tre quarti degli Stati membri dell'OMC. L'articolo 3.9 dell'Intesa per le norme e per le procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie prevede espressamente che le disposizioni dell'Intesa non pregiudichino il diritto degli Stati membri di adottare interpretazioni autorevoli degli Accordi OMC attraverso le procedure decisionali previste dagli Accordi stessi⁴².

L'Organo d'Appello nella controversia *Japan-Alcoholic*, il primo caso in cui il valore di precedente dei report adottati dall'Organo di risoluzione delle controversie OMC è stato esplicitamente esaminato, ha affermato che il fatto che l'autorità esclusiva di interpretare gli Accordi sia stata esplicitamente definita dall'articolo XI.2 dell'Accordo OMC è una ragione sufficiente a concludere che tale autorità non sia prevista implicitamente in altre disposizioni⁴³.

⁴⁰ Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Japan - Alcoholic Beverages*, p. 15.

⁴¹ Articolo IX.2 dell'Accordo istitutivo dell'OMC: «The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements. In the case of an interpretation of a Multilateral Trade Agreement in Annex 1, they shall exercise their authority on the basis of a recommendation by the Council overseeing the functioning of that Agreement. The decision to adopt an interpretation shall be taken by a three-fourths majority of the Members. This paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X».

⁴² Articolo 3.9 dell'Intesa: «The provisions of [the DSU] are without prejudice to the rights of Members to seek authoritative interpretations of provisions of covered agreements through decision-making under the WTO Agreement [...]».

⁴³ Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Japan - Alcoholic*, p. 15: «The fact that such an 'exclusive authority' in interpreting the treaty has been established so specifically in [Article IX.2 of the] WTO Agree-

Tuttavia, è stato sostenuto che, nell'adottare i rapporti del panel e dell'Organo d'Appello, i membri dell'Organo di Risoluzione delle Controversie (ovvero i membri del Consiglio Generale nella loro funzione di membri dell'Organo di Risoluzione delle Controversie) esercitano il loro potere di adottare interpretazioni autorevoli. Dunque, in questa ottica, l'articolo IX.2 non sarebbe inteso come escludente la possibilità di adozione di interpretazioni autorevoli attraverso l'adozione dei rapporti del panel e dell'Organo d'Appello, ma piuttosto come l'esercizio implicito e indiretto del potere di fornire interpretazioni autorevoli, conformemente a quanto previsto dall'articolo IX.2⁴⁴.

Fino ad oggi, il processo decisionale previsto dall'articolo IX.2 non è stato formalmente applicato⁴⁵, e la difficoltà degli Stati membri nel raggiungere il consenso su alcune interpretazioni cruciali degli Accordi, li ha indotti ad affrontare nel quadro degli organi giurisdizionali OMC ciò che non poteva essere risolto in ambito politico e negoziale⁴⁶.

La volontà di preservare la coerenza e la stabilità del sistema ha fatto sì che l'Organo d'Appello stabilisse un sistema di precedente vincolante *de facto*, fissando un chiaro sistema analitico, incoraggiando attivamente i panel a seguire la propria guida, e citando cospicuamente le decisioni precedenti a supporto delle proprie conclusioni⁴⁷. Alcuni sostengono che l'Organo d'Appello abbia in questo modo assunto un potere normativo attraverso una forma esecrabile di attivismo giudiziario che esula i limiti del suo mandato istituzionale. Altri ritengono che colmare le lacune e chiarire le ambiguità faccia parte della funzione interpretativa della quale è investito l'Organo d'Appello⁴⁸.

ment is reason enough to conclude that such authority does not exist by implication or by inadvertence elsewhere».

⁴⁴ A. CHUA, *The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports*, in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 54.

⁴⁵ C.D. EHLERMANN, *Tension Between the Dispute Settlement Process and the Diplomatic and Treaty-Making Activities of the WTO*, in *World Trade Review*, 2002, p. 304. La prima richiesta di interpretazione autorevole degli Accordi è stata presentata il 21 gennaio 1999 (WT/GC/W/133). Riguardava gli articoli 3.7, 21.5, 22.2, 22.6, 22.7 e 23 dell'Intesa. Sebbene il Consiglio Generale avrebbe dovuto riunirsi per discutere tali questioni interpretative, nessun incontro è stato convocato ad oggi (WT/GC/W/143).

⁴⁶ J. MCCALL SMITH, *op. cit.*, p. 66, C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 305.

⁴⁷ J. MCCALL SMITH, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁸ D. UNTERHALTER, *The Burden of Proof in WTO Dispute Settlement*, in M.E. JANOW, V. DONALDSON e A. YANOVICH (eds), *The WTO Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, Geneva, 2008, p. 543. Cfr. R.H. STEINBERG, *Judicial Law Making in the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, in *American Journal of International Law*, 2004, p. 247 ss.

Da una parte, è corretto affermare che non esiste uno *stare decisis* applicabile al sistema di risoluzione delle controversie OMC. Lo stesso può dirsi per ogni ambito del diritto internazionale pubblico, poiché tale principio è applicabile esclusivamente nei sistemi di common law. Dall'altra però, anche i sistemi giuridici nei quali non esiste il principio dello *stare decisis* usano i precedenti tratti dalla giurisprudenza anteriore. Ciò è confermato dal fatto che i sistemi di civil law conoscono la nozione di *jurisprudence constante*⁴⁹. Dunque, pur in assenza di un principio chiaro, le argomentazioni utilizzate in casi anteriori possono avere una influenza notevole, pur non essendo vincolanti. Come l'Organo d'Appello ha osservato, l'articolo 59 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia contiene una esplicita disposizione che prevede la negazione del principio del precedente vincolante, ma questo non ha inibito lo sviluppo da parte della Corte Internazionale di Giustizia di una giurisprudenza nella quale è immediatamente percepibile il ruolo centrale attribuito al precedente⁵⁰.

Nonostante le esistenti restrizioni di legge e l'assenza *de jure* di un principio di *stare decisis*, i rapporti dei panel e specialmente dell'Organo d'Appello sono spesso citati come riferimento nelle decisioni successive, e costituiscono di conseguenza un affidabile corpus giurisprudenziale⁵¹. Benché i rapporti del panel e dell'Organo d'Appello non abbiano né un effetto *stare decisis*, né nessun effetto di «*definitive interpretation*», i rapporti adottati dall'Organo di risoluzione delle controversie hanno una notevole forza persuasiva e sono presumibilmente una parte della prassi delle parti degli Accordi⁵². Fatta eccezione per gli stessi Accordi OMC, nessun'altra fonte di diritto è stata altrettanto importante nel sistema di risoluzione delle controversie OMC quanto le decisioni anteriori dei panel e dell'Organo d'Appello⁵³. Nei fatti, i rapporti adottati dall'Organo di risoluzione delle controversie possono essere visti come una forma di precedente non vincolante, ma non per questo meno autorevole, paragonabile a quello della giurisprudenza delle corti di massimo grado nei contemporanei sistemi di civil law di molti paesi⁵⁴. La rilevanza della giu-

⁴⁹ J. WAINCYMER, *op. cit.*, p. 510.

⁵⁰ Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Japan – Alcoholic Beverages*, p. 15, nota a piè di pagina n. 30. L'articolo 59 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia prevede che «The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case».

⁵¹ R. BHALA, *op. cit.*, p. 9.

⁵² R. BHALA, *op. cit.*, p. 9.

⁵³ D. PALMETER e P.C. MAVROIDIS, *The WTO Legal System: Sources of Law*, in *American Journal of International Law*, 1998, p. 398 ss.

⁵⁴ D. PALMETER e P.C. MAVROIDIS, *op. cit.*.

risprudenza nel sistema di risoluzione delle controversie OMC è peraltro anche un effetto del necessario sforzo di colmare il divario tra diverse tradizioni giuridiche che si osserva in molte organizzazioni internazionali⁵⁵.

In una recente discussione tra i membri dell'OMC nel corso di un incontro dell'Organo di risoluzione delle controversie, si è esaminato il ruolo del precedente nel sistema di risoluzione delle controversie OMC. La discussione è sorta nel contesto della controversia *US – Stainless Steel (Mexico)*, nella quale l'Organo d'Appello ha espresso un parere che sembra indicare una posizione forte riguardo al ruolo del precedente giurisprudenziale nel sistema OMC. In particolare, l'Organo d'Appello ha duramente criticato il panel per avere condotto la propria personale valutazione su una disposizione contenuta negli Accordi OMC, invece di conformarsi a una interpretazione dell'Organo d'Appello espressa in una precedente decisione su un tema analogo. L'Organo d'Appello ha dichiarato di essere profondamente allarmato dalla decisione del panel di discostarsi da una consolidata giurisprudenza dell'Organo d'Appello⁵⁶. Nella discussione che ha seguito la diffusione del rapporto, gli Stati Uniti hanno dichiarato che, diversamente da altre istituzioni, l'OMC non affida alla funzione giurisdizionale il raggiungimento dei propri obiettivi. Secondo gli Stati Uniti, questo approccio dell'Organo d'Appello sembrerebbe trasformare il sistema di risoluzione delle controversie OMC in un sistema di common law, contrariamente a quanto stabilito dagli Stati membri⁵⁷. Inoltre, richiamando lo stesso Organo d'Appello in *Japan – Alcoholic*, gli Stati Uniti hanno chiarito che, sebbene il panel debba prendere in considerazione ogni rapporto rilevante precedentemente adottato, questo non implica una supina e acritica ripetizione della giurisprudenza precedente⁵⁸.

⁵⁵ J. CAMERON e K.R. GRAY, *op. cit.*, pp. 274-275.

⁵⁶ L'Organo d'appello si è dichiarato «[...]»deeply concerned about the panel's decision to depart from well-established Appellate Body jurisprudence clarifying the interpretation of the same legal issues». Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto dell'Organo d'Appello, *Final Antidumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R del 30 aprile 2008, (d'ora in avanti *US – Stainless Steel*), par. 162.

⁵⁷ Gli Stati Uniti hanno dichiarato che «[p]erhaps unlike some other institutions, the WTO did not rely on adjudication to advance its objectives. However, this Appellate Body Report's approach, including its references to a 'coherent and predictable body of jurisprudence', would appear to transform the WTO dispute settlement system into a common law system. But that was nowhere agreed among Members» WT/DSB/M/250, par. 53, p. 11.

⁵⁸ Gli Stati Uniti hanno aggiunto che: «would expect any panel to take account of any other relevant adopted report, whether authored by the Appellate Body or

4. Conclusioni

Benché la competenza ad interpretare gli Accordi sia attribuita agli organi politico/diplomatici dell'OMC, di fatto l'Organo d'Appello svolge una ineludibile funzione interpretativa e cita la propria stessa giurisprudenza a sostegno delle proprie argomentazioni.

Gli Accordi OMC implicitamente negano un valore giuridicamente vincolante ai precedenti rapporti adottati dal panel o dall'Organo d'Appello. Questa conclusione è inoltre sostenuta dal fatto che gli Accordi conferiscono agli organi politici dell'OMC, i.e. la Conferenza Ministeriale e il Consiglio Generale, l'autorità esclusiva di fornirne interpretazione attraverso il loro potere decisionale. Dunque, pur non esistendo alcuna dottrina dello *stare decisis* applicabile al contesto dell'OMC, né del resto al diritto del commercio internazionale e al diritto internazionale in genere, il panel e l'Organo d'Appello fanno ampiamente riferimento alla propria giurisprudenza.

Lo sviluppo di una giurisprudenza (largamente coerente) dell'Organo d'Appello ha coinvolto non solo questioni sostanziali ma anche procedurali. In particolare, sin dalle sue prime decisioni e con l'ausilio dei principi generali di diritto, l'Organo d'Appello ha sviluppato una giurisprudenza sulla ripartizione dell'onere della prova.

Analogamente ad altri tribunali e corti internazionali, le regole procedurali e l'intero funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie, hanno risentito in maniera considerevole delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. Diversamente, però, rispetto ad altri tribunali internazionali caratterizzati da una notevole flessibilità nella procedura e anzi da una riluttanza a vincolarsi a norme procedurali definite, l'Organo d'Appello ha dedicato ampia parte della sua giurisprudenza all'onere della prova che ha seguito (o ha cercato di seguire) coerentemente nel tempo. Gli organi di risoluzione delle controversie dell'OMC, prendendo le mosse dai principi generali di diritto e dalla prassi di altri tribunali internazionali, hanno dunque

by a different panel. To take account of an adopted report, of course, did not mean to follow it without hesitation. To the contrary, to take account of such a report meant to examine it, to consider it, and to engage with its reasoning» WT/DSB/M/250, par. 54, p. 11. La posizione espressa dagli Stati Uniti corrisponde nega di fatto le ipotesi esposte da R. BHALA, *The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy)*, *Journal of Transnational Law and Policy*, 1999, p. 1 ss.; e J. PAUWELYN, *The Limits of Litigation: 'Americanization' and Negotiation in the Settlement of WTO Disputes*, *Duke Law School Legal Studies*, Research Paper No. 54, September 2004, che sostengono che la forza, se non vincolante, persuasiva dei rapporti del panel e dell'Organo d'Appello sia l'effetto dell'americanizzazione del sistema di risoluzione delle controversie.

creato un complesso sistema di regole procedurali concernenti la ripartizione dell'onere della prova.

La coesistenza di diverse tradizioni giuridiche, unita alla rinuncia alla flessibilità tipica della procedura internazionale, ha provocato in alcuni casi risultati ambigui nell'applicazione delle regole procedurali sull'onere della prova. Infatti, l'accezione di onere della prova nei sistemi di common law e di civil law è stata talvolta sovrapposta, la definizione di «burden of proof» è stata attribuita in alcuni casi indifferentemente al *legal burden* e all'*evidentiary burden*, mescolando questioni di fatto e questioni di diritto, e infine il concetto di *prima facie* è stato spesso considerato come una prima fase della ripartizione dell'onere della prova e non come a sé stante. Tali incoerenze sono state oggetto dell'analisi di molti studiosi che hanno sollevato la questione della necessità di giungere ad un'applicazione giuridicamente coerente e fondata delle regole sull'onere della prova al fine di preservare la credibilità del sistema di risoluzione delle controversie nel suo insieme.

L'interrogativo che rimane senza risposta negli studi sulla ripartizione dell'onere della prova nel sistema di risoluzione delle controversie OMC, è il perché di una tanto imponente attenzione ad un aspetto di ordine procedurale da parte di un organo giurisdizionale internazionale. Ciò che immediatamente emerge dall'osservazione della giurisprudenza OMC è infatti la centralità del tema nell'ambito dell'OMC, che si fa ancor più significativa se si compara con la prassi di altri tribunali internazionali, caratterizzati dalla discrezionalità e flessibilità nell'applicazione delle regole di natura procedurale.

L'esame della procedura del sistema di risoluzione delle controversie si inserisce nel quadro della lentezza e difficoltà dei negoziati, che negli ultimi anni hanno impedito all'Organizzazione di affrontare una serie di sfide presentate sia dal contesto internazionale, sia dalla lettura stessa degli Accordi, le cui molteplici implicazioni non potevano essere colte pienamente ai tempi di Marrakesh. Ci si riferisce al rapporto tra ambiente e commercio, regionalismo e multilateralismo, libero commercio e trattamento differenziato per i paesi in via di sviluppo.

Il sistema di risoluzione delle controversie, il vero successo dell'OMC, l'unico aspetto dell'organizzazione che non ha conosciuto crisi e stalli e che sembra immune dalla paralisi dei negoziati, mostrando invece un costante dinamismo, si è ritrovato di fronte a questi dilemmi lasciati irrisolti dal processo negoziale.

Privo dell'autorità di interpretare gli Accordi, di chiarirne il contenuto, di stabilire la portata più ampia di una disposizione, privo insomma di una guida sulla filosofia, le priorità, i *principi fondanti* del-

l'Organizzazione, ha legittimato le scelte fondamentali di fronte le quali è stato posto attraverso un approccio formalmente rigoroso.

L'attribuzione dell'onere della prova è diventata in questo contesto lo strumento per risolvere i dilemmi del rapporto tra commercio e valori non commerciali, per stabilire priorità, per ricomporre interessi contrastanti lasciati irrisolti dagli stati membri. Ciò è confermato dal fatto che le più interessanti decisioni del panel e dell'Organo d'Appello sulla ripartizione dell'onere della prova e i relativi dibattiti dottrinali, si sono concentrati prevalentemente sull'applicazione delle eccezioni, che hanno comunemente l'obiettivo di conciliare sistemi di valori concorrenti. Il modo in cui un'eccezione è applicata (e la relativa ripartizione dell'onere della prova), hanno infatti conseguenze dirette sulla protezione di sistemi di valori alternativi.

Se dal punto di vista del rigore giuridico e procedurale questo tentativo ha svelato delle incoerenze, dal punto di vista politico ha contribuito però ad abbozzare un sistema di principi fondamentali (costituzionali?) dell'Organizzazione che sono diventati il suo patrimonio.

*Il rapporto tra diritto internazionale
degli investimenti e tutela dell'ambiente
nel quadro dell'arbitrato internazionale misto:
l'esperienza dei tribunali UNCITRAL*

di Saverio Di Benedetto*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Investimenti e ambiente: due spazi giuridici in connessione. – 2.1. Diritto internazionale degli investimenti vs. tutela dell'ambiente? Una questione aperta. – 2.2. Il ruolo centrale della prassi arbitrale internazionale. – 2.3. L'esperienza dei tribunali Uncitral. – 3. L'integrazione di istanze di tutela ambientale negli istituti fondamentali a protezione dell'investitore straniero. – 3.1. Espropriazione per finalità di tutela ambientale: la categoria dell'espropriazione indiretta e i c.d. *regulatory takings*. – 3.2. Trattamento nazionale. – 3.3. Trattamento giusto ed equo. – 4. Un quadro di sintesi del *case law* Uncitral: superamento di una logica *self-contained* e apertura ad altre regole del diritto internazionale. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

Nella pratica recente dei tribunali arbitrali internazionali sugli investimenti sempre più controversie coinvolgono questioni ove si intrecciano la tutela dei diritti degli investitori stranieri e le istanze pubbliche di protezione dell'ambiente. Si tratta di una tendenza che segue, con rilevanti aspetti di affinità, la prassi sviluppatasi nel diritto del GATT/OMC, a partire dalle celebri controversie tra USA e Messico sui Tonni e Delfini di inizio anni '90. La rapida affermazione di questo tema è diretta conseguenza dell'imponente crescita, negli ultimi due decenni, del numero degli accordi internazionali in materia di investimenti (*in primis* *Bilateral Investment Treaties*, ma anche *Free Trade Agreements*, d'ora in poi, rispettivamente, BITs e FTAs), che molto spesso prevedono clausole di risoluzione delle controversie tra Stato e privati stranieri presso tribunali arbitrali internazionali, attribuendo all'investitore il diritto ad iniziare la procedura istitutiva di essi senza la mediazione dello Stato di appartenenza.

Le controversie 'ambientali' presso i tribunali arbitrali internazionali riguardano i punti di frizione tra un atto imputabile allo Stato,

* Ricercatore di diritto internazionale presso l'Università del Salento, Lecce.

mirato a tutelare l'ambiente, e le regole internazionali che proteggono i diritti degli investitori stranieri. La rilevanza dell'ambiente si colloca, per così dire, in negativo, come (possibile) limite al complesso di norme primarie (e, quindi, all'insieme di diritti e obblighi) previste dai regimi normativi in materia di investimenti. Questo genere di controversie, quindi, ruota attorno ad una questione giuridica di fondo: quale è il grado di integrazione possibile delle istanze di tutela ambientale nell'interpretazione ed applicazione delle regole internazionali sugli investimenti? Una tale questione si intreccia con altri temi più generali, quali la dimensione attuale del principio di sovranità statale riguardo al trattamento degli investimenti stranieri e la rilevanza, nell'interpretazione delle norme sugli investimenti, di altre regole internazionali applicabili tra le parti.

L'obiettivo di questo contributo è quello di offrire alcune indicazioni su tali questioni e temi giuridici, prendendo in esame una porzione rilevante delle decisioni arbitrali in materia, segnatamente quelle trattate dai tribunali internazionali misti chiamati ad operare sotto le *UNCITRAL Arbitration Rules* ("Tribunali Uncitral"). Nella prima parte si tratterà un quadro generale del tema, mostrando l'importanza del *case law* nella materia e il ruolo delle decisioni dei Tribunali Uncitral. Nella seconda parte si svolgerà un'analisi degli argomenti usati da codesti tribunali riguardo all'integrazione delle questioni di protezione dell'ambiente nell'interpretazione dei principali istituti di tutela dell'investitore. Nella terza, infine, si tratteranno delle linee di raccordo all'interno della prassi esaminata, valutando se sia possibile individuarvi tendenze interpretative comuni e soffermandosi in particolare sul contributo di essa nel porre in relazione il c.d. 'diritto internazionale sugli investimenti esteri' con altre parti e principi del diritto internazionale pubblico (in una logica quindi opposta a quello di un approccio c.d. di '*self-contained regime*').

2. *Investimenti e ambiente: due spazi giuridici in connessione*

2.1. *Diritto internazionale degli investimenti vs. tutela dell'ambiente?*

Una questione aperta

La stretta connessione tra investimenti diretti esteri e tutela dell'ambiente si verifica in primo luogo a un livello più propriamente 'economico', come conseguenza del grande incremento, negli ultimi anni, del numero di soggetti imprenditoriali attivi su territorio straniero. Infatti, specialmente nei Paesi emergenti o in via di sviluppo, le attività svolte da soggetti stranieri (si tratti della delocalizzazione

di segmenti della produzione, di sfruttamento di risorse naturali, di creazione di nuove attività economiche) contribuiscono in modo rilevante all'acuirsi di fenomeni di degrado ambientale su scala globale e locale (ad es. inquinamento; deforestazione; perdita di biodiversità; cambiamento climatico)¹.

Il diritto internazionale disciplina variamente entrambi i fenomeni, da un lato promuovendo e offrendo tutela agli investimenti diretti esteri, *in primis* tramite un numero notevolissimo di trattati bilaterali sugli investimenti e accordi di libero scambio; dall'altro, prevedendo forme di tutela giuridica, anche intensa, di beni ambientali di rilevanza regionale e globale, soprattutto attraverso trattati multilaterali (si pensi, per citare alcuni settori, all'inquinamento marino e fluviale; al cambiamento climatico; ai rifiuti pericolosi; alla protezione di specie in via di estinzione). Quello che manca quasi del tutto, a livello di disciplina pattizia, è il raccordo tra queste due aree, che mostrano, come spiegato, importanti punti di sovrapposizione. Il problema ha avuto maggior rilievo, nella prassi giuridica, proprio con riguardo all'interpretazione ed applicazione di strumenti pattizi di tutela degli investimenti esteri.

Ora, il punto fondamentale è che i trattati sugli investimenti non fanno quasi mai riferimento alla tutela dell'ambiente, e quando lo fanno, ciò avviene spesso in modo ambiguo. Viceversa, tutta la struttura di questi trattati ruota intorno alla tutela dell'investitore, nella prospettiva dei reciproci vantaggi in termini di sviluppo economico che deriverebbero, agli Stati parte dell'accordo, dall'incremento degli investimenti esteri.

In una tale logica pattizia, non vi è spazio per un ruolo attivo nella protezione dell'ambiente: mancano del tutto norme effettive che prevedano anche obblighi per l'investitore, volti a limitarne l'azione qualora essa sia in grave contrasto con la salvaguardia di beni ambientali fondamentali. Da questo punto di vista, il raccordo con il diritto internazionale dell'ambiente è in pratica nullo. Né, su questo punto, sembra esservi spazio per un'interpretazione 'creativa', da parte dei tribunali, degli strumenti in questione, nel senso di ravvisare obblighi in capo agli investitori. L'unica via in tal senso, di difficile realizzazione, resta la proposta di nuovi modelli di trattati sugli investimenti che in futuro sostituiscano i testi attualmente in vigore².

¹ Il tema in questione si intreccia con quello del rapporto tra regole sul commercio internazionale e tutela dell'ambiente (che è affrontato soprattutto in sede OMC). Per una approfondita trattazione del rapporto tra diritto internazionale degli investimenti e diritti umani v. P.M. Dupuy, F. Francioni e E.U. Petershann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford 2009.

² L'ultimo modello statunitense di BIT, del 2004 (testo reperibile su www.ustr.gov,

In tali contesti normativi, la protezione dell'ambiente – lo si è accennato – rileva allora in negativo, come possibile argomento di 'giustificazione' di misure e condotte statali che altrimenti sarebbero qualificate come illecite, in quanto lesive di diritti direttamente garantiti all'investitore straniero³. Si tratta, se del caso, di evitare che l'applicazione delle norme internazionali a tutela degli investimenti porti a una compressione, diretta o indiretta, delle prerogative sovrane di uno Stato di tutelare il proprio ambiente e la salute dei cittadini. Il tema è delicato, mancando quasi sempre riferimenti diretti all'ambiente nei trattati ed essendovi altresì il timore che gli stati possano 'giocare' sulle finalità ecologiche per aggirare gli impegni presi a favore degli investitori stranieri.

Così, il divieto dell'utilizzo di una sostanza reputata tossica e inquinante può spingere un investitore straniero, che ha fondato la propria attività d'impresa sull'uso di tale sostanza, ad intraprendere un procedimento arbitrale internazionale, sostenendo che il divieto statale si traduce in un'espropriazione indiretta del suo investimento. Parimenti, il rifiuto dello Stato di rinnovare una licenza a un soggetto straniero, per lo stoccaggio di rifiuti tossici sul proprio territorio, può essere dall'investitore qualificata, davanti agli arbitri, come una lesione delle proprie legittime aspettative alla base dell'investimento e quindi come una violazione della regola del trattamento giusto ed equo. Gli esempi si possono moltiplicare, attingendo, come per questi due, dalla copiosa prassi dei tribunali arbitrali internazionali sviluppatasi negli ultimi dieci anni.

2.2. *Il ruolo centrale della prassi arbitrale internazionale*

Vista la scarsità di riferimenti specifici nei trattati sugli investimenti, la questione dell'integrazione delle istanze di tutela ambientale nell'interpretazione ed applicazione delle regole internazionali sugli

prevede importanti novità in merito, in particolare in materia di espropriazione (v. *infra* nota 17). Si segnala che l'International Institute for Sustainable Development (IISD) ha proposto un modello di *International Agreement on Investment for Sustainable Development* (© 2006, testo reperibile su www.iisd.org) nel quale si cerca di integrare in modo capillare le istanze di tutela ambientale negli istituti e negli standard che abitualmente sono previsti dai BITs e FTAs.

³ Le decisioni arbitrali qui analizzate concernono controversie Stato-privato e trovano quasi sempre il proprio fondamento giuridico in una clausola di BITs o FTAs che permette all'investitore straniero di intraprendere un procedimento arbitrale contro lo stato ospitante, sulla base di una asserita violazione dei suoi diritti previsti da tali strumenti.

investimenti si sviluppa principalmente attraverso un'analisi della prassi arbitrale in materia.

L'importanza delle decisioni dei tribunali, ai fini di un tentativo di ricostruzione unitaria della questione, è accresciuta dal carattere notevolmente frammentato del c.d. diritto internazionale degli investimenti. A differenza del commercio internazionale, dove una questione analoga è stata affrontata nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, nella materia degli investimenti manca innanzitutto un accordo multilaterale a vocazione universale. Si assiste quindi alla grande proliferazione di accordi bilaterali specifici, che si affiancano a strumenti di portata più ampia, ma sempre collocati su scala regionale, come è il caso di molti FTAs⁴, il tutto nel quadro di riferimento dettato dalle norme tradizionalmente previste dal diritto consuetudinario in materia di protezione dei beni degli stranieri.

In questo vero e proprio *patchwork*⁵ normativo risulta molto difficile per il giurista prospettare soluzioni valide su un piano generale, partendo dalla sola analisi dei dati normativi. Viceversa, la prassi arbitrale, caratterizzata da un uso molto frequente di argomenti fondati su precedenti, permette di collegare norme appartenenti a diversi contesti giuridici e offre quindi spunti di ricostruzione unitaria anche per la controversa questione qui affrontata.

2.3. L'esperienza dei tribunali Uncitral⁶

La prassi dei tribunali arbitrali sugli investimenti che ha direttamente interessato questioni di tutela dell'ambiente è ormai copiosa⁷. Si è scelto in questo lavoro di soffermare l'attenzione sull'attività di quei tribunali che hanno operato secondo le *UNCITRAL Arbitration Rules*. Le decisioni arbitrali raggiunte seguendo tali regole rappresentano un numero cospicuo sul totale delle decisioni in materia di investimenti⁸ e offrono ormai diversi casi che coinvolgono que-

⁴ Un numero notevole di controversie 'investimenti-ambiente' sono sorte nell'ambito del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), e in particolare le tre qui analizzate.

⁵ V. D. CARREAU, *Investissements*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit international, Tome II*, p. 3, Paris 1998.

⁶ United Nation Commission on International Trade Law.

⁷ Per un'analisi della prassi offerta sul tema dai Tribunali arbitrali operanti secondo le norme dell'ICSID, cfr. S. DI BENEDETTO, *Le rôle des tribunaux CIRDI au regard de la mise en œuvre de la protection de l'environnement*, in S. MALJEAN-DUBOIS e L. RAJAMANI (eds.), *La mise en œuvre du droit de l'environnement*, Académie de Droit International de la Haye, in corso di pubblicazione.

⁸ Si tratta di circa il 30% (65 su 219), secondo il dato fornito da uno studio del-

stioni di tutela ambientale⁹. Il tema, del resto, appare di grande attualità nell'attività dei tribunali Uncitral e solo pochi mesi fa è stata licenziata una decisione molto importante in materia (caso *Glamis Gold, Ltd vs. USA*).

3. *L'integrazione di istanze di tutela ambientale negli istituti fondamentali a protezione dell'investitore straniero*

L'analisi delle decisioni dei tribunali Uncitral sarà svolta con riferimento a tre fondamentali istituti di protezione dell'investitore straniero – espropriazione, trattamento nazionale, trattamento giusto ed equo – nell'interpretazione delle cui norme si è posto il problema della rilevanza di atti di tutela ambientale operati dallo Stato che ospitava l'investimento straniero.

3.1. *Espropriazione per finalità di tutela ambientale: la categoria dell'espropriazione indiretta e i c.d. regulatory takings*

L'espropriazione rappresenta storicamente l'istituto giuridico più importante nel quadro del diritto internazionale sul trattamento dei beni dello straniero da parte di uno Stato. Se la facoltà di espropriare una proprietà, anche straniera, è da sempre ritenuta una prerogativa fondamentale della sovranità di uno Stato, il diritto internazionale, nel corso degli anni, ha variamente previsto condizioni e limiti al concreto esercizio di essa¹⁰. Più che la questione della liceità o illiceità di

l'UNCTAD di fine 2005 (*Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, February 2006, UNCTAD /ITE/ IIT /2005/ 4, page 5, testo reperibile su www.unctad.org/en/docs/iteiit20054_en.pdf).

⁹ Le decisioni qui analizzate sono tre: *S.D. Myers, Inc. vs. Canada*, Partial Award, 11 novembre 2000; *Methanex Corporation vs. USA*, Final Award, 3 agosto 2005; *Glamis Gold, Ltd vs. USA*, Award, 8 giugno 2009. Queste decisioni, come tutte le altre decisioni arbitrali citate nel testo, sono disponibili su <http://ita.law.uvic.ca>. Un breve riepilogo dei fatti e delle questioni alla base di esse sarà svolto nel par. 2), quando saranno oggetto di analisi per la prima volta. Tra i casi di rilevanza ambientale discussi da un tribunale Uncitral vi fu anche *Ethyl Corporation vs. Canada*, il quale peraltro non giunse mai a una decisione di merito stante la decisione del Canada di risolvere in via stragiudiziale la controversia. Sul punto cfr. P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, 2^a ediz., Cambridge 2003, p. 1064 s.

¹⁰ Numerosissimi sono i casi della prassi dei tribunali internazionali in materia di investimenti che vedono al centro del procedimento arbitrale questioni giuridiche concernenti l'espropriazione. E anche per ciò che riguarda le controversie 'ambientali', vi è quasi sempre, tra i profili sollevati dall'investitore, l'asserita violazione da parte statale di norme internazionali sull'espropriazione.

un atto di espropriazione, rileva, come punto centrale della disciplina di diritto internazionale, l'obbligo dello Stato di corrispondere comunque una *compensation*¹¹ allo straniero espropriato di un bene, la quale, secondo la gran parte dei trattati sugli investimenti, dovrebbe corrispondere al pieno valore di mercato dei beni espropriati¹².

Ora, il punto critico qui esaminato riguarda i casi in cui l'espropriazione di un investimento straniero è avvenuta nel quadro di una politica ambientale adottata dallo Stato ospite. Lo Stato, allora, rischia di trovarsi obbligato al pagamento di una somma notevole, corrispondente appunto al valore di mercato dell'investimento (e non, per esempio, alla somma investita inizialmente dall'investitore, rivalutata degli interessi legali), traducendosi ciò in una forte limitazione nel perseguimento di finalità ambientali, specialmente per i Paesi in via di sviluppo.

Inoltre, molto spesso il *case law* in materia ambientale (come nei casi Uncitral qui esaminati) attiene ad ipotesi di espropriazione indiretta, in cui non vi è la formale privazione dell'investitore dei suoi diritti patrimoniali, tramite il trasferimento coattivo di essi ad un altro soggetto. Esse riguardano, invece, situazioni in cui un atto dello Stato interferisce negativamente con l'investimento nel suo complesso, impedendone l'uso al soggetto straniero o causando una sostanziale perdita dei vantaggi derivanti da esso¹³. Si tratta di una categoria molto discussa in dottrina e nella giurisprudenza arbitrale, soprattutto perché, a seconda delle definizioni offerte di espropriazione indiretta, si amplia o si restringe il novero dei provvedimenti interni suscettibili di rientrare in tale categoria¹⁴. Una nozione estesa di essa può tra-

¹¹ Si usa nel testo il termine inglese, come previsto dalla maggior parte dei BITs, essendo impropria e riduttiva la sua traduzione in termini di indennizzo o indennità.

¹² Si tratta dunque, abitualmente, di una *full compensation* da determinarsi secondo il criterio del *fair market value*. Il tema è comunque oggetto di un ampio dibattito, e differenti conclusioni possono essere raggiunte a seconda del diritto applicabile. Cfr. M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge 2004, p. 435 ss. R. DOLZER e C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, p. 90 ss. Per una recente e molto articolata analisi, v. I. MARBOE, *Calculation of compensation and damages in international investment law*, Oxford 2009, in part. i capitolo 3 e 4.

¹³ Cfr. ad es. *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A v. Egypt*, IC-SID Case No. ARB/99/6, Award, 12 Aprile 2002, dove il tribunale sostiene che si ha espropriazione indiretta «[w]hen measures are taken by a state the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may retain nominal ownership of the respective rights being the investment» (par. 107, at www.worldbank.org/icsid/cases).

¹⁴ Infatti, la questione centrale su un piano definitorio riguarda il grado di interferenza dell'atto statale nell'investimento: è sufficiente che l'interferenza implichi una perdita rilevante per l'investitore perché si possa configurare un'espropriazione indiretta o, viceversa, essa deve comportare una sostanziale inutilità economica del-

dursi di fatto in una forte limitazione delle potestà regolatrici di uno Stato, anche in ambiti di fondamentale interesse pubblico, come appunto nel caso della tutela dell'ambiente.

Il problema dell'estensione di tale categoria attiene soprattutto alla tipologia di atti statali che possono rientrarvi. Nelle definizioni ricavabili dalla prassi arbitrale¹⁵ si fa spesso riferimento indistintamente a «misure» statali o, ancor più genericamente, a «interferenze» dello Stato nell'investimento, potendo essa quindi in astratto ricomprendere ogni provvedimento, anche generale e astratto, finalizzato alla tutela di un interesse pubblico rilevante. Una nozione così estesa sembra porsi in contrasto con le prerogative sovrane dello Stato, visto che l'espropriazione indiretta è usualmente equiparata a quella diretta (in particolare per la determinazione della indennità).

Una parte della dottrina ha prospettato l'esistenza di una figura autonoma, all'interno della categoria dell'espropriazione indiretta (c.d. *'regulatory expropriation'* o *'regulatory taking'*), che si avrebbe in caso di regimi regolatori di portata generale (riguardanti ad es. tasse, protezione dei consumatori, tutela dell'ambiente) che interferiscono negativamente con l'investimento straniero. Il tratto saliente di questa figura, a livello di disciplina, sarebbe l'assenza dell'obbligo di *compensation* del pregiudizio arrecato all'investitore¹⁶, al fine di preservare la potestà normativa sovrana di uno Stato. Un problema che tale figura pone è la quasi assoluta mancanza di riferimenti espliciti ad essa da parte dei BITs e FTAs attualmente vigenti¹⁷.

Nei casi Uncitral qui analizzati, l'investitore ha affermato l'esistenza di un'espropriazione indiretta dei suoi diritti, come conse-

l'investimento? La prima ipotesi implica una dilatazione notevole della categoria, col rischio di incidere pesantemente nelle politiche pubbliche di uno Stato (specialmente in via di sviluppo e quindi con minori mezzi per pagare l'indennità). Tale ipotesi è stata sviluppata in modo estremo nel caso *Metalclad*, che aveva anche una notevole rilevanza ambientale: si fece riferimento a una riduzione «*in whole or significant part, of the use or reasonably to be expected economic benefit of property*» (*Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award del 30 Agosto 2000, par. 103).

¹⁵ V. *supra*, note 12 e 13.

¹⁶ Cfr. in particolare M. SORNARAJAH, *op. cit.*, che dedica un'ampia analisi alla questione. Secondo questo autore, una figura del genere sarebbe già presente in quei regimi giuridici, in particolare nel diritto USA, che prevedono un ampio uso della categoria dell'espropriazione indiretta e dove la non compensabilità della interferenza nei *property rights* si giustifica per il *public harm* che tali diritti generano (p. 357). L'autore caldeggia la trasposizione di una tale figura nel diritto internazionale, «particularly in a situation in which treaty commitments relating to the environment justify the interference with private property interests» (p. 375).

¹⁷ Un'eccezione è rappresentata dall'ultimo US BIT Model del 2004 (v. *supra* nota 2), per ora recepito in pochissimi casi (ad es. nel US-Uruguay BIT).

guenza dell'attività regolatrice dello Stato in materia ambientale, chiedendo al tribunale una piena *compensation*. I due casi che direttamente rilevano a tal fine sono il caso *Methanex* e il caso *Glamis*¹⁸.

Nel caso *Methanex vs. USA*¹⁹ (deciso nel quadro dell'accordo NAFTA), lo Stato della California, supportato da un analogo provvedimento federale, aveva adottato una misura che restringeva notevolmente l'uso di un additivo della benzina, noto come MTBE, sulla base di un significativo rischio per l'ambiente (contaminazione delle falde acquifere). Methanex, una società canadese, era il più grande produttore mondiale di metanolo, un componente fondamentale del MTBE, ed aveva stabilimenti collocati nel territorio statunitense. A seguito dei provvedimenti descritti, Methanex iniziò la procedura che portò alla costituzione di un tribunale arbitrale, sostenendo la violazione di diverse norme previste dal Capitolo 11 del NAFTA (che disciplina la materia degli investimenti), tra cui l'art. 1110 in materia di espropriazione.

L'investitore canadese sosteneva infatti che le misure statunitensi implicavano una privazione del godimento dei suoi diritti di investitore, in termini di sostanziale riduzione delle proprie quote di mercato, e che, per tali misure equivalenti ad espropriazione²⁰, non aveva ricevuto alcun indennizzo. Gli USA si difesero negando la natura espropriatoria dei provvedimenti.

La decisione del Tribunale Uncitral sul punto rappresenta una vera e propria svolta in tema di espropriazione indiretta per ragioni ambientali. Superando una precedente giurisprudenza arbitrale (formatasi nei tribunali ICSID)²¹, il Tribunale nega che le misure in questione siano espropriative e indennizzabili. Gli arbitri affermano in

¹⁸ Nel caso *S.D. Myers vs. Canada*, cit., il Canada non è stato condannato ex art. 1110 a causa della limitata (anche temporalmente) interferenza nei diritti dell'investitore, senza che la decisione fornisca particolari argomentazioni rilevanti per l'ambiente.

¹⁹ V. *supra* nota 9.

²⁰ L'art. 1110 NAFTA fa riferimento a «measures tantamount to expropriation», come una sorta di *tertium genus*, che peraltro, nella concreta applicazione, sembra corrispondere all'espropriazione indiretta. L'art. 1110.1 dispone che:

«No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment («expropriation»), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.»

²¹ L'esempio più eclatante è stato fornito dalla decisione del caso *Metalcad* (v. *supra*, nota 13).

modo netto l'esistenza di una tipologia di atti statali che non possono tradursi in espropriazione (indiretta): «... *as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.*».

È interessante notare come questa posizione molto netta si appoggi direttamente sul diritto internazionale generale, senza cercare una base nel testo dell'art. 1110 NAFTA²². Anzi, a ben vedere, l'argomentazione del Tribunale sembra quasi rovesciare il disposto di tale articolo. In base ad esso, un atto di espropriazione (diretta o indiretta), è lecito a quattro condizioni: è non discriminatorio, persegue un obiettivo pubblico, rispetta il *due process* e prevede un'adeguata *compensation*. Invece, il tribunale di fatto dice: se si tratta di una *regulation*, l'esistenza dei primi tre caratteri previsti dall'art. 1110 escludono la necessità del quarto (e, sembra, la stessa configurabilità di un'espropriazione).

Insomma, il tribunale sembra creare un'autonoma figura derogatoria nella categoria dell'espropriazione indiretta, nel solco della teoria dei *regulatory takings*, con il solo limite dell'impegno esplicito dato al futuro investitore di non ricorrere a tale *regulation*, secondo la logica delle *legitimate expectations*²³.

Si tratta di una posizione che realizza un livello molto elevato di integrazione delle ragioni ambientali nel quadro del diritto degli investimenti. Tale posizione, tuttavia, lascia alcuni elementi di dubbio. Il Tribunale, nel ricostruire tale figura, fa riferimento genericamente a qualsiasi *regulation*, senza neanche un riferimento alla tutela dell'ambiente (che avrebbe potuto avere una funzione esemplificativa del tipo di interesse coinvolto e quindi limitare l'ampiezza della figura derogatoria). Tutto questo, in un contesto di palese deroga all'art. 1110 NAFTA, sulla base di un diritto consuetudinario che non è ancora pienamente assodato in questa materia. Forse, una limitazione degli atti rientranti nella figura a quelli finalizzati alla tutela di inte-

²² Anche nei paragrafi successivi parr. 8-14), nei quali il Tribunale sviluppa e precisa la posizione su menzionata, manca ogni riferimento all'art. 1110. Esso torna solo nella fase conclusiva, per dire che la richiesta di Methanex sub art. 1110 non ha avuto corso (par. 15).

²³ Per una critica su questo punto v. H. MANN, *The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*, 2005, testo reperibile su www.iisd.com.

ressi pubblici fondamentali, magari con un riferimento al diritto internazionale generale anche come luogo giuridico dove individuare tali interessi pubblici fondamentali (ambiente, diritti umani, sicurezza), avrebbe potuto dare uno spessore più forte di precedente alla decisione in questione. E l'argomentazione avrebbe potuto anche includere, allora, un riferimento ad alcuni principi 'ponte', quale quello dello sviluppo sostenibile.

Nel recentissimo caso *Glamis vs. USA*, un investitore canadese (Glamis) aveva acquisito dei diritti di sfruttamento minerario per cercare l'oro in una determinata area nel sud dello Stato della California. Dopo un periodo iniziale di esplorazione, lo Stato, attraverso atti di autorità competenti, limitò l'attività di Glamis, a causa dei rischi da essa causati all'ambiente e ai siti storici ed archeologici, rischi che coinvolgevano anche la popolazione indiana indigena. Glamis, sulla base dell'accordo NAFTA, si attivò per l'istituzione di un tribunale arbitrale, che fu chiamato anche a decidere della violazione, da parte statunitense, dell'art. 1110 dell'Accordo.

Anche il Tribunale del caso *Glamis* è arrivato a conclusioni molto simili a quelle del caso *Methanex*. La modalità argomentativa appare però differente. La questione della natura non espropriativa delle misure regolamentari è trattata *incidenter tantum*, poiché il Tribunale è giunto a negare l'esistenza stessa di un significativo pregiudizio per l'investitore. Tuttavia, le affermazioni fatte dagli arbitri proprio all'inizio della trattazione *sub* art. 1110 NAFTA ricoprono un notevole interesse. Infatti, subito dopo aver riportato l'articolo, essi affermano che «The inclusion in Article 1110 of the term «expropriation» incorporates by reference the customary international law regarding that subject.». E poco più avanti aggiungono: «A State is not responsible, however, 'for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide ... regulation ... if it is not discriminatory'»²⁴.

Il tribunale arriva qui, pur in via di principio, alle stesse posizioni viste prima, ma con una sfumatura ulteriore. Nel caso *Methanex*, il riferimento al diritto consuetudinario era su un piano generale; qui, invece, riguarda il significato da attribuire al termine espropriazione. Nel silenzio dell'art. 1110 NAFTA, dice il Tribunale, il significato di espropriazione non può che essere ricavato dal diritto consuetudinario. E nel diritto consuetudinario, così richiamato, si troverebbe quel

²⁴ La decisione, al par. 354, fa propria (tra virgolette) il RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS § 712, Comment (g) (1986) e richiama fortemente la proposta di testo in materia di espropriazione contenuta nel modello di *investment treaty* dell'IISD (art. 8, lett. (l), *supra* nota 2).

limite definitorio alla categoria di espropriazione (indiretta), basato sul concetto di *regulation* pubblica. Inoltre, il riferimento al principio generale della buona fede può rappresentare un modo per limitare un eccessivo uso della figura.

In questo caso, in definitiva, il tribunale si sforza di ancorare la figura derogatoria (che lui stesso più avanti definisce come '*regulatory taking*') sì al diritto consuetudinario, ma a un diritto consuetudinario 'integrato' nel testo dell'art. 1110 NAFTA.

3.2. *Trattamento nazionale*

La regola del trattamento nazionale, nel diritto degli investimenti esteri, impone allo Stato di offrire all'investitore straniero almeno lo stesso trattamento favorevole prestato ai propri operatori economici, a parità di circostanze. È una regola di base, espressione del più generale principio di non discriminazione, che si riscontra normalmente nei BITs e nei FTAs e che trova diffusa applicazione, *mutatis mutandis*, nel diritto degli scambi internazionali. Nella prassi arbitrale qui esaminata essa è stata costantemente invocata dall'investitore presso i tribunali e in una controversia ha svolto un ruolo fondamentale.

Nel caso *S.D. Myers vs. Canada* lo Stato nordamericano aveva vietato l'esportazione di una sostanza chimica (PCB²⁵) tossica, a causa degli asseriti rischi che ciò comportava per l'ambiente e per la salute umana. La società ricorrente, statunitense, che raccoglieva in Canada materiali contenenti tale sostanza e li trattava poi negli USA, reagì al bando invocando la violazione a suo danno di varie previsioni del Capitolo 11 del NAFTA, davanti al tribunale arbitrale all'uopo costituito. La questione centrale affrontata nella decisione riguarda proprio l'ipotizzata natura protezionistica della misura canadese e la conseguente discriminazione dell'investitore straniero rispetto agli omologhi canadesi (in quanto l'investitore aveva il suo punto di forza nel trattare in patria i rifiuti e doveva quindi farli passare per la frontiera), in violazione dell'art. 1102 NAFTA.

Il Tribunale affronta innanzitutto, nel capitolo V della decisione, la questione del contenuto e della finalità del bando, giungendo alla conclusione che si tratti di una misura avente un intento protezionistico e che manchi ogni ragione ambientale legittima a suo fondamento. Questa opinione si fonda su fatti e opinioni che hanno preceduto il provvedimento. L'argomento centrale sta nella irrilevanza per la tutela dell'ambiente della circostanza che i rifiuti siano smal-

²⁵ Acronimo di Policlorinate Bifenile.

titi in Canada o negli USA, vista la possibilità di prevedere modalità operative sicure nel trasporto (modalità facilmente prescrivibili, secondo stesse opinioni canadesi)²⁶.

Tuttavia, nel prosieguo della decisione, il Tribunale approfondisce, su un piano più generale, la questione della giustificazione ambientale della misura ed enuclea alcuni principi generali validi nel quadro NAFTA e rilevanti per l'interpretazione del *Chapter 11* del NAFTA (ed in particolare dell'art. 1102) nel caso di specie.

« – Parties have the right to establish high levels of environmental protection. They are not obliged to compromise their standards merely to satisfy the political or economic interests of other states;
 – Parties should avoid creating distortions to trade;
 – environmental protection and economic development can and should be mutually supportive»²⁷.

Come logico corollario di questi principi, il Tribunale afferma che «where a state can achieve its chosen level of environmental protection through a variety of equally effective and reasonable means, it is obliged to adopt the alternative that is most consistent with open trade»²⁸.

Si tornerà su questa posizione – di importanza capitale per il tema affrontato, anche alla luce del riferimento operativo ad altri accordi internazionali – in sede di riflessione più ampia e generale sul grado di integrazione delle istanze ambientali nel diritto internazionale degli investimenti²⁹. Qui preme verificare l'impatto di tale impostazione generale sull'interpretazione della regola del trattamento nazionale.

Il Tribunale, già nel Capitolo V della decisione, aveva riconosciuto un chiaro intento protezionistico nel bando, senza che, d'altra parte, la giustificazione canadese di tutela ambientale potesse apparire fondata. Tuttavia, nel riaffrontare più analiticamente la questione in sede di applicazione dell'art. 1102 NAFTA, gli arbitri forniscono alcuni elementi ulteriori importanti.

Il punto centrale riguarda l'interpretazione del concetto di *like circumstances*, che devono sussistere perché due differenti situazioni siano comparabili ed assoggettabili ad una medesima disciplina. Nel caso di specie si trattava di vedere se vi erano soggetti imprenditoriali ca-

²⁶ Del resto, anche gli operatori canadesi dovevano far compiere lunghi tragitti ai rifiuti all'interno del Canada stesso. «*It will be difficult to argue that the transportation of PCBs to the U.S.A. poses a greater danger than transporting PCBs to Swan Hills, Alberta*» (§ 179, dove si cita un documento canadese precedente il bando).

²⁷ *S.D. Myers*, cit., par. 220.

²⁸ *S.D. Myers*, cit., par. 221.

²⁹ *V. infra*, § 3.

nadesi che operavano a parità di circostanze con S.D. Myers. Il Tribunale individua la tipologia di settore economico di afferenza (nel caso di specie, l'attività di smaltimento di PCB) come criterio per verificare tale parità di situazione.

Tuttavia non si ferma a questo e afferma che rilevano altresì in tale valutazione i 'policy objectives' dello Stato, in particolare quegli obiettivi di protezione ambientale che sono oggetto di un diritto autonomo dello Stato nel quadro NAFTA, secondo quanto prima affermato su un piano di principio. In altre parole, il fatto che una misura statale persegua o meno la protezione di un *public interest*, quale l'ambiente, costituirebbe un fattore di differenziazione tale da negare, in potenza, la parità delle circostanze, e quindi la possibilità stessa di una discriminazione tra investitore straniero e nazionale³⁰.

Si tratta di una posizione molto importante, in quanto prospetta un'interpretazione di una norma fondamentale in materia di diritto degli investimenti sulla base di un principio di tutela ambientale affermato su un piano generale e in modo autonomo ed estraneo alla logica di protezione dell'investitore: sembra così realizzarsi un'efficace inclusione delle istanze di tutela ambientale (*sub specie* di prerogativa sovrana dello Stato) nelle regole a tutela degli investitori.

Ora, il Tribunale affronta questo problema non riguardo alla giustificazione ambientale originariamente addotta dal Canada (i rischi derivanti dal trasporto), che già era stata reputata infondata, ma riguardo a quello che è definito un «*indirect environmental objective*», ossia quello di mantenere nell'industria canadese la capacità di smaltire i PCB in futuro (qualora l'investitore USA si fosse defilato)³¹. Nel trattare questo profilo esimente, gli arbitri si basano su quel 'corollario logico' a suo tempo delineato, secondo cui nella scelta di una misura lo Stato deve privilegiare, a parità di risultato, quella meno restrittiva (cioè quella meno in conflitto con le norme del NAFTA). Ed è proprio su tale base che anche questa ulteriore possibile giustificazione ambientale viene in concreto scartata, poiché, per il legittimo obiettivo di proteggere l'autonoma capacità di smaltimento, lo Stato disponeva di opzioni meno distorsive, quali, ad esempio, la previsione di sovvenzioni (che non avrebbero bloccato l'attività dell'investitore USA).

Anche l'applicazione concreta del corollario appare realizzare, almeno su un piano teorico, un'efficace integrazione dei due macro settori giuridici. Anzi, essa può proprio evitare le distorsioni che deriverebbero al sistema di tutela degli investimenti da un rigido perse-

³⁰ S.D. Myers, cit., par. 250.

³¹ S.D. Myers, cit., par. 195 e 255.

guimento di obiettivi ambientali che non tenesse in alcuna considerazione il contesto giuridico correlato del diritto degli investimenti. Naturalmente, il punto decisivo perché questa norma di 'equilibrio' non si trasformi in una negazione delle premesse da cui muove, è che vi sia un'analisi rigorosa della parità di risultato ambientale tra le varie alternative in questione. In altre parole, se si rimproverasse a uno Stato di non aver adottato una misura meno restrittiva, che però non garantiva lo stesso livello di tutela, si negherebbe, in definitiva, lo stesso diritto dello Stato, affermato in partenza a livello assoluto, di autodeterminare il proprio livello di tutela ambientale.

3.3. *Trattamento giusto ed equo*

Lo schema classico dei BITs e dei FTAs prevede una norma intitolata *fair and equitable treatment* (d'ora in poi *f.e.t.*) e nella gran parte delle controversie in materia di investimenti essa è invocata dall'investitore come parametro di valutazione della condotta statale. Si tratta, invero, di una norma dal significato tuttora dibattuto, per taluni nient'altro che un'espressione pattizia della regola del minimo standard di trattamento previsto dal diritto internazionale generale in favore dei diritti patrimoniali degli stranieri. In effetti, appare difficile darne una definizione che vada al di là di una mera parafrasi del nome stesso. L'opinione più condivisibile riguardo al suo significato è allora quella secondo cui il *f.e.t.* sarebbe una sorta di norma-contenitore, il cui contenuto si scomporrebbe in varie figure applicative, progressivamente delineate dalla prassi arbitrale e dalla stessa prassi e dalla dottrina poi ricostruite e classificate³².

Alcune di queste 'figure' hanno giocato un ruolo di primo piano in importanti controversie 'ambientali' risolte da tribunali arbitrali IC-SID, in particolare l'obbligo di trasparenza nei procedimenti interni e il rispetto delle *legitimate expectations* dell'investitore³³. Nei casi Uncitral qui affrontati, la norma in questione ha sempre figurato nei *claims* sollevati presso il Tribunale, anche se essa non ha sempre avuto un ruolo centrale nella concreta soluzione della controversia³⁴.

³² V. in tal senso I. KNOLL-TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, cit., pp. 310 ss. Secondo la ricostruzione di *f.e.t.* offerta di recente da C. McLachlan, le varie figure applicative ruoterebbero intorno al concetto di *due process of law* (C. MCLACHLAN, *Investment Treaties and General International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 361 ss.).

³³ Sul punto v. S. DI BENEDETTO, *op. cit.*

³⁴ Secondo gli arbitri del caso *S.D. Myers* il Canada avrebbe violato l'art. 1105 NAFTA (*f.e.t.*) come conseguenza della violazione dell'art. 1102, mentre nel caso

Solo nel caso *Glamis* la regola in questione è stata interpretata dal Tribunale dando una discreta rilevanza alle istanze di tutela ambientale. L'argomento più forte dell'investitore, riguardo all'art. 1105 NAFTA, concerneva il mancato rispetto delle proprie *legitimate expectations* da parte delle autorità californiane. Il Tribunale ne ha negato la validità nel caso di specie tramite una ricostruzione ristretta della figura (tali aspettative dovendo avere un titolo 'quasi contrattuale'), quindi senza che le istanze di tutela ambientale sembrassero aver direttamente inciso nell'interpretazione del Tribunale (l'argomento del 'quasi-contratto' è infatti riproducibile con qualunque altro interesse in gioco, anche meramente economico)³⁵.

Tuttavia, a immediato supporto di tale argomento, il Tribunale ha affermato che «First, Claimant was operating in a climate that was becoming more and more sensitive to the environmental consequences of open-pit mining». Le preoccupazioni di carattere ambientali sono il primo elemento fattuale che sconfessa l'invocazione delle *legitimate expectations* da parte di Glamis. Soprattutto, una formulazione così generalizzata sembra riproducibile anche al di là dell'argomento della natura quasi contrattuale delle aspettative stesse, come parametro autonomo di definizione della legittimità delle aspettative dell'investitore. E ciò è rafforzato dal contesto generico, informale ('*climate*') in cui queste preoccupazioni si manifestano, aprendo uno spiraglio alla presa in considerazione di istanze di tutela non ancora recepite in atti formali (ma magari già presenti in un'opinione pubblica selezionata o autorevole). In questo passaggio sembra dunque realizzarsi, seppur in via mediata, una convincente integrazione delle istanze ambientali nell'interpretazione di una figura centrale del diritto degli investimenti³⁶.

Inoltre, pochi paragrafi dopo, nell'affrontare la legittimità della legislazione californiana di emergenza, il Tribunale si trova a valutare l'affermazione del richiedente secondo cui l'autorità aveva mancato «to engage in scientific study». Il collegio arbitrale risponde negando la fondatezza di tale posizione, e invocando l'esistenza di un'affermazione di un esperto secondo cui nella fase di *law making* si è tenuto conto di opinioni autorevoli. Il tribunale, insomma, non sembra richiedere la prova rigorosa di un *risk assessment*, lasciando quindi

Methanex, su analoga istanza dell'investitore, si è giunti alla conclusione opposta (la violazione dell'art. 1102 – che per giunta non c'era – non implica quella dell'art. 1105).

³⁵ *Glamis Gold Ltd. Vs. USA*, cit., par. 766.

³⁶ Si noti come proprio sulla base del riferimento alle *legitimate expectations* il Messico fu ritenuto violare l'art. 1105 nel celebre caso *Tecmed*.

un maggior margine di azione di tutela ambientale allo Stato ospitante l'investimento³⁷.

4. *Un quadro di sintesi del case law Uncitral: superamento di una logica self-contained e apertura ad altre regole del diritto internazionale*

Le tre decisioni analizzate sembrano presentare un punto fondamentale in comune: esse non seguono una logica c.d. *self-contained* nell'interpretazione ed applicazione delle regole e dei principi dettati in favore degli investitori stranieri, vale a dire non concepiscono i regimi normativi applicati come del tutto autonomi. In particolare, esse appaiono in grado di integrare in modo reale le istanze di tutela ambientale previste da uno Stato nel quadro del c.d. diritto internazionale degli investimenti.

Se confrontiamo la prassi sviluppatasi in sede Uncitral con quella ricavabile dai tribunali costituiti secondo le regole dell'ICSID, possiamo notare come il grado di integrazione dei valori ambientali sia più marcato nelle decisioni qui analizzate³⁸. Nel contesto ICSID, invece, se si assiste ad un trend di progressiva presa in considerazione di tali valori, le argomentazioni di natura inclusiva si affiancano comunque a posizioni di totale chiusura rispetto ad essi e alle norme che li esprimono³⁹.

In particolare, vi è un aspetto decisivo che caratterizza l'attività ermeneutica dei Tribunali Uncitral nei casi analizzati. Il ragionamento 'inclusivo' degli arbitri non è sviluppato secondo una dinamica puramente interna al diritto internazionale degli investimenti, in modo da limitarsi ad una semplice interpretazione di esso favorevole al-

³⁷ «Dr. Parrish testified that the rulemaking record evinces testimony that sufficiently demonstrated that leaving large open pits and mounds of waste material was not consistent with SMARA (Surface Mining and Reclamation Act of 1975) and that no persuasive evidence was presented to the contrary. This testimony, according to Dr. Parrish, included that from experts, the mining industry and the Department of Conservation's Office of Mine Reclamation.» (par. 818).

³⁸ Per un'analisi complessiva della prassi ICSID in materia 'ambientale' si rimanda a S. DI BENEDETTO, *Le rôle des tribunaux CIRDI au regard de la mise en œuvre de la protection de l'environnement*, cit.

³⁹ V, in tal senso, in particolare, i casi *Metalclad vs. Mexico* e *S. Elena vs. Costa Rica*. In quest'ultimo, il tribunale afferma, trattandosi di un'ipotesi di espropriazione, che «while an expropriation or taking for *environmental* reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, *the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking*» (corsivo aggiunto).

l'ambiente. In tutte e tre le decisioni, la previsione di figure derogatorie o eccezionali in favore di istanze di tutela ambientale si appoggia sul riferimento a 'fonti' esterne rispetto alle norme sugli investimenti. Così, nel caso *Methanex*, e in modo ancor più raffinato nel caso *Glamis*, è il diritto consuetudinario a permettere la ricostruzione della categoria dei '*regulatory takings*' come atti statali non soggetti all'obbligo di *compensation* (o addirittura come non espropriazioni *tout court*). Nella prima decisione, esso sembra operare quasi come fonte di una regola in deroga all'art. 1110; nel caso *Glamis*, in modo più convincente, il diritto consuetudinario si pone piuttosto come parametro di interpretazione dell'articolo *de quo*, secondo quella logica di conformazione al diritto consuetudinario che permette di superare le strettoie di un'applicazione rigida del criterio della *lex specialis*⁴⁰

Nel caso *S.D. Myers*, poi, è un'interpretazione contestuale, aperta all'insieme dell'accordo NAFTA, che consente di affermare un vero e proprio diritto dello Stato a proteggere l'ambiente anche nell'ambito del *Chapter 11*. Tale approccio è supportato addirittura dal riferimento, pur con qualche limitazione⁴¹, a un accordo internazionale sull'ambiente, la Convenzione di Basilea sul movimento transfrontaliero di rifiuti del 1989⁴². Nell'esperienza ICSID in materia ambientale, pur quantitativamente più numerosa, non si trovano casi in cui vi sia una positiva presa in considerazione di un trattato di tutela ambientale. Anche il frequente riferimento dei tribunali Uncitral alla prassi dell'OMC può certo contribuire a rafforzare questa tendenza

⁴⁰ La Commissione di Diritto Internazionale, infatti, nei suoi lavori sulla frammentazione del diritto internazionale, ha affermato che «L'application du droit spécial n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent. Ce droit demeure valable et applicable; il continuera, conformément au principe de l'harmonisation visé à la conclusion 4, à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent» (*Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, par. 9).

⁴¹ La limitazione principale deriva dalla concomitante esistenza di un accordo bilaterale tra USA e Canada riguardante proprio la possibilità di porre in essere senza ingiustificate restrizioni movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi. Il Tribunale, alla luce anche dell'art. 11 della Convenzione di Basilea che permette tali accordi, ha ritenuto che il Canada non avesse un obbligo internazionale di bandire il traffico frontaliere di PCB.

⁴² Si noti in particolare il seguente passaggio: «CANADA was concerned to ensure the economic strength of the Canadian industry, in part, because it wanted to maintain the ability to process PCBs within Canada in the future. *This was a legitimate goal, consistent with the policy objectives of the Basel Convention.*» (par. 255, corsivo aggiunto).

di apertura degli strumenti di protezione degli investimenti ad altri settori e principi del diritto internazionale.

5. *Conclusioni*

Le tre decisioni Uncitral rappresentano, in definitiva, un'esperienza giuridica molto importante nella prospettiva dell'apertura del diritto internazionale degli investimenti ad istanze e interessi di carattere non strettamente economico. Le forme argomentative e le figure giuridiche utilizzate sembrano essere riproducibili anche per altri tipi di valori, al di là della tutela dell'ambiente. Nel recentissimo caso *Glamis*, del resto, preoccupazioni ecologiche e conservazione del patrimonio culturale e artistico sono andate a braccetto nelle argomentazioni del tribunale.

Resta, però, una questione aperta. Le tre decisioni si collocano tutte nel contesto giuridico del NAFTA. Si tratta, certo, di un accordo molto importante, che riproduce nel suo *Chapter 11* gli istituti chiave di tutela degli investitori stranieri. Tuttavia, esso è strutturalmente diverso dalla moltitudine di BITs di cui le relazioni economico-giuridiche internazionali sono oramai intessute. In tali accordi bilaterali si parla solo di investimenti, nel NAFTA di molti altri aspetti giuridici, compresa la tutela ambientale. Peraltro, alcune argomentazioni, come quelle in tema di *regulatory takings*, appaiono astrattamente riproducibili anche nell'interpretazione dei BITs, i quali, come il NAFTA, non danno definizioni articolate di espropriazione, lasciando aperto uno spiraglio per il diritto internazionale generale.

La prassi dei tribunali Uncitral, insomma, se confermata anche da decisioni concernenti l'applicazione di strumenti giuridici diversi dal NAFTA, può svolgere un ruolo di avanguardia nell'integrazione delle istanze ambientali nell'interpretazione del diritto internazionale degli investimenti e rappresentare un modello di riferimento per altri fori omologhi, in cui più laboriosa è sinora apparsa la presa in considerazione di forme e strumenti di tutela dell'ambiente.

*Imprese multinazionali e diritti umani:
la prassi dei Punti di contatto nazionali
dell'OCSE e la giurisprudenza statunitense*

di Angelica Bonfanti*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La procedura di *follow-up* delle Lineeguida dell'OCSE e la prassi dei PCN in materia di responsabilità delle imprese multinazionali per violazione dei diritti umani. – 3. La giurisprudenza statunitense sulla responsabilità civile delle imprese multinazionali per violazione dei diritti umani. – 4. Il contributo della prassi dei PCN e della giurisprudenza statunitense all'evoluzione del diritto internazionale. – 4.1. Il contributo della prassi dei PCN e i suoi limiti. – 4.2. Il contributo della giurisprudenza statunitense e i suoi limiti. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Le imprese multinazionali si segnalano nell'attualità per due ragioni diametralmente opposte: da un lato, esse sono indiscusse motrici dell'economia mondiale e del rilancio economico e sociale dei Paesi in cui operano; dall'altro, in numerose occasioni si sono rese autrici del compimento di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, concretamente poste in essere nei Paesi in via di sviluppo dalle loro società affiliate. Quest'ultimo aspetto ha progressivamente assunto dimensioni e gravità tali da meritare l'attenzione dell'opinione pubblica, delle organizzazioni non governative e delle istituzioni intergovernative, portando al conferimento, nel 2005, al Rappresentante Speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite per le imprese multinazionali e i diritti umani, il Prof. John Ruggie, del mandato di ricostruire il quadro normativo vigente a livello internazionale e individuare i mezzi e gli strumenti più efficaci per la sua attuazione.

Prima di entrare nel merito della problematica affrontata nel presente studio, pare opportuno definire cosa si intenda per «impresa multinazionale» e per quale ragione questo particolare ente privato presenti aspetti di particolare interesse sul piano del diritto internazionale. Secondo la definizione prevista dalla risoluzione adottata nel

* Ricercatrice in diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Milano.

1977 dall'Institut de Droit International, le imprese multinazionali sono «enterprises which consist of a decision-making centre located in one country and of operating centres, with or without legal personality, situated in one or more other countries»¹. I tratti distintivi di tali imprese consistono pertanto nella delocalizzazione del processo produttivo e nella loro struttura disarticolata, ossia nella pluralità giuridica e nell'unicità strategico-aziendale degli enti che le compongono. Grazie a tali caratteristiche le imprese multinazionali possono avvalersi della cosiddetta «copertura del velo sociale» – ossia della formale distinzione giuridica tra società «madre» e società affiliate, e della corrispondente limitatezza della responsabilità patrimoniale – al fine di localizzare fasi del processo produttivo in Paesi il cui diritto nazionale non è adeguatamente garante dei diritti umani e sociali, ivi realizzando le proprie attività economiche talvolta ponendo in essere gravi abusi nei confronti dei lavoratori e delle comunità locali. La struttura disarticolata e delocalizzata, infatti, consente alle imprese multinazionali di approfittare dei vuoti normativi e di giurisdizione rinvenibili a livello nazionale, e di condurre le attività economiche perseguendo l'obiettivo della massimizzazione del profitto anche a discapito della tutela dei diritti umani fondamentali. Il fenomeno è divenuto particolarmente significativo nel corso degli ultimi due decenni, nell'ambito dei quali il potere economico di tali imprese è enormemente cresciuto, tanto che, secondo i più recenti *World Investment Report* dell'UNCTAD, oggi operano a livello mondiale circa 61.000 imprese multinazionali, a cui devono essere ricondotte più di 900.000 società affiliate sottoposte alla direzione di «società madri» costituite, in amplissima maggioranza, negli Stati Uniti, in Europa e in Giappone².

Grazie all'attenzione investita dalle numerose organizzazioni non governative che hanno reso noti i casi più tristemente eclatanti e sollecitato l'intervento delle organizzazioni intergovernative e il ricorso,

¹ Risoluzione dell'Institut de Droit International, intitolata *Les entreprises multinationales*, approvata il 7 settembre 1977 durante la sessione di Oslo (Rapporteur Berthold Goldman). Il testo è reperibile al sito: <http://www.idi-ii.org/>.

² I dati sono tratti dai seguenti rapporti annuali dell'UNCTAD: *World Investment Report 2004. The Shift towards services*; *World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internalization of R&D*; *World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*; *World Investment Report 2007. Transnational Corporations. Extractive Industries and Development*; *World Investment Report 2008. Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*; *World Investment Report 2009. Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*. Il testo dei rapporti è reperibile al sito www.unctad.org.

da parte delle vittime, ai fori, giurisdizionali o non, competenti in materia, le imprese hanno progressivamente acquisito rilievo nel diritto internazionale. Per quanto la loro soggettività internazionale sia ancora fortemente discussa in dottrina³, si riscontra oggi, anche a livello internazionale, una certa tendenza a considerarle progressivamente titolari di quella che il Rappresentante speciale definisce «responsibility to respect human rights», ossia dell'obbligo non solo di non violare i diritti umani degli individui con cui si trovano ad interagire, ma anche di porre in essere le misure funzionali a renderne effettivo il godimento⁴.

Secondo il Rappresentante speciale, il fondamento della «responsibility to respect human rights» deve essere ravvisato in un precetto di natura innanzitutto morale, oggetto di riconoscimento quasi-universale da parte delle imprese medesime, della comunità internazionale e degli altri attori della società civile⁵. La tendenza alla responsabilizzazione delle imprese multinazionali si sviluppa, tuttavia, anche attraverso l'operare sinergico di molteplici strumenti di valore giuridico differente. Tra questi, rilevano alcuni atti di diritto internazionale non vincolante, adottati a livello intergovernativo, quali le Linee-guida dell'OCSE⁶, la Dichiarazione tripartita dell'OIL⁷, le Norme

³ D. CARREAU, *Droit International*, 10^e éd., Paris, 2009, p. 388 ss.; P. DUMBERRY, *L'entreprise, sujet de droit international. Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements*, in *Revue generale de droit international public*, 2004, p. 104 ss.; R. HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, 1994, pp. 49-50; K. NOWROT, *New Approaches to the International Legal Personality of Multinational Corporations. Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities*, http://www.esl-sedi.eu/fichiers/en/Nowrot_513.pdf; N. JÄGERS, *The Legal Status of the Multinational Corporations Under International Law*, in M.K. ADDO (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, The Hague/London/Boston, 1999, p. 259 ss.

⁴ Così i rapporti *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, UN doc. A/HRC/8/5, adottato il 7 aprile 2008 e *Business and Human Rights: towards Operationalizing the «Protect, Respect and Remedy» Framework*, A/HRC/11/13, adottato il 22 aprile 2009.

⁵ In merito, M. FASCIGLIONE, *Luci ed ombre del rapporto di fine mandato del Rappresentante speciale delle Nazioni Unite su diritti umani e imprese*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 169 ss.; A. BONFANTI, *L'attuazione pratica del quadro operativo «protect, respect, remedy» nei lavori del Rappresentante speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani e le imprese multinazionali*, *ivi*, in corso di pubblicazione in *Diritti umani e diritto internazionale*.

⁶ Si tratta delle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Revision 2000*, il cui testo è reperibile al sito www.oecd.org, e riprodotto, assieme al testo dagli altri atti non vincolanti rilevanti nella materia in oggetto e di seguito citati, in S. TULLY (ed.), *International Documents on Corporate Responsibility*, Cheltenham, 2005. Sulle Linee-guida si vedano P. ACCONCI, *Il nuovo testo delle Guidelines per le imprese mul-*

della Sottocommissione per la promozione e la protezione dei diritti umani⁸ ed i principi elaborati in seno al Global Compact⁹, che indicano direttamente alle imprese gli standard di condotta che esse sono chiamate a rispettare nello svolgimento delle proprie attività. In secondo luogo, le stesse imprese, con sempre maggior frequenza, si im-

tinazionali adottato dagli Stati membri dell'OCSE, in *Comunicazioni e Studi*, 2002, p. 377 ss.; J.L. CERNIC, *Corporate Responsibility for Human Rights: Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, in *Hanse Law Review*, 2008, p. 71 ss.; S. TULLY, *The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 394 ss.; T. VOGELAAR, *The OECD Guidelines: Their Philosophy, History, Negotiation, Form, Legal Nature, Follow-Up Procedures and Review*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct*, Deventer/The Netherlands, 1980, p. 127 ss. Sulle linee guida dell'OCSE e sugli altri strumenti di soft law, di seguito menzionati, si veda anche F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007.

⁷ *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, adottata dall'OIL nel novembre del 1977. Il testo è reperibile al sito <http://www.ilo.org/>. In merito si vedano H. GÜNTER, *The Tripartite Declaration of Principles (ILO): Standards and Follow-Up*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct*, Deventer/The Netherlands, 1980, p. 155 ss.; D. KINLEY e J. TADAKI, *From Talk to Walk: the Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 2004, pp. 973-983.

⁸ *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*, adottate il 26 agosto 2003 dalla Sottocommissione per la promozione e protezione dei diritti umani, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Sul loro contenuto si vedano J. CAMPAGNA, *United Nations Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises With Regard to Human Rights: The International Community Asserts Binding Law on the Global Rule Makers*, in *John Marshall Law Review*, 2004, p. 1205 ss.; D. WEISSBRODT e M. KRUGER, *Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Others Business Enterprises with Regard to Human Rights*, in *American Journal of International Law*, 2003, p. 901 ss.; ID., *Human Rights Responsibilities of Businesses as Non-State Actors*, in ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2005, p. 315 ss. Le Norme sono state sottoposte nel 2004 alla Commissione per i diritti umani, che ha precisato che esse, «as a draft proposal», non hanno «legal standing». Sul punto si veda la risoluzione n. 2004/116 adottata il 20 aprile 2004 dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani.

⁹ Il Global Compact è un network che coinvolge gli Stati, alcune organizzazioni internazionali, le organizzazioni non governative interessate, la società civile e le imprese multinazionali, al fine di sollecitare, attraverso collaborazioni, fori di discussione, progetti e *partnership*, l'elaborazione di principi (attualmente dieci) non vincolanti indirizzati alle imprese e l'adozione, da parte di queste ultime, di condotte socialmente responsabili. Il suo sito è www.unglobalcompact.org. In merito, W.H. MEYER e B. STEFANOVA, *Human Rights, the UN Global Compact and Global Governance*, in *Cornell International Law Journal*, 2001, p. 501 ss.; S. PRAKASH SETHI, *Setting Global Standards: Guidelines for Creating Codes of Conduct in Multinational Corporations*, Hoboken-NJ, 2003, p. 110 ss.

pegnano pubblicamente al rispetto dei diritti umani e sociali mediante l'adozione di codici di condotta o l'adesione alle linee guida predisposte dalle associazioni di categoria o dagli organismi privati attivi nel settore¹⁰. In questo quadro, infine, assumono un rilievo significativo la prassi elaborata dai Punti di contatto nazionali (PCN) per l'attuazione delle già citate Linee guida dell'OCSE e la giurisprudenza delle corti federali statunitensi sviluppata alla luce dell'*Alien Tort Claims Act* (ATCA), su cui il presente contributo focalizza la propria attenzione.

2. *La procedura di follow-up delle Linee guida dell'OCSE e la prassi dei PCN in materia di responsabilità delle imprese multinazionali per violazione dei diritti umani*

Per quanto concerne la prassi dei PCN, essa consiste nell'insieme degli *statements* adottati dagli organismi istituiti a livello nazionale e competenti nel controllo dell'attuazione delle Linee guida dell'OCSE da parte delle imprese multinazionali¹¹. Le Linee guida sono uno stru-

¹⁰ Tra questi si pensi, ad esempio, all'*AIP Workplace Code of Conduct and Principles of Monitoring*, adottato nell'aprile del 1997 dall'*Apparel Industry Partnership*, associazione di imprese tessili di origine prevalentemente americana, organizzazioni non governative e sindacati, il cui fine consiste nella definizione di standard sul trattamento dei lavoratori nelle unità dislocate nei Paesi in via di sviluppo o da parte dei loro partner commerciali, al *Workplace Code of Conduct della Fair Labor Association*, cui aderiscono le imprese multinazionali tessili più importanti, che prevede principi sul trattamento dei lavoratori, una procedura di monitoraggio indipendente ed esterno e regole di trasparenza e pubblicità dei risultati, e, infine, ai principi sul rispetto dei diritti umani adottati dall'*International Council on Mining and Metals*, associazione creata nel 2001 dalle più grandi imprese minerarie ed estrattive. Analogamente rilevanti le iniziative adottate dall'*International Organization for Standardization* e dalla *Social Accountability International (SAI)*, organizzazioni non governative impegnate nella definizione di standard internazionali sulla responsabilità sociale d'impresa e nella certificazione del loro rispetto da parte delle imprese multinazionali che volontariamente vi si sottopongono. Sui codici di condotta, si veda F. MARRELLA, *Regolazione internazionale e responsabilità globale delle imprese transnazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 248 ss.; ID., *Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade*, in W. BENEDEK, K. DE FEYTER e F. MARRELLA (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007, p. 293 ss.; F. McLEAY, *Corporate Codes of Conduct and Human Rights Accountability of transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle*, in O. DE SCHUTTER (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, 2006, p. 219 ss.

¹¹ La maggior parte dei PCN è costituita nell'ambito dei ministeri operanti in materia economica e industriale. In merito si veda il *2009 Annual Meeting of the National Contact Points*, tenutosi il 16 e 17 giugno 2009, reperibile al sito dell'OCSE

mento internazionale di *soft law* adottato dall'OCSE nel 1976, quale allegato della Dichiarazione sull'investimento e le imprese multinazionali¹², e successivamente sottoposto a numerose revisioni, l'ultima delle quali, particolarmente incisiva, nel 2000. Esse sono composte di 10 sezioni, che codificano il catalogo degli standard che le imprese multinazionali costituite sul territorio degli Stati aderenti – 40 Paesi, comprensivi, pertanto, dei membri dell'OCSE, oltre che di alcuni Stati che non partecipano all'organizzazione, tra cui l'Argentina, il Cile, e l'Egitto – sono chiamate a rispettare nello svolgimento delle proprie attività economiche. In particolare, le Lineeguida indirizzano alle imprese indicazioni destinate a orientare la loro condotta con riferimento, tra le altre, alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente, alla protezione degli interessi del consumatore e alla disciplina della concorrenza e delle relazioni industriali e lavorative. Il rispetto degli standard di buona condotta da parte delle imprese multinazionali e il buon funzionamento delle Lineeguida sono oggetto di verifica nell'ambito della procedura di *follow-up*, istituita con la Decisione del Consiglio dell'OCSE del giugno 2000¹³. La procedura è affidata, in primo luogo, all'*Investment Committee*, competente a interpretare, con riferimento a specifiche questioni sorte dalla loro applicazione, il contenuto delle Lineeguida mediante l'adozione di *clarifications* non vincolanti, che, secondo la citata decisione, «shall not reach conclu-

www.oecd.org.. In Italia, ad esempio, il PCN è stato istituito, in seno al Ministero per le attività produttive, con decreto del 30 luglio 2004.

¹² Il testo della *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, adottata dall'OCSE il 21 giugno 1976, è reperibile al sito [ww.oecd.org](http://www.oecd.org).

¹³ Sul meccanismo di *follow-up* delle Lineeguida dell'OCSE si vedano P. ACCONCI, *Il nuovo testo delle Guidelines per le imprese multinazionali adottato dagli stati membri dell'OCSE* cit., p. 406 ss.; R. BLANPAIN, *Multinational Enterprises and Codes of Conduct. The OECD Guidelines for MNEs in Perspective*, in R. BLANPAIN (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, The Hague, 2004, pp. 208-209; F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, cit., p. 199 ss.; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, p. 207 ss.; N. JÄGERS, *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Antwerpen/Oxford/New York, 2002, pp. 106-109; P. MERCIAI, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, 1993, pp. 107-108 e pp. 193-194; P. SANDERS, *The Implementation of International Codes of Conduct for Multinational Enterprises* cit., 322-325; T. VOGELAAR, *The OECD Guidelines: Their Philosophy, History, Negotiation, Form, Legal Nature, Follow-Up Procedures and Review* cit., 136 ss.; C. WILKIE, *Enhancing Global Governance: Corporate Social Responsibility and the International Trade and Investment Framework*, in J.J. KIRTON e M.J. TREBILCOCK, *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate, 2004, pp. 295-297.

sions on the conduct of individual enterprises»¹⁴. Pur avendo gli Stati membri espressamente escluso che il Comitato operi come meccanismo giudiziario o quasi-giudiziario¹⁵, si è ammesso tuttavia che «it would be detrimental to the credibility of the exercise if the Committee were to content itself with discussing problems in the abstract, using for that purpose hypothetical situations», ragion per cui le imprese coinvolte hanno la facoltà di intervenire, con considerazioni scritte o orali, nei procedimenti avviati¹⁶.

La procedura di *follow-up* si articola, inoltre, mediante l'attività dei PCN¹⁷, che sono tenuti a vagliare le istanze avanzate da altri PCN, da operatori economici, da rappresentanti dei lavoratori o da ONG nei confronti di condotte criticabili poste in essere da imprese multinazionali, a offrire i propri buoni uffici per facilitare il raggiungimento di soluzioni concordate tra le parti e a indirizzare alle imprese le considerazioni e le raccomandazioni che ritengono più opportune. Pur operando in regime di confidenzialità, è previsto che le conclusioni raggiunte siano generalmente rese pubbliche, salvi i casi in cui ciò non paia favorevole all'applicazione effettiva delle Linee-guida. Nei casi resi noti – ad oggi, per la verità, non molti – la trasparenza ha contribuito a sensibilizzare le imprese coinvolte sull'esi-

¹⁴ Cap II, par. 4 della Decisione. Dal 2004 l'*Investment Committee* sostituisce il *Committee on Multinational Enterprises* nella procedura di *follow-up*.

¹⁵ Secondo P. SANDERS (*The Implementation of International Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, in *Netherlands International Law Review*, 1981, p. 324) «The procedure is neither a judicial one nor is arbitration or a «binding opinion». And yet it cannot be said that the handling of an issue is without any effect». La scelta di escludere che la procedura di *follow-up* possa essere equiparata a un meccanismo giudiziario o quasi-giudiziario è resa evidente anche dai termini utilizzati dalle Linee-guida nel disciplinarla: essi si riferiscono solamente a «cases» e «issues» per indicare le questioni sottoposte all'attenzione dell'*Investment Committee*, evitando la terminologia giudiziaria. Sul punto si vedano P. ACCONCI, *Il nuovo testo delle Guidelines per le imprese multinazionali adottato dagli stati membri dell'OCSE* cit., p. 406 ss.; R. BLANPAIN, *Multinational Enterprises and Codes of Conduct. The OECD Guidelines for MNEs in Perspective* cit., pp. 208-209; P. SANDERS, *The Implementation of International Codes of Conduct for Multinational Enterprises* cit., p. 323; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic «Soft Law»*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1979-II, pp. 207-210.

¹⁶ La facoltà di intervenire nel procedimento è stata attribuita all'impresa con la revisione delle Linee-guida realizzata nel 1979. Sul punto, P. SANDERS, *The Implementation of International Codes of Conduct for Multinational Enterprises* cit., p. 323.

¹⁷ L'azione dei PCN dovrebbe ispirarsi a quattro *core criteria*: la *visibility*, l'*accessibility*, la *transparency* e l'*accountability*. Sul punto si veda R. BLANPAIN, *Multinational Enterprises and Codes of Conduct. The OECD Guidelines for MNEs in Perspective* cit., p. 206 ss.

genza di operare in maniera socialmente responsabile e le ha incentivate ad adottare le misure correttive suggerite dai PCN.

Dei 207 casi sottoposti all'attenzione dei PCN a partire dal 2000, 146 sono stati presi in considerazione e, di questi, 114 sono stati conclusi¹⁸. Un'ampia proporzione riguarda le attività svolte dalle imprese multinazionali, attraverso le società controllate o i sub-contrattenti integrati nella filiera di produzione, in Paesi non membri dell'OCSE; la maggior parte, inoltre, si concentra su tematiche relative al trattamento dei lavoratori. Tra questi, ad esempio, il caso risolto nel dicembre del 2002 dal PCN olandese mediante l'adozione di una dichiarazione congiunta con l'India Committee of the Netherlands (ICN) e l'Adidas, circa le osservazioni sottopostegli dal primo sulla conduzione, da parte di un partner commerciale indiano dell'impresa menzionata, di attività economiche in violazione dei diritti di organizzazione collettiva e degli standard sul trattamento retributivo e sanitario. Nel caso di specie, il PCN si è ritenuto soddisfatto del fatto che l'Adidas avesse adeguatamente dimostrato di incentivare i propri partner a comportarsi in maniera socialmente responsabile, attraverso l'adozione del proprio codice di condotta – i valori e i diritti tutelati dal quale coincidono con quelli proclamati dalle Lineeguida dell'OCSE – e l'integrazione delle sue disposizioni negli accordi conclusi con i sub-fornitori. L'Adidas si era inoltre contrattualmente impegnata a rispettare i diritti sanciti dalla Dichiarazione tripartita dell'OIL e dal codice della World Federation on the Sporting Goods Industry¹⁹, attraverso la conclusione dell'accordo di licenza con la FIFA²⁰.

Particolarmente significativo ai fini del presente contributo è, inoltre, il caso *Global Witness v. Afrimex Ltd.*, concluso con l'adozione di uno *statement* da parte del PCN inglese il 28 agosto 2008²¹. Il 20

¹⁸ I dati sono tratti dal *2009 Annual Meeting of the National Contact Points* cit.

¹⁹ Il codice della World Federation on the Sporting Goods Industry, adottato il 5 agosto 2000, prevede il rispetto da parte delle società membre della federazione di alcuni principi inerenti al trattamento dei lavoratori, quali la non discriminazione, le libertà di associazione sindacale e di negoziazione collettiva, il divieto di lavoro forzato o minorile, la garanzia di salari minimi dignitosi e di un numero massimo di ore lavorative settimanali non superiore a 60. Il testo del codice è reperibile al sito www.wfsgi.org.

²⁰ Si veda il *Joint Statement by the NCP, Adidas and ICN*, reperibile al sito www.oecd.org.

²¹ Sul caso si vedano A. BONFANTI, *Responsabilità sociale d'impresa e violazioni dei diritti umani, alla luce delle Lineeguida OCSE per le imprese multinazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 421 ss.; J.L. CERNIC, *Global Witness v. Afrimex Ltd. Decision Applying OECD Guidelines on Corporate Responsibility for Human Rights*, in *ASIL Insight*, 23 gennaio 2009, v. 13-1, reperibile *on-line*. Più in

febbraio 2007 la ONG Global Witness aveva sottoposto al PCN la richiesta di verificare la conformità con i principi sanciti dalle Linee-guida della condotta posta in essere dalla società Afrimex nella Repubblica Democratica del Congo negli anni intercorrenti tra il 1998 ed il 2007. In particolare, la ricorrente lamentava che la società inglese, avvalendosi di due società affiliate locali, avesse finanziato le forze ribelli coinvolte nel conflitto congolese, compiuto illeciti di corruzione nei confronti del governo e usufruito di lavoro minorile e forzato nella conduzione delle attività estrattive dei minerali di cui essa è esportatrice, rendendosi autrice di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali. Già in numerose occasioni – 18, tra il 2000 ed il 2008 – le attività condotte in Congo da imprese multinazionali straniere erano state denunciate dinnanzi ai PCN per violazione delle Linee-guida; tuttavia, solamente in meno di 10 casi le procedure erano terminate con l'adozione di *statements*, la maggior parte dei quali, peraltro, non verificava la sussistenza delle lamentate violazioni. Il caso in esame si distingue, pertanto, per aver condotto non solo all'accertamento della situazione di fatto, ma anche alla verifica della sussistenza delle violazioni e alla predisposizione di opportune raccomandazioni nei confronti della società autrice degli abusi.

Infine, anche il caso *Survival International v. Vedanta Resources plc* si è concluso con l'adozione, il 25 settembre 2009, di uno *statement* con cui il PCN inglese ha confermato l'avvenuta violazione da parte della società estrattiva inglese delle Linee-guida dell'OCSE, a causa della mancata predisposizione di opportune consultazioni con le comunità indigene interessate dalla costruzione di una miniera di bauxite nello Stato indiano di Orissa – i Dongria Kondh – e dalla mancata attuazione di procedure di valutazione dell'impatto sociale e ambientale riconducibile al progetto. Secondo il PCN, ledendo i diritti fondamentali della comunità menzionata, la società Vedanta ha violato le pertinenti disposizioni del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e della Convenzione sulla diversità biologica. Il PCN raccomanda pertanto alla società di porre in essere consultazioni che coinvolgano in maniera effettiva la comunità indigena e procedure interne di valutazione dell'impatto delle sue attività sui diritti umani, tenendo in considerazione le indicazioni re-

generale, con riferimento al ruolo svolto dalle imprese multinazionali nello sfruttamento delle risorse minerarie congolese, si vedano le osservazioni di A.-M. PAPAÏANNOU, *The Illegal Exploitation of Natural Resources in the Democratic Republic of Congo: A Case Study on Corporate Complicity in Human Rights Abuses*, in O. DE SCHÜTTER (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights* cit., p. 263 ss.

peribili nelle *Kon Guidelines*, strumento non vincolante adottato nel 2004 dal Segretariato della Convenzione sulla biodiversità al fine chiarire la portata e facilitare il rispetto degli obblighi di tutela delle conoscenze tradizionali delle comunità indigene²².

3. *La giurisprudenza statunitense sulla responsabilità civile delle imprese multinazionali per violazione dei diritti umani*

Analogamente alla prassi dei PCN, anche la giurisprudenza elaborata dalle corti federali statunitensi in applicazione dell'ATCA concorre alla definizione di standard internazionali sul rispetto dei diritti umani da parte delle imprese multinazionali. Dalle decisioni sulla giurisdizione adottate nei circa 120 casi sottoposti alle corti federali emerge infatti un orientamento piuttosto favorevole a considerare gli abusi posti in essere dalle imprese multinazionali, direttamente o in qualità di complici dei governi locali, quali violazioni del diritto internazionale, il cui esame ricade, pertanto, nella competenza *ratione materiae* delle corti medesime. Secondo l'ATCA «U.S. district courts shall have jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the U.S.», dovendosi intendere la «law of nations», nell'accezione promossa dalla Corte Suprema nella decisione del 2004 nel caso *Sosa v. Alvarez-Machain*, come il diritto internazionale consuetudinario «accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th century paradigms»²³.

²² Il testo delle *Akwé: Kon Guidelines* è reperibile al sito www.cbd.int.

²³ Con la sentenza adottata il 29 giugno 2004 nel caso *Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain et al.*, la Corte suprema ha precisato che l'ATCA ha carattere meramente giurisdizionale e che la discrezione riconducibile alle corti federali nella valutazione della sua applicabilità alle fattispecie è limitata e deve essere esercitata con estrema prudenza. Sulla sentenza, J.B. BELLINGER, *Enforcing Human Rights in U.S. Courts and Abroad: The Alien Tort Statute and Other Approaches*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, p. 1 ss.; K. DEYE, *Can Corporations Be Held Liable Under the Alien Tort Claims Act?*, in *Kentucky Law Journal*, 2005-2006, 658 ss.; H. MUIR WATT, *Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2004, t. 307, pp. 314-315; N. NORBERG, *The US Supreme Court Affirms the Filartiga Paradigm*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 387 ss.; B. STEPHENS, *International Human Rights Litigation in US Courts*, 2^a ed., Leiden, 2008, p. 45 ss.; B. STEPHENS, *Sosa v. Alvarez-Machain. «The Door is Still Ajar» for Human Rights Litigation in U.S. Courts*, in *Brooklyn Law Review*, 2004-2005, p. 533 ss.

Le corti federali hanno distinto in due categorie le norme del diritto internazionale contemporaneo la cui violazione ad opera di imprese multinazionali ricade entro la loro competenza *ratione materiae*. La prima comprende norme del diritto internazionale passibili di violazione da parte di imprese multinazionali solamente nell'ipotesi in cui queste ultime operino «under the color of law», ossia in collegamento stretto, e sostanzialmente organico, con il governo locale²⁴. Così, ad esempio, il 30 giugno 2009 nel caso *Abdullahi v. Pfizer*, la Corte d'appello, rovesciando la decisione precedentemente adottata dalla Corte federale di New York, si è dichiarata competente in merito alla controversia sulla responsabilità civile della società farmaceutica convenuta²⁵, accusata di aver sperimentato su 200 bambini un antibiotico contro la meningite, senza il consenso preventivo e informato dei loro genitori. Tale sperimentazione, posta in essere nel 1996 in Nigeria, aveva causato la morte di 11 bambini e numerosi casi di paralisi o gravi lesioni cerebrali. Secondo la Corte d'appello, il fondamento della propria competenza materiale risiederebbe nel fatto che il diritto a non essere sottoposti a trattamenti medici in difetto di consenso preventivo e informato è previsto da una norma di diritto internazionale consuetudinario la cui violazione rileva, ai sensi dell'ATCA, in presenza di «state action», condizione verificata nel caso di specie, poiché il governo nigeriano aveva attivamente partecipato e sostenuto la Pfizer in tutte le fasi della sperimentazione.

Nella giurisprudenza in oggetto le corti federali hanno individuato anche una seconda categoria di norme del diritto internazionale, più ristretta, la cui violazione ricade, ai sensi dell'ATCA, nella loro competenza *ratione materiae*, anche qualora sia stata posta in essere direttamente da imprese multinazionali in qualità di attori di natura privata. Si tratta, ad esempio, delle norme internazionali che vietano l'attuazione di pratiche di lavoro forzato, come deciso nel 2002 dalla Corte d'appello nel caso *Doe v. Unocal*, relativo agli abusi compiuti in Myanmar dall'impresa petrolifera convenuta²⁶, o delle norme sul

²⁴ La verifica di tale circostanza è affidata all'ottemperamento di alcuni criteri, quali il *joint action approach*, il *nexus approach*, il *symbiotic relation approach*, il *public function approach* e il *proximate cause test*. In merito si veda M. KOEBELE, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Tort Law*, Leiden/Boston, 2009, p. 223 ss., spec. 238 ss.

²⁵ *Abdullahi v. Pfizer*, United States Court of Appeal for the Second Circuit, 30 gennaio 2009. Sul caso si vedano M. KOEBELE, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Tort Law* cit., p. 110-115; F. TRIONE, *Divieto di sperimentazione medica non consensuale e competenza non giurisdizionale dei tribunali statunitensi ai sensi dell'Alien Tort Claims Act*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 448 ss.

²⁶ *Doe v. Unocal Corporation*, United States Court of Appeals for the Ninth

divieto di genocidio, come statuito nel caso *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, inerente all'attuazione di gravi abusi da parte dell'impresa multinazionale di origine canadese nei confronti delle comunità sudanesi non islamiche²⁷.

Occorre tuttavia rilevare che nella maggior parte dei casi le imprese multinazionali non sono convenute in giudizio per aver direttamente posto in essere abusi, quanto piuttosto per aver assistito, in qualità di complici, il governo locale nel compimento di gravi violazioni dei diritti umani o crimini internazionali²⁸. Significativa, a questo proposito, è la decisione con cui la Corte distrettuale di New York il 4 agosto 2009 nel caso *South African Apartheid* ha ribadito l'orientamento favorevole ad estendere la propria competenza *ratione materiae* a controversie relative alla complicità delle imprese multinazionali, la Daimler e la IBM – rispettivamente un'impresa automobilistica e una informatica – nella violazione, da parte del governo locale, di norme del diritto internazionale consuetudinario²⁹. La Corte ha ritenuto che nel diritto internazionale, e specialmente nel diritto internazionale penale, la complicità e i suoi elementi costitutivi siano definiti da norme che, in quanto universalmente accettate e adeguatamente specifiche, rilevano ai sensi dell'ATCA. Alla luce di tale considerazione, la Corte ha deciso che le accuse di complicità mosse a

Circuit, 18 settembre 2002. Sul caso si vedano le osservazioni di G. ACQUAVIVA, *Verso una responsabilità delle multinazionali per gravi violazioni dei diritti umani? Note in margine a Doe v. Unocal*, in *La comunità internazionale*, 2002, p. 593 ss.; C. FORCESE, *ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act*, cit., in *Yale Journal of International Law*, pp. 510-515; N. JÄGERS, *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability* cit., pp. 187-190; C. SHAW, *Uncertain Justice: Liability of Multinationals Under the Alien Tort Claims Act*, in *Stanford Law Review*, 2002, p. 1370 ss.

²⁷ *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy, Inc. and the Republic of Sudan*, United States District Court for the Southern District of New York, 19 marzo 2003.

²⁸ Sulla complicità delle imprese multinazionali nel compimento di crimini internazionali da parte dei governi sul cui territorio operano si veda lo studio condotto dall'INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Corporate Complicity and Legal Accountability*, Geneva, 2008. In dottrina, A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* cit., p. 252 ss. e le osservazioni di I. TOFALO, *Overt and Hidden Accomplices, Transnational Corporations' Range of Complicity for Human Rights Violations*, in O. DE SCHUTTER (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights* cit., p. 335 ss e A.J. WILSON, *Beyond Unocal: Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Corporations Liable under the Alien Tort Claims Act*, *ivi*, p. 59 ss.

²⁹ Sul caso di vedano J.B. BELLINGER, *Enforcing Human Rights in U.S. Courts and Abroad: The Alien Tort Statute and Other Approaches* cit., pp. 6-7; M. KOEBELE, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Tort Law* cit., pp. 269-274.

carico delle due imprese – che attraverso la fornitura di veicoli militari e di *software* specificamente realizzati avrebbero coscientemente e sostanzialmente contribuito al compimento da parte del governo sudafricano del crimine di apartheid – configurano un'ipotesi di complicità, a cui si estende, pertanto, la sua competenza materiale.

4. *Il contributo della prassi dei PCN e della giurisprudenza statunitense all'evoluzione del diritto internazionale*

Ciò premesso, occorre interrogarsi sul contributo che, da un lato, la prassi dei PCN e, dall'altro, la giurisprudenza delle corti statunitensi possono offrire all'evoluzione del diritto internazionale, con riferimento alla titolarità, da parte delle imprese multinazionali, di obblighi in materia di tutela dei diritti umani e della responsabilità derivante dal loro mancato rispetto. Tenuto conto del ruolo progressivamente acquisito a livello economico e nelle relazioni internazionali dalle imprese multinazionali, nella loro qualità di attori non statali, sarebbe auspicabile infatti che esse fossero sottoposte a un'adeguata regolamentazione giuridica che le obbligasse a garantire, nello svolgimento delle loro attività, il rispetto di standard di matrice internazionale sulla tutela dei diritti umani.

A parere di chi scrive, la prassi e la giurisprudenza in esame, congiuntamente agli altri strumenti menzionati nella parte introduttiva del presente lavoro, contribuiscono, ciascuna secondo le proprie caratteristiche, alla responsabilizzazione delle imprese multinazionali nel diritto internazionale. Più in particolare, pur non essendo né la prassi dei PCN né la menzionata giurisprudenza da sole sufficienti a determinare la formazione di pertinenti norme di diritto internazionale consuetudinario, esse possono infatti, entro i limiti che le contraddistinguono quanto ad autorevolezza ed efficacia, offrire un contributo all'evoluzione degli standard di condotta o alla definizione di obblighi attribuibili, direttamente nel diritto internazionale, alle imprese multinazionali³⁰. Affinché una simile evoluzione si verifichi, è necessario, naturalmente, che la giurisprudenza statunitense e la prassi dei PCN si inseriscano in una tendenza generale, alla quale aderisca con

³⁰ Sulla formazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario, si vedano L. CONDORELLI, *La coutume*, in M. BEDJAOUI (dir. publ.), *Droit International. Bilan et perspectives*, Paris, 1991, p. 187 ss.; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 2^a ed., Padova, 2006, p. 101 ss.; T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 222 ss., ed i riferimenti bibliografici ivi citati.

la propria condotta mossa da adeguato convincimento giuridico, la generalità degli Stati e delle istituzioni interessate. Tale possibilità, peraltro, è riconosciuta anche dal Rappresentante speciale per le imprese multinazionali e i diritti umani, che, riferendosi alle Linee guida dell'OCSE e alla Dichiarazione tripartita dell'OIL, rileva «both instruments are widely referenced by Governments and businesses and may, in due course, crystallize into harder forms. Thus, soft law's normative role remains essential to elaborating and further developing standards of corporate responsibility»³¹.

4.1. *Il contributo della prassi dei PCN e i suoi limiti*

Più in particolare, per quanto concerne la prassi dei PCN, essa potrebbe contribuire alla formazione di norme del diritto internazionale consuetudinario, in quanto prassi elaborata a livello nazionale da organi specificamente competenti. Occorre tuttavia notare che essa sconta alcune intrinseche deficienze, che ne riducono l'incidenza e l'autorevolezza. Come evidenziato dal Rappresentante speciale sui diritti umani e le imprese multinazionali, «NCPs are potentially vehicle for providing remedy. However, with a few exceptions, experience suggests that in practice they have too often failed to meet this potential»³².

Ciò è dovuto, in primo luogo, al fatto che i procedimenti in esame non hanno carattere né giudiziario né quasi-giudiziario, ragion per cui i PCN non possono costringere le imprese coinvolte a cooperare o adottare sanzioni nei loro confronti. Come visto, essi possono infatti unicamente pervenire all'adozione di un rapporto non vincolante e non suscettibile di esecuzione forzata, mediante il quale si limitano a rivolgere all'impresa, nominalmente individuata, le opportune raccomandazioni.

In secondo luogo, l'efficacia della procedura è minata dal fatto che molti PCN versano in condizioni di dipendenza dalle istituzioni ministeriali nazionali e soffrono tanto l'insufficienza delle risorse economiche, quanto la mancata definizione di regole procedurali chiare e trasparenti. Gran parte dei PCN è infatti costituita da funzionari

³¹ Così il *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, John Ruggie. *Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts*, Un Doc. A/HRC/4/35, 19 febbraio 2007, par. 49.

³² *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, UN. Doc. A/HRC/8/5, 7 aprile 2008.

afferenti ad un solo ministero, normalmente destinato alla promozione degli investimenti, del commercio o delle attività produttive, con evidente rischio di conflitto di interessi tra gli obiettivi dello sviluppo economico rappresentati a livello istituzionale e le competenze specifiche dei PCN. Inoltre, da un lato le disposizioni elaborate dall'OCSE, non precisano la tempistica e le modalità di svolgimento della procedura che i PCN dovrebbero seguire; dall'altro, esse si limitano ad attribuire ai PCN, in maniera piuttosto vaga, la facoltà di condurre investigazioni, nel caso in cui le informazioni comunicate dalle parti siano insufficienti.

Alla luce di quanto premesso, gli *statements* relativi ai casi *Global Witness v. Afrimex* e *Survival International v. Vedanta Resources plc* si dimostrano particolarmente interessanti. Il PCN inglese, che ha proceduto alla loro adozione, è stato infatti recentemente oggetto di una trasformazione strutturale, che ne ha elevato il grado di indipendenza e imparzialità. L'organismo in questione risulta oggi costituito da funzionari afferenti non più ad un solo, bensì a più ministeri, operanti sotto la supervisione di un comitato direttivo, che include anche componenti esterni, rappresentativi degli interessi dei lavoratori e delle imprese. Al fine di ricostruire i fatti rilevanti, inoltre, il PCN si è avvalso non solamente delle informazioni, spesso contrastanti, fornite dalle ONG e dalle società coinvolte, ma anche della documentazione elaborata da centri di ricerca indipendenti.

Almeno nei casi in cui gli organismi coinvolti sono strutturati e operano in maniera tale da garantire un elevato grado di indipendenza e trasparenza, la prassi elaborata dai PCN può pertanto contribuire all'evoluzione del diritto internazionale in materia di responsabilità delle imprese multinazionali per la violazione degli obblighi sulla tutela dei diritti umani. *Statements* che certificano l'avvenuto compimento di abusi e la riconducibilità della responsabilità all'impresa multinazionale costituiscono, infatti, pur nei limiti del proprio valore giuridico di provvedimenti non vincolanti adottati a livello nazionale in attuazione di uno strumento di *soft law*, elementi di prassi di indubbio valore.

In particolare, uno degli aspetti cui essi possono maggiormente contribuire consiste nella definizione, nel diritto internazionale, dei criteri alla luce dei quali deve essere effettuato il cosiddetto «piercing the corporate veil», ossia l'operazione giuridica che consente di superare la distinzione formale tra società «madre» e società affiliate e attribuire alla prima sia la responsabilità per gli abusi concretamente posti in essere da queste ultime sia i conseguenti obblighi di adottare le necessarie misure correttive. La prassi dei PCN è infatti orientata nel senso di considerare l'impresa multinazionale, pur composta da una plura-

lità di società costituite in Stati differenti o operante mediante sub-contrattanti integrati nella filiera di produzione, come un unico centro d'imputazione della responsabilità derivante dal mancato rispetto delle Lineeguida dell'OCSE. Secondo le Lineeguida, più precisamente, le imprese costituite negli Stati aderenti dovrebbero «encourage, where practicable, business partners, including suppliers and sub-contractors, to apply principles of corporate conduct compatible with the Guidelines»³³. Tale circostanza consente ai PCN localizzati nei Paesi di costituzione delle società «matri» di vagliare le denunce mosse a carico di imprese multinazionali operanti, tramite società affiliate o sub-contrattanti, in Stati non aderenti alle Lineeguida dell'OCSE.

La riconduzione ad unità dell'altrimenti frammentata struttura giuridica dell'impresa multinazionale è improntata al cosiddetto «investment nexus», criterio ottemperato nei casi in cui è ravvisabile un legame tra società madre e società affiliate o enti a vario titolo integrati nella filiera di produzione sufficientemente stretto da poter considerare le attività condotte dalle seconde come espressione della strategia aziendale decisa dalla prima. Più precisamente, secondo l'interpretazione elaborata nel 2003 dall'*Investment Committee*, si deve ritenere che l'«investment nexus» ricorra nei casi in cui sussiste, da parte delle società «matri», la «practical ability [...] to influence the conduct of their business partners with whom they have an investment like relationship»³⁴. Il Committee non fornisce indicazioni più dettagliate in merito ma, affidando la valutazione all'esame condotto su base casistica dai PCN, chiarisce che è opportuno che sia seguito un approccio flessibile che prenda in considerazione «all factors relevant to the nature of the relationship and the degree of influence». Nel caso *Global Witness v. Afrimex*, ad esempio, il PCN inglese ha ritenuto sussistente l'«investment nexus» poiché si doveva ritenere che la società Afrimex esercitasse un'influenza significativa sui due partner locali, nella misura in cui le tre società mostravano di essere collegate tanto con riferimento alla composizione degli organi direttivi quanto con riguardo all'identità degli azionisti.

4.2. Il contributo della giurisprudenza statunitense ed i suoi limiti

Anche la giurisprudenza elaborata dalle corti federali può contribuire, entro determinati limiti, all'evoluzione del diritto internazio-

³³ *OECD Guidelines*, sezione II, par. 10.

³⁴ *Statement on the Scope of the Guidelines*, *OECD Investment Committee*, aprile 2003, par. 3. In merito, J.L. CERNIC, *Corporate Responsibility for Human Rights: Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* cit., p. 86.

nale in materia di responsabilità delle imprese multinazionali per violazione dei diritti umani. Come anticipato, le decisioni esaminate si attestano infatti sull'orientamento favorevole a ritenere che le imprese multinazionali siano considerate titolari di obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti umani e, sulla base di questo presupposto, ammettono che le stesse possano essere ritenute civilmente responsabili nel diritto statunitense. In quanto elemento della prassi ed espressione dell'*opinio iuris* del Paese nel quale è situata la sede della maggior parte delle imprese multinazionali operanti a livello mondiale, tale giurisprudenza potrebbe certamente influire sulla formazione a livello internazionale di corrispondenti norme di diritto consuetudinario in materia di responsabilità delle imprese per violazione dei diritti umani³⁵.

Occorre, ciò nondimeno, sottolineare alcuni limiti della giurisprudenza in esame. In primo luogo, essa non affronta, una volta per tutte e in via generale, la problematica centrale, relativa alla soggettività internazionale delle imprese multinazionali, preferendo applicare un approccio casistico che conduce, di volta in volta, a confermare o respingere la titolarità, da parte di tali enti di natura privata, degli obblighi di diritto internazionale la cui violazione è lamentata in giudizio³⁶. La questione è stata sollevata in rarissimi casi, nei quali le corti, al fine di rigettare le obiezioni relative alla mancanza di soggettività internazionale delle imprese e la corrispondente assenza di titolarità di obblighi nel diritto internazionale, hanno addotto argomentazioni suggestive dal punto di vista logico, ma non sempre chiare o rigorose sul piano giuridico.

Secondo una linea argomentativa, «given that private individuals are liable for violations of international law in certain circumstances, there is not logical reason why corporations should not be held liable, at least in cases of jus cogens violations»³⁷. Come chiarito nel 2002 dalla Corte federale di New York nel già citato caso *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc. and the Republic of Sudan* «a considerable body of United States and international precedent indicates that corporations may be liable for viola-

³⁵ A.J. WILSON, *Beyond Unocal: Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Corporations Liable under the Alien Tort Claims Act* cit., p. 52 ss.

³⁶ M. KOEBELE, *Corporate Responsibility Under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Tort Law* cit., pp. 195-209; A.J. WILSON, *Beyond Unocal: Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Corporations Liable under the Alien Tort Claims Act* cit., p. 47 ss.

³⁷ *Agent Orange*» *Product Liability Litigation*, United States District Court Eastern District of New York, 10 marzo 2005.

tions of international law, particularly when their actions constitute *jus cogens* violations»³⁸. Per quanto concerne i primi, essi consistono nelle molteplici decisioni già adottate dalle corti federali in base all'ATCA, vincolanti in virtù del principio dello *stare decisis*. Per quanto riguarda gli «international precedents», la Corte ritiene anacronistica la concezione secondo la quale le imprese non sarebbero in grado di violare il diritto internazionale, e individua pertinenti elementi giuridici di supporto nello Statuto del Tribunale di Norimberga e nelle correlate pronunce³⁹ o in alcune convenzioni internazionali, quali la Convenzione delle Nazioni Unite sulla lotta alla corruzione, che, prevedendo obblighi per gli Stati contraenti, stabiliscono standard che, indirettamente, gli attori privati sono tenuti a rispettare.

Non si può tuttavia trascurare l'argomentazione avanzata in merito dalla Corte federale di New York nel caso *Agent Orange*, secondo cui «in any event, even if it were not true that international law recognizes corporations as defendants, they still could be sued under the ATS. As noted above, the Supreme Court made clear that an ATS claim is a federal common law claim and it is a bedrock tenet of American law that corporations can be held liable for their torts»⁴⁰. L'argomento in esame – che secondo la Corte avrebbe carattere meramente residuale – deve essere adeguatamente valorizzato, in quanto strettamente connesso al metodo di accertamento del diritto internazionale consuetudinario seguito dalle corti nell'applicazione dell'ATCA. Pare infatti a chi scrive che le corti federali esaminino e ricostruiscano le norme del diritto internazionale consuetudinario attraverso il filtro dell'ordinamento statunitense che, come noto, stabilisce che le persone giuridiche sono imputabili di responsabilità non solo civile ma anche penale. La debolezza delle argomentazioni giuridiche tratte dal diritto internazionale e l'atteggiamento autoreferenziale seguito dalle corti nel ritenere consolidato un orientamento che esse stesse hanno posto in essere lasciano ritenere che esse abbiano trasferito nel diritto internazionale, ed ivi applicato in via analogica, una categoria che è, innanzitutto, propria del diritto nazionale⁴¹.

³⁸ *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc. and the Republic of Sudan* cit.

³⁹ In merito si vedano le osservazioni di M. FASCIGLIONE, *La tutela internazionale dei diritti umani e le imprese: quali responsabilità?*, in L. CIMMINO e N. RAMPAZZO (a cura di), *Diritti umani nell'era della globalizzazione e dei conflitti*, Napoli, 2008, pp. 50-51.

⁴⁰ *Agent Orange*» *Product Liability Litigation* cit.

⁴¹ Sulla relazione che dovrebbe intercorrere tra diritto costituzionale statunitense e diritto internazionale, M.D. RAMSEY, *The Law of Nations as a Constitutional Obligation* cit.

La giurisprudenza statunitense sulla responsabilità civile delle imprese multinazionali per violazione dei diritti umani presenta, inoltre, limiti connessi all'applicazione, da parte delle corti adite, di istituti mediante i quali esse declinano la propria competenza a favore di altri tribunali o dichiarano irricevibile la controversia. Più precisamente ci si riferisce alla *political question* e al *forum non conveniens*, l'operatività dei quali ha impedito che molti casi fossero decisi nel merito dalle corti federali.

Per quanto concerne la prima, essa consiste nella valutazione dell'opportunità di dichiarare irricevibili le controversie che potrebbero ledere il buono svolgimento delle relazioni internazionali, economiche e diplomatiche, statunitensi⁴². Un caso particolarmente interessante concerne la controversia inerente alla responsabilità civile della società petrolifera Exxon, che, nello svolgimento delle proprie attività in Indonesia, aveva gravemente leso i diritti umani delle popolazioni locali⁴³. Il Dipartimento di Stato statunitense aveva espresso, nel 2002 e nel 2005, la propria valutazione negativa circa l'opportunità che le corti federali decidessero la controversia istituita nei confronti della convenuta. Secondo il Dipartimento «adjudication on this lawsuit at this time would in fact risk a potentially adverse impact on significant interests of the United States», interessi individuati nella prosecuzione della lotta al terrorismo internazionale e nella promozione di iniziative a favore dei diritti umani in Indonesia. La Corte d'appello, persuasa che il parere del Dipartimento avesse il solo obiettivo di richiamare l'organo giudicante alla cautela nella gestione delle indagini, ha, tuttavia, concluso che la causa doveva essere dichiarata ricevibile⁴⁴.

gation, reperibile on-line al sito www.law.georgetown.edu. Si veda, inoltre, la sezione dedicata a *The United States Constitution and International Law*, in *American Journal of International Law*, 2004. p. 42 ss., ed in particolare le osservazioni di H.H. KOH, *International Law as Part of Our Law*, *ivi*, p. 43 ss., G.L. NEUMAN, *The Use of International Law in Constitutional Interpretation*, *ivi*, p. 82 ss., e A. ALEINIKOFF, *International Law, Sovereignty, and American Constitutionalism: Reflections on the Customary International Law Debate*, *ivi*, p. 91 ss. In merito, anche G. CASSONI, *L'adeguamento del diritto interno al diritto internazionale nell'ordinamento americano*, Milano, 1961.

⁴² Sulla dottrina della *political question* si veda M. KOEBELE, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Tort Law* cit., p. 349 ss.

⁴³ Sul caso A. BONFANTI, *Doe v. Exxon Mobil Corporation: ancora sulla giurisprudenza statunitense in materia di violazioni dei diritti umani compiute da imprese multinazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 595 ss.

⁴⁴ Analogamente con la decisione del 7 agosto 2006 nel caso *Sarei v. Rio Tinto*, la Corte d'appello ha rovesciato la sentenza che in primo grado aveva dichiarato irricevibili per *political question* le istanze avanzate, ai sensi dell'ATCA, da alcuni cit-

Per quanto concerne il *forum non conveniens*, esso consente invece alle corti di declinare la propria competenza a favore dei tribunali esteri indicati dal convenuto, qualora ricorrano ragioni di interesse pubblico e privato che inducono a ritenerli più appropriati, con riferimento alla fattispecie pendente, di quelli americani⁴⁵. Tra gli interessi di natura privata emergono le considerazioni relative all'accesso ai mezzi di prova, quelle inerenti alle spese processuali e all'esecuzione delle sentenze e le altre valutazioni sull'economia, la speditezza e la semplificazione del procedimento; per quanto concerne gli interessi pubblici, la corte deve invece prendere in considerazione l'eventuale appesantimento della giurisdizione statunitense, le difficoltà d'ordine amministrativo e l'opportunità che, qualora la causa debba essere decisa alla luce di un diritto straniero, questo venga preferibilmente applicato dal tribunale locale.

Criticabili paiono le condizioni in presenza delle quali, in alcuni casi, le corti federali hanno ritenuto di rinviare la controversia alla giurisdizione straniera. Ad esempio, nel caso inerente al disastro di Bophal le Corti federali ritennero di dover declinare la propria competenza a favore dei giudici dello Stato indiano, sul cui territorio si trovavano gli elementi di prova ed erano residenti i testimoni, anche perché la celebrazione *in loco* del processo avrebbe comportato una sensibile riduzione dei costi legati alle traduzioni e alle spese di viaggio delle quasi 200.000 vittime dell'incidente industriale⁴⁶.

tadini della Papua Nuova Guinea, vittime del compimento, da parte della società Rio Tinto, di pratiche di discriminazione razziale e crimini contro l'umanità. Secondo la Corte, infatti, il parere espresso dal Dipartimento di Stato nel 2001 sull'inopportunità che il caso fosse risolto dai giudici americani avrebbe dovuto essere subordinato alla sua valutazione discrezionale e al suo «independent duty to determine whether the case should proceed». Si veda la sentenza *Sarei v. Rio Tinto PLC*, Court of Appeal for the Ninth District, 7 agosto 2006.

⁴⁵ Sulla dottrina del *forum non conveniens* si vedano W. ANDERSON, *Forum Non Conveniens Checkmated? The Emergence of Retaliatory Legislation*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, 2001, p. 183 ss.; L.S. HOFFMAN e K.A. ROWLEY, *Forum Non Conveniens in Federal Statutory Cases*, in *Emory Law Journal*, 2000, p. 1137 ss.; M. KOEBELE, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute. Enforcement of International Law through US Tort Law* cit., p. 323 ss.; P.J. KOZYRIS, *Multinational Litigation and the Notion of Forum Non Conveniens as a Remedy Against Jurisdictional Abuse*, in *Revue hellénique de droit international*, 1992, 7 ss.; A. NUYS, *L'exception de forum non conveniens*, Bruxelles, 2001; M. SWAN, *International Human Rights Claims and the Experience of United States Courts: An Introduction to the US Case Law, Key Statutes and Doctrine*, in C. SCOTT (ed.), *Torture as a Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, 2001, pp. 83-84.

⁴⁶ *Chesley, Bailey and the Union of India v. Union Carbide Corp.*, District Court for the Southern District of New York, 12 maggio 1986; *Chesley, Bailey and the*

Al contrario, le decisioni adottate nei casi *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy* e *Wirwa v. Royal Dutch and Shell Transport and Trading Company* appaiono, sotto questo profilo, particolarmente illuminate, in quanto le corti americane hanno deciso di non declinare la propria competenza, rilevando che l'interesse degli Stati Uniti «in vindicating international human rights violations» assume un ruolo centrale nell'ambito della ponderazione degli interessi pubblici coinvolti⁴⁷. Più precisamente, nel primo dei casi citati, la Corte federale ha escluso di poter accogliere l'eccezione avanzata dal convenuto circa la maggior adeguatezza dei tribunali del Sudan a decidere nel merito, rilevando che «it would be perverse [...] to require plaintiffs to bring this suit in the court of the very nation that has allegedly been conducting genocidal activities to try to eliminate them»⁴⁸.

Union of India v. Union Carbide Corp., Court of Appeal for the Second Circuit, 14 gennaio 1987. Sul caso si veda T. SCOVAZZI, *Industrial Accidents and the Veil of Transnational Corporations*, in F. FRANCONI e T. SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London/Dordrecht/Boston, 1991, p. 395 ss. Analogamente, nel 2002 la Corte d'appello ha confermato le conclusioni già raggiunte dalla corte distrettuale nel caso *Aguinda v. Texaco*, ossia ha ritenuto che gli interessi di natura pubblica e privata coinvolti nella causa in esame convergessero verso l'attribuzione della competenza ai tribunali ecuadoregni. Essendosi svolti in quel Paese i fatti contestati e non essendo stato adeguatamente provato che le attività dannose poste in essere dalla società locale erano state, in realtà, disposte integralmente dalla società madre costituita negli Stati Uniti, la Corte concluse che i mezzi di prova rilevanti avrebbero potuto essere più facilmente rintracciati sul territorio dell'Ecuador. D'altra parte, anche i costi processuali per gli attori sarebbero stati sensibilmente più elevati se il processo si fosse celebrato di fronte a una corte americana. Così *Aguinda v. Texaco*, United States Court of Appeal for the Second Circuit, 16 agosto 2002. Sul caso si vedano L. LAMBERT, *At the Crossroad of Environmental and Human Rights Standards: Aguinda v. Texaco, Inc. Using the Alien Tort Claims Act to Hold Multinational Corporate Violators of International Laws Accountable in U.S. Courts*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, 2000, pp. 126-128; M. LYONS, *A Case Study in Multinational Corporate Accountability: Ecuador's Indigenous Peoples Struggle for Redress*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, 2004, p. 701 ss.; M.J. ROGGE, *Towards Transnational Corporate Accountability in the Global Economy: Challenging the Doctrine of Forum Non Conveniens in In Re: Union Carbide, Alfaro, Sequihua, and Aguinda*, in *Texas International Law Journal*, 2001, pp. 307-312.

⁴⁷ *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy, Inc. and the Republic of Sudan* cit.

⁴⁸ *Ibidem*. L'orientamento è conforme a quello seguito nel 2000 nel caso *Wirwa v. Royal Dutch Petroleum Company and Shell Transport and Trading Company plc*, secondo cui sarebbe irragionevole pretendere che le vittime di violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani, poste in essere da imprese multinazionali con il sostegno delle autorità pubbliche locali, fossero costrette a far valere le proprie pretese giurisdizionali dinanzi ai tribunali degli Stati coinvolti. In merito si veda la deci-

La correttezza dell'applicazione del *forum non conveniens* da parte dei giudici americani, in presenza di controversie aventi per oggetto gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, è fortemente discussa in dottrina⁴⁹. Da un lato, infatti, lo strumento costituisce il mezzo attraverso il quale si attua la «*démagnétisation du for américain devenu excessivement attractif*» per i vantaggi procedurali che esso garantisce alle vittime di ingiustizie che nei propri Paesi d'origine non troverebbero rimedio. Dall'altro, il vantaggio di un'applicazione estensiva dell'ATCA risiede nella possibilità «*d'imposer le respect d'exigences uniformes à toutes les entreprises attirées devant le for américain, indépendamment de la teneur de la loi du lieu des activités dommageables*».

5. Considerazioni conclusive

In via conclusiva, preme riportare le parole con cui il Rappresentante speciale per le imprese multinazionali e i diritti umani conclude il rapporto da ultimo adottato: «*business and human rights is not an ephemeral issue to be considered at some future days. It is and must remain at the core of our common concerns today*»⁵⁰. Analogamente, pare infatti a chi scrive che la responsabilità delle imprese multinazionali nel diritto internazionale sia non solo auspicabile ma anche necessaria al fine di impedire che le imprese traggano profitto dalla propria struttura disarticolata, delocalizzando fasi del processo pro-

sione *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company and Shell Transport and Trading Company plc*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 14 settembre 2000. Sul caso, M. FITZMAURICE, *Case Study: Wiwa and Royal Dutch Petroleum and Shell Transport and Trading Company Before the US Court of Appeals for the Second Circuit (The Alien Tort Claims Act and the Doctrine of Forum Non Conveniens)*, in W.P. HEERE (ed.), *From Government to Governance. The Growing Impact of Non-State Actors in the International and European Legal System*, Cambridge, 2004, p. 202 ss.; M. RAU, *Domestic Adjudication of International Human Rights Abuses and the Doctrine of Forum non Conveniens. The Decision of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit in Ken Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 2001, p. 177 ss.

⁴⁹ In merito si vedano H. MUIR WATT, *Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)* cit., p. 302 e 319; ID., *Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain: réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2003, p. 883 ss., spec. p. 896 ss.

⁵⁰ *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the Protect, Respect and Remedy» Framework* cit., par. 121.

duttivo in Stati il cui ordinamento nazionale non è adeguatamente garante dei diritti umani e sociali e ivi ponendo in essere gravi abusi che, per i vuoti normativi e di giurisdizione esistenti tra i diversi sistemi giuridici nazionali, rimangono impuniti.

La giurisprudenza statunitense e la prassi dei PCN esaminate sono particolarmente significative, in quanto si dimostrano favorevoli a ritenere che le imprese multinazionali debbano essere considerate responsabili a livello internazionale per le violazioni dei diritti umani poste in essere nei Paesi in via di sviluppo in cui operano. Tuttavia, come notato, affinché si verifichi l'auspicata evoluzione del diritto internazionale, è necessario che la giurisprudenza statunitense e la prassi dei PCN dell'OCSE si inseriscano in una tendenza più ampia, alla quale aderisca con la propria condotta, mossa da adeguato convincimento giuridico, la generalità degli Stati e delle istituzioni interessate.

In questo quadro, sono senz'altro degni di nota gli accordi stragiudiziali conclusi tra alcune imprese multinazionali e le vittime dei loro abusi al fine di estinguere le cause iniziate nei confronti delle prime dinanzi alle corti federali statunitensi. Tra questi, l'accordo con cui nel 1989 l'Union Carbon Carbide (UCC) si era impegnata a pagare la somma di 470 milioni di dollari americani, a titolo di risarcimento e quale soluzione definitiva delle istanze relative alla sua responsabilità civile per il disastro di Bophal⁵¹. Pur essendosi rivelata la distribuzione dei fondi versati dall'UCC e dall'UCIL un'operazione estremamente lenta e complessa, essa ha permesso che circa 570.000 individui lesi fossero risarciti⁵². Nel settembre del 2001 anche la Freeport McMoran è pervenuta alla soluzione stragiudiziale della causa intentata, per gravi danni ambientali, nei suoi confronti dai cittadini indonesiani residenti sul territorio interessato dall'attività estrattiva della società controllata locale, concludendo con le rappresentanze delle popolazioni indigene un accordo sulla base del quale essa si è impegnata a versare in un fondo, a titolo di indennizzo a favore delle comunità proprietarie dei terreni oggetto dall'attività estrattiva della società, un importo di 2,5 milioni di dollari americani e una somma annuale pari a 500.000 dollari⁵³. Successivamente anche l'impresa multinazionale Unocal ha siglato un accordo stragiudiziale con gli abitanti del Myanmar, i cui diritti erano stati lesi dalle pratiche di

⁵¹ Sull'accordo si veda il rapporto di Amnesty International *Clouds of Injustice. Bophal Disaster 20 Years On*, reperibile al sito www.amnestyusa.org/business/bhopal.pdf, pp. 57-73.

⁵² *Ibidem*, par. 66.

⁵³ Si veda la notizia riportata in *Court Orders Freeport to Clean Up Its Act*, in *Down to Earth*, november 2001, reperibile al sito dte.gn.apc.org/51frp.htm.

tortura e lavoro forzato. L'Unocal, onde evitare che la propria colpevolezza potesse essere accertata in giudizio e che la corte potesse obbligarla a un risarcimento di ammontare imprevedibile, nel 2004 si è impegnata a risarcire le vittime degli illeciti lamentati e finanziare programmi finalizzati allo sviluppo e al miglioramento delle condizioni locali sociali e sanitarie⁵⁴. L'8 giugno 2009 anche la causa *Wiwva v. Royal Dutch and Shell Transport and Trading Company* si è conclusa con l'adozione di un accordo stragiudiziale con cui la società convenuta si è impegnata a creare un fondo destinato alla realizzazione di infrastrutture e programmi di sviluppo a favore della popolazione Ogoni, vittima delle attività condotte dalla società estrattiva nella zona del delta del Niger, e a versare un ammontare complessivamente pari ad 11 milioni di dollari, destinato ad indennizzare gli individui che avevano fatto valere le proprie doglianze nel procedimento instaurato, ed in questo modo definitivamente estinto, dinanzi alle corti statunitensi⁵⁵. Infine, anche la Pfizer il 3 aprile 2009 ha concluso un accordo stragiudiziale con il governo nigeriano, a favore del quale si è impegnata a pagare la somma di 75 milioni di dollari, estinguendo in tal modo la controversia, già menzionata, pendente dinanzi alle corti statunitensi⁵⁶.

Questi accordi acquisiscono un rilievo centrale, nella misura in cui, sia pur senza farne esplicita ammissione, costituiscono prova della consapevolezza delle imprese multinazionali circa il proprio coinvolgimento nel compimento di violazioni degli standard internazionali in materia di tutela dei diritti umani e sociali. Essi assurgono pertanto ad espressione della progressiva acquisizione, da parte di queste ultime, di responsabilità nei confronti delle comunità e degli individui lesi dallo svolgimento delle loro attività economiche nei Paesi.

⁵⁴ Così il comunicato del di Earth Rights International, di cui al sito http://www.earthrights.org/legalfeature/final_settlement_reached_in_doe_v._unocal.html.

⁵⁵ *Wiwva v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited, Settlement Agreement and Mutual Release*, 8 giugno 2009.

⁵⁶ La notizia è reperibile al sito www.business-humanrights.org.

III sessione

L'azione dei giudici internazionali e nazionali
nella definizione ed applicazione delle norme
di diritto internazionale umanitario

Introduzione alla terza sessione

La terza sessione del convegno, presieduta dal Prof. Edoardo Greppi e dalla Prof.ssa Silvia Cantoni è stata dedicata a «*L'azione dei giudici internazionali e nazionali nella definizione ed applicazione delle norme di diritto internazionale umanitario*». La scelta di tale tema ha dato occasione per discutere i risultati della ricerca condotta dall'unità dell'Università di Torino nell'ambito del PRIN 2007 sul tema «Le violazioni gravi delle norme sulla condotta delle ostilità nelle guerre moderne: problemi di controllo, repressione penale e risarcimento alle vittime».

Uno degli aspetti che il progetto di ricerca si è infatti proposto di analizzare è la giurisprudenza internazionale, in particolare quella dei tribunali penali misti relativa ai conflitti armati 'non-internazionali'. Nell'ambito del convegno, sciolti i nodi preliminari sulla natura e la corretta collocazione teorica dei tribunali penali misti, l'attenzione si è spostata sull'esame della giurisprudenza internazionale relativa al problema dei bambini soldato. Successivamente, è stato considerato il ruolo dei corrispondenti di guerra nella raccolta delle prove e la gestione dei testimoni nei processi penali internazionali.

In particolare, il contributo di Emanuele CIMIOTTA considera i tribunali penali misti e ne mette in discussione il tradizionale inquadramento teorico basato sulla struttura organizzativa e la competenza giurisdizionale. L'Autore esclude che tali organi giurisdizionali configurino una categoria normativa a sé, ritenendo piuttosto che essi debbano correttamente intendersi rappresentare una categoria 'funzionale' di organi interni. Essi sarebbero pertanto distinguibili proprio in base alla funzione che svolgono, connotata da un rilievo internazionale e, in particolare, connessa alle attività di *post-conflict peace-building* delle Nazioni Unite nei territori in cui i tribunali sono istituiti. Una simile ricostruzione consente all'Autore di isolare dal fenomeno considerato l'istituzione di taluni organi (quali il Tribunale penale supremo iracheno, la Camera per i crimini di guerra della Bosnia-Erzegovina e il Tribunale speciale per il Libano) che, pur utiliz-

zando una struttura organizzativa simile a quella dei tribunali penali misti, perseguono finalità differenti.

Un caso specifico di tribunale penale misto è considerato nel saggio di Chiara RAGNI, in cui l'Autrice ha inteso valutare il contributo offerto dalla giurisprudenza della Corte speciale per la Sierra Leone allo sviluppo del diritto internazionale, per quanto concerne in particolare la determinazione della natura giuridica della Corte stessa e la sua competenza *ratione materiae*. L'Autrice – pur non mancando di discutere i limiti dell'approccio che individua nell'Accordo tra le Nazioni Unite e il governo sierraleonese l'unico elemento utile a ricostruire la natura giuridica della Corte – illustra come il riferimento alla natura internazionale dell'organo sia stato strumentale non solo alla dichiarazione della sua legittimità, ma anche al riconoscimento della sua giurisdizione su un Capo di Stato, nonché al rifiuto di rispettare le amnistie concesse dal governo della Sierra Leone. Dopo alcune riflessioni sull'applicazione da parte della Corte speciale degli articoli 3 e 4 del suo Statuto, l'Autrice si sofferma in particolare sulla decisione della Camera d'Appello nel caso *Normann*, rispetto all'esistenza di una norma consuetudinaria in materia di arruolamento e utilizzo nelle ostilità dei minori di 15 anni di età.

Il tema dei bambini soldato è oggetto del contributo di Salvatore Fabio NICOLOSI: nell'analizzare uno dei fenomeni più incresciosi e preoccupanti dei conflitti armati moderni, l'Autore individua nel caso *Lubanga Dyilo*, all'esame della Corte penale internazionale, un *test-case* per la repressione del reclutamento di minori. L'Autore presenta alcune considerazioni circa la nozione di «bambino-soldato» ricavabile da strumenti di diritto umanitario e sui diritti umani e argomenta l'opportunità di perseguire i responsabili del reclutamento non solo per tale condotta, ma anche per i crimini di guerra commessi dai minori costretti a partecipare direttamente alle ostilità. In conclusione, viene auspicato il pieno riconoscimento dei bambini-soldato come vittime in senso assoluto.

Nello studio di Mariangela ATTANASIO viene considerato ed analizzato il caso *Randal* nel quale il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia ha riconosciuto ai corrispondenti di guerra un *qualified privilege* in base al quale essi non possono essere costretti a testimoniare nel corso di un processo penale internazionale. L'Autrice riconosce ed argomenta la facoltà di creare un simile privilegio in capo al Tribunale e analizza il necessario bilanciamento da operarsi tra diversi interessi in gioco (la libertà d'espressione dei giornalisti, il diritto della comunità internazionale all'informazione relativa agli atti commessi durante un conflitto armato e il rispetto delle garanzie giurisdizionali dell'accusato). L'Autrice esamina poi il considerevole ri-

ferimento compiuto dalla Camera d'Appello del Tribunale alla protezione offerta alle fonti giornalistiche dagli ordinamenti interni e offre alcuni argomenti rispetto al possibile utilizzo del *journalistic privilege* da parte della Corte penale internazionale.

Il saggio di Claudia MORINI offre alcune considerazioni sull'evoluzione della disciplina della testimonianza nel contesto della Corte penale internazionale, con particolare riferimento, da una parte, alla protezione dei testimoni e, dall'altra, alla pratica del *witness proofing*. Quanto al primo aspetto, l'Autrice si sofferma in particolare su misure quali la non divulgazione dell'identità del testimone prima di un certo momento, la sua protezione dal pubblico e dai media, la possibilità di testimoniare senza dover vedere l'imputato e la speciale garanzia dell'anonimato. Sono inoltre considerate le particolari esigenze legate dell'escussione di testimoni-bambini. Per quanto riguarda il *witness proofing*, ovvero la 'preparazione' del testimone prima che esso deponga in udienza, l'Autrice ripercorre le principali decisioni giurisprudenziali che hanno segnato un diverso approccio da parte dei diversi organi giurisdizionali internazionali rispetto alla sua legittimità ed ammissibilità.

Sull'inquadramento giuridico dei tribunali penali misti

di Emanuele Cimiotta*

SOMMARIO: 1. Premessa: la prospettiva accolta dalla dottrina prevalente con riguardo all'inquadramento dei tribunali penali misti. Critica. – 2. Il bilanciamento sempre diverso tra le «componenti» interne e internazionali dei tribunali penali misti. – 3. Ricostruzione del fenomeno in base a due variabili: una *formale* e una *funzionale*. – 4. (segue): la natura giuridica dei tribunali penali misti. – 5. (segue): la funzione svolta dai tribunali penali misti nel quadro dell'ordinamento internazionale. – 6. La nascita, negli ultimi anni, di organi che utilizzano l'impianto organizzativo dei tribunali penali misti per finalità diverse da quelle che ne hanno giustificato l'emersione.

1. *Premessa: la prospettiva accolta dalla dottrina prevalente con riguardo all'inquadramento dei tribunali penali misti. Critica*

La recente istituzione di organi giudiziari con competenze penali sui crimini internazionali individuali – in particolare, gli *Special Panels for Serious Crimes* a Timor orientale¹, i *Regulation 64 Panels* in

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale - Università degli Studi di Roma «La Sapienza».

¹ Creati il 6 giugno 2000 dall'UNTAET (*United Nations Transitional Administration in East Timor*) – missione dell'ONU incaricata di amministrare il territorio di Timor orientale allo scopo di guidare la comunità locale verso la formazione di uno Stato indipendente – con il regolamento n. 15 (UNTAET/REG/2000/15), adottato in esecuzione della riforma del sistema giudiziario timorese varata sempre dall'UNTAET con il regolamento n. 11 del 6 marzo 2000 (UNTAET/REG/2000/11). A partire dal 20 maggio 2005, dopo quasi cinque anni di attività, gli *Special Panels* non sono più in funzione. I provvedimenti riguardanti l'istituzione e il funzionamento dei *Panels* sono reperibili su www.jsmp.mihub.org (ultimo accesso: 25 ottobre 2009). In argomento v. S. LINTON, *Prosecuting Atrocities at the District Court of Dili*, in *Melbourne JIL*, 2001, p. 414 ss.; S. KATZENSTEIN, *Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor*, in *Harvard HRJ*, 2003, p. 245 ss.; M. OTHMAN, *East Timor: A Critique of the Model of Accountability for Serious Human Rights and International Humanitarian Law Violations*, in *Nordic JIL*, 2003, p. 449 ss.

Kosovo², la Corte speciale per la Sierra Leone³ e le Camere straordinarie cambogiane⁴ – pone soprattutto il problema di verificare se essi diano vita a una nuova categoria di giurisdizioni penali.

² Istituiti il 15 dicembre 2000 dall'UNMIK (*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*) – missione dispiegata dall'ONU per governare la regione kosovara in attesa che fosse definito lo *status* politico dell'area – con il regolamento n. 64 (UNMIK/REG/2000/64). Nonostante il 17 febbraio 2008 il Kosovo abbia proclamato la propria indipendenza dalla Serbia, la missione di amministrazione territoriale delle Nazioni Unite ha continuato e continuerà a operare, in forza della sua risoluzione istitutiva, finché il Consiglio di Sicurezza non deciderà altrimenti (cfr., tra i vari rapporti del Segretario generale in questo senso, UN Doc. S/2008/211 del 28 marzo 2008); i *Regulation 64 Panels* dunque sono rimasti in funzione. Per i testi dei provvedimenti sulla formazione dei *Panels* si veda www.unmikonline.org (ultimo accesso: 25 ottobre 2009). In argomento v. J.S. ZUBILLAGA e Y. GAMARRA, *Towards the Rule of Law in Kosovo: The Judicial System Under International Administration*, in GC, 2006, vol. I, p. 165 ss.; G. SERRA, *Le corti penali 'ibride': verso una quarta generazione di tribunali internazionali penali? Il caso del Kosovo*, Napoli, 2007; R. CAROLAN, *An Examination of the Role of Hybrid International Tribunals in Prosecuting War Crimes and Developing Independent Domestic Court Systems: The Kosovo Experiment*, in TLCP, 2008, p. 9 ss.

³ Creata in base a un accordo stipulato il 16 gennaio 2002 tra l'ONU e il Governo della Sierra Leone, all'esito di un negoziato avviato su impulso del Consiglio di Sicurezza in accoglimento della richiesta di assistenza del Presidente della Sierra Leone (UN Doc. S/2000/786 del 12 giugno 2000) con la ris. 1315 del 14 agosto 2000. L'accordo, cui è allegato lo Statuto della Corte, è entrato in vigore il 12 aprile 2002, dopo essere stato ratificato ed eseguito dalla Sierra Leone in forza dello *Special Court Agreement, 2002 (Ratification) Act, 2002*. Tutti i documenti ora citati, compresi gli altri relativi all'istituzione e al funzionamento della Corte, sono disponibili su www.sc-sl.org (ultimo accesso: 25 ottobre 2009). Sulla Corte v., nell'ambito di una letteratura vastissima, S. BERESFORD e A.S. MULLER, *The Special Court for Sierra Leone: An Initial Comment*, in *Leiden JIL*, 2001, p. 635 ss.; E. NALIN, *La Corte speciale per la Sierra Leone*, in *CI*, 2002, p. 363 ss.; C.C. JALLOH, *The Contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Development of International Law*, in *African JICL*, 2007, p. 165 ss.

⁴ Il 17 marzo 2003 le Nazioni Unite e il Governo della Cambogia hanno raggiunto un accordo (c.d. *March Agreement*) allo scopo di regolare la cooperazione tecnica e finanziaria necessaria per assicurare, in conformità alle garanzie minime dell'equo processo, il funzionamento delle Camere straordinarie cambogiane. La loro istituzione, anche se mai concretizzata, era stata prevista da una legge dell'agosto 2001 (c.d. *Cambodian Law*), che ne aveva disposto l'introduzione nel sistema giudiziario nazionale. L'esecuzione del *March Agreement* nell'ordinamento cambogiano è avvenuta il 27 ottobre 2004, con un atto legislativo che ha provveduto a uniformare la *Cambodian Law* ai contenuti normativi del medesimo. L'accordo è entrato in vigore il 29 aprile 2005. Per i testi degli atti relativi alla creazione delle Camere si veda www.eccc.gov.kh (ultimo accesso: 25 ottobre 2009). Sulle Camere v. per tutti S. WILLIAMS, *The Cambodian Extraordinary Chambers. A Dangerous Precedent for International Justice?*, in *ICLQ*, 2004, p. 227 ss.; I. THOMAS, *Le procès des hauts responsables du Kampuchea Démocratique: entre droit interne et droit international*, in *RGDIP*, 2006, p. 901 ss.; G. SERRA, *Tutela dei diritti umani e amministrazione della giustizia penale nella prima pronuncia delle Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, in *DUDI*, 2008, p. 180 ss.

La dottrina largamente prevalente tende in effetti a inquadrare questi enti in una categoria autonoma, denominata «tribunali penali misti»⁵, enfatizzando, quali parametri determinanti in tal senso, la struttura organizzativa e la competenza giurisdizionale. In particolare, l'indicata categoria sarebbe costituita da organismi caratterizzati dal fatto di essere composti da magistrati, difensori e funzionari amministrativi in parte cittadini dello Stato dove sono insediati, in parte cittadini stranieri o comunque designati da autorità diverse dalle statali; e di essere destinati a pronunciarsi su fattispecie criminose di derivazione al contempo internazionale e interna, in applicazione di norme sostanziali e procedurali prodotte tanto dal diritto locale quanto dal diritto internazionale⁶. Infine, tale classificazione sarebbe dovuta alla

Si vedano inoltre i contributi di vari autori al *Symposium* intitolato *Cambodian Extraordinary Chambers - Justice at Long Last?*, in *JICJ*, 2006, p. 283 ss.

⁵ Per alcuni riferimenti necessariamente selettivi v. S. LINTON, *Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice*, in *CLF*, 2001, p. 185 ss.; D. TURNS, 'Internationalized' or ad hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: *The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia*, in *ARIEL*, 2001, p. 123 ss.; C.P.R. ROMANO, *Mixed Jurisdictions for East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia: The Coming of Age of Internationalized Criminal Bodies?*, in *GC*, 2002, vol. I, p. 97 ss.; L.A. DICKINSON, *The Promise of Hybrid Courts*, in *AJIL*, 2003, p. 295 ss.; P. PAZARTZIS, *Tribunaux pénaux internationalisés: une nouvelle approche de la justice pénale (inter)nationale?*, in *AFDI*, 2003, p. 641 ss.; C.P.R. ROMANO e T. BOUTRUCHE, *Tribunaux pénaux internationalisés: état des lieux d'une justice 'hybride'*, in *RGDIP*, 2003, p. 109 ss.; J. COCKAYNE, *The Fraying Shoestring: Rethinking Hybrid War Crimes Tribunals*, in *Fordham ILJ*, 2005, p. 616 ss.; E.R. HIGONNET, *Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform*, in *Arizona JICL*, 2006, p. 347 ss.; S.M.H. NOUWEN, *Combining Ownership and Neutrality in the Prosecution of International Crimes: Theory and Reality of Mixed Tribunals*, in *NQHR*, 2007, p. 255 ss.; A. DEL VECCHIO, *I tribunali penali «internazionalizzati»*, in G. VENTURINI e S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*. Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 249 ss. Si vedano inoltre gli scritti di vari autori raccolti nei seguenti volumi: K. AMBOS e M. OTHMAN (a cura di), *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Freiburg, 2003; C.P.R. ROMANO, A. NOLLKAEMPER e J.K. KLEFFNER (a cura di), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford, 2004 e H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD e J.-M. SOREL (a cura di), *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, 2006. V. poi, tra i lavori monografici, T. KUOSMANEN, *Bringing Justice Closer: Hybrid Courts in Post-Conflict Societies*, Helsinki, 2007 e A.-C. MARTINEAU, *Les juridictions pénales internationalisées. Un nouveau modèle de justice hybride?*, Paris, 2007.

⁶ Quelle che seguono sono, schematizzando al massimo, la struttura e la giurisdizione di ciascun tribunale penale misto.

La Corte speciale per la Sierra Leone si articola in due Camere di prima istanza (formate da tre giudici: due nominati dal Segretario generale dell'ONU e uno dal Governo leonese) e una Camera d'appello (in cui siedono cinque magistrati: tre de-

collocazione dei tribunali penali misti all'interno dello Stato dove si sono consumati gli eventi illeciti che ricadono nella loro potestà repressiva⁷.

signati dal Segretario generale e due dal Governo di Freetown). La Procura è diretta da un Procuratore capo scelto dal Segretario generale, il quale è assistito da un Procuratore aggiunto nominato dal Governo africano. Infine, alla guida della Cancelleria vi è un Cancelliere reclutato dal Segretario generale tra i funzionari dell'ONU. La Corte è chiamata a giudicare coloro su cui ricadono le maggiori responsabilità per le gravi violazioni del diritto internazionale umanitario (crimini di guerra e contro l'umanità) e del diritto penale locale (abusi sessuali e distruzione di edifici) perpetrate nel territorio della Sierra Leone a partire rispettivamente dal 30 novembre 1996 e dal 7 luglio 1999.

Le Camere straordinarie cambogiane si ramificano in una Camera di primo grado (tre magistrati cambogiani e due stranieri), una *Supreme Court Chamber* (quattro cambogiani e tre stranieri), due *co-investigating judges* (uno cambogiano e uno straniero), due *co-prosecutors* (ancora uno cambogiano e uno straniero), una Camera preliminare (tre cambogiani e due stranieri) e una Cancelleria (un Direttore cambogiano e un vice Direttore straniero). I giudici e i pubblici ministeri interni sono designati dall'organo di autogoverno della magistratura locale, che nomina anche i loro omologhi stranieri in base a una lista di candidati presentata dal Segretario generale dell'ONU. Le Camere esercitano la loro giurisdizione sui vertici della Kampuchea Democratica e sugli individui maggiormente responsabili dei crimini internazionali (genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità) e dei reati previsti dal Codice penale cambogiano (omicidio, tortura e persecuzione religiosa) che sono stati consumati in Cambogia dal 17 aprile 1975 al 6 gennaio 1979.

Gli *Special Panels* a Timor est, invece, non costituivano una *self-contained entity*: due collegi erano distaccati presso la Corte distrettuale di Dili (tre giudici: uno timorese e due stranieri, tutti designati dall'UNTAET) e uno presso la Corte d'appello di Dili (con composizione identica ai collegi di primo grado). Anche la Procura e la Cancelleria erano parte integrante del complessivo sistema giudiziario timorese. I *Panels* avevano competenza esclusiva sui reati sanzionati dal diritto internazionale (genocidio, tortura, crimini di guerra e contro l'umanità) e dal Codice penale indonesiano (omicidio e violenze sessuali), senza particolari limiti di natura temporale e personale, ma solo di natura spaziale per i delitti di derivazione interna.

Quanto ai *Regulation 64 Panels*, è l'UNMIK a decidere se ricorrono le condizioni di cattiva gestione affinché un caso di cui si stia occupando un magistrato locale possa essere rimesso a uno speciale collegio composto da tre giudici, di cui almeno due di cittadinanza straniera: appunto un *Regulation 64 Panel*. Si tratta di organismi che possono essere creati all'occorrenza presso qualsiasi autorità giudiziaria kosovara con funzioni penali, per condurre qualunque procedimento, in applicazione del diritto penale locale. La competenza di cui i *Panels* sono dotati si estende potenzialmente sull'intera materia penale, senza particolari limiti temporali, spaziali o personali, se non quelli dettati dalla legislazione locale.

⁷ Così S. LINTON, *Cambodia*, cit., p. 185 ss.; W.W. BURKE-WHITE, *A Community of Courts: Towards a System of International Criminal Law Enforcement*, in *Michigan JIL*, 2002, p. 1 ss., p. 3 e *passim*; C.P.R. ROMANO, *op. cit.*, p. 99; K. AMBOS e M. OTHMAN, *Introduction*, in K. AMBOS e M. OTHMAN (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss., p. 2; L.A. DICKINSON, *op. cit.*, p. 295; P. PAZARTZIS, *op. cit.*, p. 642; J. COCKAYNE, *op. cit.*, p. 619; E.R. HIGONNET, *op. cit.*, p. 351; W. SCHABAS, *The UN*

Ora, ancorché sulle prime sembri convincente affidarsi a una ricostruzione in chiave *normativa* del fenomeno in discussione, l'impressione è piuttosto che ciò risponda soltanto a esigenze di carattere descrittivo. Viene da domandarsi allora se l'impostazione unitaria non sia in realtà scomponibile – in ragione del riscontro di un *diverso livello o tasso di internazionalizzazione* (cioè di un diverso bilanciamento tra «componenti interne» e «componenti internazionali») nei vari tribunali – alla luce sia degli stessi fattori che inducono la dottrina a raggiungere la conclusione da noi messa in discussione, sia di ulteriori parametri in grado di venire in rilievo a un più attento esame, e che ad esempio concernono la natura degli strumenti costitutivi dei membri della pretesa «famiglia»⁸. In altre parole, ci proponiamo di verificare se sia veramente giustificato sostenere l'esistenza di un unico paradigma giuridico-formale di tribunale penale misto, collocabile accanto ai modelli istituzionali attualmente in funzione nel panorama della giustizia penale internazionale⁹.

Qualora tale verifica dovesse avere esito negativo, occorrerà allora ricercare in *altre variabili* l'elemento «comune» che consenta eventualmente di attribuire un significato unitario al fenomeno in discorso.

2. *Il bilanciamento sempre diverso tra le «componenti» interne e internazionali dei tribunali penali misti*

Benché i limiti del presente lavoro non permettano di condurre un'indagine sufficientemente approfondita¹⁰, già a prima vista è possibile rilevare come la struttura e l'ambito di estensione materiale della giurisdizione dei tribunali penali misti mutino da caso a caso¹¹. Cia-

International Criminal Tribunals. The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, Cambridge, 2006, pp. 5-6; T. KUOSMANEN, *op. cit.*, pp. 4-7; G. SERRA, *op. cit.*, pp. 1-2, 29 ss.; A. DEL VECCHIO, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁸ La quale è a volte internazionale (accordo), a volte statale (legge parlamentare), altre volte ancora formalmente internazionale ma sostanzialmente interna (regolamenti delle operazioni di amministrazione diretta dei territori facenti capo alle Nazioni Unite). Agli stessi fini indicati nel testo rileva poi l'incidenza dell'attività dell'ONU sulla formazione e sul funzionamento dei tribunali penali misti, ma questo aspetto richiede una trattazione troppo ampia per essere approfondito in questa sede.

⁹ Alludiamo naturalmente alle giurisdizioni penali nazionali e alle giurisdizioni penali internazionali.

¹⁰ Per la quale ci sia consentito rinviare a E. CIMIOTTA, *I tribunali penali misti*, Padova, 2009, pp. 125-291.

¹¹ Analoghe conclusioni possono trarsi anche con riguardo ai limiti giurisdizionali di carattere personale, temporale e territoriale, ma, sempre per ragioni di spa-

scun tribunale sembra invero contraddistinguersi in funzione di un proprio grado di internazionalizzazione.

Così, partendo dall'organizzazione¹², si va da un grado minimo, nel caso delle Camere straordinarie cambogiane, a un grado massimo, nel caso della Corte speciale per la Sierra Leone. Le prime sono formate in prevalenza da personale cambogiano e (aspetto questo ancora più significativo ai nostri fini) tutti i magistrati e i funzionari amministrativi, siano essi locali o stranieri, sono nominati da autorità domestiche. Alle Nazioni Unite spetta soltanto il potere di proporre le candidature dei magistrati internazionali e di designare il vice Direttore della Cancelleria. Dall'analisi dell'architettura istituzionale della Corte speciale, invece, affiorano proporzioni diametralmente opposte. Il personale straniero assume infatti una dimensione preponderante rispetto a quello locale ed è nominato esclusivamente dal Segretario generale dell'ONU, mentre alle autorità statali è attribuito soltanto il potere di designare i magistrati e i procuratori leonesi.

Venendo ora alla portata materiale della giurisdizione, va evidenziato come anche qui si oscilli tra un grado minimo, nel caso dei *Regulation 64 Panels* in Kosovo, e un grado massimo, ancora nel caso della Corte speciale per la Sierra Leone. I primi operano in applicazione del solo diritto penale locale, potendo occuparsi di qualunque ipotesi di reato, giacché, al ricorrere di determinati presupposti di cattiva amministrazione della giustizia, si sostituiscono, nella conduzione dei procedimenti penali, alle autorità giudiziarie kosovare, assumendo in blocco le funzioni di queste ultime. Inoltre, l'atto istitutivo dei *Regulation 64 Panels* evita di elencare e specificare i crimini ricadenti nella loro giurisdizione. La competenza dei *Panels* si estende allora, almeno in potenza, sull'intera materia penale¹³. Quanto alla Corte speciale, non solo il suo Statuto è articolato in modo da accordare ai crimini internazionali un rilievo preminente rispetto ai delitti di diritto comune, ma, per il modo in cui questi ultimi sono formulati, essi finiscono, in astratto, per essere assorbiti dalle fattispecie normative dei *crimina iuris gentium*. Ne consegue, in concreto, che nella

zio, eviteremo di intrattenerci sul punto: v. pertanto ancora E. CIMIOTTA, *op. cit.*, pp. 293-330.

¹² E limitandoci a trattare i profili relativi alla composizione dei vari organi in cui i tribunali si ramificano al loro interno e alle modalità di selezione dei candidati a ricoprirne i posti.

¹³ Essa non è circoscritta, diversamente da quella degli altri tribunali in esame, alle *gross violations* perpetrate nel contesto di una particolare vicenda bellica o in un determinato periodo di tempo. Il che peraltro ha spinto i *Panels* a pronunciarsi in prevalenza sui reati di diritto interno, anziché sui crimini internazionali, come l'ampia prassi finora prodotta sta a testimoniare.

prassi della Corte nessuno è mai stato chiamato a rispondere di comportamenti sanzionati dalla legislazione penale leonese¹⁴.

In conclusione, dalla breve schematizzazione che precede emerge come la presunta categoria normativa dei tribunali penali misti *si apra* in realtà a una serie di varianti organizzative originali e fortemente diversificate¹⁵.

3. Ricostruzione del fenomeno in base a due variabili: una formale e una funzionale

A questo punto occorre verificare se il fenomeno in discussione possa essere ricondotto ad unità da un'altra prospettiva, così da vedere per giunta se l'approccio ricostruttivo che ci ha portati finora a registrarne la frammentazione «regga». Proviamo allora a collocarci in un'ottica meno rigida di quella assunta dalla dottrina dominante e ad allargare l'orizzonte all'analisi della *natura giuridica* e delle *finalità materialmente perseguite* dai tribunali¹⁶.

Ebbene, ciò che cercheremo di dimostrare, per quanto possibile in questa sede, è che i tribunali penali misti sono assimilabili proprio sotto questi due profili. Sul piano formale, essi hanno tutti natura di tribunali *interni*, poiché la loro attività giudiziaria incide in modo di-

¹⁴ Altro profilo «internazionalizzante» si ricava poi dalla significativa ingerenza dell'ONU nell'attività di selezione e definizione delle *figurae criminis* di origine internazionale introdotte nello Statuto. Essa è stata talmente penetrante da avere forzato in alcuni casi i dati normativi vigenti al momento della consumazione dei relativi illeciti. Si pensi, al riguardo, al reclutamento dei c.d. bambini soldato, nelle sue varie declinazioni accolte dalla lett. c) dell'art. 4 dello Statuto.

¹⁵ Per alcuni spunti nella direzione dell'inesistenza di un singolo modello normativo v. D. SHRAGA, *The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions*, in C.P.R. ROMANO, A. NOLLKAEMPER e J.K. KLEFFNER (a cura di), *op. cit.*, p. 15 ss., pp. 36-37; J.-M. SOREL, *Introduction*, in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD e J.-M. SOREL (a cura di), *op. cit.*, p. 11 ss., p. 21 ss.

¹⁶ L'analisi poi dovrebbe tenere conto anche del *ruolo* giocato dalle Nazioni Unite e/o dagli Stati membri con riguardo all'esistenza dei tribunali penali misti sul piano dell'*ordinamento internazionale*. D'altronde, sebbene si sia manifestato secondo direttrici e intensità di diverso contenuto, il coinvolgimento dell'ONU nell'istituzione e nella gestione dei tribunali rappresenta uno dei tratti distintivi primari del fenomeno in esame ed è suscettibile di giustificarne una trattazione unitaria. Posizioni analoghe sul punto sono prese da C.P.R. ROMANO e T. BOUTRUCHE, *op. cit.*, p. 112 e L. CONDORELLI e S. VILLALPANDO, *Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales*, in J.-P. COT, A. PELLET e M. FORTEAU (a cura di), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*³, Paris, 2005, p. 201 ss., p. 216. Tuttavia, i limiti del presente lavoro ci impediscono di approfondire questo tipo di indagine: si veda pertanto ancora E. CIMIOTTA, *op. cit.*, pp. 491-526.

retto e immediato sulle relazioni interindividuali, prim'ancora che su quelle interstatali, producendo *in primis* obblighi di diritto interno anziché di diritto internazionale¹⁷, anche se non sempre possono essere qualificati come organi statali, perché non sempre agiscono in nome dello Stato territoriale¹⁸. Sul piano sostanziale, essi sono poi depositari di una specifica *funzione* che rileva nel quadro dell'ordinamento internazionale (visto che si propongono di tutelare, in maniera prima tendenzialmente effettiva e poi, almeno nelle intenzioni, preventiva, alcuni valori essenziali della Comunità internazionale nel suo complesso), ricollegandosi in definitiva alle attività di *post-conflict peace-building* intraprese dalle Nazioni Unite nei diversi territori dove sono istituiti.

4. (segue): la natura giuridica dei tribunali penali misti

Per definire la natura giuridica dei tribunali penali misti è necessario preliminarmente individuare gli elementi suscettibili di determinare la *natura internazionale* di un organo giudiziario, per poi verificare se essi posseggano o meno tali elementi¹⁹. In proposito, è noto come l'operare, anche in passato, di autorità giudiziarie di dubbia caratterizzazione²⁰ abbia profondamente diviso la dottrina, che ha adot-

¹⁷ Alcuni autori condividono la tesi della natura interna di *tutti* gli organi che ricadono nel nostro campo di indagine, anche se sull'errato presupposto secondo cui questi farebbero *tutti* parte del sistema giudiziario dei relativi Stati territoriali: v. W.W. BURKE-WHITE, *op. cit.*, p. 23. Tuttavia, occorre piuttosto ritenere che alcuni di essi, e in particolar modo la Corte speciale per la Sierra Leone, conservino una certa autonomia rispetto al preesistente assetto giudiziario nazionale. Così anche S. LINTON, *Cambodia*, cit., p. 185 e N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*³, Torino, 2006, pp. 215-216.

¹⁸ Sul fenomeno per certi versi analogo delle strutture non statali preposte all'esercizio di poteri governativi nei confronti di una determinata comunità territoriale (si pensi ad esempio alle amministrazioni internazionali di territori gestite dalle organizzazioni internazionali), che danno vita a ordinamenti interindividuali ancorché la loro attività non sia formalmente ascrivibile a nessuno Stato, v. le riflessioni mai superate della scienza internazionalistica classica: L.M. BENTIVOGLIO, *Bipolarità dell'organizzazione internazionale: comunità degli Stati o comunità dei popoli?*, in *DI*, 1965, p. 3 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*⁵, Napoli, 1968, pp. 83-84; G. ARANGIO-RUIZ, voce *Stati e altri enti (Soggettività internazionale)*, in *NssDI*, vol. XVIII, Torino, 1971, p. 132 ss., pp. 191-213.

¹⁹ L'indicato raffronto non può che avere come termine di paragone i tribunali penali internazionali, i quali, nel panorama della «giurisdizione internazionale», presentano evidentemente i maggiori punti di contatto e di similitudine con i tribunali allo studio.

²⁰ Si pensi tra gli altri ai Tribunali arbitrali misti, alla Commissione centrale per

tato una serie diversificata di approcci metodologici²¹, quasi tutti però per vari motivi²² incapaci di indicare soluzioni idonee a risolvere il problema con riguardo alle numerose varianti istituzionali via via comparse nella prassi.

A noi sembra che un valido punto di partenza per sgombrare il campo da confusioni teoriche è dato da quell'orientamento, sviluppato in particolar modo dalla dottrina francese, che tende a fare leva sulla natura dell'*ordinamento giuridico*²³ che attribuisce all'organo il *potere giurisdizionale* e alle sue pronunce l'*autorità giurisdizionale*²⁴. Tuttavia, pur dovendosi accogliere nei suoi postulati basilari, questa tesi va a nostro avviso rivista almeno in parte, in modo da prendere in considerazione sia le *effettive modalità di funzionamento* sia l'*ordinamento*, interno o internazionale, entro il quale l'attività giudiziaria dell'organo sulla cui natura si indaga è principalmente destinata a *produrre i propri effetti*²⁵. Si osservi in proposito che, per avere fun-

il Reno, ai Tribunali per la navigazione sul Reno, ai Tribunali misti istituiti in Egitto, ai Tribunali per la navigazione sulla Mosella e ai Tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo.

²¹ Si distinguono, in via di prima approssimazione, una teoria «pluralistica» da una «monistica» e una «relativistica», a seconda del numero degli elementi costitutivi della nozione di «tribunale internazionale» e del modo in cui essi sono presi in considerazione.

²² Sui quali non è possibile diffondersi in questa sede: ci sia consentito pertanto rinviare nuovamente a E. CIMIOTTA, *op. cit.*, pp. 47-61.

²³ Anziché del solo *strumento costitutivo*, come invece molti autori sostengono: v. per tutti H. Kelsen, *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, in *RdC*, 1932, vol. 42, p. 117 ss., p. 168; C.F. AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague, 2003, p. 10.

²⁴ Secondo questa impostazione sarebbe dunque necessario domandarsi quale sia l'ordinamento giuridico in nome del quale il tribunale espleta la propria attività e su cui riposa il potere di adottare decisioni efficaci e vincolanti. Occorre chiedersi insomma in quale ordinamento, interno o internazionale, l'organo sia incardinato sul piano funzionale. V. L. CAVARÉ, *La notion de juridiction internationale*, in *AFDI*, 1956, p. 496 ss., p. 509; C. SANTULLI, *Les juridictions de droit international: essai d'identification*, in *AFDI*, 2001, p. 45 ss., p. 56 ss.; H. ASCENSIO, *La notion de juridiction internationale en question*, in *SFDI, Colloque de Lille. La juridictionnalisation du droit international*, Paris, 2003, p. 163 ss., p. 177 ss.

²⁵ Riteniamo necessario insomma adottare una metodologia di indagine che passi per quello che potrebbe essere definito «criterio dell'ordinamento all'interno del quale si producono primariamente le conseguenze dell'attività giurisdizionale». Questa sembra essere la via che più di ogni altra consente di dimostrare l'ipotesi da cui intendiamo muovere: un organo internazionale è per sua natura destinato ad agire nella sfera dell'ordinamento internazionale, con l'ovvia conseguenza di essere posizionato all'esterno degli ordinamenti statali, sia sul piano formale sia sul piano funzionale. La qual cosa evidentemente si ripete anche per gli organi internazionali depositari di funzioni giudiziarie. I tribunali internazionali *non sono* organi propri dello Stato sul cui territorio si trovano le loro strutture, né di qualsivoglia altro Stato (v. tra i

zioni penali, i tribunali penali internazionali, così come i tribunali al centro della nostra indagine, non possono prescindere dalla necessità di realizzare attività operative, quali quelle di polizia giudiziaria e di acquisizione probatoria, che implicano l'esercizio di poteri coattivi nei confronti degli individui²⁶.

Orbene, vediamo innanzitutto qual è il modo di essere e di operare delle giurisdizioni penali puramente internazionali. Al pari dei tradizionali mezzi arbitrali di risoluzione delle controversie tra Stati, la Corte penale internazionale e i Tribunali penali internazionali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda sono situati e agiscono all'esterno degli ordinamenti statali, sono indipendenti anche rispetto agli ordinamenti degli Stati di sede, e si collocano funzionalmente nel quadro dell'ordinamento internazionale. Le loro decisioni vincolano gli Stati in blocco – e non i singoli organi statali – in quanto soggetti di tale ordinamento. Esse non hanno di per sé forza obbligatoria negli ordinamenti statali, vale a dire non creano obblighi di diritto interno, salvo laddove ciò sia da questi ultimi espressamente previsto. È l'ordinamento di ciascuno Stato a stabilire se, come e in quale misura accordare efficacia vincolante al proprio interno alle pronunce rese dai tribunali indicati²⁷, analogamente a quanto in genere accade in relazione alle norme di diritto internazionale.

Quanto alle modalità di funzionamento, è ampiamente noto come le giurisdizioni penali internazionali non abbiano a disposizione forze di polizia attive nel territorio dove sono localizzate, né nei luoghi

tanti H.G. SCHERMERS e N. BLOKKER, *International Institutional Law. Unity within Diversity*³, The Hague/Boston/Leiden, 1995, p. 407 ss. e C.F. AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, 1996, p. 160 ss.). Ciò vuol dire che nessuno Stato può esercitare le proprie prerogative sovrane su tali enti, né risponde dell'attività dei medesimi.

Anche A. CASSESE, *Il diritto interno nel processo internazionale*, Padova, 1962, che pure in linea di principio sembra aderire all'indirizzo «pluralista», quando si trova a dover esaminare la natura giuridica di organismi di faticosa classificazione è portato a valersi non soltanto dei criteri che aveva in partenza reputato decisivi ai fini della determinazione della natura degli organi giudiziari, «ma anche [di] un ulteriore criterio costituito dall'ordinamento nell'ambito del quale l'atto giurisdizionale produce i suoi effetti» (pp. 38-40, spec. la nota 25bis).

²⁶ Alludiamo in particolare all'arresto e alla detenzione degli indagati e degli accusati, come pure alla comparizione di sospetti, vittime e testimoni affinché siano ascoltati relativamente agli eventi descritti negli atti di imputazione, alla raccolta e all'acquisizione di prove materiali e documentali – attraverso ad esempio l'ispezione dei luoghi, il sequestro e la confisca di beni e documenti, la perquisizione personale e domiciliare –, e infine all'esecuzione delle sentenze di condanna e delle altre decisioni dotate di effetti coercitivi.

²⁷ E dunque quali enti debbano mettersi in moto, e con quali poteri, per implementarle.

dove sono stati perpetrati gli illeciti sui quali sono destinate ad affermare la loro potestà repressiva²⁸. Ne deriva che queste giurisdizioni non possono eseguire in modo autonomo le proprie decisioni, ma devono a tale scopo rimettersi necessariamente alle autorità governative nazionali, *anche* qualora le operazioni di polizia giudiziaria o di acquisizione probatoria di cui hanno bisogno vadano realizzate *esclusivamente* all'interno degli spazi sottoposti alla sovranità degli Stati sui cui territori sono incardinate²⁹. Gli individui le cui responsabilità criminose esse sono chiamate ad accertare rimangono in partenza sotto l'esclusivo *imperium* degli Stati. In linea di principio, pertanto, tra gli individui e le giurisdizioni penali internazionali non sussiste alcun contatto diretto³⁰.

²⁸ Si ricordi in proposito che, fatto salvo il caso in cui la Corte penale internazionale sia chiamata a pronunciarsi su condotte illecite consumate all'interno delle aree sottoposte alla sovranità territoriale olandese, l'istituzione dei tribunali penali internazionali ha avuto luogo finora in territori lontani dai *loci commissi delicti*.

²⁹ Senza l'intermediazione delle autorità governative nazionali, le giurisdizioni penali internazionali non possono ad esempio dare corso ai mandati di arresto spiccati nei confronti di soggetti indagati o imputati, reperire i documenti che possono rivelarsi utili ai fini processuali o costringere i testimoni a comparire in giudizio. Ciò spiega come mai il sistema di cooperazione attualmente in vigore tra Stati e tribunali penali internazionali sia basato sulla trasmissione degli atti per vie diplomatiche (cfr., ad esempio, l'art. 86 dello Statuto di Roma) e non comporti una relazione *diretta* tra i secondi e le autorità statali diverse dal Governo in carica, in particolare le forze di polizia normativamente e territorialmente deputate all'attuazione coercitiva dei comandi giudiziari nei rispettivi territori nazionali.

³⁰ L'effettività di tali enti dipende dunque dall'assistenza degli Stati. Per soddisfare siffatta esigenza, i loro Statuti impongono agli Stati di collaborare nello svolgimento delle indagini e dei processi relativi ai responsabili dei crimini di loro competenza. L'obbligo così sancito chiama in sostanza gli Stati a prendere tutte le misure necessarie per dare corso alle richieste e agli ordini adottati dai tribunali penali internazionali, aventi ad oggetto la localizzazione delle persone, l'acquisizione delle testimonianze e la produzione delle prove documentali, l'arresto, la detenzione o il trasferimento degli individui sospettati o imputati: cfr. l'art. 29 dello Statuto del Tribunale per la ex Jugoslavia, l'art. 28 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda e gli artt. 86 e 87 dello Statuto della Corte penale internazionale. Va peraltro notato che, nel rispetto del principio dell'autonomia dell'organizzazione statale interna, l'obbligo di cooperare incombe sugli Stati nel loro complesso, cosicché ai tribunali penali internazionali non è consentito indirizzare richieste di collaborazione a singoli organi statali, come riconosciuto dalla stessa Camera d'appello del Tribunale per la ex Jugoslavia: *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, IT-95-14, *Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997* del 29 ottobre 1997, paragrafi 42-43. Tali atti, invece, devono essere trasmessi agli apparati governativi, i quali provvederanno a inoltrarli alle autorità territorialmente e materialmente competenti ai sensi degli ordinamenti locali. Gli Stati, infatti, restano liberi di uniformarsi all'obbligo di collaborare nelle forme e con le modalità che meglio credono. Da un'indagine sulle legislazioni di adattamento agli Statuti dei tribunali penali internazionali risulta che l'esecuzione dell'obbligo di cooperare, specie

Ora, benché il discorso sia piuttosto lungo e complesso e per ovvi motivi non possa essere sviluppato in questa sede, è comunque possibile sottolineare come i tribunali penali misti *non* presentino gli elementi di internazionalità messi in luce finora, differenziandosi dai tribunali penali internazionali proprio perché le conseguenze giuridiche della loro attività si determinano primariamente all'*interno* degli ordinamenti degli Stati dove sono istituiti – anziché nell'ordinamento internazionale –, incidendo direttamente sulla sfera giuridico-soggettiva dei privati. In effetti, i tribunali allo studio godono del potere di mettere in moto, a prescindere dall'interposizione degli apparati governativi locali, le autorità preposte allo svolgimento di operazioni di polizia giudiziaria e acquisizione probatoria entro i confini dei territori dove sono impiantati, finendo così per stabilire, in quei territori, un collegamento immediato con gli individui a vario titolo sottoposti alla loro giurisdizione. Essi non si posizionano funzionalmente nel quadro dell'ordinamento internazionale, ma nell'ambito degli ordinamenti giuridici interni dei rispettivi Stati territoriali, e il loro modo di essere e di agire in linea di principio non è opponibile a Stati diversi da questi ultimi³¹.

Ciò vale – nonostante il diverso parere di molti autori³², del Se-

nelle fasi dell'arresto e del trasferimento degli individui, non ha portato in nessun caso ad attribuire ai tribunali il potere di disporre direttamente delle forze di polizia nazionali. Al contrario, l'implementazione degli ordini di cattura e/o consegna passa attraverso il filtro delle autorità giudiziarie o, a seconda dei casi, delle autorità governative, le quali sono chiamate a verificare il rispetto delle condizioni appositamente stabilite dalle legislazioni degli Stati di appartenenza: M. CASTELLANETA, *La cooperazione fra Stati e Tribunali penali internazionali*, Bari, 2002, pp. 301-305 e 332-338.

³¹ Se provassimo poi ad applicare ai tribunali penali misti i vari metodi prospettati dalle principali correnti dottrinali al fine di determinare la natura internazionale di un organo giudiziario (v. *ante* la nota 21), approderemmo inevitabilmente a risultati fuorvianti, viziati da contraddizioni irreparabili: v. E. CIMIOTTA, *op. cit.*, pp. 332-338.

³² V., con riguardo alla Corte speciale per la Sierra Leone, F. DE SANCTIS, *L'immunità dalla giurisdizione delle corti penali internazionali: il caso Taylor e la Corte speciale per la Sierra Leone*, in *CI*, 2004, p. 693 ss., p. 698; M. FRULLI, *The Question of Charles Taylor's Immunity. Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?*, in *JICJ*, 2004, p. 1118 ss., p. 1123; C. RAGNI, *Immunity of Heads of State: Some Critical Remarks on the Decision of the Special Court for Sierra Leone in the Charles Taylor Case*, in *IYIL*, 2004, p. 273 ss., pp. 278-280; S.M.H. NOUWEN, *The Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The Arrest Warrant Case Continued*, in *Leiden JIL*, 2005, p. 645 ss., p. 650; W. SCHABAS, *op. cit.*, p. 6; C.C. JALLOH, *op. cit.*, p. 191 ss., spec. pp. 192-193. V. poi, con riguardo ai *Panels* misti istituiti in Kosovo e a Timor orientale, B. SAUL, *Was the Conflict in East Timor 'Genocide' and Why Does it Matter?*, in *Melbourne JIL*, 2001, p. 477 ss., p. 490 e A. ZAHAR e G. SLUITER, *International Criminal Law*, Oxford, 2008, p. 12.

gretario generale delle Nazioni Unite³³ e dei giudici della Corte speciale per la Sierra Leone³⁴ – anche per quei tribunali penali misti che presentano gli aspetti più controversi, come la stessa Corte speciale e i *Panels* kosovari e timoresi, in ragione, a seconda dei casi, della disciplina attuativa dello strumento istitutivo (Corte speciale) o del complessivo contesto normativo e istituzionale in cui essi sono venuti ad esistere e operare (*Panels* kosovari e timoresi)³⁵.

5. (segue): la funzione svolta dai tribunali penali misti nel quadro dell'ordinamento internazionale

Benché siano organi integrati negli ordinamenti giuridici dei rispettivi Stati territoriali agli effetti sopra indicati, per le finalità materiali del loro operato i tribunali in esame denotano al contempo una dimensione internazionalistica³⁶. A ben vedere, essi si pongono

³³ Cfr. *Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, UN Doc. S/2000/915 del 4 ottobre 2000, par. 9.

³⁴ La quale per mezzo della sua Camera d'appello si è più volte autodefinita, a nostro modo di vedere impropriamente, come una giurisdizione «truly international», operante unicamente nella sfera dell'ordinamento giuridico internazionale: *Prosecutor Against Morris Kallon, Samuel Hinga Norman, Brima Bazzy Kamara*, SCSL-04-14-AR72(E)-035, *Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction* del 13 marzo 2004, par. 38 ss.; *Prosecutor Against Morris Kallon, Brima Bazzy Kamara*, SCSL-04-16-AR72(E)-033, *Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty* del 13 marzo 2004, paragrafi 14, 85 e 88; *Prosecutor Against Augustine Gbao*, SCSL-04-15-PT-141, *Decision on the Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court* del 25 maggio 2004, par. 6; *Prosecutor Against Charles Ghankay Taylor*, SCSL-03-01-I-059, *Decision on Immunity from Jurisdiction* del 31 maggio 2004, paragrafi 38 e 40-42.

³⁵ V. diffusamente E. CIMIOTTA, *op. cit.*, spec. pp. 339-372 (per la Corte speciale) e 376-409 (per i *Regulation 64 Panels* e gli *Special Panels for Serious Crimes*). Alla nostra posizione si avvicinano, anche se sulla base di presupposti teorici diversi, D. TURNS, *op. cit.*, pp. 126-127; M. CASTELLANETA, *op. cit.*, pp. 45-46; M. OTHMAN, *op. cit.*, pp. 456 e 481; L. CONDORELLI e S. VILLALPANDO, *op. cit.*, p. 238; Y. KERBRAT, *Les conflits entre les Tribunaux pénaux hybrides et les autres juridictions répressives (nationales et internationales)*, in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD e J.-M. SOREL (a cura di), *op. cit.*, p. 189 ss., pp. 193-195; S.M.H. NOUWEN, *Combining*, *cit.*, pp. 268-269, con riguardo ai *Regulation 64 Panels* e agli *Special Panels for Serious Crimes*; e, se ben comprendiamo, S. BERESFORD e A.S. MULLER, *op. cit.*, p. 636; S. LINTON, *Cambodia*, *cit.*, p. 232; M.L. PADELLETTI, *Repressione dei crimini internazionali di individui e tribunali internazionali: il caso della Corte speciale per la Sierra Leone*, in *RDI*, 2005, p. 76 ss., p. 103 ss.; N. RONZITTI, *op. cit.*, pp. 215-216, con riguardo alla Corte speciale per la Sierra Leone.

³⁶ Ciò d'altronde è dimostrato dal fatto che la loro nascita è avvenuta sotto la

come strumenti di cui la Comunità internazionale si serve per tutelare in via effettiva e potenzialmente preventiva i propri interessi.

Innanzitutto, i tribunali penali misti si sostituiscono, in situazioni post-conflittuali, alle autorità locali al fine di sottoporre a giudizio coloro che nel corso dei conflitti armati si siano resi maggiormente responsabili di *gross violations* dei diritti umani e del diritto umanitario, stante l'inerzia o l'incapacità dei sistemi giudiziari nazionali di assumere iniziative repressive³⁷ o comunque di assicurare il rispetto delle garanzie minime dell'equo processo³⁸. Gli illeciti che rientrano nella competenza dei tribunali, i c.d. crimini internazionali individuali, sono qualificati in letteratura, nella pratica giudiziaria, nonché nei pertinenti strumenti normativi di più recente adozione come comportamenti gravemente lesivi di norme di diritto internazionale generale poste a protezione dei valori fondamentali della Comunità internazionale nel suo insieme³⁹.

Il discorso richiede maggiore articolazione quando si passa a esaminare la funzione di tutela preventiva degli interessi collettivi. A nostro avviso, i tribunali penali misti, nati come si è appena visto per ovviare al *deficit* di istituzioni statali che, una volta cessate le ostilità, fossero in grado di amministrare la giustizia penale in modo effettivo e imparziale, si configurano come un'*espansione* delle complesse attività di *post-conflict peace-building* svolte sempre più di frequente

spinta delle Nazioni Unite, che in ultima analisi hanno deciso se, come e quando organizzarne la formazione.

³⁷ Per l'insufficienza di risorse umane e/o logistiche, se non addirittura il collasso delle strutture istituzionali.

³⁸ Per le tensioni politiche e sociali che in genere sopravvivono sul piano interno alla fine dei combattimenti.

³⁹ Per la dottrina v. E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001, p. 1; M.C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, New York, 2003, p. 114 ss.; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 23. Alla posizione indicata ha aderito anche l'Institut de Droit International: cfr. il primo considerando della risoluzione dal titolo *Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*, approvata durante la sessione di Cracovia (tenutasi dal 20 al 28 agosto 2005) e riprodotta in *RDI*, 2005, p. 1192 ss. Quanto alla giurisprudenza v. poi, tra le varie pronunce rilevanti, le sentenze rese il 29 maggio 1962 dalla Corte suprema di Israele in relazione al caso *Eichmann* (*ILR*, vol. 36, p. 277 ss., p. 291) e il 30 giugno 1980 dalla Corte d'appello del secondo circuito degli Stati Uniti in relazione al caso *Filartiga c. Peña-Irala* (*ILM*, 1980, vol. 19, p. 966 ss., p. 980). Con riguardo infine al diritto positivo v. l'art. 5 dello Statuto della Corte penale internazionale, dove si legge che «[t]he jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole», e dove si trovano elencate fattispecie che rientrano anche nella competenza dei tribunali penali misti.

dall'ONU nei Paesi devastati da lunghe e cruente guerre civili. A partire dalla fine della Guerra fredda l'Organizzazione è venuta a diversificare ed estendere in maniera significativa i compiti assunti in situazioni post-conflittuali, finendo per esercitare un'ingerenza via via più invasiva negli affari interni degli Stati ospitanti. Le sue missioni non tendono più soltanto a impedire la ripresa dei combattimenti, garantendo il mantenimento della pace nel breve periodo, ma, siccome accordano alle componenti e alle funzioni di natura civile un ruolo spesso preponderante rispetto a quelle militari, si prefiggono soprattutto di ricomporre le tensioni politiche e i contrasti sociali e di rimuovere le cause strutturali dei conflitti, puntando a porre le premesse di una pace solida e duratura⁴⁰.

Ai nostri fini, un aspetto importante di questo processo evolutivo sta nel fatto che le operazioni di *peace-building* degli ultimi anni sono giunte a occuparsi del ristabilimento dell'ordine pubblico e del rafforzamento del principio dello stato di diritto, tramite attività di assistenza tecnica alla realizzazione di programmi di riforma delle legislazioni locali, e di addestramento e riorganizzazione delle autorità statali di *law enforcement*⁴¹. Tali attività sono arrivate a investire anche il settore della giustizia *penale*⁴², allo scopo di favorire la predisposizione di sistemi giudiziari e di tessuti legislativi interni che fossero in grado di mettere gli Stati ospitanti nelle condizioni di poter perseguire in futuro gli autori dei reati.

Questo *trend* d'altronde trova rispondenza nella *communis opinio* della generalità degli Stati membri dell'ONU. Nel dibattito sul tema *Post-Conflict National Reconciliation: Role of the United Nations* che

⁴⁰ Per un tentativo di delimitare la nozione di *peace-building* v. J. LINARELLI, *Peace-building*, in *Denver JILP*, 1996, p. 253 ss. Un'indagine sugli aspetti strutturali e operativi delle prime missioni di pace dell'ONU con compiti di *peace-building* si deve invece a S.K. HAN, *Building a Peace that Lasts: The United Nations and Post-Civil War Peace-Building*, in *N.Y. Univ. JILP*, 1994, p. 837 ss.; G. CELLAMARE, *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali*, Torino, 1999, p. 67 ss. e L.-A. SICILIANOS, *L'ONU et la démocratisation de l'État. Systèmes régionaux et ordre juridique universel*, Paris, 2000, p. 217 ss.

⁴¹ Sul punto v. S.K. HAN, *op. cit.*, pp. 872-873 e L.-A. SICILIANOS, *op. cit.*, pp. 269-271.

⁴² V. B.M. OSWALD, *Model Codes for Criminal Justice and Peace Operations*, in *JCSL*, 2004, p. 1 ss. e V. O'CONNOR e C. RAUSCH, *A Tool Box to Tackle Law Reform Challenges in Post Conflict Countries: The Model Codes for Post Conflict Criminal Justice*, in *IP*, 2006, p. 71 ss. In argomento si vedano anche i processi verbali del dibattito tenuto nel Consiglio di Sicurezza tra il 24 settembre 2003 e il 6 ottobre 2004 e dedicato al tema *Justice and the Rule of Law: The United Nations Role*: UN Doc. S/PV.4833 del 24 settembre 2003; UN Doc. S/PV.4835 del 30 settembre 2003; UN Doc. S/PV.5052 e UN Doc. S/PV.5052 (*Resumption 1*) entrambi del 6 ottobre 2004.

si è svolto nel 2004 in seno al Consiglio di Sicurezza, le delegazioni partecipanti hanno insistito sulla necessità che il ruolo dell'Organizzazione nel potenziamento degli apparati giudiziari in situazioni di ricostruzione post-bellica dovesse essere rilanciato⁴³, in particolare attraverso l'allestimento di meccanismi repressivi di *transitional justice*⁴⁴, tra cui erano espressamente menzionati i tribunali penali misti⁴⁵. Questi ultimi sembrano riflettere il nuovo approccio che le Nazioni Unite dovrebbero assumere secondo i membri del Consiglio di Sicurezza⁴⁶, e che dovrebbe indurle a prendere in considerazione le aspirazioni delle popolazioni locali⁴⁷. In altre parole, le indicazioni largamente condivise dalle delegazioni statali respingono l'idea di una giustizia imposta dall'esterno⁴⁸ (che per noi trova espressione nei Tribunali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda) e auspicano al contrario per l'ONU un ruolo di «solidarity» piuttosto che di «substitution»⁴⁹. L'Organizzazione dovrebbe «reinforce rather than replace»⁵⁰, sostenendo le comunità territoriali in vista dell'attuazione dei loro progetti di *transi-*

⁴³ UN Doc. S/PV.4903 del 26 gennaio 2004. Nello stesso senso v. ancora gli interventi degli Stati che hanno preso parte al dibattito sul tema *Post-Conflict Peace-Building* svoltosi sempre nel Consiglio di Sicurezza (UN Doc. S/PV.5187 e UN Doc. S/PV.5187 (*Resumption 1*) entrambi del 26 maggio 2005; UN Doc. S/PV.5627 e UN Doc. S/PV.5627 (*Resumption 1*) entrambi del 31 gennaio 2007; UN Doc. S/PV.5895 e UN Doc. S/PV.5895 (*Resumption 1*) entrambi del 20 maggio 2008) e le dichiarazioni presidenziali adottate a conclusione di alcune sedute del medesimo (UN Doc. S/PRST/2005/20 del 26 maggio 2005 e UN Doc. S/PRST/2008/16 del 20 maggio 2008).

⁴⁴ UN Doc. S/PV.4903, cit., p. 5.

⁴⁵ Così ad esempio la delegazione spagnola (*ibidem*, p. 16) e quella irlandese (UN Doc. S/PV.4903 (*Resumption 1*) del 26 gennaio 2004, p. 5).

⁴⁶ Cfr. UN Doc. S/PV.4833, cit.; UN Doc. S/PV.4835, cit. e UN Doc. S/PV.5052, cit.

⁴⁷ È questo peraltro il *modus procedendi* che gli Stati tendono a sponsorizzare per individuare le strategie e le priorità dei processi di *peace-building* in generale (cfr. UN Doc. S/PV.5187, cit., UN Doc. S/PV.5187 (*Resumption 1*), cit. e il relativo *Statement* presidenziale: UN Doc. S/PRST/2005/20, cit.; UN Doc. S/PV.5627, cit. e UN Doc. S/PV.5627 (*Resumption 1*), cit.; UN Doc. S/PV.5895, cit., UN Doc. S/PV.5895 (*Resumption 1*), cit. e il relativo *Statement* presidenziale: UN Doc. S/PRST/2008/16, cit.).

⁴⁸ V. il rapporto del Segretario generale intitolato *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, UN Doc. S/2004/616 del 23 agosto 2004, par. 17, a cui in sostanza hanno aderito anche gli Stati in sede di discussione dello stesso (UN Doc. S/PV.5052, cit. e UN Doc. S/PV.5052 (*Resumption 1*), cit.), come si evince peraltro dallo *Statement* presidenziale emesso al termine del relativo dibattito (UN Doc. S/PRST/2004/34 del 6 ottobre 2004).

⁴⁹ V. ancora le riflessioni del Segretario generale in UN Doc. S/2004/616, cit., par. 17.

⁵⁰ Cfr., sempre per l'opinione del Segretario generale, UN Doc. S/PV.4833, cit., p. 3 e, per i commenti degli Stati, UN Doc. S/PV.5052, cit. e UN Doc. S/PV.5052 (*Resumption 1*), cit.

*tional justice*⁵¹. Ebbene, a nostro modo di vedere, in tale linea evolutiva si incardina perfettamente lo spirito cui è improntata l'istituzione dei tribunali penali misti⁵².

Inquadrati nei termini appena indicati, i tribunali penali misti – partecipando alla ricostruzione di sistemi giudiziari credibili ed effettivi – si caratterizzano per essere destinati in misura prevalente a contribuire all'affermazione dei generali processi di riconciliazione nazionale in atto nelle popolazioni lungamente afflitte da sanguinose guerre civili⁵³. La funzione dei tribunali in esame, invero, ha solo in senso lato ad oggetto l'amministrazione della giustizia penale. Al contrario, quest'ultima si rivela un mezzo teso alla creazione di un contesto che assicuri, in maniera duratura, il ristabilimento di generali

⁵¹ Cfr. ancora UN Doc. S/2004/616, cit., par. 2. Muovono chiaramente nella direzione indicata nel testo anche i commenti degli Stati al rapporto (UN Doc. S/PV.5052, cit. e UN Doc. S/PV.5052 (*Resumption 1*), cit.), la dichiarazione presidenziale pronunciata a conclusione dell'incontro tenuto nel Consiglio di Sicurezza appunto per discutere quest'ultimo (UN Doc. S/PRST/2004/34, cit.), nonché molti dei più recenti interventi dei delegati statali nel corso del già ricordato dibattito sul *Post-Conflict Peace-Building* (UN Doc. S/PV.5187, cit., UN Doc. S/PV.5187 (*Resumption 1*), cit. e il relativo *Statement* presidenziale: UN Doc. S/PRST/2005/20, cit.; UN Doc. S/PV.5627, cit. e UN Doc. S/PV.5627 (*Resumption 1*), cit.; UN Doc. S/PV.5895, cit., UN Doc. S/PV.5895 (*Resumption 1*), cit. e il relativo *Statement* presidenziale: UN Doc. S/PRST/2008/16, cit.).

⁵² Non è un caso d'altronde che *tutti* i tribunali penali misti siano stati istituiti all'interno di aree sottoposte – in misura più o meno penetrante – all'amministrazione transitoria delle Nazioni Unite o ad operazioni di *peace-building* facenti capo all'Organizzazione, articolate sempre in modo da accordare alla componente civile un rilievo preponderante rispetto alla componente militare. Né è un caso che *tutti* i tribunali in esame siano stati creati *al termine* di conflitti armati il cui svolgimento in buona sostanza è rimasto confinato all'interno dei territori in causa. Già in partenza allora essi sono venuti in essere nell'ambito di attività di ricostruzione post-bellica.

Per alcuni spunti nella direzione indicata nel testo v. W.W. BURKE-WHITE, *op. cit.*, pp. 83-84, 88-89 e 96, il quale parla di intervento «manageriale» per fare in modo, tenendo conto del contesto locale, che lo Stato sul cui territorio abbiano avuto luogo determinati crimini internazionali, che non sia stato in grado di reprimere, predisponga dei meccanismi che gli consentano di investigare e perseguire gli autori degli stessi.

⁵³ Così anche G. CELLAMARE, *Recenti sviluppi dell'attività delle Nazioni Unite in Cambogia*, in *CI*, 2001, p. 383 ss., p. 400 (con particolare riferimento alle Camere straordinarie cambogiane e alla Corte speciale per la Sierra Leone); H. STROHMEYER, *Making Multilateral Interventions Work: The U.N. and the Creation of Transitional Justice Systems in Kosovo and East Timor*, in *Fletcher FWA*, 2001, p. 107 ss., p. 118 (con riguardo ai *Panels* misti kosovari e timoresi); A. SEIBERT-FOHR, *Reconstruction through Accountability*, in *Max Planck YUNL*, 2005, p. 555 ss., pp. 576-577; J.I. TURNER, *Nationalizing International Criminal Law*, in *Stanford JIL*, 2005, p. 1 ss., p. 35 ss. e *passim*; S. ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, Bologna, 2005, pp. 69-70.

condizioni di sicurezza nelle aree in cui i tribunali sono insediati⁵⁴, da perseguire contribuendo ai processi di pacificazione interna⁵⁵. È in questo senso che secondo noi i tribunali penali misti finiscono per

⁵⁴ Il nesso tra l'istituzione dei tribunali penali misti e la rimozione delle cause strutturali all'origine dei conflitti è colto in dottrina da L. CONDORELLI e T. BOUTRUCHE, *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Are They Necessary?*, in C.P.R. ROMANO, A. NOLLKAEMPER e J.K. KLEFFNER (a cura di), *op. cit.*, p. 427 ss., p. 429; M.L. PADELLETTI, *op. cit.*, pp. 103-104; N. RONZITTI, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁵ I dati forniti dalla prassi a sostegno di tale considerazione sono molti e per motivi di spazio possono essere solo accennati. Innanzitutto, la prospettiva che vede i tribunali penali misti come organi di *conciliazione* prim'ancora che come organi di *repressione* è quella che più di ogni altra spiega per quale ragione in essi confluiscono elementi provenienti dagli ordinamenti giuridici e giudiziari degli Stati territoriali (così anche L.A. DICKINSON, *op. cit.*, p. 305 ss. e A. CASSESE, *The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality*, in C.P.R. ROMANO, A. NOLLKAEMPER e J.K. KLEFFNER (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss., p. 6). Si osservi poi che la localizzazione dei tribunali *in situ* li avvicina anche «culturalmente» alle popolazioni afflitte dai massacri, permettendo loro di esporre queste ultime alle atrocità del passato (v. W.W. BURKE-WHITE, *op. cit.*, pp. 24, 87-88 e A. CASSESE, *op. ult. loc. cit.*). È proprio grazie alla prossimità ai *loci commissi delicti* poi che alcuni tribunali hanno potuto dare avvio a campagne dirette a coinvolgere nella loro attivazione le popolazioni colpite dalle violenze, e a informare i familiari delle vittime in ordine alle strategie incriminatorie e alle attività poste in essere dai colleghi giudicanti (per una panoramica su tali campagne con riguardo alla Corte speciale v. P. KUEBART, *Engaging with the People - Outreach at the Special Court for Sierra Leone*, in *HV*, 2006, p. 234 ss.). Ancora, perseguendo penalmente tutte le parti dei relativi conflitti armati i tribunali penali misti sfuggono al modello della *giustizia imposta* dai vincitori sui vinti, che ha contrassegnato la nascita dei Tribunali militari internazionali del secondo dopoguerra e tuttora caratterizza le operazioni del Tribunale per la ex Jugoslavia. Con la sola eccezione degli *Special Panels* a Timor, essi ricalcano invece lo schema della *giustizia selettiva*, nel senso ben diverso che la portata della giurisdizione loro attribuita risulta circoscritta ai massimi responsabili degli illeciti (Corte speciale per la Sierra Leone) o ai più alti dirigenti di un partito politico (Camere straordinarie cambogiane), sul presupposto che la persecuzione indiscriminata di *tutti* i presunti autori dei crimini avrebbe verosimilmente ostacolato i processi di riconciliazione nazionale in corso di svolgimento nelle comunità devastate dai conflitti e dai reati. Milita ancora in favore del nostro convincimento il fatto che la nascita della Corte speciale e degli *Special Panels* sia stata accompagnata dall'istituzione in Sierra Leone della Commissione di verità e riconciliazione, e a Timor orientale della Commissione di accoglienza, verità e riconciliazione, con le quali i due tribunali sono stati esortati a coordinarsi (v. il *Truth and Reconciliation Commission Act* del 22 febbraio 2000 e il regolamento dell'UNTAET n. 10 del 13 luglio 2001 (UNTAET/REG/2001/10)). Infine, la prospettiva in discorso sembra essere accreditata non soltanto dalle finalità dichiarate dall'ONU e dagli Stati interessati alla creazione dei tribunali, ma anche e soprattutto dai risultati deludenti finora conseguiti sul terreno dell'amministrazione della giustizia penale. Il bilancio complessivo dell'attività dei tribunali penali misti appare infatti manifestamente insoddisfacente: a tal proposito v. l'indagine che abbiamo condotto in *I tribunali penali misti*, cit., pp. 435-455.

svolgere soprattutto una funzione per così dire *preventiva* o meglio *cautelare* per conto della stessa Comunità internazionale.

Tale funzione, infine, deriva dal fatto che l'indicato contributo non si limita a restaurare l'ordine giuridico violato dalla consumazione dei crimini internazionali, ma sembra provocare un *effetto ulteriore*: quello di introdurre nell'ordinamento giuridico e nella complessiva organizzazione degli Stati territoriali caratteristiche normative e strutturali in larga parte *diverse* da quelle esistenti al momento della nascita dei tribunali⁵⁶. Si tratterebbe di caratteristiche *differenti* anche da quelle preesistenti allo scoppio dei conflitti in cui gli abusi sono stati commessi, il che farebbe pensare all'istituzione dei tribunali penali misti come a un rimedio che va al di là del mero ripristino della situazione *qua ante*. Essa è finalizzata, piuttosto, a mettere gli Stati nelle condizioni di perseguire *in proprio* i responsabili dei crimini internazionali allo scopo di prevenire o reprimere la reiterazione di analoghi illeciti, nell'interesse non tanto dei singoli Stati quanto della Comunità internazionale, evitando così le ripercussioni negative che altrimenti si verificherebbero sul piano più generale della «sicurezza»⁵⁷.

⁵⁶ Per alcuni spunti sulla necessità di prevenire la ripetizione dei crimini internazionali attraverso misure per così dire *strutturali*, adottate su impulso della generalità degli Stati v. N.J. KRITZ, *Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights*, in *LCP*, 1996, p. 127 ss., p. 148 e A. NOLLKAEMPER, *Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*, in *ICLQ*, 2003, p. 615 ss., pp. 625-626. Quanto alla prassi dell'ONU in proposito si veda, sempre nella medesima ottica, OHCHR, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States. Maximizing the Legacy of Hybrid Courts* del 2008, consultabile su www.ohchr.org (ultimo accesso: 25 ottobre 2009).

⁵⁷ È poi chiaro peraltro che, pur collegandosi strumentalmente all'obiettivo del ristabilimento della pace, il coinvolgimento delle Nazioni Unite nell'istituzione dei tribunali penali misti si caratterizza per un approccio «multidimensionale» alle questioni della sicurezza (che investe un complesso sistema di beni e interessi collettivi: dai diritti umani, ai valori della democrazia e dello stato di diritto) che è sconosciuto alla Carta di San Francisco, ma che riflette la nuova dimensione che, grazie all'emergere negli ultimi decenni di norme a protezione di valori riferibili alla Comunità internazionale unitariamente considerata, l'interesse alla tutela della «sicurezza» ha assunto nell'attuale scenario delle relazioni internazionali, e che richiede l'esercizio di funzioni, come quella giurisdizionale in materia penale, di cui gli organi dell'ONU coinvolti nel processo di costituzione dei tribunali in esame risultano totalmente sprovvisti. Appare evidente che, ai fini dell'adozione di un siffatto approccio, l'influsso esercitato sull'Organizzazione dall'esterno dagli Stati agenti per conto della Comunità internazionale risulta determinante (v. P. PICONE, *Il peace-keeping nel mondo attuale: tra militarizzazione e amministrazione fiduciaria*, in *RDI*, 1996, p. 5 ss., p. 29 ss.). Detto in altre parole, un approccio di questo tipo comporta l'assunzione da parte dell'ONU di un ruolo ben più ampio e invasivo rispetto a quello tradizionalmente svolto nel contesto di azioni di mantenimento e/o ristabilimento

Più precisamente, per le peculiarità organizzative e giurisdizionali di cui sono portatori, sembrerebbe insito nella ragion d'essere dei tribunali penali misti l'obiettivo, per un verso, di accrescere l'esperienza processuale dei giuristi locali nella materia della repressione dei crimini internazionali⁵⁸ e, per l'altro, di adattare le legislazioni locali, sempre nel campo dei *crimina iuris gentium*, alle previsioni normative internazionali di ordine sostanziale e procedurale⁵⁹.

della pace di tipo «classico», poste in essere (seppure con modalità diverse) attraverso strumenti in senso lato coercitivi volti a reagire a *specifiche* situazioni di minaccia alla pace. Partecipando all'istituzione dei tribunali penali misti, dunque, l'Organizzazione viene ad assolvere delle competenze nuove che le sono attribuite dagli Stati operanti collettivamente nell'interesse della Comunità internazionale. Tali competenze mirano a consentire, grazie a un'ingerenza più o meno penetrante nell'esercizio di funzioni statali nei territori in cui gli organismi in esame sono allestiti, la progressiva attenuazione dei contrasti sociali che condizionano la capacità delle popolazioni locali di convivere pacificamente, attraverso la promozione di valori quali il rispetto dei diritti umani e il principio dello stato di diritto, che la generalità degli Stati considera alla stregua di presupposti essenziali della sicurezza, intesa quest'ultima come una sorta di «contenitore» di valori collettivi (il collegamento tra l'espansione dei poteri esercitati dall'ONU in contesti post-conflittuali e la volontà di «soddisfare [...] il nuovo e urgente valore 'collettivo' e 'assoluto' rappresentato, per gli stessi Stati forti del sistema, dalla tutela della *sicurezza internazionale*» è stato evidenziato in dottrina da P. PICONE, *op. ult. loc. cit.* e ID., *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *RDI*, 2005, p. 5 ss., p. 44, dove si trova anche la frase ora riportata).

Per i complessi problemi legati all'individuazione delle basi giuridiche su cui riposa l'azione delle Nazioni Unite nell'istituzione dei tribunali penali misti, in assenza, nel dettato normativo della Carta di San Francisco, di disposizioni che attribuiscono agli organi dell'ONU il potere di creare giurisdizioni penali o di agevolarne il funzionamento e per le similitudini esistenti tra questi problemi e quelli del più generale inquadramento normativo della prassi «anomala» di intervento del Consiglio di Sicurezza, che ha preso piede a partire dalla fine della Guerra fredda v. E. CIMIOTTA, *op. cit.*, pp. 462-499. Questa prassi, esorbitando in diversi casi dal testo della Carta, si ricollega in effetti ai profondi mutamenti strutturali subiti dall'ordinamento internazionale, che negli ultimi decenni si è trovato al centro di una graduale evoluzione in senso pubblicistico, dovuta al progressivo affermarsi di norme a tutela di valori sottratti alla libera disponibilità degli Stati. I mutamenti indicati hanno inciso anche sul modo di essere e di operare delle Nazioni Unite, come da tempo efficacemente dimostrato da autorevole dottrina: P. PICONE, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, in ID. (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, 1995, p. 517 ss., p. 552 ss.

⁵⁸ Con ciò, beninteso, non intendiamo dire che siffatto processo di *capacity-building* dipende soltanto dai tribunali penali misti, visto che, per essere attuato, esso evidentemente necessita di venire inserito in un più vasto programma di addestramento professionale, da realizzarsi con la partecipazione di lungo periodo delle Nazioni Unite e/o delle altre organizzazioni governative e non governative competenti in materia.

⁵⁹ Si pensi al caso di Timor orientale: il recepimento, nell'atto istitutivo degli *Special Panels*, delle disposizioni sui crimini internazionali enucleate nello Statuto di

Ebbene, tirando le somme del discorso va messo in evidenza che, lungi dall'individuare un'autonoma categoria *normativa*, i tribunali penali misti configurano piuttosto una categoria *funzionale* di organi caratterizzati dallo svolgimento di una specifica funzione che rileva sul piano dell'ordinamento internazionale: promuovere i processi di pacificazione delle comunità territoriali lacerate da pesanti guerre civili, contribuendo a inserire negli ordinamenti giuridici nazionali elementi tali da permettere alle organizzazioni statali in formazione di esercitare autonomamente la giurisdizione penale sui delitti lesivi dei valori universali, nel superiore interesse della Comunità internazionale.

Se questa è la funzione che i tribunali penali misti sono chiamati a svolgere nell'ambito dell'ordinamento internazionale, restano allora da fare altre due considerazioni. Da una parte, è proprio la *funzione* l'aspetto suscettibile di posizionare i tribunali allo studio, come categoria *autonoma* di organismi giudiziari, su un piano distinto sia rispetto alle giurisdizioni penali nazionali sia rispetto alle giurisdizioni penali internazionali⁶⁰. Dall'altra, intanto tale funzione può essere eser-

Roma sembra essere destinato a rimanere assimilato nel tessuto legislativo timorese, grazie al progetto di Codice penale in via di approvazione parlamentare: cfr. *JSMF Report Analysing the Draft Penal Code* del marzo 2004, soprattutto pp. 7 ss. e 19 ss.

⁶⁰ È evidente ad esempio la differenza rispetto al Tribunale per la ex Jugoslavia. Seppure proclamata come una delle finalità cui avrebbe dovuto tendere la sua istituzione, la funzione conciliativa si è rivelata, alla luce dell'impronta radicalmente internazionale del Tribunale, ma soprattutto dell'enorme distanza dai luoghi devastati dalle *gross violations* che ricadono nella giurisdizione del medesimo, nient'altro che un «argomento di facciata». È questo d'altronde lo scenario attuale, che risulta dalla pessima considerazione dell'operato complessivo del Tribunale che le popolazioni maggiormente interessate dalle attività persecutorie degli investigatori dell'Aja mostrano di avere. Valga in proposito la dichiarazione resa dal delegato della Serbia-Montenegro durante il già citato dibattito sul tema *Post-Conflict National Reconciliation: Role of the United Nations*: «[i]n my country, the Tribunal's work and practices have not, unfortunately, contributed much to the promotion of the cause of reconciliation» (UN Doc. S/PV.4903 (*Resumption 1*), cit., pp. 29-30). Per analoghe riflessioni in relazione alla Bosnia-Erzegovina v. lo studio delle Università di Berkeley e Sarajevo sull'impatto delle attività del Tribunale per la ex Jugoslavia sui giuristi bosniaci intitolato *Justice, Accountability and Social Constructions: An Interview Study of Bosnian Judges and Prosecutors*, riprodotto in *Berkeley JIL*, 2000, p. 102 ss., pp. 136-140. Uno scenario simile ricorre anche nel caso del Tribunale per il Ruanda: v. J.E. ALVAREZ, *Crimes of States/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda*, in *Yale JIL*, 1999, p. 365 ss., pp. 481-482 e W.W. BURKE-WHITE, *Regionalization of International Criminal Law Enforcement: A Preliminary Exploration*, in *Texas ILJ*, 2003, p. 729 ss., p. 734 ss. Significativa in proposito appare la posizione presa dal rappresentante del Governo di Kigali nel 2003, in occasione dell'esame dei rapporti annuali dei due Tribunali *ad hoc* al Consiglio di Sicurezza, il quale sottolineò: «[t]he Tribunal is remote and alienated from Rwandan society. Few of our people know about its work. Still fewer care about it. The Tribunal has failed to have any significant impact» (UN Doc. S/PV.4838 del 9 ottobre 2003, p. 24). Considerazioni so-

citata, in quanto essi hanno natura di organi *interni* e incidono, come abbiamo visto in precedenza⁶¹, sulla vita sociale delle comunità interessate.

6. *La nascita, negli ultimi anni, di organi che utilizzano l'impianto organizzativo dei tribunali penali misti per finalità diverse da quelle che ne hanno giustificato l'emersione*

Nella prassi più recente il modello dei tribunali penali misti, inteso nei suoi aspetti normativi, è stato adoperato a fini evidentemente diversi dalla partecipazione al *post-conflict peace-building* dell'ONU e ai processi di riconciliazione nazionale. Ciò è testimoniato dalla costituzione del Tribunale penale supremo iracheno⁶², della Camera per i crimini di guerra della Bosnia-Erzegovina⁶³ e del Tribunale speciale

stanzialmente identiche sono state formulate dal Ruanda anche nella seduta del 2005 (UN Doc. S/PV.5328 del 15 dicembre 2005, p. 32). In generale, sul rilievo del tutto marginale che l'obiettivo della pacificazione interna assume per i due Tribunali *ad hoc* v. J.I. TURNER, *op. cit.*, pp. 24-29 e R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, pp. 467-468. Infine, per analoghe riflessioni con riguardo alla Corte penale internazionale v. ancora J.E. ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 476-480 e J.I. TURNER, *op. cit.*, pp. 17-29.

⁶¹ Ante par. 4.

⁶² Creato il 10 dicembre 2003 dalla *Coalition Provisional Authority* (CPA) – Comando unificato delle Potenze occupanti costituito in seguito al noto intervento militare in Iraq di una coalizione a guida anglo-americana – con l'Order n. 48. Successivamente allo scioglimento della CPA, il 9 ottobre 2005 l'Assemblea parlamentare provvisoria adottò un nuovo Statuto nella forma di una legge interna (la *Iraqi High Criminal Court Law*): l'ente in discorso iniziò a operare nel quadro dell'ordinamento giuridico e giudiziario locale. Il Tribunale è incaricato di perseguire cittadini e residenti iracheni accusati di avere commesso atti di genocidio, crimini di guerra o contro l'umanità o di avere violato determinate leggi locali, nel territorio iracheno o altrove (specie in Iran e in Kuwait), nel periodo dal 17 luglio 1968 al 1° maggio 2003. Lo Statuto menziona le Nazioni Unite soltanto nella parte in cui attribuisce agli organi del Tribunale la facoltà di invocare l'assistenza della Comunità internazionale nella designazione di consulenti e osservatori da inserire nelle varie articolazioni giudicanti e inquirenti dello stesso (artt. 6, 7 e 8, oggi artt. 7, 8 e 9). Lo Statuto conferisce poi all'autorità di governo transitorio (e non all'ONU) il potere di nominare giudici stranieri (art. 4, lett. d), oggi art. 3, par. 5). Ad oggi però il Tribunale risulta composto soltanto da personale locale. In argomento v. P. MORI, *Il Tribunale speciale iracheno per i crimini contro l'umanità: quale giustizia?*, in *RDI*, 2004, p. 458 ss.; I. BANTEKAS, *The Iraqi Special Tribunal for Crimes Against Humanity*, in *ICLQ*, 2005, p. 237 ss.; M.C. BASSIOUNI, *Post-Conflict Justice in Iraq: An Appraisal of the Iraq Special Tribunal*, in *Cornell ILJ*, 2005, p. 327 ss. V. inoltre i contributi di vari autori apparsi sul *JICJ* nel 2004, p. 313 ss., e nel 2007, p. 258 ss.

⁶³ Creata il 9 marzo 2005, una volta entrate in vigore alcune modifiche in precedenza apportate al sistema giudiziario e all'ordinamento penalistico e processual-

per il Libano⁶⁴. Questi ultimi, per essere strutturati in modo da poter impiegare personale locale e straniero e per essere competenti a reprimere crimini di derivazione in linea di principio sia internazio-

penalistico bosniaco per uniformarli agli *standards* internazionali del giusto processo, in attuazione della *completion strategy* del Tribunale per la ex Jugoslavia, secondo cui quest'ultimo avrebbe dovuto concentrarsi sui più alti responsabili dei crimini di sua competenza, devolvendo i casi relativi agli accusati di medio e basso rango alle giurisdizioni nazionali. La Camera si articola in cinque *panels* di primo grado e uno di appello, introdotti rispettivamente nella Divisione penale e di appello della Corte di Stato della Bosnia-Erzegovina, e composti da tre giudici, di cui due stranieri nominati dall'Ufficio dell'Alto Rappresentante per la Bosnia-Erzegovina. Essa è supportata da una Procura per i crimini di guerra e da una Cancelleria per i crimini di guerra, entrambe a composizione «mista», e si pronuncia principalmente sui reati di competenza del Tribunale per la ex Jugoslavia consumati nel territorio bosniaco. Sulla Camera v. M. BOHLANDER, *Last Exit Bosnia - Transferring War Crimes Prosecution from the International Tribunal to Domestic Courts*, in *CLF*, 2003, p. 59 ss.; F. DONLON, *The Court of Bosnia and Herzegovina. War Crimes and Organized Crime Chambers and the Registry for War Crimes and Organized Crime*, in A. FIJALKOWSKI (a cura di), *International Institutional Reform*, The Hague, 2007, p. 84 ss.; W.W. BURKE-WHITE, *The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina*, in *Columbia JTL*, 2008, p. 279 ss.

⁶⁴ La cui creazione è stata in ultima analisi imposta dal Consiglio di Sicurezza, sulla base di una risoluzione adottata in virtù del cap. VII della Carta: la 1757 del 30 maggio 2007. Con tale delibera il Consiglio ha di fatto «concesso» al Libano dieci giorni di tempo per portare a compimento l'iter costituzionale di ratifica dell'accordo istitutivo del Tribunale, pena l'entrata in vigore *de imperio* del medesimo (par. 1). L'accordo era stato firmato il 6 febbraio 2007 dall'ONU e dal Governo del Libano al termine di un negoziato avviato su iniziativa del Consiglio di Sicurezza (v. la ris. 1664 del 29 marzo 2006), ma non era mai stato ratificato per l'opposizione di una parte del Parlamento libanese. Composto in prevalenza da personale «internazionale» nominato dal Segretario generale delle Nazioni Unite (artt. 2, 3 e 4 dello Statuto), il Tribunale è destinato a giudicare gli autori di atti terroristici definiti esclusivamente dal Codice penale libanese (l'art. 2 dello Statuto, infatti, richiama soltanto le disposizioni codicistiche concernenti gli atti di terrorismo, i delitti contro la vita e l'integrità personale, nonché la legge libanese del 1958 intitolata *Increasing the Penalties for Sedition, Civil War and Interfaith Struggle*). Si tratta dell'attentato dinamitardo del 14 febbraio 2005, in cui perse la vita l'ex Primo Ministro, Rafiq Hariri, e di altri quattordici attentati connessi al primo e consumati in Libano dall'ottobre 2004 al dicembre 2005. Tali condotte non assurgono a fattispecie integrative dei *crimina iuris gentium*. Sono questi ultimi i soli crimini che, offendendo i valori essenziali della Comunità internazionale *nel suo complesso*, giustificano a nostro avviso la dimensione funzional-internazionalistica della categoria dei tribunali penali misti. Sul Tribunale v. A. AZAR, *Le Tribunal spécial pour le Liban: une expérience originale?*, in *RGDIP*, 2007, p. 643 ss.; F. MÉGRET, *A Special Tribunal for Lebanon: The UN Security Council and the Emancipation of International Criminal Justice*, in *Leiden JIL*, 2008, p. 485 ss.; G. SERRA, *Il Tribunale speciale per il Libano: fondamento e competenza*, in *RDI*, 2008, p. 99 ss.; A. VIVIANI e R. STORACI, *Il nuovo Tribunale speciale per il Libano*, in *CI*, 2008, p. 77 ss. Si vedano inoltre i contributi di vari autori al *Symposium* intitolato *The Special Tribunal for Lebanon - A Cripple from Birth?*, apparso sul *JICJ*, 2007, p. 1061 ss.

nale sia interna, sono stati ricondotti da qualche autore in maniera troppo disinvolta nella categoria dei tribunali penali misti⁶⁵.

A ben vedere, però, i casi da ultimo indicati denotano un uso per così dire «strumentale» del suddetto modello allo scopo di soddisfare interessi *privati* dei centri di potere volta a volta rilevanti nei rispettivi contesti geopolitici. Essi allora non possono essere accorpati alla categoria dei tribunali penali misti come noi l'abbiamo ricostruita.

A riprova di quanto precede può notarsi innanzitutto che il Tribunale speciale per il Libano utilizza l'impianto organizzativo tipico dei tribunali penali misti a prescindere dal verificarsi di un conflitto armato o di massacri di rilevanza internazionale (che difatti non ricadono nella sua giurisdizione), e dunque indipendentemente da qualunque processo di ricostruzione post-bellica. Esso non solo ha la propria sede lontano dallo Stato territoriale⁶⁶, ma è stato anche imposto a quest'ultimo dal Consiglio di Sicurezza: la qual cosa mal si concilia con la *ratio* dell'indicata categoria⁶⁷.

Profili per certi versi simili ricorrono anche nel caso del Tribunale penale supremo iracheno, creato su iniziativa delle Potenze occupanti senza il coinvolgimento delle Nazioni Unite (cosa che lo rende avulso dalla logica del *peace-building* dell'Organizzazione, che come è noto non ha mai preso piede in Iraq), al solo scopo di processare nel più breve tempo possibile i massimi vertici del destituito regime dittatoriale, ritenuti non più «adatti» all'espansione economica delle stesse Potenze occupanti⁶⁸.

⁶⁵ Con riguardo al Tribunale penale supremo iracheno v. A.-C. MARTINEAU, *op. cit.*, *passim* e G. SERRA, *Le corti penali 'ibride'*, *cit.*, pp. 177-179, 185 ss. Quanto alla Camera per i crimini di guerra della Bosnia-Erzegovina v. E.R. HIGONNET, *op. cit.*, pp. 353-354, 406-410; A.-C. MARTINEAU, *op. cit.*, *passim* e G. SERRA, *op. ult. cit.*, pp. 175-177, 185 ss. Quanto infine al Tribunale speciale per il Libano v. A. AZAR, *op. cit.*, p. 645 ss.; F. MÉGRET, *op. cit.*, p. 505; G. SERRA, *Il Tribunale*, *cit.*, p. 109 ss. e A. VIVIANI e R. STORACI, *op. cit.*, pp. 77, 92-93.

⁶⁶ In virtù dell'accordo tra le Nazioni Unite e i Paesi Bassi firmato il 21 dicembre 2007 la sede del Tribunale si trova all'Aja. L'accordo, provvisoriamente applicabile dalla data della firma ai sensi dell'art. 51, è entrato in vigore il 1° aprile 2009, ed è consultabile su www.stl-tsl.org (ultimo accesso: 25 ottobre 2009).

⁶⁷ In effetti, proprio alla luce delle sue modalità istitutive risulta difficile immaginare che il Tribunale sia in grado di favorire la riconciliazione della popolazione locale. L'impressione è piuttosto che la sua imposizione non possa che inasprire le forti contrapposizioni politico-sociali da tempo esistenti in Libano, a detrimento della già debole sicurezza interna. Sul punto v. le dichiarazioni di astensione dei delegati di Cina, Indonesia, Qatar, Russia e Sudafrica rese in sede di votazione della ris. 1757: UN Doc. S/PV.5685 del 30 maggio 2007, pp. 2-5. Una conferma nella direzione indicata proviene dai violenti scontri che hanno avuto luogo a Beirut in seguito all'adozione della ris. 1757.

⁶⁸ Ciò d'altronde ha avuto l'effetto di destabilizzare ulteriormente la già fragile

Infine, obiettivi ancora diversi sono alla base dell'istituzione della Camera per i crimini di guerra della Bosnia-Erzegovina, che risponde essenzialmente all'esigenza di porre fine quanto prima ai lavori del Tribunale per la *ex* Jugoslavia, il cui finanziamento è divenuto ormai insostenibile per il bilancio dell'ONU, e soprattutto per quello dei suoi maggiori contribuenti. A ben vedere, date le modalità e le circostanze che hanno portato alla sua formazione (prefigurata per la prima volta proprio nella nota *completion strategy* del Tribunale, come uno strumento per darvi attuazione⁶⁹) siffatta giurisdizione sembrerebbe una sorta di «prolungamento» del Tribunale per la *ex* Jugoslavia nel sistema giudiziario bosniaco⁷⁰.

società civile irachena, come le violente rappresaglie seguite all'esecuzione della pena capitale ai danni dell'*ex* Capo di Stato, Saddam Hussein, stanno a confermare. In dottrina, mettono in risalto il legame esistente tra la nascita del Tribunale e l'esigenza delle Potenze occupanti di perseguire i propri interessi «privati», tra gli altri, M.P. SCHARF, *Is It International Enough? A Critique of the Iraqi Special Tribunal in Light of the Goals of International Justice*, in *JICJ*, 2004, p. 330 ss., pp. 330, 334-335 e D. ZOLO, *The Iraqi Special Tribunal. Back to the Nuremberg Paradigm?*, *ivi*, p. 313 ss., pp. 315, 318.

⁶⁹ Cfr. UN Doc. S/2002/678 del 19 giugno 2002, p. 18 ss.

⁷⁰ A riprova di quanto appena sostenuto, con una sentenza del 16 ottobre 2009 la Camera ha riconosciuto Milorad Trbić, il cui procedimento le era stato rimesso dal Tribunale per la *ex* Jugoslavia nel giugno 2007, colpevole del delitto di genocidio in relazione al noto massacro di Srebrenica del luglio 1995, per il quale altri presunti corresponsabili sono stati (o sono tuttora) processati proprio all'Aja: cfr. www.sudbih.gov.ba/?jezik=e (ultimo accesso: 25 ottobre 2009).

Il contributo della Corte speciale per la Sierra Leone allo sviluppo del diritto internazionale

di Chiara Ragni*

SOMMARIO: 1. Premessa. Breve rassegna delle questioni di diritto internazionale trattate dalla Corte speciale per la Sierra Leone. – 2. La definizione della natura giuridica della Corte speciale per la Sierra Leone alla luce della giurisprudenza prodotta dalla Camera d'Appello. – 3. Il contributo della Corte speciale per la Sierra Leone allo sviluppo del diritto internazionale umanitario: natura del conflitto armato e ambito di applicazione dell'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949. - 3.1. La controversa definizione della fattispecie di reclutamento dei c.d. «bambini soldato». – 4. Considerazioni conclusive in merito portata del contributo della giurisprudenza della Corte speciale per la Sierra Leone allo sviluppo del diritto internazionale.

1. Premessa. Breve rassegna delle questioni di diritto internazionale trattate dalla Corte speciale per la Sierra Leone

La Corte speciale per la Sierra Leone (CSSL) è stata istituita nel 2002 mediante accordo del Governo della Sierra Leone e delle Nazioni Unite¹, con il mandato di giudicare, come si legge all'art. 1 del suo Statuto, coloro su cui gravano le maggiori responsabilità per le gravi violazioni del diritto internazionale umanitario e della legislazione sierraleonese, commesse nel Paese a partire dal 30 novembre 1996. Essa appartiene alla categoria dei c.d. tribunali penali internazionali o misti²; questi si caratterizzano in quanto prodotto di una cooperazione tra le Nazioni Unite e i governi o le popolazioni

* Ricercatrice in Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Milano.

¹ Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, 16 gennaio 2002, consultabile al sito www.sc-sl.org.

² La dottrina che si è occupata dei tribunali internazionalizzati o misti è vastissima. Per tutti si vedano E. CIMIOTTA, *I Tribunali penali misti*, Padova, 2009; H. ASCENSIO, É. LAMBERT-ABDELGAWAD e J.-M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Parigi, 2006; C.P.R. ROMANO, A. NOLLKAEMPER e J.K. KLEFFNER (eds.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford, 2004.

locali, per essere i loro organi composti da personale nominato in parte dalle competenti autorità dello Stato interessato dai crimini su cui essi giudicano, in parte dal Segretario generale delle Nazioni Unite, nonché per il fatto di decidere sia secondo il diritto internazionale che ai sensi del codice penale vigente nel Paese coinvolto³.

L'analisi della giurisprudenza della CSSL, la più interessante ad oggi prodotta dai tribunali internazionalizzati, sarà condotta nell'ottica di valutare se e in quale misura essa abbia contribuito allo sviluppo del diritto internazionale. Per ragioni di spazio non sarà possibile passare in rassegna ed esaminare tutte le pronunce rilevanti a tal fine⁴. L'analisi, pertanto, si concentrerà da un lato su quelle in cui

³ Un'eccezione a tale regola sembra essere costituita dal Tribunale speciale per il Libano, istituito nel 2000 mediante la risoluzione n. 1757 (UN Doc. S/RES/1757 del 30 maggio 2007), con cui il Consiglio di Sicurezza, agendo sulla base del Capitolo VII della Carta, dispose (o, meglio, impose) l'entrata in vigore dell'accordo tra il governo libanese e le Nazioni Unite, la cui ratifica era stata resa impossibile a livello statale dal rifiuto opposto dal Presidente della Repubblica libanese e da una parte, seppur non maggioritaria, dei membri del Parlamento. A differenza degli altri tribunali penali misti, quello per il Libano ha competenza a giudicare su condotte previste e disciplinate esclusivamente dal diritto penale libanese. A nostro parere ci sono tuttavia sufficienti elementi per inquadrare anche questo tribunale nella categoria di quelli internazionalizzati o misti (cfr. in senso analogo G. SERRA, *Il Tribunale speciale per il Libano: fondamento e competenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 99 ss.)

⁴ Una delle questioni di maggiore interesse trattate dalla Camera d'Appello, oltre a quelle che saranno oggetto della presente analisi, riguarda la legittimità della delega conferita dal Consiglio di Sicurezza al Segretario generale delle Nazioni Unite per la conclusione di un accordo relativo alla istituzione di una Corte speciale per la Sierra Leone, in risposta alla richiesta di assistenza giudiziaria per la repressione dei crimini commessi in tale Stato, formulata dal Presidente sierraleonese Kabbah. La Corte, per affermare l'esistenza in capo al Consiglio di Sicurezza del potere di istituire una giurisdizione penale, riprende in larga misura gli argomenti già utilizzati dal Tribunale penale per la ex Jugoslavia (TPIY) nel celebre caso *Tadić* (TPIY, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, IT-94-1, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* del 2 ottobre 1995). La sua giurisprudenza sotto questo profilo non introduce pertanto significativi elementi di novità, mentre senza dubbio più interessante è la questione relativa alla legittimità della delega. Cfr. Sull'argomento CSSL, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Moinina Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction ratione materiae: Illegal Delegation of Powers by the United Nations* del 25 maggio 2004, che può leggersi in A. KLIP e G. SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The Special Court for Sierra Leone 2003-2004*, Antwerp-Oxford, 2006, p. 45 ss. con commento di R. CRYER, *ivi*, p. 56 ss. In dottrina cfr. C.C. CHERNOR, *The contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Development of International Law*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 2007, p. 165 ss. sia sulla specifica questione della delega di poteri (*ivi*, p. 188 ss.) e più in generale sul tema del presente lavoro. Inoltre non può non rilevarsi il contributo che la CSSL ha dato, non tanto con la propria giurisprudenza, quanto piuttosto per il solo fatto della

la Camera d'Appello della CSSL, chiamata a decidere sulla esistenza della giurisdizione della Corte con riferimento a singoli casi, affronta la questione della natura giuridica del tribunale, dall'altro sulle decisioni in cui essa, al medesimo fine, esamina la portata e il significato delle norme dello Statuto della CSSL che ne delimitano la competenza *ratione materiae*. Con riferimento a questo secondo aspetto ci si soffermerà sulle pronunce riguardanti l'interpretazione e l'applicazione degli artt. 3 e 4 dello Statuto, relativi alle violazioni del diritto internazionale umanitario⁵.

2. *La definizione della natura giuridica della Corte speciale per la Sierra Leone alla luce della giurisprudenza prodotta dalla Camera d'Appello*

Le peculiarità dei tribunali internazionalizzati, categoria all'interno della quale, per le ragioni sopra esposte, può essere inquadrata la CSSL, fanno sì che essi si collochino per così dire a metà strada tra le corti puramente internazionali e quelle interne, condividendo aspetti comuni ad entrambe. Per questo, sia in dottrina che nella prassi dei tribunali medesimi si ravvisano sforzi tesi a ricostruirne la natura giuridica. Al riguardo si distinguono due orientamenti: da un lato, coloro che ritengono che i tribunali internazionalizzati inaugurino una categoria di giurisdizioni penali di nuova generazione, che si aggiunge ai due paradigmi esistenti come alternativa ad essi nella repressione di crimini che interessano l'intera comunità internazionale;⁶ dall'altro,

sua istituzione, all'avvio di un vero e proprio modello tecnico-normativo che è stato in larghissima misura ripreso dai redattori degli strumenti costitutivi del Tribunale speciale per il Libano e la cui utilizzazione in futuro non è comunque esclusa.

⁵ *Infra*, par. 3.

⁶ In questo senso ad esempio L.A. DICKINSON, *The promise of Hybrid Courts*, in *American Journal of International Law*, 2003, p. 295 ss., spec. p. 299; E. NALIN, *La Corte Speciale per la Sierra Leone*, in *La Comunità internazionale*, 2002, p. 363 ss., spec. p. 368, la quale rileva la natura mista della CSSL; S. LINTON, *Cambodia, East Timor and Sierra Leone: experiments in international justice*, in *Criminal Law Forum*, 2001, p. 185 ss., secondo cui i tribunali internazionalizzati sono «a half-way house, a hybrid containing elements of domestic prosecutions and an international process»; C. STAHN, *United Nations Peace-Building, Amnesties and Alternative Forms of Justice: A change in Practice?*, in *Revue internationale de la Croix Rouge*, 2002 p. 197 ss., che all'interno dei tribunali internazionalizzati la compresenza evidenzia di elementi internazionali ed interni definendo tali organi come «international-national institutions». Lo stesso Segretario generale delle Nazioni Unite nel suo *Report on the establishment of a Special Court of Sierra Leone* del 4 ottobre 2000 (UN Doc. S/2000/915) definisce la CSSL come «a treaty-based *sui generis* court of mixed jurisdiction and composition», rilevando che, come tale essa «is not anchored in any

chi invece sostiene che il problema della natura giuridica di tali organi non possa che essere affrontato e risolto secondo la dicotomia classica «organi internazionali - organi interni», onde far discendere gli effetti giuridici che l'una o l'altra definizione implicano ai sensi del diritto internazionale⁷.

Nell'ambito di tale dibattito si innestano le pronunce rese dalla Camera d'Appello della CSSL e i ragionamenti da essa svolti per ricostruire la natura giuridica della Corte quale organo internazionale; il fine era quello di giustificare, in realtà non sempre in modo pertinente, la sua giurisdizione in procedimenti in cui questa era stata contestata dalla difesa sulla premessa che, in quanto tribunale interno, la Corte avrebbe dovuto sottostare a certe regole da cui le giurisdizioni internazionali sarebbero ammesse a discostarsi⁸. Ci si riferisce alle decisioni in cui la CSSL ha utilizzato l'argomento della propria natura internazionale al fine di stabilire la giurisdizione su un Capo di Stato, in deroga a quanto previsto dal diritto internazionale in materia di

existing system (i.e., United Nations administrative law or the national law of the State of the seat)». *Ivi*, par. 9.

⁷ Così E. CIMIOTTA, *op. cit.*, p. 46 ss., il quale, dopo aver passato in rassegna le caratteristiche proprie di ciascuno dei menzionati tribunali, conclude che dalla loro istituzione non può essere fatta derivare l'inaugurazione di un nuovo genere di giurisdizioni penali che si affianca a quelle esistenti, ma piuttosto deve ritenersi che tali organi, inquadrabili sotto il profilo tecnico-giuridico nell'ambito delle corti interne (sebbene, con riguardo alla CSSL l'a. precisi che si tratta di un «organo giurisdizionale interno fortemente internazionalizzato», *ibidem*, p. 371) «configurano una nuova e autonoma categoria *funzionale*, caratterizzata dal fatto di essere formata da organi in grado di esercitare un'identica funzione sul piano dell'ordinamento internazionale» (*ibidem*, p. 461); *Id.*, *Sull'inquadramento giuridico dei Tribunali penali misti*, *supra* in questo volume, p. 1 ss., spec. par. 4; KOLB, *Le degré d'internationalisation des Tribunaux pénaux internationalisés*, in H. ASCENSIO, É. LAMBERT-ABDELGAWAD e J.-M. SOREL (dir.), *op. cit.*, p. 47 ss., secondo cui «les tribunaux ici en question apparaissent tous comme internationaux, mais leur fonction est mixte, internationale et interne» (*Ibidem*, p. 67 s.); interessante è poi l'approccio alla questione di W. SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, 2006, p. 6, il quale distingue sotto il profilo della natura giuridica la CSSL dagli altri tribunali internazionalizzati, descrivendo la prima come «a close relative of the «hybrid tribunals» but not itself one of those tribunals», appartenendo essa alla categoria dei tribunali internazionali; nel senso della distinzione fra la CSSL e gli altri tribunali cfr. anche A.-C. MARTINEAU, *Le juridictions pénales internationalisées. Un nouveau modale de justice hybride?*, Parigi, 2007, la quale ritiene che mentre le corti della Cambogia, del Kosovo, di Timor Orientale devono essere considerate come «juridictions nationales internationalisées», la Corte va invece qualificata come «jurisdiction internationale nationalisée» (*ivi*, p. 99 ss.); nel medesimo senso v. C.C. JALLOH, *op. cit.*, p. 193.

⁸ La Camera d'Appello è competente a decidere sulle questioni di giurisdizione sollevate nell'ambito di eccezioni preliminari ai sensi della regola 72 lett. (E) del Regolamento di procedura e di prova della CSSL.

immunità⁹, di escludere il proprio obbligo di sottostare al rispetto delle amnistie concesse dal governo della Sierra Leone ai sensi dell'Accordo di Lomè del 7 luglio 1999¹⁰, di affermare infine la legittimità della propria istituzione ai sensi del diritto costituzionale sierraleonese che regola l'iter procedimentale necessario alla creazione di tribunali speciali nell'ambito dell'apparato giudiziario statale¹¹.

La prima di tali pronunce riguardava la legittimità del mandato d'arresto spiccato nel giugno del 2003 nei confronti dell'allora presidente liberiano Charles Taylor, accusato davanti alla Corte di crimini di guerra e contro l'umanità e dimessosi dalla propria carica il 12 agosto 2003¹²; nella decisione della Camera d'Appello del 31 maggio 2004 si fa riferimento alla sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) sul caso *Arrest Warrant of 11 April 2000*¹³, laddove,

⁹ CSSL, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, CSSL-03-01, *Decision on Immunity from Jurisdiction* del 31 maggio 2004, disponibile su www.sc-sl.org/SCSC-03-01-I-001.html.

¹⁰ CSSL, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Moris Kallon* (CSSL-2004-15-AR72(E)) and *Brima Bazzy Kamara* (CSSL-2004-16-AR72(E)), *Decision on challenge to jurisdiction: Lomè accord Amnesty* del 13 marzo 2004 («Lomè Amnesty Decision»); CSSL, *Prosecutor c. Allieu Kondewa* (CSSL-2004-14-AR72(E)), *Decision on lack of jurisdiction/Abuse of Process: amnesty provided by the Lomè accord Amnesty* del 25 maggio 2004; il testo di tutte le decisioni citate è disponibile su www.sc-sl.org. Per un'analisi critica di tali pronunce cfr. in dottrina A. CASSESE, *The Special Court and International Law. The Decision Concerning the Lomè Agreement Amnesty*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 1130 ss.; S. WILLIAMS, *Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court for Sierra Leone*, in *Human Rights Law Review*, 2005, p. 271 ss.

¹¹ CSSL, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Moris Kallon* (CSSL-2004-15-AR72(E)), *Sam Hinga Norman* (CSSL-2004-15-AR72(E)), *Brima Bazzy Kamara* (CSSL-2004-15-AR72(E)), *Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction* del 13 marzo 2004.

¹² *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, CSSL-03-01, *Arrest Warrant* del 3 marzo 2003, consultabile al sito www.sc-sl.org/SCSC-03-01-I-001.html. Cfr. in dottrina M.L. PADELLETTI, *Repressione dei crimini internazionali di individui e tribunali internazionali: il caso della Corte speciale per la Sierra Leone*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 76 ss.; C. RAGNI, *Immunity of Head of States: some critical remarks on the decision of the Special Court for Sierra Leone in the Charles Taylor case*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2005, p. 273 ss.; M. FRULLI, *The Question of Charles Taylor's Immunity. Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?*, in *JICJ*, 2004, p. 1118 ss.; C.C. JALLOH, *Immunity from Prosecution for International Crimes: The Case of Charles Taylor at the Special Court for Sierra Leone*, in *ASIL Insight* (October 2004); C.P.R. ROMANO e A. NOLLKAEMPER, *The Arrest Warrant Against the Liberian President, Charles Taylor*, in *ASIL Insight* (giugno 2003).

¹³ Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza del 14 febbraio 2002, *I.C.J. Reports*, 2002, p. 3 ss.

peraltro nell'ambito di un *obiter dictum*, viene operata una distinzione tra i tribunali internazionali e le corti interne quanto alla disciplina della immunità dalla giurisdizione penale di cui godono certi organi dello Stato ai sensi del diritto internazionale; in particolare la CIG ritiene che dalla circostanza che negli Statuti dei primi sia sancita l'irrelevanza della qualifica ufficiale ricoperta dall'imputato ai fini della sua sottoposizione a giudizio penale, non può desumersi l'esistenza di un'eccezione al diritto internazionale consuetudinario in tema di immunità, valida anche per i tribunali interni¹⁴. Sulla scia di tale ragionamento, la CSSL considera la dimostrazione della propria natura di organo internazionale presupposto giuridico fondamentale per legittimare l'esercizio della propria giurisdizione nei confronti del presidente liberiano, in conformità a quanto peraltro previsto dall'art. 6 par. 2 del suo Statuto.

L'affermazione della natura giuridica internazionale della CSSL è utilizzata come argomento principale anche per sostenere, come detto, l'estraneità del suo procedimento istitutivo alle norme costituzionali sierra-leonesi, secondo cui gli accordi che comportano modifiche fondamentali all'ordinamento interno dello Stato, quale deve essere ritenuta la creazione di un nuovo organo giudiziario, devono essere ratificati mediante un provvedimento legislativo adottato dal Parlamento e sottoposto alla consultazione popolare referendaria per la sua approvazione¹⁵. Secondo la linea argomentativa sostenuta dalla Camera d'Appello, essendo la CSSL un tribunale internazionale, come tale indipendente dall'ordinamento dello Stato, la sua istituzione non aveva comportato alcuna modifica al sistema giudiziario sierraleonese¹⁶; non si era pertanto reso necessario, nella specie, il ricorso all'*iter* costituzionalmente imposto per la ratifica di accordi internazionali implicanti una modifica dell'ordinamento giudiziario nazionale.

La questione viene affrontata, infine, nelle pronunce emesse in risposta alle eccezioni di incompetenza formulate dai difensori degli imputati *Kallon, Kamara e Kondewa*¹⁷; secondo costoro la giurisdizione della CSSL non sarebbe stata legittimamente esercitabile con riferimento ai crimini che, pur rientranti *ratione temporis* nel suo ambito di applicazione, furono commessi prima della data di sottoscri-

¹⁴ *Ibidem*, par. 58.

¹⁵ Cfr. art 108 della Costituzione della Repubblica di Sierra Leone, approvata il 1° ottobre 1991, il cui testo può leggersi alla pagina web www.sl-parliament.org/pdf/constitution1991.pdf.

¹⁶ *Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction*, cit. *supra* nota 11, parr. 44-43.

¹⁷ Cit. *supra* nota 10.

zione del menzionato Accordo di Lomè del 7 luglio 1999¹⁸; rispetto ad essi infatti opererebbero le amnistie concesse su larga scala dal governo sierraleonese mediante la sottoscrizione dell'intesa di pace con i rappresentanti del Fronte rivoluzionario unito (il RUF, ossia la forza armata che guidò la ribellione anti-governativa), ai sensi di quanto previsto dall'art. IX della medesima, norma che, secondo la lettura datane dalla difesa, si applicherebbe a tutti i reati perpetrati prima del 7 luglio 1999, a prescindere dalla loro natura o gravità.

Nella decisione del 13 maggio 2004 la Camera d'Appello, premessa la natura di atto puramente interno dell'Accordo di Lomè, conclude che esso è per ciò stesso inidoneo a vincolare l'attività di un *tribunale internazionale* e che pertanto, come tale, la CSSL non è in alcun modo tenuta a sottostare agli obblighi con esso stabiliti¹⁹. Secondo la motivazione proposta in subordine e in estrema sintesi dai giudici di gravame, le amnistie concesse nel 1999 non sarebbero in ogni caso un ostacolo alla repressione penale di crimini internazionali, la cui gravità sia tale da giustificare in alcuni casi l'esercizio della giurisdizione universale da parte di qualunque tribunale e a maggior ragione di quelli internazionali. La Camera d'Appello non sviluppa ulteriormente questo ragionamento, che invece viene ripreso e ampliato nell'opinione separata del giudice Robertson il quale, dopo una puntuale ricostruzione della prassi degli Stati e delle giurisdizioni penali sia internazionali che interne in materia, conclude che da essa può desumersi l'esistenza di una norma consuetudinaria in via di formazione, secondo cui le amnistie non potrebbero costituire un ostacolo alla repressione dei crimini internazionali; rispetto a questi, esse non opererebbero *ab*

¹⁸ Si ricorderà che, ai sensi del suo Statuto, la CSSL ha competenza a decidere sui crimini compiuti dopo il 30 novembre 1996; il problema dell'applicazione delle amnistie riguarda pertanto le condotte poste in essere tra tale data e il 7 luglio 1999. Una distinzione fra fattispecie criminose disciplinate dal diritto internazionale e reati previsti dalla legislazione sierraleonese viene operata sotto il profilo che qui interessa dall'art. 10 dello Statuto della Corte. È la norma stessa infatti a stabilire che: «[a]n amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 [genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, *n.d.r.*] of the present Statute shall not be a bar to prosecution».

¹⁹ Il ragionamento seguito dalla Camera d'Appello è stato criticato dalla dottrina (cfr. ad. CASSESE, *The Special Court* cit., che lo ha addirittura definito «obscure and unnecessarily tortuous», *ivi*, p. 1131). L'a. ritiene infatti che i giudici di gravame partano anzitutto da una premessa errata, laddove qualificano l'Accordo di Lomè come un atto di diritto interno; esso infatti integra i requisiti necessari per essere considerato un trattato internazionale. Come tale, la violazione da parte del RUF degli obblighi in esso previsti, ed in particolare del *cessate il fuoco* imposto a tutte le parti del conflitto sierraleonese, implica che anche il governo possa legittimamente sottrarsi agli impegni assunti con l'intesa secondo il principio *inadimplenti non est adimplendum*.

origine in quanto contrarie all'obbligo internazionale di punire i responsabili delle più gravi violazioni dei diritti umani²⁰.

Caratteristica comune, e per certi aspetti limite, delle pronunce in esame è il fatto di desumere, esclusivamente o anche solo parzialmente, dalla definizione della natura giuridica della Corte, anziché dalla gravità delle violazioni su cui la sua giurisdizione si estende, la possibilità o meno di giudicare su certe condotte; l'iter argomentativo condotto dalla camera d'Appello in ciascuno dei casi menzionati segue una logica deterministica, risultando per ciò stesso criticabile²¹.

²⁰ Sull'argomento si veda in generale CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 284 ss., secondo cui, nonostante l'esistenza di una significativa prassi giurisprudenziale in materia, non è al momento possibile affermare l'esistenza nel diritto internazionale di una norma consuetudinaria che vieti agli Stati di concedere amnistie per crimini internazionali. «Nonetheless», conclude Cassese (*Ibidem*, p. 315), «if the courts of another State having in custody persons accused of international crimes decide to prosecute them although in their national State they would benefit from an amnesty law, such courts would not thereby act contrary to general international law, in particular to the principle of respect for the sovereignty of other States». *Ivi*.

²¹ Un esempio di quanto si afferma si ritrova nella pronuncia resa nel caso *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, cit., supra nota 9. Il ragionamento allora svolto dalla Camera d'Appello, evidentemente finalizzato alla dimostrazione della legittimità del mandato d'arresto, non tiene in considerazione la tendenza, in via di consolidamento in una certa prassi giurisprudenziale e condivisa da un'ampia parte della dottrina per cui le immunità funzionali non varrebbero ad impedire di sottoporre a giudizio un ex Capo di Stato o di governo, accusato di gravi crimini contro il diritto internazionale, a prescindere dalla natura dell'organo giudicante, sempre che ovviamente nei suoi confronti siano rispettate le garanzie processuali previste dal diritto internazionale. Cfr. in tal senso M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, 2008, p. 61 ss.; in senso analogo, seppure con motivazioni parzialmente differenti, v. CASSESE *International Criminal Law* cit., pp. 267-271; ZAPPALÀ, *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation*, in *EJIL*, 2001, p. 595, il quale passa in rassegna e analizza diversi elementi a supporto della tesi secondo cui la menzionata eccezione alla disciplina della immunità funzionale sarebbe oggi parte del diritto internazionale; SIR ARTHUR WATTS, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (III 1994), vol. 247, p. 109, secondo cui «it is generally agreed that an exception to functional immunity exists in cases where the individual is responsible for crimes under international customary law [...]». La Camera d'Appello, a nostro giudizio ed in conformità a tale orientamento, avrebbe piuttosto potuto tenere conto delle dimissioni di Charles Taylor dalla propria carica di Presidente della Liberia, presentate nelle more della decisione, per emettere un nuovo mandato di arresto nei suoi confronti e giudicare così l'ormai ex Capo di Stato liberiano per tutti i crimini, rientranti nella sua giurisdizione, commessi ai danni della popolazione sierraleonese e in violazione del diritto internazionale. In questo senso M. FRULLI, *The Question* cit., p. 1126 s.; C. RAGNI, *op. cit.*, p. 280 ss.

Va d'altro canto rilevato il contributo al dibattito sul problema della qualificazione giuridica della CSSL, che nella giurisprudenza citata sembra doversi necessariamente spiegare alla luce della menzionata dicotomia «organi internazionali - organi interni» e risolvere nel senso della natura internazionale della Corte.

Il ragionamento operato dalla Camera d'Appello per giungere alla propria conclusione è interessante anche ai fini del più generale e controverso problema dell'individuazione dei parametri di valutazione e degli elementi ricostruttivi necessari alla definizione della natura giuridica di un organo. I giudici della CSSL fondano la propria convinzione sulla sola circostanza dell'essere stata la Corte istituita mediante uno strumento di origine internazionale, quale è l'accordo stipulato tra le Nazioni Unite da un lato e la Sierra Leone dall'altro²². Essi adottano quindi un approccio per così dire «monistico»²³, secondo cui la qualificazione di un organo come internazionale o come interno può ricavarsi da un unico elemento, che in questo caso è dato dalla natura giuridica dello strumento istitutivo. Il limite di tale orientamento, riscontrabile anche in una certa prassi internazionale²⁴, nonché condiviso da parte della dottrina²⁵, risiede a nostro giudizio nel sottovalutare l'importanza di altre caratteristiche ugualmente qualificanti ai fini della caratterizzazione di un tribunale²⁶. Esso peraltro ri-

²² Cfr. *Decision on Constitutionality* cit. *supra* nota 11, par. 55; *Decision on Immunity* cit. *supra* nota 9, parr. 37-42. L'accordo del 16 gennaio 2002 appartiene alla categoria dei trattati internazionali conclusi tra uno Stato e un'Organizzazione internazionale, secondo la definizione contenuta nella *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali* del 21 marzo 1986.

²³ Così E. CIMIOTTA, *I Tribunali* cit. p. 53.

²⁴ Cfr. ad es. Segretario generale, UN Doc. S/2000/915, cit. *supra* nota 6, secondo cui «The legal nature of the Special Court, like that of any other legal entity, is determined by its constitutive instrument» (*ivi*, par. 9). Il concetto è ripreso e ribadito dallo stesso Segretario generale nel suo *Report on Khmer Rouge Trials* (UN Doc. A/57/769 del 31 marzo 2003) dove si legge: «The legal nature of the Extraordinary Chambers, like that of any legal entity, would be determined by the instrument that created them. In accordance with the draft agreement, the Extraordinary Chambers would be created by the national law of Cambodia. The Extraordinary Chambers would therefore be national Cambodian courts, established within the court structure of that country» (*ivi*, par. 31).

²⁵ Ad esempio cfr. R. KOLB, *op. cit.*, p. 67; H. Kelsen, *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, in *Recueil des Cours*, 1932, vol. 42, p. 117 ss., spec. p. 168.

²⁶ Alla teoria che fa dipendere da un unico elemento la definizione della natura giuridica del tribunale si oppone l'orientamento, del tutto prevalente in dottrina e qui condiviso, secondo cui essa non può che essere valutata se non sulla base di diversi parametri, quali la composizione dell'organo, il diritto da esso applicato, la natura dello strumento istitutivo, il valore delle decisioni emesse (fra i sostenitori del-

vela la sua debolezza nel caso in cui per ipotesi sia impossibile definire in modo univoco la natura dell'atto formativo del tribunale: si pensi ad esempio ai regolamenti, emessi dalle amministrazioni provvisorie, incaricate dalle Nazioni Unite di amministrare i Territori di Timor Orientale e del Kosovo, tramite i quali furono istituiti *panels* a carattere misto²⁷. Sarebbe certamente rischioso in questo caso far dipendere la definizione di giurisdizioni, la cui struttura presenta rilevanti elementi di novità e di complessità, dal solo inquadramento dei loro strumenti normativi nell'ambito degli atti di derivazione internazionale piuttosto che nella gerarchia delle fonti interne. Come giustamente rilevato in dottrina, il fatto di essere stato l'organo costituito in base a un atto di natura internazionale è un aspetto rilevante, ma non decisivo per determinare la sua natura giuridica, in particolare laddove la valutazione riguarda i tribunali penali internazionalizzati, caratterizzati, come detto, dalla commistione di elementi di diritto internazionale e di aspetti disciplinati dall'ordinamento dello Stato di volta in volta coinvolto nella loro istituzione²⁸.

Alla luce di quanto sopra, può certamente rilevarsi l'importanza che le pronunce citate rivestono ai fini della individuazione degli elementi necessari per l'inquadramento di un tribunale nella categoria delle giurisdizioni internazionali ovvero di quelle interne; in questo modo esse contribuiscono allo sviluppo del diritto internazionale in materia. A prescindere poi dall'adesione o meno all'impostazione dei giudici d'appello, secondo cui la qualificazione della CSSL costituiva presupposto fondamentale per la decisione sulle questioni trattate, esse rilevano anche ai fini di una riflessione più ampia sugli effetti giuri-

l'approccio pluralista cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 602 ss.; H. ASCENSIO, *La notion de jurisdiction international en question*, in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, Parigi, 2003, p. 163 ss.; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford/New York, 2003, p. 675 ss.; C.P.R. ROMANO, *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 709 ss.; C. TOMUSCHAT, *International Courts and Tribunals with Regionally Restricted and/or Specialized Jurisdiction*, in *Judicial Settlement of International Disputes: International Court of Justice, other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: an International Symposium*, Max-Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1974, p. 289 ss.).

²⁷ Cfr. rispettivamente *United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) Regulation n. 2000/15 of 15 June 2000 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences* (UN Doc. UNTEAT/REG/2000/15) e del *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) Regulation n. 2000/64 of 15 December 2000 on Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue* (UN Doc. UNMIK/REG/2000/64).

²⁸ Cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale* cit., p. 603, nota 68.

dici che conseguono, secondo il diritto internazionale, dalla definizione della natura giuridica di un organo.

3. *Il contributo della Corte speciale per la Sierra Leone allo sviluppo del diritto internazionale umanitario: natura del conflitto armato e ambito di applicazione dell'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949*

Accanto alle questioni di cui si è detto, la CSSL ha sviluppato un'interessante giurisprudenza, che, pur toccando nuovamente il tema del legittimo esercizio della sua giurisdizione, può essere ugualmente letta nell'ottica di un contributo allo sviluppo del diritto internazionale penale e di quello umanitario²⁹.

La necessità del rispetto del principio di legalità sotto il profilo del divieto di incriminare l'imputato per comportamenti che, al momento della loro commissione, non costituivano crimini ai sensi del diritto internazionale (regola riassunta nel brocardo latino *nullum crimen sine lege*), ha reso necessaria la definizione e la ricostruzione degli elementi costitutivi di alcune fattispecie delittuose, i cui limiti di applicazione e la cui appartenenza al diritto consuetudinario furono posti in dubbio davanti alla CSSL, onde contestarne la competenza a decidere su tali violazioni.

A tal fine, particolare valore rivestono le pronunce dirette a interpretare e a definire il contenuto degli artt. 3 e 4 dello Statuto della CSSL, che delimitano la sua giurisdizione rispetto alle violazioni del diritto internazionale umanitario. Il primo riproduce letteralmente le previsioni contenute nell'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nell'art. 4 par. 2 del Secondo Protocollo addizionale, che rispettivamente vietano il compimento di determinate condotte ai danni di soggetti che non partecipano direttamente alle ostilità e stabiliscono un insieme di garanzie fondamentali minime, il cui rispetto deve essere ad essi assicurato nell'ambito di conflitti armati aventi carattere interno³⁰. Mentre per quanto concerne le violazioni

²⁹ Su cui in dottrina in generale si veda S.C. BREAU, *The Contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Development of International Humanitarian Law*, in *Commonwealth Law Bulletin*, 2008, p. 817 ss.

³⁰ Cfr. art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e art. 4 del Protocollo (II) sulla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali, aggiuntivo alle Convenzioni del 12 agosto 1949 (Ginevra, 8 giugno 1977), il quale estende ai conflitti di carattere interno le principali norme per la protezione della popolazione civile, già previste in relazione alle guerre internazionali. I testi

del diritto internazionale umanitario compiute nell'ambito di conflitti armati di natura internazionale, le Convenzioni di Ginevra del 1949 e il Primo Protocollo addizionale prevedono espressamente un sistema per la repressione delle *infrazioni gravi*³¹, lo stesso non avviene per quanto riguarda disposizioni dettate con riferimento alle guerre civili. In ogni caso, la rilevanza penale della responsabilità conseguente alla violazione di tali norme, si evince dalla prassi, ed in particolare dall'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali³², confermato dal Segretario generale nel rapporto sulla istituzione della CSSL³³, nonché dal Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR)³⁴, che ha trovato puntuale e compiuto riscontro nel dettato dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale³⁵. La stessa CSSL in diverse sue pronunce ha fatto uso di tale prassi, talvolta peraltro per dimostrare la controversa natura penale di certe fattispecie³⁶.

L'art. 4 dello Statuto della CSSL elenca una serie di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, che trovano corrispondenza nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nei Protocolli ad esse allegati, la cui commissione ha caratterizzato il conflitto sierra-leonese. Fra tali fattispecie, quella di cui all'ultimo comma della norma, relativo all'arruolamento dei c.d. «bambini soldato», riveste un par-

delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei relativi Protocolli sono consultabili nella traduzione in lingua italiana in E. GREPPI e G. VENTURINI (a cura di), *Codice di Diritto internazionale umanitario*, Torino, 2007.

³¹ Cfr. in generale sull'argomento e per la individuazione delle *infrazioni gravi* ai sensi del diritto internazionale umanitario N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2006, p. 192 ss.; E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001, p. 56 ss., spec. p. 71 ss. e la dottrina ivi citata.

³² Cfr. ad es. TPIY, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, cit. *supra* nota 4, par. 134; TPIY, *Prosecutor v. Žejnil Delalić, Hazim Delić, Zdravko Mucić, Esad Landžo*, IT-96-21, sentenza del 16 novembre 1998, par. 308; TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, sentenza del 2 settembre 1998, par. 608.

³³ Cfr. Segretario generale, UN Doc. S/2000/915, cit. *supra* nota 6, par. 14.

³⁴ Cfr. J.-M. HENCKAERTS e L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, Cambridge, 2005, v. 1, p. 551 ss.; v. 2, p. 3611 ss.

³⁵ Cfr. Art. 8 comma 2 lett. (a), (b), (c) ed (e) dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998 (UN doc. A/CONF. 183/9), entrato in vigore il 1° luglio 2002.

³⁶ È quanto avvenuto ad esempio nel caso del reclutamento dei bambini soldato, fattispecie la cui definizione resta tuttora controversa. In dottrina cfr. M. HAPPOLD, *International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court for Sierra Leone's Decision in Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, p. 283 ss.; A. SMITH, *Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone*, in *JICJ*, 2004, pp. 1141-1153.

icolare interesse, soprattutto per la giurisprudenza che su di essa si è formata, per il cui esame si rimanda al paragrafo che segue.

Nell'applicazione degli artt. 3 e 4 del suo Statuto, la Corte si è confrontata con questioni di rilevante importanza, riguardanti la delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme, nonché la definizione delle fattispecie in esse contemplate, solo in parte già esaminate da altri tribunali internazionali e in particolare da quelli penali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda.

Nel caso *Prosecutor v. Moinina Fofana* la Camera d'Appello della CSSL si è ad esempio pronunciata sulla questione se il riferimento all'art. 3 comune delle convenzioni di Ginevra del 1949 debba intendersi come un criterio di delimitazione della giurisdizione della Corte ai soli atti compiuti nell'ambito di conflitti armati di carattere interno³⁷. Nella eccezione preliminare sollevata dalla difesa il 14 novembre 2003 si faceva valere la mancanza di giurisdizione della Corte sui crimini indicati nell'atto di accusa, ritenendo che le condotte attribuite all'imputato si collocassero nell'ambito di un conflitto di carattere internazionale e che, come tali, non potessero essere qualificate come crimini a norma in particolare dell'art. 3 dello Statuto³⁸. La Camera d'Appello, investita della questione ai sensi dell'art. 72 (E) del Regolamento di procedura e di prova³⁹, ha anzitutto premesso che, nella intenzione dei redattori dell'accordo per la istituzione della CSSL, quella combattuta in Sierra Leone doveva considerarsi una guerra civile, tale da rendere opportuno il riferimento alle norme di diritto umanitario applicabili in tale ipotesi⁴⁰. Essa, tuttavia, aderendo all'orientamento unanimemente adottato da altri tribunali internazionali⁴¹, e condiviso dalla dottrina prevalente, ha poi specificato che le

³⁷ CSSL, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Moinina Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction ratione materiae: nature of the armed conflict*, 25 maggio 2004.

³⁸ In particolare la difesa sosteneva che l'apporto logistico e finanziario fornito dalla Liberia ai membri del RUF e dell'*Armed Forces Revolutionary Council* (AFRC), ovvero delle due forze ribelli anti-governative, fosse tale da implicare un coinvolgimento di tale Stato nel conflitto, la cui portata non si esauriva quindi all'interno del solo territorio sierraleonese. *Prosecutor v. Moinina Fofana*, cit. *supra* nota 37, par. 2.

³⁹ Cfr. *supra* nota 9.

⁴⁰ La questione della natura del conflitto combattuto in Sierra Leone viene trattata dai giudici della Camera d'Appello in modo del tutto incidentale.

⁴¹ TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, cit. *supra* nota 32, par. 601; TPIY, *Prosecutor v. Zejnir Delalić et al.* *ivi cit.*, par. 298; TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, cit. *supra* nota 4, par. 102; TPIY, Camera d'Appello, IT-96-21-A, *Prosecutor v. Delalić et al. (Celebici case)*, sentenza del 20 febbraio 2001, par. 143; Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 27 giugno 1986, par. 216-218 e 255, ICJ

previsioni contenute nell'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel Secondo Protocollo Addizionale fanno parte del diritto internazionale consuetudinario e stabiliscono uno standard minimo di protezione che deve essere garantito nell'ambito di un conflitto armato, a prescindere dalla sua natura. Tali previsioni, che riflettono le più elementari considerazioni di umanità, si aggiungono, come già rilevato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti*, alla disciplina più complessa ed approfondita, elaborata con riguardo ai conflitti armati di carattere internazionale⁴².

3.1. *La controversa definizione della fattispecie di reclutamento dei c.d. «bambini soldato»*

Nel caso *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman* la Camera d'Appello della CSSL si è pronunciata sulla controversa questione se il diritto internazionale consuetudinario, vigente nel periodo che delimita la sua giurisdizione *ratione temporis*, sanzionasse penalmente l'arruolamento e l'utilizzo nelle ostilità dei minori di 15 anni di età, fattispecie questa contemplata nell'art. 4 lett. c dello Statuto della Corte, e se pertanto l'incriminazione di tale condotta risultasse conforme al principio di legalità⁴³.

Mentre infatti sembrerebbe potersi affermare che la norma che sancisce il divieto di arruolare bambini soldato, prevista a livello internazionale in diversi testi convenzionali⁴⁴, e ribadita nella prassi degli Stati in materia, abbia ormai assunto lo *status* di diritto internazionale consuetudinario, la natura penale, ai sensi del diritto internazionale generale, della sanzione che consegue alla sua inosservanza resta controversa; l'esistenza di opinioni divergenti sul punto emerge

Reports, 1986, p. 14. Si veda anche nel medesimo senso il Commentario alla Quarta Convenzione di Ginevra, redatto dal CICR, PICTET (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of Red Cross, Ginevra, 1958, p. 14; HENCKAERTS e DOSWALD-BECK, *op. cit.*, vol. 1, p. 552 ss.

⁴² ICJ, *Military and Paramilitary Activities*, cit. *supra* nota 41, par. 218.

⁴³ Sulla questione si veda *infra* in questo volume S. F. NICOLOSI, *La repressione del reclutamento di bambini-soldato: una nuova frontiera della giustizia penale internazionale*, p. 1 ss., spec. par. 3.

⁴⁴ Cfr. art. 77 par. 2 del Primo Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Ginevra, 1977); art. 4 par. 3 lett. c del Secondo Protocollo aggiuntivo relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali (Ginevra, 1977); art. 38 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo; art. 8 par. 2 lett. b (xxvi) e lett. e (vii) dello Statuto di Roma che istituisce la Corte penale internazionale, del 17 luglio 1998.

anche dallo scambio di vedute fra il Segretario generale e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in sede di negoziazione dell'art. 4 dello Statuto della CSSL. Basandosi sulle previsioni contenute nell'art. 8 par. 2 lett. *b* (xxvi) e lett. *c* (vii) dello Statuto della Corte penale internazionale, secondo cui il reclutamento, sia volontario che forzato, di minori di 15 anni, nonché il loro utilizzo nelle ostilità, nell'ambito di conflitti di natura sia internazionale che interna, fanno parte delle condotte integranti la commissione di crimini di guerra, il Consiglio di Sicurezza spinse per l'inserimento nello Statuto della CSSL di disposizioni di contenuto identico (orientamento questo che alla fine prevalse)⁴⁵; viceversa il Segretario generale, ritenendo che lo Statuto di Roma non riflettesse, sotto questo profilo, il contenuto del diritto internazionale generale, propose di includere nell'art. 4 il solo arruolamento coercitivo, sostenendo che solo con riferimento a tale condotta si poteva dimostrare l'esistenza di una norma internazionale consuetudinaria che ne sanzionava penalmente il compimento⁴⁶.

La Camera d'Appello della CSSL aderisce sostanzialmente alla posizione del Consiglio di Sicurezza e dunque conclude che il reclutamento nelle forze armate e l'utilizzo nelle ostilità di bambini soldato costituirebbero fattispecie penalmente rilevanti ai sensi del diritto internazionale generale e, come tali, sarebbero ascrivibili alla categoria dei crimini di guerra. Mentre convincente è l'*iter* argomentativo volto a dimostrare l'esistenza nel diritto consuetudinario di una norma che vieta il reclutamento di bambini soldato, non altrettanto persuasivo è il ragionamento secondo cui la sua violazione comporterebbe la responsabilità penale individuale dell'autore del comportamento vietato⁴⁷. La Corte, al fine di dimostrare la natura criminale della con-

⁴⁵ Cfr. *Letter dated 22 December 2000 from the President of the Security Council addressed to the Secretary General*, UN Doc. S/2000/1234, 22 dicembre 2000, par. 3.

⁴⁶ Cfr. Segretario generale, UN Doc. S/2000/915, cit. *supra* nota 6, par. 17 s., dove si sottolinea che il reclutamento forzato di minori è una fattispecie assorbita dal più generale divieto di sequestro di persona (rispetto al quale l'arruolamento forzato è visto come una conseguenza) sancito dall'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949, mentre l'utilizzo dei medesimi come combattenti (e quindi la loro partecipazione attiva nelle ostilità) va inteso come una forma di trattamento degradante, anch'essa vietata ai sensi del medesimo art. 3. Entrambe le condotte (il reclutamento forzato e l'utilizzo dei minori di 15 anni nelle ostilità) erano quindi parte del diritto consuetudinario all'epoca dei fatti avvenuti in Sierra Leone, in quanto riconducibili alle fattispecie descritte dall'art. 3 delle convenzioni di Ginevra, la cui violazione, secondo la prassi ormai del tutto consolidata in materia, integra la commissione di crimini di guerra (cfr. *supra* par. 3).

⁴⁷ CSSL, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, CSSL-2004-14-AR72E, *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)* del 31 maggio 2004.

dotta, utilizza il *test* elaborato dalla Camera d'Appello del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia nel caso *Tadić*, allo scopo di determinare i casi in cui la violazione di una norma di diritto internazionale umanitario comporti la responsabilità penale dell'autore dell'infrazione. Fra i criteri individuati per pervenire a tale dimostrazione, quello che certamente desta maggiori problemi è la prova dell'esistenza di una norma internazionale, consuetudinaria o pattizia, che sanzioni penalmente l'inosservanza del divieto derivante da una regola di diritto internazionale umanitario (la cui esistenza e natura consuetudinaria, insieme alla gravità della violazione commessa integrano i restanti requisiti richiesti dal *Tadić test*)⁴⁸.

La Camera d'Appello, a supporto della conclusione per cui il reclutamento, sia forzato (*forced recruitment* o *conscriptio*) che volontario (*enlistment*), di bambini di età inferiore ai 15 anni, costituirebbe una condotta penalmente vietata ai sensi del diritto consuetudinario vigente all'epoca dei fatti, fa riferimento anzitutto all'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale; tuttavia, per quanto l'elevato numero di ratifiche depositate in relazione a tale accordo testimoni l'ampio consenso degli Stati sul contenuto delle norme ivi incluse, la loro elaborazione, peraltro risalente al 1997, è stata talvolta accompagnata da opinioni discordanti sulla opportunità di includere alcune fattispecie criminose fra quelle oggetto della giurisdizione della Corte, nonché sugli elementi costitutivi delle medesime; fra le norme investite da questo genere di dubbi in sede di negoziazione dello Statuto vi è proprio quella che qui rileva⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, cit. *supra* nota 4 secondo cui: «The following requirements must be met for an offence to be subject to prosecution before the International Tribunal under Article 3 (ovvero secondo la norma dello Statuto del Tribunale penale per la ex Jugoslavia che estende la giurisdizione del medesimo alle violazioni delle leggi o consuetudini di guerra, *n.d.r.*): (i) the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law; (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met (...); (iii) the violation must be «serious», that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim. (...) (iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule». (*ivi*, par. 94). In linea con quanto affermato dal Tribunale cfr. in dottrina G. ABI-SAAB, *The Concept of War Crimes*, in S. YEE e W. TIEYA (eds.), *International Law in the post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, 2001, p. 112 ss., secondo cui affinché una violazione dello *jus in bello* abbia come effetto quello di coinvolgere la responsabilità penale del soggetto che ne è l'autore, occorre non solo provare l'esistenza secondo il diritto internazionale del precetto violato, ma anche quella di una norma secondaria che sanzioni penalmente l'inosservanza del medesimo.

⁴⁹ *Working Group on Definitions and Elements of Crimes, Reference Paper on*

Quanto alla prassi statale rilevante, la CSSL si limita a citare la legislazione penale di tre soli Stati che ai tempi dei fatti imputati al ricorrente sanzionavano penalmente l'arruolamento volontario di bambini soldato, ritenendo per il resto sufficiente menzionare il fatto che in molti ordinamenti il reclutamento di minori è vietato ai sensi dei codici militari o è reso comunque impossibile dai rigorosi controlli previsti a livello amministrativo⁵⁰.

Nonostante quindi la decisione sia moralmente apprezzabile sotto il profilo della conclusione raggiunta, di cui certamente non potrà non tenersi conto nella decisione di casi che coinvolgono problemi analoghi, essa tuttavia resta in parte criticabile dal punto di vista degli argomenti giuridici che la sostengono, come peraltro rilevato anche dal giudice Robertson nella sua lunga opinione dissidente⁵¹. Proprio la debolezza delle motivazioni e delle prove volte a documentare l'esistenza nel diritto consuetudinario, vigente all'epoca dei fatti su cui la CSSL giudica, di una norma che sanzionasse penalmente il reclutamento di bambini soldato, lascia aperti i dubbi sulla conformità al principio *nullum crimen sine lege* dell'inclusione nel suo Statuto dell'*enlistment* fra le fattispecie previste dall'art. 4 lett. c.⁵².

Va d'altra parte rilevato l'interesse che la pronuncia esaminata riveste ai fini del dibattito relativo alla controversa individuazione delle condizioni necessarie, ai sensi del diritto internazionale, per stabilire quando dalla violazione di una norma di diritto internazionale uma-

War Crimes submitted by Germany, 12 December 1997. Sull'argomento cfr. H. VON HEBEL e D. ROBINSON, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, in R.S. LEE (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, 1999, p. 117 ss.

⁵⁰ La Camera d'Appello, per altro, nella ricostruzione della prassi degli Stati, si limita a riprendere alla lettera gli argomenti proposti dall'UNICEF, intervenuta nella controversia in qualità di *amicus curiae*. SCSL, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, cit. *supra* nota 47, par. 7.

⁵¹ Una volta evidenziate in modo lucido e approfondito le lacune della pronuncia adottata dalla maggioranza, soprattutto con riguardo agli elementi utilizzati a supporto della natura consuetudinaria del crimine di arruolamento di bambini soldato, il giudice Robertson si concentra sulla distinzione fra reclutamento forzato (*forced recruitment* o *conscriptio*) e volontario (*enlistment*), concludendo, in linea con quanto già rilevato dal Segretario generale, che solo la prima delle due condotte comporterebbe, secondo il diritto consuetudinario, il sorgere della responsabilità penale del soggetto cui essa è imputabile. Come rilevato in dottrina, le motivazioni su cui tale affermazione si fonda sono tuttavia nuovamente poco chiare e certamente non esauritive. In questo senso M. HAPPOLD, *op. cit.*, p. 293 s.

⁵² In tal senso E. CIMIOTTA, *I Tribunali* cit., p. 209 ss., secondo il quale la fattispecie criminosa del reclutamento dei bambini soldato sarebbe da considerarsi il prodotto dell'attività «legislativa» delle Nazioni Unite, cui la CSSL sembra destinata a dare attuazione.

nitario discende la responsabilità penale individuale del soggetto autore dell'infrazione⁵³.

4. *Considerazioni conclusive: valutazione della portata del contributo della giurisprudenza della Corte speciale per la Sierra Leone allo sviluppo del diritto internazionale*

Secondo quanto emerge dall'analisi condotta nelle pagine che precedono ci sembra di poter rispondere in senso affermativo alla questione se la CSSL abbia o meno contribuito allo sviluppo del diritto internazionale. Da un lato è evidente, come accennato poc'anzi, che essa inauguri un modello istituzionale e normativo cui le Nazioni Unite potranno ispirarsi in futuro (e cui già si sono ampiamente adeguate in sede di negoziazione degli strumenti costitutivi del Tribunale speciale per il Libano) per la creazione di nuove giurisdizioni penali a carattere misto, tenuto conto dell'esperienza fatta ed eventualmente dei suoi limiti. Dall'altro è sicuramente interessante, come si è cercato di dimostrare, anche la prassi giurisprudenziale prodotta dalla CSSL, su cui l'analisi condotta si è concentrata.

Nonostante i ragionamenti sviluppati dai giudici della Camera d'Appello sulla questione della natura giuridica della Corte non siano sempre rigorosi, è innegabile la loro rilevanza non tanto, come detto, ai fini della decisione dei casi sottoposti al loro esame (rispetto ai quali l'argomento è stato spesso utilizzato in modo improprio), quanto nell'ottica dello sviluppo della prassi e del dibattito in materia, che risultano certamente influenzati dalle citate pronunce. La considerazione per cui la CSSL sarebbe da considerarsi un organo internazionale, e gli argomenti proposti a supporto di tale affermazione, sono stati ampiamente ripresi dalla dottrina, che non di rado li ha utilizzati, seppure ampliandoli in modo critico, per giungere alla medesima conclusione dei giudici d'appello; non solo, ma la discussione generata intorno alle decisioni della CSSL e al problema della sua natura giuridica ha fornito lo spunto per una riflessione ulteriore sulla qualificazione di altri tribunali, oltre ad aver riproposto con estrema attualità il tema dell'individuazione dei parametri fondamentali per compiere tale valutazione. Deve quindi riconoscersi sotto questo profilo il contributo allo sviluppo del diritto internazionale delle citate decisioni, dal cui contenuto si potrà difficilmente prescindere, qualora si tratti di decidere su questioni analoghe a quelle su cui la CSSL si è pronunciata.

⁵³ Per una sintesi del dibattito in materia cfr. M. HAPPOLD, *op. cit.*, p. 294 ss.

La rassegna condotta mette infine in evidenza come, nell'applicazione del diritto internazionale penale e umanitario, nonché nella ricostruzione degli elementi costitutivi delle fattispecie criminose su cui essa ha giurisdizione, la CSSL abbia fatto ampiamente ricorso alle precedenti pronunce dei tribunali internazionali, ed in particolare di quelli penali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda. Con ciò essa ha indubbiamente contribuito da un lato al consolidarsi di certe norme e di alcune interessanti soluzioni interpretative di matrice giurisprudenziale, soprattutto nelle materie di sua competenza; dall'altro le continue citazioni della giurisprudenza di altre corti alimentano la tendenza (solo in parte riscontrabile nella prassi di altri tribunali) a considerare il «precedente» un criterio guida nell'interpretazione del diritto internazionale, laddove si tratti dell'applicazione di norme o della soluzione di questioni giuridiche su cui altri tribunali (ma più spesso lo stesso tribunale investito della questione) abbiano avuto modo di pronunciarsi⁵⁴.

La moltiplicazione di corti e tribunali internazionali (e, a questo punto, potremmo aggiungere «internazionalizzati»), aventi giurisdizione su materie simili, implica la possibilità che esse si trovino investite della medesima questione giuridica o dell'interpretazione della stessa norma di diritto internazionale; questa eventualità, peraltro verificatasi nella prassi, come dimostra la rassegna condotta, ha generato la preoccupazione, in parte priva di fondamento⁵⁵, che possibili divergenze giurisprudenziali possano mettere a rischio o addirittura compromettere l'unità e l'armonia del diritto internazionale⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. J.I. CHARNEY, *International Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, in *Recueil des Cours*, 1998, vol. 271, p. 101 ss.

⁵⁵ Cfr. in questo senso T. TREVES, *Diritto internazionale* cit. p. 282 s., a giudizio del quale sembrerebbe «esagerato o almeno prematuro parlare ... di pericoli di frammentazione del diritto internazionale» seppure, come rileva l'A. «l'utilizzazione della giurisprudenza internazionale nella rilevazione del diritto consuetudinario si fa, in un mondo in cui coesistono numerosi tribunali internazionali, più complessa e delicata» (*ivi*); ID., *Fragmentation of international law: the judicial perspective*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XIII, 2007, p. 821 ss.; così anche B. SIMMA, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 265 ss., spec. p. 278 ss.

⁵⁶ Cfr. G. HAFNER, *Risks Ensuing from the Fragmentation of International Law*, in INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Work of its Fifty-Second Session*, par. 143, U.N. Doc. A/55/10; ID., *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 849 ss.; C. BROWN, *The Proliferation of International Courts and Tribunals: Finding Your Way Through the Maze*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2002, p. 453 ss.; M. KOSKENNIEMI e P. LEINO, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 553 ss.; SIR ROBERT JENNINGS, *The Role of the International Court of Justice*, in *British Yearbook of International Law*, 1997, p. 60

In linea generale, negli strumenti istitutivi dei tribunali internazionali non viene espressamente sancito alcun obbligo di conformarsi alla giurisprudenza prodotta da altri organi. Essi sono concepiti come *self-contained systems* che in via teorica e di principio operano in isolamento fra di loro⁵⁷. Un'eccezione in tal senso è rappresentata proprio dallo Statuto della CSSL, il quale, all'art. 20 espressamente prevede che: «The judges of the Appeals Chamber of the Special Court shall be guided by the decisions of the Appeals Chamber of the International Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda». Tale disposizione, se correttamente interpretata, implica che la CSSL, nell'applicare norme di diritto internazionale sulla cui interpretazione i Tribunali penali internazionali per la Jugoslavia e per il Ruanda si siano già espressi, non possa non tenere debitamente in conto la giurisprudenza da essi prodotta; ciò però non dovrebbe tradursi, a nostro parere, e nell'ottica dello sviluppo del diritto internazionale, in un obbligo di sottostare sempre e necessariamente alle conclusioni da questi raggiunte⁵⁸.

ss.; G. GUILLAUME, *The Future of International Judicial Institutions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 848 ss.

⁵⁷ Cfr. ad esempio su questo punto TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, cit. *supra* nota 4 dove si legge: «International law, because it lacks a centralised structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as a power could be centralised or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)» (*ivi*, par. 11).

⁵⁸ Così anche M. HAPPOLD, *op. cit.*, p. 289 spec. nota 36. Sotto questo profilo riviste un significativo interesse il ragionamento svolto dalla Camera d'Appello del TPIY nel caso *Kvočka*, laddove essa ha rigettato la richiesta di sospensione di un procedimento fintanto che la CIG non avesse deciso su una questione giuridica analoga a quella sottoposta al suo esame, così tra l'altro motivando: «Although the Camera d'Appello will necessarily take into consideration other decisions of international courts, it may, after careful consideration, come to a different conclusion». TPIY, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, IT-98-30/1, *Decision on Interlocutory Appeal by the Accused Zoran Zigic against the Decision of Trial Chamber dated 5 december 2000* del 25 maggio 2001, par. 16 in cui i giudici della Camera di Appello citano TPIY, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, IT-96-21, sentenza del 20 febbraio 2001, par. 24.

La repressione del reclutamento di bambini-soldato: una nuova frontiera della giustizia penale internazionale

di Salvatore Fabio Nicolosi*

SOMMARIO: 1. Introduzione e campo d'indagine. – 2. Il processo contro *Thomas Lubanga Dyilo* come 'test case' nella repressione del reclutamento di bambini-soldato. – 3. Il reclutamento di bambini-soldato come fattispecie criminosa nella prassi normativa del diritto internazionale. - 3.1. La nozione di 'bambino-soldato' tra diritti umani e diritto umanitario. - 3.2. La 'criminalizzazione' del reclutamento di bambini-soldato nello Statuto della CPI. – 4. Vittime e carnefici: il controverso regime di responsabilità penale relativo alla problematica dei bambini-soldato. – 5. Vittime e testimoni: la partecipazione dei bambini-soldato al processo contro *Lubanga*. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione e campo d'indagine

L'attuale fase di evoluzione del diritto internazionale segnerà indubbiamente una pietra miliare per la nuova sensibilità riposta sui profili attinenti alla protezione dei diritti dell'uomo da una parte e alla repressione dei crimini internazionali dall'altra. Ed il fertile *humus* in cui queste due prospettive sembrano volersi affermare con vigore è rappresentato da uno dei più drammatici aspetti, ma sciaguratamente tipico dei conflitti armati contemporanei, quale il reclutamento dei bambini-soldato¹. Vittime di tale fenomeno risultano tutti

* Dottorando di ricerca in «Ordine Internazionale e Diritti Umani», Università di Messina.

¹ Solo di recente il fenomeno dei bambini-soldato, come nota A. SMITH, *Child Soldiers (Recruitment and Use in Armed Conflict)*, in A. CASSESE (eds.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, p. 261, «*begun to be seriously investigated and prosecuted in international jurisdictions*». Sulla fattispecie criminosa in esame, cfr. S. FREELAND, *Mere Children or Weapons of War - Child Soldiers and International Law*, in *University of La Verne Law Review*, 2008, pp. 19-55; J. SILVA, *Child Soldiers: a Call to the International Community to Protect Children from War*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2008, pp. 681-709; C. BREEN, *When is a Child not a Child? Child Soldiers in International Law*, in *Human Rights Review*, 2007, pp. 71-103; D. ROSEN, *Child Soldiers, International Humanitarian Law, and the Globalization of Childhood*, in *American Anthropologist*, 2007, pp. 296-306; I. TOPA, *Prohibition of Child Soldiering - International Legisla-*

i minori di 18 anni, costretti a combattere fra le schiere delle forze armate regolari o irregolari o di gruppi armati, fornendo varie forme di supporto nel corso dei conflitti armati².

Il reclutamento dei bambini-soldato rappresenta un fenomeno molto diffuso che coinvolge oltre 300.000 minori intorno al globo, di cui almeno 120.000 nell'Africa sub-sahariana, in cui non è insolito trovare soldati dell'età di sette/otto anni, i quali, arruolati in forze armate nazionali, paramilitari o altri gruppi armati non statali, partecipano ad oltre 40 conflitti³. Sebbene sia possibile rintracciare la pre-

tion and Prosecution of Perpetrators, in *Hanse Law Review*, 2007, pp. 105–117; G. GIOFFREDI, *La condizione internazionale del minore nei conflitti armati*, Milano, 2006, p. 177 ss.; C. MELONI, *La tutela dei bambini-soldato in diritto internazionale e responsabilità per crimini internazionali*, in *Cassazione Penale*, 2006, pp. 1139–1149; N. J. UDOMBANA, *War is not Child's Play! International Law and the Prohibition of Children's Involvement in Armed Conflicts*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, 2006, pp. 57–109; M.-J. FOX, *Child Soldiers and International Law: Patchwork Gains and Conceptual Debates*, in *Human Rights Review*, 2005, pp. 27–48; M. HAPPOLD, *Child Soldiers in International Law*, Manchester, 2005; S. WELLS, *Crimes Against Child Soldiers in Armed Conflict Situations: Application and Limits of International Humanitarian Law*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2004, pp. 287–306; I. COHN, G. GOODWIN-GILL e F. KALSHOVEN, *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflicts*, Oxford, 2003; A. ABBOTT, *Child soldiers; the use of children as instruments of war*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2000, pp. 499–537; M. HAPPOLD, *Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation of Children's Participation in Hostilities*, in *Netherlands International Law Review*, 2000, pp. 27–52.

² Una definizione di 'bambino-soldato' è stata elaborata durante la conferenza dell'UNICEF a Città del Capo (27–30 aprile 1997), allo scopo di prevenire il fenomeno del reclutamento dei minori di anni 18, cfr. UNICEF, *Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa*, testo disponibile su [http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles\(1\).pdf](http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles(1).pdf), ultimo accesso 2 novembre 2009, in cui si definisce 'child-soldier' «any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messengers and anyone accompanying such groups, other than family members. The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms». Particolarmente esplicativo è il Rapporto dell'Esperto del Segretario generale dell'ONU, Graça MACHEL, *Impact of Armed Conflict on Children*, UN Doc. A/51/306 del 26 agosto 1996, par. 34, disponibile su www.unicef.org/graca/, ultimo accesso 26 ottobre 2009, dal quale emerge anche una partecipazione indiretta dei minori ai conflitti armati, in quanto «children serve armies in supporting roles, as cooks, porters, messengers and spies». Inoltre, in un'intervista del 29 settembre 2009 all'UN News Centre, il Rappresentante Speciale del Segretario generale dell'ONU per i Minori ed i Conflitti Armati, Radhika Coomaraswamy, ha dichiarato che circa 250.000 bambini sono affiliati a gruppi armati «sometimes as frontline combatants, as spies or porters. They also are domestic aides, sex-slaves, they fight, etc.».

³ Per una aggiornata e dettagliata analisi dei dati relativi alle pratiche di reclutamento

senza di minori nei conflitti in diverse epoche storiche, e già a partire dalle Crociate dell'XI secolo, bisogna, d'altra parte, sottolineare che tali precedenti sono imputabili alla diversa concezione dell'età infantile, evolutasi nel corso dei secoli a seconda anche delle differenti aspettative di vita. Attualmente il reclutamento dei bambini-soldato risulta favorito principalmente da due ordini di fattori, ovvero la facilità di indottrinamento e di manipolazione psicologica a compiere determinate atrocità in guerra a cui sono soggetti i minori, soprattutto nella fase infantile e preadolescenziale⁴, e, secondariamente, allo sviluppo di una tecnologia di armamenti leggeri e di piccole dimensioni, come gli AK47, che si prestano ad essere indossati anche da bambini. La gravità del problema dei bambini-soldato, come confermato dal Rappresentante Speciale del Segretario generale dell'ONU nella Repubblica Democratica del Congo (RDC), è particolarmente sottolineata dal primo processo che si celebra in seno alla Corte penale internazionale (CPI), che costituisce una significativa opportunità per lo sviluppo del diritto internazionale con riferimento alla fattispecie criminosa in esame.

2. *Il processo contro Thomas Lubanga Dyilo come 'test case' nella repressione del reclutamento di bambini-soldato*

Lo scorso 26 gennaio 2009, la CPI, dopo una fase preliminare durata quasi tre anni, ha avviato il dibattimento del processo contro

dei minori a livello globale, cfr. COALITION TO STOP THE USE OF CHILD SOLDIERS, *Child Soldiers, Global Report 2008*, disponibile su www.child-soldiers.org, ultimo accesso 25 ottobre 2009. Il recente Rapporto del Segretario generale dell'ONU, *Children and Armed Conflict*, UN Doc. A/63/785-S/2009/158 del 26 marzo 2009, disponibile su www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/63/785, ultimo accesso 26 ottobre 2009, documenta, inoltre, gravi abusi sui minori in vari Paesi, quali: Afghanistan, Repubblica Centro-Africana, Chad, Colombia, Costa d'Avorio, Repubblica Democratica del Congo (RDC), Georgia, Haiti, Iraq, Libano, Myanmar, Nepal, Palestina e Israele, Filippine, Somalia, Sri Lanka, Sudan, Thailandia e Uganda. Sulla peculiare connotazione del fenomeno nel contesto africano, cfr. M. KALIS, *Child Soldiers in Africa: Solutions to a Complex Dilemma*, in *African Journal on Conflict Resolution*, 2002, p. 31 ss.

⁴ Cfr. Graça MACHEL, *op. cit.*, par. 36 ss. Tragicamente esplicitativi risultano i racconti riportati da A. HONWANA, *Immocents et coupables. Les enfants-soldats comme acteurs tactiques*, in *Politique Africaine*, 2000, p. 58 ss., da cui si deduce come lo storpimento della sfera affettiva del minore, che spesso comporta l'uccisione degli stessi genitori, rappresenta l'iniziazione del fanciullo al ruolo di violento ed impavido combattente. Sulle varie cause del reclutamento dei minori si veda ampiamente S. TIEFENBRUN, *Child Soldiers, Slavery and the Trafficking of Children*, in *Fordham International Law Journal*, 2008, p. 426 ss., mentre sulle modalità di reclutamento cfr. N.J. UDOMBANA, *op. cit.*, p. 61 ss.

*Thomas Lubanga Dyilo*⁵, il primo imputato nei confronti del quale si celebra un processo innanzi alla suddetta istanza. *Lubanga Dyilo* è uno dei «Signori della guerra», fondatore e leader dell'Unione dei Patrioti Congolesi (UPC), un gruppo armato volto a sostenere gli interessi del gruppo etnico Hema nella regione nord-orientale dell'Ituri in RDC, dilaniata da un conflitto che, innescatosi nel 1999 come uno scontro etnico, è stato esacerbato dal coinvolgimento militare dell'Uganda, che ne ha determinato la trasformazione in conflitto internazionale⁶. Considerati i vari crimini in cui tale gruppo armato risulta implicato, quali massacri etnici, tortura, stupro, la CPI, per mezzo della *Pre-Trial Chamber I* e previa richiesta del Procuratore, Luis Moreno-Ocampo, il 10 febbraio 2006 ha emesso contro *Thomas Lubanga Dyilo*, ai sensi dell'art. 58 dello Statuto⁷, un mandato

⁵ CPI, *Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, cfr. *Prosecutor's Opening Statement*, 26 gennaio 2009 e *Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-T-107, Hearing - Procedural Matters (Open Session)* del 26 gennaio 2009. Come nota G. DELLA MORTE, *Il caso Lubanga ed il diritto ad un equo processo: i primi passi (falsi) della Corte penale internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 216, tra la consegna dell'indiziato ai quartieri penitenziari dell'Aja, dove ha sede la CPI, avvenuta il 17 marzo 2006 e l'avvio del dibattimento sono trascorsi quasi tre anni. La cronologia processuale del caso è disponibile sul sito della CPI: www.icc-cpi.int/library/about/newsletter/10/en_01.html, ultimo accesso 13 novembre 2009. Per riferimenti di carattere generale cfr.: C. BURTENSHAW, *The Trial of Thomas Lubanga Dyilo*, in *Bulletin of International Legal Developments*, 2009, p. 6 ss.; W. SCHABAS, C. STAHN, *Introductory note: Legal Aspects of the Lubanga case*, in *Criminal Law Forum*, 2008, pp. 431-434; M. MIRAGLIA, *Thomas Lubanga Dyilo: il primo imputato di fronte alla Corte penale internazionale*, in *Questione Giustizia*, 2007, p. 585 ss. Utile materiale di approfondimento è disponibile anche sul sito www.lubangatrial.org, ultimo accesso 13 novembre 2009.

⁶ Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, sentenza del 19 dicembre 2005, *I.C.J. Reports* 2005, p. 168. La Corte ha concluso che l'Uganda ha violato la sovranità e l'integrità territoriale della RDC e le sue attività hanno rappresentato un'interferenza nella guerra civile in corso.

⁷ Lo *Statuto di Roma*, istitutivo della CPI, A/CONF.183/9 del 17 luglio 1998, prevede infatti all'art. 58 che durante una indagine relativa ad una specifica *situation*, ossia un insieme di fatti accaduti in un determinato contesto territoriale e in un definito arco temporale, quale nella fattispecie in esame *la situazione nella RDC*, ICC-01/04, qualora emergano gravi indizi a carico di determinati soggetti, la Camera preliminare può adottare due specifici provvedimenti. Il mandato d'arresto costituisce il provvedimento più rigido, qualora «*there are reasonable grounds to believe that the person has committed a crime within the jurisdiction of the Court*» e risulta necessario per assicurare la presenza dell'indiziato al processo, affinché questi non ostacoli l'inchiesta della Corte e per prevenire la commissione di ulteriori crimini, sottoposti alla giurisdizione della Corte. Il mandato di comparizione (*summons to appear*), invece, presuppone che vi siano «*reasonable grounds to believe that the person committed the crime alleged and that a summons is sufficient to ensure the per-*

d'arresto⁸, accusandolo, come ribadito dalla stessa decisione di conferma dei capi di accusa, sopraggiunta il 29 gennaio 2007, «*d'enrôlement et de conscription d'enfants de moins de 15 ans*⁹». A seguito della controversa decisione della *Trial Chamber I* del 13 Giugno 2008, il procedimento è stato sospeso per la mancata rivelazione di documenti da parte del Procuratore¹⁰. In realtà, il problema giuridico più rilevante sembrerebbe attenerne non tanto alla mancata rivelazione di documenti, quanto al loro non corretto utilizzo, che doveva essere finalizzato a fornire nuove prove, in considerazione della delicata fattispecie criminosa del reclutamento di bambini-soldato¹¹. Nel corso di un'udienza, svoltasi il 18 novembre 2008, la Camera di prima istanza ha comunque rivisto la propria decisione, non ritenendo più validi i motivi della sospensione e mantenendo in detenzione l'accusato, in vista del dibattimento avviato lo scorso gennaio 2009¹².

son's appearance». Si veda M. MIRAGLIA, *La Corte penale internazionale: una realtà ormai in movimento*, in *Questione Giustizia*, 2007, p. 355 ss.

⁸ Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2, *Mandat d'arrêt* del 10 febbraio 2006.

⁹ Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803, *Décision sur la confirmation des charges* del 29 gennaio 2007. La Camera, composta dai giudici Claude Jorda, Akua Kuenyehia e Sylvia Steine, conferma «qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Thomas Lubanga Dyilo est responsable, en qualité de coauteur, des chefs d'enrôlement et de conscription d'enfants de moins de 15 ans...et du fait de les avoir fait participer activement à des hostilités, au sens des articles 8-2-b-xxvi et 25-3-a du Statut, de début septembre 2002 au 2 juin 2003». Per interessanti osservazioni, cfr. O. BEKOU, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo – Decision on the Confirmation of Charges*, in *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 343–355; M. MIRAGLIA, *Admissibility of Evidence, Standard of Proof, and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in Lubanga*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 489–503; J. OCHOA, *The ICC's Pre-Trial Chamber I Confirmation of Charges Decision in the Case of Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo: Between Application and Development of International Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2008, p. 39 ss.

¹⁰ Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1401, *Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, del 13 giugno 2008. Come ricorda G. DELLA MORTE, *op. cit.*, p. 212 ss., «a meno di due settimane dall'inizio del dibattimento, la Camera di prima istanza veniva a conoscenza dell'esistenza di più di duecento documenti confidenziali potenzialmente a favore dell'accusato (dei quali ben 154 di provenienza ONU). Da qui la scelta di sospendere il procedimento».

¹¹ Ai sensi dell'art. 54, par. 1 b) dello Statuto della CPI, il Procuratore «*shall take appropriate measures to ensure the effective investigation and prosecution of crimes..., and in doing so, respect the interests and personal circumstances of victims and witnesses, including age, gender as defined in article 7, paragraph 3, and health, and take into account the nature of the crime, in particular where it involves sexual violence, gender violence or violence against children*».

¹² Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-T-98, *Status conference – Open Session* del

Indubbiamente il processo contro *Lubanga* costituirà un 'test case' per la CPI, la cui importanza, tuttavia, non si risolve soltanto nel progresso che il suo avvio assegna ad una 'giovane' giurisdizione penale universale¹³, ma si identifica nel fatto che esso rappresenta il primo processo nella storia della giustizia penale internazionale che vede la partecipazione attiva di vittime (per un totale di 99 partecipanti), fra le quali molti bambini-soldato. Tale peculiarità appare di grande rilievo per due ordini di motivi, quali, la ricorrenza, da una parte, del XX anniversario della *Convenzione sui Diritti dell'Infanzia* del 1989¹⁴, che rappresenta il più importante strumento internazionale, preposto alla tutela dei minori, e, la scadenza, d'altra parte, del periodo settimanale, dopo il quale, ai sensi dell'art. 123 dello Statuto della CPI, «il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite convocherà una Conferenza di revisione per esaminare ogni emendamento al[lo]...Statuto». Tale esame «potrà concernere in modo particolare, ma non esclusivamente, la lista dei reati di cui all'articolo 5», quali genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra ed aggressione¹⁵.

18 novembre 2008. Si legge in un comunicato stampa della stessa giornata (ICC-CPI-20081118-PR373) che la «*Trial Chamber I decided not to grant the release nor provisional release of Mr Thomas Lubanga Dyilo. The accused will remain under the custody of the Court until the beginning of the trial which has been provisionally scheduled to start 26 January 2009*».

¹³ Notano W. SCHABAS, C. STAHN, *op. cit.*, p. 431, che «*Thomas Lubanga Dyilo will soon have a prominent place in the history of international criminal law. His name will be inevitably associated with the infancy phase of the International Criminal Court*». Si veda anche W. SCHABAS, *Introduction to the International Criminal Court*, (III ed.), Cambridge, 2007, p. 42 ss.

¹⁴ Assemblea generale, *Convention on the Rights of the Child*, adottata il 20 novembre 1989, UN Doc. A/RES/44/25. Per un approfondito commento alla citata Convenzione, si veda S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 2005. La Convenzione è stata completata dal *Protocollo opzionale relativo al coinvolgimento dei minori nei conflitti armati*, adottato il 25 maggio 2000, UN Doc. A/RES/54/263, il quale ha inteso corroborare tra l'altro le condizioni di garanzia per gli Stati parti che autorizzano l'arruolamento volontario di minori nelle forze armate nazionali.

¹⁵ La disposizione in questione disciplina addirittura al comma 6 la possibilità per gli Stati, che non abbiano accettato eventuali emendamenti, di recedere dallo Statuto, disponendo che «se un emendamento è stato accettato da sette ottavi degli Stati parti in conformità al paragrafo 4, ogni Stato parte che non ha accettato l'emendamento può recedere dal presente Statuto con effetto immediato, nonostante l'articolo 127 paragrafo 1, ma subordinatamente alle disposizioni dell'articolo 127 paragrafo 2, dando notifica del suo recesso non più tardi di un anno dopo l'entrata in vigore di tale emendamento». Bisogna osservare in proposito che vi è sufficiente motivo per ritenere che in realtà la Conferenza di revisione prospettata per il 2010 sarà dominata dalla questione attinente al crimine di aggressione, sul punto si veda R. CLARK, *Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the*

L'evoluzione processuale del caso *Lubanga* costituisce, dunque, un'incubatrice, capace di testare gli elementi ed i fattori più rilevanti che potrebbero segnare lo stesso sviluppo istituzionale della CPI e chiarire, anche in seno all'apparato normativo della Corte, i contorni di un crimine ancora non univocamente definito, come il reclutamento di bambini-soldato.

3. *Il reclutamento di bambini-soldato come fattispecie criminosa nella prassi normativa del diritto internazionale*

La questione del reclutamento dei minori solleva certamente problematiche non soltanto di rilievo giuridico, interessando anche profili sociologici e psicologici. Tuttavia, sul piano del diritto internazionale rilevano tre problematiche principali, e reciprocamente complementari, che il processo contro *Lubanga* offre l'occasione di smusare. Una prima questione attiene alla rilevanza della normativa internazionale che disciplina e tutela la figura del minore e ne proibisce o limita il reclutamento, l'arruolamento e l'impiego nei conflitti armati, fino a giungere a censurare tale fattispecie come crimine di guerra nei termini dello Statuto della CPI. Il riconoscimento del reclutamento di bambini-soldato come crimine deve, inoltre, impegnare in misura doppia sotto il profilo penale la responsabilità individuale dei perpetratori, la cui responsabilità dovrebbe estendersi anche alle atrocità che i minori sono costretti a commettere nel corso dei conflitti armati. Infine, deve essere recuperato il riconoscimento dei bambini-soldato come vittime in senso assoluto, la cui partecipazione ai processi internazionali, anche in qualità di testimoni, appare determinante ed indubbiamente rappresenta un importante traguardo della giustizia penale internazionale. L'interazione tra questi tre profili contribuirà, dunque, a suggerire una soluzione al dilemma molto delicato dei bambini-soldato che si configurano allo stesso tempo come esecutori di crimini di guerra, vittime a loro volta di reclutamento forzato.

3.1. *La nozione di 'bambino-soldato' tra diritti umani e diritto umanitario*

La prima questione che la CPI è stata chiamata ad esaminare in relazione al caso *Lubanga* riguarda il fatto che fossero coinvolti mi-

nori, reclutati e costretti a combattere in una situazione di conflitto armato. Tale circostanza, in realtà, costituisce un elemento dibattuto anche a livello normativo, dove non si riscontra una definizione di bambino-soldato, o meglio non sussiste una nozione universalmente valida di 'minore'¹⁶. La *Convenzione* del 1989 dichiara all'art. 1 che «si intende per fanciullo ogni essere umano avente un'età inferiore a 18 anni, salvo che abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile», adottando, dunque, una definizione approssimativa e non del tutto impermeabile ad eventuali limiti di natura culturale, tipici di determinati contesti sociali¹⁷, e rinviando all'art. 38 la disciplina di alcune, seppur limitate, condizioni relative alla partecipazione dei minori ai conflitti armati¹⁸. Tale norma rifletterebbe un consenso pressoché globale, dato l'elevato numero di ratifiche¹⁹, sul fatto che ogni persona che non ha raggiunto l'età di 15 anni non dovrebbe essere arruolata e riconosciuta come legittimo combattente²⁰. La soluzione normativa adottata dalla *Convenzione* del 1989, tuttavia, non appare soddisfacente, in quanto impregnata dei toni del compromesso politico tra i molti Stati che ammettono l'arruolamento di minori di 18 anni²¹.

¹⁶ Osserva I. TOPA, *op. cit.*, p. 107, che fino all'adozione della *Convenzione* del 1989, «*although the term had appeared in some international documents, there was no legal definition of a child*».

¹⁷ La funzione dell'art. 1, come si apprende dal Commentario alla *Convenzione*, S. DETRICK, *op. cit.*, p. 51 ss., consiste in «*to define who is to be considered a «child» for the purposes of the Convention*», senza alcuna pretesa, dunque, di accogliere in proposito una nozione di carattere generale e a portata universale, al contrario, V. VON STRUENSEE, *Highlights of the United Nations Children's Convention and International Response to Children's Human Rights*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 1995, p. 598, ritiene che «*pragmatically, the Children's Convention attempts to acknowledge the different political and economic realities of its signatories*».

¹⁸ L'art. 38 della *Convenzione sui Diritti dell'Infanzia* regola la partecipazione dei minori alle ostilità e le più rilevanti disposizioni di tale norma prevedono che:

«...2. Gli Stati parti adottano ogni misura possibile a livello pratico per vigilare che le persone che non hanno raggiunto l'età di quindici anni non partecipino direttamente alle ostilità.

3. Gli Stati parti si astengono dall'arruolare nelle loro forze armate ogni persona che non ha raggiunto l'età di 15 anni. Nel reclutare persone aventi più di quindici anni ma meno di diciotto anni, gli Stati parti si sforzano di arruolare con precedenza i più anziani...».

¹⁹ La *Convenzione* conta 140 Stati firmatari e 193 Stati-parti e costituisce lo strumento internazionale a tutela dei diritti umani più ratificato in assoluto, di cui soltanto Stati Uniti e Somalia non sono parti.

²⁰ Cfr. J. DE BERRY, *Child soldiers and the Convention on the Rights of the Child*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2001, p. 93.

²¹ Come nota R. SAPIENZA, *A dieci anni dalla Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo*, in *Aggiornamenti Sociali*, 1999, p. 842, «paradossalmente, è proprio la

In realtà, la tutela dei diritti dei minori non ha conosciuto un adeguato sviluppo normativo, principalmente perché, il diritto internazionale si è voluto mostrare estraneo al vincolo intercorrente tra fanciulli e genitori, evitando di elaborare in tale contesto norme che si indirizzano agli Stati, imponendo specifici obblighi²². Tra il primo riconoscimento formale dei diritti dei minori nel contesto internazionale, rappresentato dalla *Dichiarazione sui Diritti del Fanciullo* approvata in seno alla Società delle Nazioni nel 1924²³ e l'adozione della *Convenzione* del 1989 si è comunque sviluppata una copiosa prassi normativa sia nel quadro del diritto internazionale umanitario (DIU) sia sul versante più eterogeneo dei diritti umani, dove spesso la tutela del minore deriva da disposizioni, inserite in strumenti aventi ad oggetto la protezione di altri diritti²⁴. Nell'ambito del DIU, sebbene le *Convenzioni di Ginevra* del 1949, ed in particolare la *IV Convenzione*²⁵, contengano numerose disposizioni a riguardo dei minori

Convenzione l'elemento debole del 'sistema' di diritto internazionale pattizio a protezione del minore». Molti Stati appartenenti all'esperienza culturale occidentale, come Stati Uniti e Regno Unito, prevedono l'arruolamento di minori di 18 anni. Lo stesso ordinamento italiano, sebbene proibisca la partecipazione alle ostilità prima del compimento del diciottesimo anno di età, fissa a 17 anni l'età per l'arruolamento volontario. Per il dibattito sull'art. 38 e la Convenzione del 1989, il cui testo fu negoziato in seno al Gruppo di Lavoro, stabilito dalla Commissione per i Diritti Umani nel 1979, cfr. in particolare M. HAPPOLD, *Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation*, cit., p. 42 ss.; V. VON STRUENSEE, *op. cit.*, p. 599 ss.

²² Osserva, infatti, M. DU PLESSIS, *Children Under International Criminal Law*, in *African Security Review*, 2004, p. 103, che «states had very little desire to impinge upon this relationship, let alone set standards of treatment».

²³ Assemblea della Società delle Nazioni, *Geneva Declaration of the Rights of the Child*, adottata il 26 settembre 1924. La dichiarazione assume un valore programmatico, in quanto afferma: «men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give, declare and accept it as their duty that, beyond and above all considerations of race, nationality or creed», il fanciullo deve essere tutelato e sostenuto nel suo sviluppo materiale e spirituale.

²⁴ Cfr. ad esempio l'art. 3 lett. a) della Convenzione n. 182, sull'*Eliminazione delle Peggiori Forme di Lavoro Minorile*, adottata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) il 17 giugno 1999, la quale include specificamente il caso di «forced or compulsory recruitment of children for use in armed conflicts». Si veda S. TIEFENBRUN, *op. cit.*, p. 461 ss.; M.C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 232 ss.; W. SENEVIRATNE, *International legal Standards applicable to Child Soldiers*, in *Sri Lanka Journal of International Law*, 2003, pp. 39-49. Per una raccolta dei principali strumenti a tutela dell'infanzia nel diritto internazionale si veda M.R. SAULLE, *Codice internazionale dei diritti del minore*, Napoli, 1992.

²⁵ Cfr. *Convenzione (I) per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna*; *Convenzione (II) per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate sul mare*; *Con-*

nei conflitti armati, queste non fanno, tuttavia, alcun riferimento specifico al problema del loro reclutamento nelle forze armate, né fissano un'età minima per la partecipazione alle ostilità²⁶. Sostanzialmente la *IV Convenzione di Ginevra* tutela i minori, nella misura in cui essi costituiscono soggetti particolarmente vulnerabili della popolazione civile, senza considerare l'eventuale impiego dei minori come combattenti illegittimi nelle forze armate. Soltanto i due *Protocolli Aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra*²⁷ per la prima volta affrontano direttamente la questione del reclutamento dei bambini-soldato. In particolare, il *I Protocollo Aggiuntivo* all'art. 77 par. 2, sebbene in termini piuttosto blandi, riduce a 15 anni il limite per la partecipazione alle ostilità, disponendo che gli Stati adottino «*all feasible measures in order that children who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities*», prefigurando, dunque, un limite per nulla assoluto e non esaustivo²⁸, in quanto non esplicitamente inclusivo della partecipazione indiretta dei minori ai conflitti armati. Più rigida appare, invece, la corrispondente disposizione del *II Protocollo Aggiuntivo*, il cui art. 4 par. 3 lett. c), perentoriamente vieta che «*children who have not attained the age of fifteen years shall neither be recruited in the armed forces or groups nor allowed to take part in hostilities*», configurando un divieto di tipo assoluto, comprendente anche la partecipazione diretta ed indiretta dei

venzione (III) sul trattamento dei prigionieri di guerra; Convenzione (IV) sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra, 12 agosto 1949, testi disponibili nel sito della Croce Rossa Internazionale (CRI) su www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconventions, ultimo accesso 31 ottobre 2009.

²⁶ Conferma in proposito N.J. UDOMBANA, *op. cit.*, p. 73, «*in general, the Geneva laws do not provide precise definitions of "child", though they include provisions about "children", "minors", "parents and their children", children under eighteen, fifteen, twelve and seven years, "maternity cases", "pregnant women" and "expectant mothers"*».

²⁷ *Protocollo Aggiuntivo (I) relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali; Protocollo Aggiuntivo (II) relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali*, 8 giugno 1977, testi disponibili su www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconvention, ultimo accesso 31 ottobre 2009.

²⁸ C. MELONI, *op. cit.*, pp. 1141–1142. Dallo stesso commento all'art. 77, Y. SANDOZ, C. SWINARSKI e B. ZIMMERMANN (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987, p. 899 ss., si evince l'ambiguità della norma, confermando ancora una volta l'assenza 'intenzionale' di una chiara definizione di 'minore' e la caratteristica del compromesso della formula, insita nel par. 2, in cui alla proposta della CRI di introdurre una più rigorosa terminologia, suggerendo che le parti in conflitto «*take all necessary measures*», è stata sostituita l'espressione più vaga «*take all feasible measures*», sul punto cfr. M. HAPPOLD, *Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation*, cit., p. 33 ss.

minori ai conflitti armati, ed estendendo tali limiti non solo alle forze armate regolari ma anche ai gruppi irregolari²⁹. Entrambe le disposizioni citate fanno comunque riferimento agli obblighi che incombono sugli Stati in relazione a quei minori di età superiore a 15 anni che possono essere considerati 'legittimi combattenti' e sono state introdotte in considerazione del sempre più frequente impiego dei minori come forze attive nei conflitti.

L'anello di congiunzione tra le disposizioni attinenti alla tutela dei diritti umani e il DIU è rappresentato dal citato art. 38 della *Convenzione* del 1989. Tuttavia, i differenti livelli di protezione, con particolare riferimento al regime di reclutamento dei minori di età compresa tra i 15 ed i 18 anni, hanno reso le disposizioni in esame inadeguate e generiche circa la repressione di un fenomeno che richiede invece un approccio giuridico uniforme e condiviso. Tale situazione ha comportato l'adozione nel 2000 del *Protocollo opzionale relativo al coinvolgimento dei minori nei conflitti armati*, il quale segna un notevole progresso, elevando il limite di età per il reclutamento dei minori da 15 a 18 anni³⁰, e disciplinando anche l'arruolamento volontario attraverso la disposizione dell'art. 3, che consente di reclutare minori tra i 15 e i 18 anni in presenza di specifiche condizioni elencate al par. 3, tra cui una «...prova affidabile della loro età prima di essere ammessi a detto servizio»³¹. Il limite dei 18 anni è fissato,

²⁹ *Ivi*, p. 39, l'autore sostiene che «*the obligation is an absolute one. It is an obligation of result, not of means and is, consequently, far more onerous than that imposed by Additional Protocol I which, save in respect of the recruitment of children into a state's armed forces, rests upon the easily abused concept of feasibility*». Sulle differenze tra le disposizioni dei due Protocolli, si veda diffusamente C. BREEN, *op. cit.*, p. 77 ss.

³⁰ Dispone in proposito l'art. 2 che «Gli Stati parti vigilano affinché le persone di età inferiore a 18 anni non siano oggetto di un arruolamento obbligatorio nelle loro forze armate». Sulla necessità di adottare in modo uniforme il limite dei 18 anni per il reclutamento dei minori, cfr. G. GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 279 ss.; A. SHEPPARD, *Child soldiers: Is the optional protocol evidence of an emerging 'straight-18' consensus?*, in *International Journal of Children's Rights*, 2000, p. 37 ss.

³¹ Dispone, infatti il l'art. 3, par. 3, che:

«3. Gli Stati parti che autorizzano l'arruolamento volontario nelle loro forze armate nazionali prima di 18 anni instaurano garanzie che assicurano almeno quanto segue: a) che tale arruolamento sia effettivamente volontario; b) che tale arruolamento abbia luogo con il consenso illuminato dei genitori o dei tutori legali dell'interessato; c) che gli arruolati siano esaurientemente informati dei doveri inerenti al servizio militare e nazionale; d) che essi forniscano una prova affidabile della loro età prima di essere ammessi a detto servizio».

Tali disposizioni, come argomenta J. SILVA, *op. cit.*, p. 703, appaiono inadeguate, se si considera, ad esempio, che il consenso dei genitori all'arruolamento dei figli può facilmente scaturire dalla necessità di sopperire alla povertà.

tuttavia, in modo assoluto per i gruppi armati, distinti dalle forze armate di uno Stato³², come l'UPC di *Thomas Lubanga Dyilo*.

Considerata, infine, l'assenza di appositi meccanismi di garanzia nei citati strumenti normativi³³, il Consiglio di Sicurezza ha chiesto al Segretario generale dell'ONU di promuovere l'attuazione di un piano di azione ed un sistematico meccanismo di monitoraggio, al fine di ottenere informazioni accurate ed attendibili sul reclutamento e l'impiego di bambini-soldato in violazione delle norme internazionali. Il Segretario generale ha accolto tali richieste nel rapporto su *Children and Armed Conflict* del 2005³⁴, in base al quale il Consiglio di Sicurezza ha stabilito un meccanismo di monitoraggio ed un apposito Gruppo di Lavoro³⁵, e nel quale ha inoltre inserito una '*list of shame*', indicando i gruppi armati implicati nel reclutamento di bambini-soldato, tra i quali figura l'UPC di *Lubanga*. Nonostante tali sforzi, il fenomeno dei bambini-soldato risulta in crescita. Anche se la maggior parte degli strumenti internazionali stabilisce standard, volti a regolare le pratiche di reclutamento, sono ancora limitate le disposizioni che riguardano la 'criminalizzazione' di determinate azioni, quali la co-scrizione forzata dei minori ed il loro impiego nei conflitti armati.

3.2. *La 'criminalizzazione' del reclutamento di bambini-soldato nello Statuto della CPI*

Sebbene il divieto di reclutamento di minori di 15 anni nei conflitti sia ormai riconosciuto, come si dirà, a livello consuetudinario, è

³² È quanto prevede l'art. 4, par. 2, del *protocollo opzionale*, il quale stabilisce chiaramente che «i gruppi armati, distinti dalle forze armate di uno Stato, non dovrebbero in alcuna circostanza arruolare né utilizzare nelle ostilità, effettivi aventi un'età inferiore a 18 anni».

³³ Critico nei confronti del Protocollo Opzionale è S. FREELAND, *op. cit.*, p. 36, il quale nota che «*the instrument recognizes «a need to increase the protection of children from involvement in armed conflict,» but it is clear that the spectre of realpolitik continues to play a significant role in these areas-even though the protection of the child should be the overriding concern*».

³⁴ Si veda in proposito il Rapporto del Segretario generale dell'ONU, UN Doc. S/2005/72 adottato il 9 febbraio 2005, in risposta alla risoluzione del Consiglio di Sicurezza, *Children and Armed Conflict*, UN Doc. S/RES/1539 (2004) del 22 aprile 2004.

³⁵ Cfr. Consiglio di Sicurezza, *Children and Armed Conflict*, UN Doc. S/RES/1612 (2005) del 26 luglio 2005, in cui si ribadisce che tale meccanismo «*must operate with the participation of and in cooperation with national Governments and relevant United Nations and civil society actors, including at the country level*». Sull'attività del *Working Group*, istituito dal Consiglio di Sicurezza nel 2005, che finora ha esaminato una decina di Rapporti nazionali, si rinvia al sito www.un.org/children/conflict/english/securitycouncilwgroupdoc.html, ultimo accesso 1 novembre 2009.

necessario che altri principi di diritto internazionale, che si inseriscono nell'alveo della 'criminalizzazione' di certe azioni intrinsecamente connesse a detto fenomeno, siano utilizzati per reprimere il fenomeno dei bambini-soldato. Tale circostanza assume una portata rivoluzionaria nella misura in cui, tentando di allontanarsi dalla sfera politica delle sanzioni contro gli Stati, si vuole affermare la responsabilità dei singoli individui che attuano tale reclutamento³⁶. Nel Rapporto del 2007³⁷, il Rappresentante Speciale del Segretario generale per la protezione dei minori nei conflitti armati, ha sollecitato, infatti, la punibilità di crimini particolarmente gravi commessi contro i minori in situazioni di conflitto, come il reclutamento di bambini-soldato.

I recenti processi avviati dinanzi alla CPI ed alla Corte speciale per la Sierra Leone (CSSL) rappresentano in tal senso un primo fondamentale traguardo, che riflette un'esigenza ormai radicata nella comunità internazionale. Sul piano giurisprudenziale una rilevante prassi in materia è fornita dalla CSSL nel caso *Hinga Norman*³⁸, avviato il 3 Giugno 2004, durante il quale la Camera d'Appello, contro la mozione presentata dall'imputato, secondo cui il divieto di reclutamento di bambini-soldato non faceva parte del diritto consuetudinario all'epoca dei fatti di cui era accusato, ha riconosciuto che tale fattispecie criminosa si è cristallizzata invece come diritto internazionale generale già prima del 1996³⁹, sulla base di una diffusa prassi che vieta il reclutamento di minori di 15 anni (attestata dalla massiccia ratifica di importanti strumenti internazionali, quali le Convenzioni di Ginevra e la *Convenzione* del 1989), accompagnata da una rilevante *opinio juris*. A tal riguardo, la Camera di Appello si è avvalsa del riferimento allo Statuto della CPI, il quale rappresenta il primo tribunale penale universale che ha inteso disciplinare negli articoli 8 par. 2 lett. b (xxvi) e 8 par. 2 lett. e (vii), inerenti rispettivamente ai conflitti armati internazionali ed interni⁴⁰, il divieto di reclutamento di

³⁶ Sul punto cfr. S. FREELAND, *op. cit.*, p. 41 ss.

³⁷ *Report of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict*, UN. Doc. A/62/228 del 13 agosto 2007.

³⁸ CSSL, *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman, Moimina Fofana and Allieu Kordewa*, SCSL-03-14-1, *Consolidated Indictment*, 4 febbraio 2004. Cfr. M. HAPPOLD, *International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court for Sierra Leone's Decision in Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, pp. 283-297.

³⁹ Appeals Chamber, SCSL-04-14-AR72(E)-131-7383, *Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, 31 maggio 2004, par. 17, in cui si afferma che «the prohibition on child recruitment has also crystallized as customary international law».

⁴⁰ La stessa disposizione che sancisce il divieto di «*conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to*

bambini-soldato, prevedendone la criminalizzazione e, dunque, la sanzione penale della condotta individuale ad esso contraria. Ed è significativo che il primo imputato innanzi alla CPI sia accusato esclusivamente di tale fattispecie criminosa⁴¹. Nel caso di specie, *Lubanga* è incriminato per crimini di guerra, tra i quali figurano, la coscrizione, l'arruolamento e l'impiego diretto nel conflitto di bambini-soldato⁴² tra le *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo*, l'ala militare del suo gruppo, dove tra il settembre 2002 e il dicembre 2003 sono stati costretti a prendere parte alle ostilità e a perpetrare crimini di guerra. In questo contesto, durante il corso del processo, l'Ufficio del Rappresentante Speciale del Segretario generale dell'ONU per i minori ed i conflitti armati ha trasmesso un '*amicus curiae*', accettato dalla CPI⁴³, in cui si chiedeva, al fine di assicurare un'adeguata protezione a tutti i minori affiliati a gruppi militari, in conformità ai «*Principi di Parigi*»⁴⁴, di fornire un'accurata definizione dei crimini di '*enlistment*', '*conscriptio*', e partecipazione diretta ai conflitti.

In quanto leader dell'UPC, da una parte può sembrare difficile provare che *Lubanga*, per il ruolo ricoperto, abbia direttamente rappresentato l'esecutore materiale del reclutamento di bambini-soldato,

participate actively in hostilities», è ripresa infatti anche dall'art. 4 lett. c) dello Statuto della CSSL.

⁴¹ Cfr. M. HAPPOLD, *Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*, in J. DORIA, H-P. GASSER e M.C. BASSIOUNI (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, Leiden, 2009, pp. 579- 607.

⁴² Al termine '*recruiting*' a cui si riferiscono sia il *Protocollo Addizionale (I)* alle Convenzioni di Ginevra del 1949 sia la Convenzione del 1989 e lo stesso Progetto preliminare di Statuto della CPI, la versione definitiva di tale accordo, distingue tra coscrizione ('*conscripting*') ed arruolamento ('*enlisting*'). Come ribadito dal giudice Robertson nella sua *Dissenting Opinion* sul caso *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, il termine '*recruitment*' include «*active soliciting of 'recruits', i.e. to pressure or induce them to enlist: it is not synonymous with enlistment*», mentre per '*enlisting*' e '*conscriptio*' s'intende rispettivamente «*to enrol on the 'list' of a military body; to engage as a soldier*» e «*to compel to military service by conscription; to enlist compulsorily*». Sul punto cfr. M. HAPPOLD, *Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute*, cit., p. 586.

⁴³ ICC-01/04-01/06-1229-AnxA, *Submission of the Observations of the Special Representative of the Secretary General of the United Nations for Children and Armed Conflict pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence* del 17 marzo 2008.

⁴⁴ Cfr. UNICEF, *Principles and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups (the Paris Principles and Commitment)*, Parigi, 28 febbraio 2007, testo disponibile su www.un.org/children/conflict/_documents/parisprinciples/ParisPrinciples_EN.pdf, ultimo accesso 3 novembre 2009. Tali principi riflettono l'impegno assunto da 58 Stati per favorire il disarmo, la smobilitazione e la reintegrazione sociale di tutti i bambini-soldato.

come ha cercato di sostenere la difesa, nella persona dell'avvocato Catherine Mabilie⁴⁵. Tuttavia, *Thomas Lubanga Dyilo* è da considerarsi comunque responsabile ai sensi dell'art. 25 par. 3, lett. b) dello Statuto della CPI, che riconosce la responsabilità penale individuale del soggetto, anche quando «ordina, sollecita o incoraggia la perpetrazione di tale reato, nella misura in cui vi è perpetrazione o tentativo di perpetrazione di reato». In capo a *Lubanga* sussistono ragionevoli indizi per ritenere, come si sostiene nello stesso mandato d'arresto, che l'imputato abbia esercitato un'autorità *de facto*, corrispondente alle sue funzioni di leader dell'UPC, che nel periodo in questione disponeva del controllo definitivo per l'adozione ed esecuzione delle politiche dell'UPC, notoriamente consistenti nel reclutamento di minori di 15 anni, ed, infine, che era consapevole del suo ruolo decisivo di delineare l'inquadramento logistico, infrastrutturale ed organizzativo delle suddette politiche. Addirittura, la massiccia partecipazione delle vittime al processo contro *Lubanga* testimonia come il reclutamento di bambini-soldato abbia assunto un carattere talmente diffuso e sistematico da generare vere e proprie armate di bambini in guerra.

4. *Vittime e carnefici: il controverso regime di responsabilità penale individuale relativo alla problematica dei bambini-soldato*

Il processo contro *Lubanga* solleva diversi spunti d'analisi sulle recenti evoluzioni della giurisdizione internazionale penale con particolare attenzione al ruolo degli individui, i cui poli di orientamento si incardinano tra due assi investigativi, di natura sostanziale e procedurale, volti rispettivamente ad attestare la rilevanza per la prima volta anche a livello processuale del crimine di reclutamento dei bambini soldato e la partecipazione dei minori al processo, in qualità di vittime e non semplicemente di testimoni.

Sul piano sostanziale, si pone l'attenzione sulla compatibilità tra i vari strumenti normativi a tutela dei minori ed i meccanismi di ac-

⁴⁵ Durante l'avvio del dibattimento più volte la difesa di *Thomas Lubanga* ha sostenuto che l'imputato sia stato indagato al posto di altri soggetti «*who bear greater responsibility*». In una recente intervista rilasciata a Rachel Irwin il 24 settembre 2009, disponibile su www.lubangatrial.org, ultimo accesso 2 novembre 2009, l'avvocato Catherine Mabilie ha ribadito che: «*The Rome Statute says...to try the most responsible person. The question raised by us is: is Lubanga the [most appropriate] guy for this trial at the ICC? What was the role of [Congolese president] Kabila, or [Ugandan president] Museveni, or [Rwandan president] Kagame?*», concludendo che forse la Corte ha voluto piuttosto 'indagare' la persona più facile da 'catturare'.

certamento della responsabilità penale contro violazioni che riproducono crimini di guerra e contro l'umanità. La questione in esame ruota intorno al dilemma molto delicato dei bambini-soldato, i quali si configurano come esecutori materiali di crimini⁴⁶, vittime ad un tempo di reclutamento forzato, concepito esso stesso come crimine di guerra. Il paradosso scaturisce dall'identificazione nella figura del bambino-soldato di due categorie contrapposte, quali il bambino ed il soldato, normalmente adulto⁴⁷, e, come noto, la vulnerabilità del minore può trasformare il bambino in un formidabile ed obbediente soldato, la cui immaturità emotiva diviene il presupposto per la consumazione dei crimini più efferati.

In questo senso risulta ambigua l'analisi dello Statuto della CPI, che da una parte prevede l'esclusione della giurisdizione in capo ai minori di 18 anni «al momento della pretesa perpetrazione del crimine», dall'altro chiarisce che l'obbedienza agli ordini del superiore gerarchico non esenta da responsabilità penale, condizione che assume maggiore rilievo, allorché il reclutamento dei bambini-soldato è finalizzato all'arruolamento nelle forze armate nazionali. In questo contesto, è evidente che la ricerca di un bilanciamento, quale soluzione ad un complesso dilemma, che rischia di lasciare impuniti i veri perpetratori, deve assumere l'obiettivo precipuo di far prevalere la nozione di vittima dei bambini-soldato costretti a prendere parte alle ostilità⁴⁸. L'impalcatura normativa della CPI evidenzia in quest'ambito un duplice punto debole: l'esplicita «*esclusione di giurisdizione per persone di età inferiore a 18 anni*», formula con cui

⁴⁶ F. ZIA-MANSOOR, *The Dilemma of Child Soldiers: Who is Responsible?*, in *King's College Law Journal*, 2005, p. 398, riconosce che «*many child soldiers are forced to commit heinous crimes and witness atrocities that make them party to the killing and therefore, in their minds, responsible*».

⁴⁷ Tale paradosso è ben evidenziato da A. HONWANA, *op. cit.*, p. 59, che osserva «*l'idée d'enfants assassins ou faisant la guerre défie les normes établies et largement acceptées quant à la séparation des catégories enfant/adulte... Les enfants doivent être défendus. Les soldats défendent. Les enfants doivent être protégés, le mandat des soldats est de les protéger. L'association des termes d'enfant et de soldat relève ainsi d'un paradoxe, dans la mesure où ces enfants-soldats se situent dans l'espace interstitiel entre ces deux catégories. Ce sont encore des enfants, mais ils ne sont plus innocents; ils effectuent des tâches relevant de l'apanage des adultes, mais ils ne sont pas encore adultes*».

⁴⁸ L'allora Segretario generale dell'ONU, Kofi 'Annan, *Report of the Secretary General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, UN Doc. S/2000/915 del 4 ottobre 2000, disponibile su www.specialcourt.org/documents/SGreportSLSC.pdf, ultimo accesso 3 novembre 2009, in relazione al conflitto in Sierra Leone, in cui oltre 5.000 bambini hanno partecipato alle ostilità, ha affermato che «*although the children of Sierra Leone may be among those who have committed the worst crimes, they are to be regarded first and foremost as victims*».

l'art. 26 dello Statuto è rubricato, sembrerebbe addirittura favorire indirettamente il reclutamento dei minori, ai quali potrebbe essere volutamente demandata la commissione di crimini di guerra, escludendo che tali condotte e gli stessi bambini-soldato, data la minore età, siano suscettibili di indagini dirette. In questo senso, i termini dello Statuto di Roma trasmetterebbero «*entirely the wrong message*» alle parti coinvolte nel reclutamento di minori⁴⁹. Inoltre, riconoscendo la competenza *ratione personae* della CPI nei confronti di individui di età superiore ai 18 anni, sembra che i *drafters* dello Statuto abbiano volutamente evitato di prendere posizione sul delicato dilemma dei bambini-soldato⁵⁰, delegando la questione ad altre sedi normative ed esperienze processuali. In questa prospettiva, ad esempio, nonostante lo Statuto della CSSL riduca, ai sensi dell'art. 7, a 15 anni il limite di età oltre il quale è possibile estendere la propria giurisdizione, stabilendo che la Corte «*shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 15 at the time of the alleged commission of the crime*», nessun processo è stato celebrato e si celebrerà a carico di minori di 18 anni, poiché il Procuratore, Stephen Rapp, ha ritenuto discrezionalmente di concentrare le indagini sulle persone che «*bear the greatest responsibility*», aderendo implicitamente alla «*straight-18 policy*»⁵¹.

Infine, poiché ciò che si apprende chiaramente dai termini dello Statuto della CPI è l'intenzione di criminalizzare il reclutamento di bambini-soldato come crimine di guerra, è tale fattispecie criminosa che il diritto internazionale è chiamato anzitutto a reprimere. I crimini di guerra commessi dai minori costretti a prendere parte direttamente alle ostilità sono infatti conseguenza di un crimine già consumato, i cui responsabili sarebbero doppiamente perseguibili. Per quanto possa essere possibile ricostruire l'elemento oggettivo ossia l'*actus reus* con riferimento alla condotta criminosa dei bambini-sol-

⁴⁹ S. FREELAND, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁰ *Ibid.* In questo senso l'autore ha addirittura osservato che «*it is almost as if the drafters of the Rome Statute would prefer that a consideration of this important aspect of the shameful problem of Child Soldiers be delegated elsewhere*». In proposito si rinvia anche a M. HAPPOLD, *The Age of Criminal Responsibility for International Crimes under International Law*, in V. POPOVSKI e K. ARTS, *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, The Hague, 2007, p. 69 ss.; W. SCHABAS, *Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 71 ss.; M. FRULLI, *Jurisdiction ratione personae*, in A. CASSESE, P. GAETA e J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, vol. I, p. 527 ss.

⁵¹ Sulla necessità di raggiungere un consenso universale circa il limite dei 18 anni per l'accesso alla maggiore età, si veda quanto argomentato da A. SHEPPARD, *op. cit.*, p. 37 ss.

dato, non si può automaticamente associare ad essa anche la *mens rea*, ossia l'elemento psicologico, che invece è chiaramente rintracciabile in capo a chi recluta bambini «con intenzione e consapevolezza», per arruolarli come soldati, costringendoli a compiere svariate effertezze⁵². Si assisterebbe, in sostanza, ad una dissociazione tra l'elemento oggettivo e il dolo dell'agente: per quanto lo Statuto della CPI disponga che «una persona può essere punita per un crimine di competenza della Corte solo se l'elemento materiale è accompagnato da intenzione e consapevolezza», tale circostanza spesso non può essere ricostruita con riferimento alla condotta di bambini psicologicamente manovrati e indottrinati di proposito per perpetrare crimini di guerra. La portata rivoluzionaria del processo contro *Lubanga* scaturisce anche dal contributo che la lunga serie di testimonianze di ex bambini-soldato potrebbe apportare ad una più accurata definizione degli elementi costitutivi di crimini particolarmente delicati, come il reclutamento di minori.

5. *Vittime e Testimoni: la partecipazione dei bambini-soldato al processo contro Lubanga*

Il caso *Lubanga*, il cui processo ha comportato la partecipazione di 99 vittime, rappresentati da sette avvocati, potrebbe tracciare una duplice tappa nell'evoluzione della giustizia penale internazionale non solo verso una maggiore affermazione della responsabilità penale di chi recluta minori, ma anche verso il pieno riconoscimento dei bam-

⁵² Lo Statuto della CPI mentre tace sulla portata dell'elemento oggettivo, nonostante nei lavori preparatori fosse stata elaborata una bozza per il disposto dell'articolo 28, in cui si identificava l'elemento oggettivo con la «*conduct for which a person may be criminally responsible and liable for punishment as a crime can constitute either an act or an omission, or a combination thereof*», nel disposto dell'art. 30 qualifica gli elementi psicologici stabilendo rispettivamente nei parr. 2 e 3 che «vi è intenzione quando: a) trattandosi di un comportamento, una persona intende adottare tale comportamento; b) trattandosi di una conseguenza, una persona intende causare tale conseguenza o è consapevole che quest'ultima avverrà nel corso normale degli eventi», vi è invece consapevolezza «quando una persona è cosciente dell'esistenza di una determinata circostanza o che una conseguenza avverrà nel corso normale degli eventi». Per maggiori dettagli cfr. R. CLARK, *op. cit.*, p. 521 ss.; J. RICKHOF, *Child Soldiers: Should they be punished?*, in T. COLLINS (sous la dir.), *Droits de l'enfant: Actes de la Conférence internationale*, Ottawa, 2008, p. 513 ss., sui tentativi di ricostruire un'autonoma *mens rea* in capo ai bambini-soldato, ritiene, basandosi sul dibattito sulla redazione dello Statuto della CPI, che come regola generale deve essere accolto il principio che i minori di 12 anni non devono comunemente essere ritenuti responsabili dei crimini commessi.

bini-soldato come vittime in senso assoluto. Alla questione l'ONU aveva dedicato particolare attenzione nelle linee guida adottate nel 2005, in cui si precisava che l'espressione '*child victims and witnesses*', indica minori e adolescenti di età inferiore a 18 anni, vittime e testimoni di un crimine, «*regardless of their role in the offence or in the prosecution of the alleged offender*»⁵³, espandendo la definizione di '*victims of crime*' elaborata nel 1985⁵⁴.

In tal senso, la CPI ha innovato il sistema della giustizia penale internazionale, che tradizionalmente assegnava alla vittima un ruolo marginale, pressoché ancorato alla possibilità di partecipare al processo, in qualità di testimone⁵⁵. Gli stessi Tribunali per l'ex Jugoslavia ed il Ruanda non consentono, ad esempio, alle vittime di partecipare come tali al processo⁵⁶. Il caso *Lubanga* si presenta, dunque, come l'avamposto di una nuova frontiera della giustizia penale internazionale, nella misura in cui, recuperando in senso assoluto il ruolo di vittima dei bambini-soldato, vi attribuisce specifici diritti proce-

⁵³ ECOSOC, *Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*, ris. 2005/20 del 22 luglio 2005, UN. Doc. E/2005/INF/2/Add.1 del 10 agosto 2005. Tali principi includono il rispetto per la dignità del minore, il diritto di essere protetto da ogni discriminazione, la necessità di assicurarne gli interessi e la possibilità di esprimere le sue opinioni.

⁵⁴ Cfr. Assemblea generale, *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, adottata il 29 novembre 1985, UN Doc. A/RES/40/34, in cui si afferma «*victims means persons who, individually or collectively, have suffered harm including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States*».

⁵⁵ La CPI, *Rules of Procedure and Evidence*, ICC-ASP/1/3 del 9 settembre 2002, definisce 'vittime', ai sensi del regolamento n. 85, «*natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court*». Sottolinea a riguardo I-A. APREOTESI, *The Victims of the Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court - Some Aspects of Legal Responsibility*, in *Miskolc Journal of International Law*, 2007, p. 96, che «*the ICC managed to change that fact and for the first time, the victim can participate in a criminal trial in his or her own name*». C. CHUNG, *Victims' Participation at the International Criminal Court: Are Concessions of the Court Clouding the Promise?*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2008, p. 460 ss., parimenti sostiene che «*it was a major innovation - many would say the major innovation - of the Court to grant to victims a right they had never previously enjoyed in any prior international criminal tribuna*».

⁵⁶ Sul limitato rilievo processuale delle vittime nella prassi precedente, cfr. J. DE HEMPTINNE, *Victims' Participation in International Proceedings*, in A. CASSESE (eds.), *The Oxford Companion*, cit., p. 563; S. ZAPPALÀ, *Human Rights in International Law Proceedings*, Oxford, 2005, p. 219 ss.

⁵⁷ Cfr. Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, *Decision on Victims' Participation* del 18 gennaio 2008, su tale atto cfr. le osservazioni C. CHUNG, *op. cit.*, p. 478 ss. Si veda anche il Rapporto di REDRESS, *Victims, Perpetrators or Heroes? Child*

durali sin dalla fase predibattimentale⁵⁷. Inoltre, nei termini dello Statuto, lo stesso Procuratore è chiamato a rispettare gli interessi delle vittime e dei testimoni, con particolare riguardo alle violenze contro i minori⁵⁸. Poiché, come ha riportato innanzi alla Corte un esperto dell'ONU per la protezione dei minori, non c'era alcun modo assoluto per verificare l'età dei bambini nella regione dell'Ituri, a causa della mancanza di documenti di identità, la partecipazione delle vittime al processo è risultata anzitutto fondamentale per ottenere prove relative al crimine di reclutamento di minori⁵⁹. È indicativa, ad esempio, la testimonianza di un ex bambino-soldato, il quale ha raccontato di aver incontrato i ribelli dell'UPC di ritorno da scuola e di essere stato condotto al campo di addestramento, nonostante avesse riferito di avere solo 10 anni⁶⁰. Anche l'udienza per la conferma delle accuse contro *Lubanga* ha rappresentato una notevole conquista per la partecipazione delle vittime, in quanto ha potuto dimostrare il valore unico delle loro opinioni. Sulla base delle molteplici testimonianze, che hanno anche riportato casi di stupro, trattamento degradante e abusi di ogni genere, il maggior contributo apportato dalla partecipazione delle vittime al processo contro *Lubanga* è tuttavia rappresentato dalla richiesta da parte dei loro legali rappresentanti di 'riclassificare', ai sensi del regolamento n. 55 dello Statuto⁶¹, i capi di accusa esistenti, includendo anche i crimini di schiavitù sessuale e trat-

Soldiers before the ICC, 2006, disponibile su www.redress.org/publications/childsoldiers.pdf, ultimo accesso 9 novembre 2009.

⁵⁸ Cfr. l'art. 42 dello Statuto: «*The Prosecutor shall appoint advisers with legal expertise on specific issues...sexual and gender violence and violence against children*». L'art. 43 dispone, inoltre, l'istituzione di una «*Victims and Witnesses Unit*», al fine di «*provide...protective measures and security arrangements, counseling and other appropriate assistance for witnesses, victims who appear before the Court, and others who at risk on account of testimony given by such witnesses*».

⁵⁹ Cfr. Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-T-206, *Hearing - Open Session* dell'8 luglio 2009, nella testimonianza, Christine Peduto ha dichiarato: «*I never saw a child with an identity card in Ituri, so carrying out such verification on the basis of administrative documents was not possible*».

⁶⁰ Cfr. Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-T-150, *Hearing - Closed Session* del 18 marzo 2009, durante la testimonianza l'ex bambino-soldato disse: «*The commander asked me. He said, 'How old are you?' And I said, 'I'm 10,' and he laughed*».

⁶¹ Cfr. ICC-BD/01-01-04, *Regulations of the Court* del 26 maggio 2004, il cui regolamento n. 55 prevede la possibilità di espandere i capi di accusa solo se fondati su fatti esistenti e prove evidenti.

⁶² Cfr. Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2049, *Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court* del 14 luglio 2009, in cui i giudici Odio Benito e Blattman hanno affermato che «*such a possibility exists*». Al contrario, il giudice Fulford nella sua *Dissenting Opinion* (Trial

tamento crudele e disumano⁶². Lo stesso Consiglio di Sicurezza ha invitato con la risoluzione 1882 (2009) il Segretario generale dell'ONU, a includere nella 'list of shame' i gruppi militari che uccidono, stuprano o commettono altre forme di violenza sessuale contro i bambini in guerra⁶³. La richiesta di espandere i capi di accusa è stata, comunque, fortemente criticata ed oggetto di ricorso in appello da parte della difesa⁶⁴, la quale ha ritenuto che espandere i capi di accusa, già archiviati tre anni fa e confermati dalla Camera preliminare, comporterebbe la necessità di nuove indagini e la predisposizione di nuova documentazione, con ulteriore pregiudizio per la ragionevole durata del processo⁶⁵. Nella ricerca, dunque, di un possibile equilibrio tra i diritti della difesa ed una piena incriminazione dell'imputato, la Corte ha sospeso il processo⁶⁶, consegnandolo ad una fase di riflessione che si impone inevitabilmente su tutto l'impianto normativo e procedurale della CPI.

6. Osservazioni conclusive

Come ha dichiarato il Procuratore Moreno-Ocampo, è rilevante che il primo processo innanzi alla CPI riguardi il reclutamento dei bambini-soldato⁶⁷. Il caso *Lubanga* assegna una nuova frontiera alla giustizia penale internazionale verso una maggiore affermazione della

Chamber I, ICC-01/04-01/06-2054, *Minority opinion on the «Decision giving notice to the parties and participants [...]»*, 17 luglio 2009) ha ritenuto che il regolamento n. 55 non dovrebbe essere utilizzato per aggiungere, sostituire o modificare i capi di accusa, in quanto deve essere il Procuratore ad ammettere tale richiesta prima che inizi il processo.

⁶³ Con la risoluzione n. 1882, UN Doc. S/RES/1882 (2009) del 4 agosto 2009, il Consiglio di Sicurezza ha condannato simili violazioni a danno dei minori, esortando le parti indicate nella 'list of shame' a predisporre «concrete time-bound action plans to halt those violations and abuses».

⁶⁴ Cfr. Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2107, *Decision on the prosecution and the defence applications for leave to appeal the «Decision giving notice to the parties and participants [...]»*, 3 settembre 2009, con la quale, a seguito delle richieste della difesa, è stato ammesso il rinvio in appello sulla corretta interpretazione della procedura, di cui al regolamento n. 55.

⁶⁵ Nell'intervista rilasciata a Rachel Irwin, l'avvocato Mabilille ha dichiarato che tale richiesta «is a really bad decision - and not only for the Lubanga trial. The foundation of the Rome Statute has been destroyed by this decision», ritenendo che «if you can change everything, it means you don't need to do a [confirmation of charges] hearing».

⁶⁶ Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2143, *Decision adjourning the evidence in the case and consideration of Regulation 55* del 2 ottobre 2009.

⁶⁷ Cfr. l'intervista rilasciata all'*Africa Report* lo scorso 21 settembre 2009, testo

responsabilità penale di chi recluta bambini-soldato, coerentemente con la priorità, sostenuta con vigore dallo stesso Procuratore, di reprimere tale fattispecie criminosa, che il diritto internazionale non ha saputo o voluto finora chiaramente definire⁶⁸. L'intenzione di procedere nella repressione di crimini particolarmente odiosi contro i minori è confermata, inoltre, dall'avvio del secondo processo innanzi alla CPI contro *Katanga*⁶⁹, i cui capi di accusa oltre al reclutamento di bambini-soldato prevedono anche quei crimini per i quali le vittime hanno richiesto di espandere le imputazioni contro *Lubanga*. Infine, le indagini sulla situazione in Darfur si sono avvalse dei racconti dei bambini, al fine di ottenere prove utili alla costruzione delle incriminazioni contro il Presidente del Sudan *Al Bashir*, il cui mandato d'arresto è stato emesso lo scorso marzo 2009⁷⁰.

Inoltre, un approccio sensibile, come prevede l'art. 68 dello Statuto della CPI, «a proteggere la sicurezza, il benessere fisico e psicologico, la dignità e la riservatezza delle vittime e dei testimoni», appare generalmente necessario per un moderno sistema di giustizia. Pur nelle more dello svolgimento del processo, gli spunti emergenti dal caso *Lubanga* confermano, infatti, che talvolta gli strumenti internazionali, che spesso appaiono distanti e astratti, in realtà possono gettare le basi per nuovi criteri interpretativi utili anche per gli operatori giuridici interni, specialmente quando è necessario affrontare in modo innovativo questioni che riflettono mutamenti della società globale. Tale circostanza assume un valore ancor più rilevante quando risultano coinvolti soggetti particolarmente vulnerabili come i bambini nei conflitti armati, i quali, «*whether are assigned to combatant or supposedly non-combatant roles, they are vulnerable to the horrors of war and to manipulation by adult soldiers and commanders*⁷¹».

disponibile su www.theafricareport.com, ultimo accesso 11 novembre 2009, in cui il procuratore ha dichiarato in merito al reclutamento dei minori: «*it's one of the most serious crimes. I've had to deal with*».

⁶⁸ Si veda W. SCHABAS, *Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 112 ss.

⁶⁹ CPI, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, cfr. Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, *Decision on the confirmation of charges* del 30 settembre 2008. L'avvio del dibattimento è previsto per il 24 novembre 2009. La cronologia processuale del caso è disponibile sul sito www.icc-cpi.int, ultimo accesso 18 novembre 2009.

⁷⁰ CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, cfr. Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-1, *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir* del 4 marzo 2009, disponibile su www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf, ultimo accesso 18 novembre 2009.

⁷¹ Carol BELLAMY, UNICEF Executive Director, *UNICEF Press Release* del 14 aprile 1998, UN Doc. CF/DOC/PR/1998/18.

Testimoni e processi dinanzi a giurisdizioni penali internazionali

di Claudia Morini*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La protezione dei testimoni. – 3. *Segue*. L'ipotesi dei testimoni-bambini. – 4. La pratica del 'witness proofing' dinanzi ai tribunali penali internazionali. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

«*We must establish incredible events by credible evidence*»¹: questa frase racchiude in sé il senso dell'attività investigativa dei tribunali penali internazionali istituiti da Norimberga in poi. Gli '*incredible events*' cui ci si vuole riferire sono, a partire dagli eccidi della Seconda guerra mondiale, passando per la pulizia etnica nella ex Jugoslavia, il genocidio in Ruanda e i crimini commessi nella regione del Darfur, purtroppo a tutti noti²; la '*credible evidence*' nel sistema processuale penale internazionale si costruisce prevalentemente attraverso lo strumento della testimonianza.

Proprio in virtù del preminente ruolo che i testimoni rivestono ai fini dell'accertamento della verità processuale, è di fondamentale importanza riconoscere e garantire alcuni diritti specifici all'imputato. In particolare, in base all'art. 67, par. 1, lett. e) dello Statuto della Corte penale internazionale (d'ora innanzi CPI), «[l]'imputato ha diritto ad un'udienza pubblica, [...] con le seguenti garanzie minime, in piena eguaglianza: [...]; e) interrogare o far interrogare i testimoni

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea - Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari.

¹ Giudice Robert H. Jackson, Procuratore capo del Tribunale Penale Militare di Norimberga, *Report of Robert H. Jackson To the President del 7 giugno 1945*, in *Excerpted from Department of State Bulletin*, 10 giugno 1945, p. 1071 ss., reperibile al link http://www.ibiblio.org/pha/war.term/trib_07.html.

² In generale sui crimini di diritto internazionale vedi, per tutti, E. GREPPI, *I crimini di guerra e i crimini contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001.

a carico e ottenere la presenza e l'esame dei testimoni a suo favore alle stesse condizioni dei testimoni a proprio carico; [...]»³.

Inoltre, i Regolamenti di procedura e prova dei tribunali penali internazionali contengono specifiche norme relative all'acquisizione delle prove; per quanto riguarda la testimonianza, rileva la Regola 69 della Corte penale internazionale, e la Regola 90, comune al Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, al Tribunale penale internazionale per il Ruanda e alla Corte speciale per la Sierra Leone⁴.

I testimoni hanno l'obbligo di comparire in giudizio e di dire la verità⁵. A fronte di tali obblighi, essi, però, godono anche di diritti: possono, infatti, essere loro garantite alcune misure protettive nel caso ciò si renda necessario.

Nel presente lavoro cercheremo di evidenziare alcune problematiche connesse all'accertamento delle responsabilità in seguito alla commissione di *crimina juris gentium*, avendo come punto di riferimento coloro i quali nei processi dinanzi a tribunali penali internazionali, siano essi *ad hoc*, permanenti o misti, sono chiamati a rivestire il delicato ruolo di testimoni. Nel condurre la nostra analisi cercheremo di individuare il contributo apportato dalla procedura e dalla giurisprudenza della CPI all'evoluzione della disciplina della testimonianza relativamente a due aspetti: le misure di protezione dei testimoni e la pratica del *witness proofing*.

2. La protezione dei testimoni

In materia di misure di protezione in favore dei testimoni, uno dei problemi che si pone è quello della compatibilità di dette misure con il diritto dell'imputato a un equo e pubblico processo⁶.

Dall'istituzione del TPIY all'odierna CPI la disciplina relativa alle misure di protezione ha conosciuto una certa evoluzione. Anche se

³ Una norma d'identico tenore è contenuta nell'art. 21, par. 4, lett. e) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (d'ora innanzi TPIY), nell'art. 20, par. 4 lett. e) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (d'ora innanzi TPIR) e nell'art. 17, par. 4 lett. e) dello Statuto della *Special Court* per la Sierra Leone (d'ora innanzi CSSL).

⁴ I testi dei Regolamenti di procedura e prova sono reperibili sui siti dei tribunali: *www.icc-cpi.int* (CPI); *www.icty.org* (TPIY); *www.ict.org* (TPIR); *www.sc-sl.org* (CSSL).

⁵ La falsa testimonianza è punita con la reclusione: sino a 5 anni dinanzi alla CPI (art. 70 Statuto) e al TPIR (Regola 91), sino a 7 anni dinanzi al TPIY (Regola 91) e sino a 2 anni dinanzi alla CSSL (Regola 91).

⁶ Altro problema che si pone, ad esempio, è quello della loro efficacia.

non c'è una giurisprudenza consolidata in materia di misure di protezione dinanzi alla CPI, dalle sue Regole di Procedura e Prova è facile intuire che la Corte permanente è sicuramente dotata dei poteri necessari per garantire al meglio la protezione sia dei testimoni che delle vittime.

Le misure generalmente adottate nel corso dei processi penali internazionali sono le seguenti: la non divulgazione dell'identità del testimone prima di un certo momento; la protezione dal pubblico e dai media; la possibilità di testimoniare senza dover vedere l'imputato e la garanzia dell'anonimato. Sono poi previste particolari misure per le vittime di violenze sessuali.

La prima misura, ovvero *la non divulgazione dell'identità del testimone prima di un certo momento*, ha chiaramente lo scopo di evitare che il teste possa essere individuato, minacciato e fatto desistere dal testimoniare. Nella Regola 76 CPI è previsto che l'identità del testimone debba essere rivelata dal Procuratore con 'sufficiente anticipo' in modo da permettere all'imputato di preparare adeguatamente la sua difesa⁷.

Nel sistema del TPIY rilevano, invece, l'art. 22 dello Statuto e la Regola 69. Anche in queste norme, però, non vi è una chiara indicazione del termine e pertanto, in assenza di una statuizione normativa sul punto, i giudici del TPIY hanno stabilito che l'imputato debba conoscere l'identità del testimone in media almeno 30 giorni prima del processo; inoltre, sebbene diversamente da quanto avviene nel sistema del TPIR in quello del TPIY solo il Procuratore potesse richiedere questa misura di protezione, nel caso *Blaškić (Decision on the Defence Motion for Protective Measures for Defence Witnesses – 30 settembre 1998)* la Camera ha esteso questa facoltà anche alla difesa, considerando preminente l'interesse di tutti i testimoni ad essere protetti. Prima di concedere tale misura la Camera valuta la sussistenza del rischio d'intimidazione del testimone nell'ipotesi di previa rivelazione della sua identità. Quanto al TPIR, rilevano in proposito l'art. 21 dello Statuto e la Regola 69; anche in questo caso non vi è, però, un'indicazione specifica del termine, e lo stesso accade per la CSSL (Regola 69). La giurisprudenza di questi due tribunali in ogni caso ha provveduto a integrare questa 'lacuna' stabilendo che all'imputato sia comunicata l'identità del teste almeno 21 giorni prima dell'inizio processo.

⁷ Nella Regola 76 è, infatti, previsto che «1. The Prosecutor shall provide the defence with the names of witnesses whom the Prosecutor intends to call to testify and copies of any prior statements made by those witnesses. This shall be done sufficiently in advance to enable the adequate preparation of the defence. [...]».

La seconda misura, ovvero *la protezione dal pubblico e dai media*, invece, prevede la possibilità di agire in cinque diversi modi: eliminazione del nome del teste dai resoconti pubblici; potere dei giudici di proibire al Procuratore, alla difesa o a qualsiasi parte coinvolta nel processo di rivelare informazioni sull'identità dei testimoni a terze persone; previsione della testimonianza con l'ausilio di mezzi elettronici o di altri mezzi e della eventuale distorsione dell'immagine o della voce; indicazione del teste con uno pseudonimo; svolgimento del processo 'a porte chiuse'. Le Regole rilevanti sono la 87 della CPI e la 75 del TPIY, del TPIR e della CSSL.

La protezione dai media e dal pubblico, nella forma dello svolgimento del processo 'a porte chiuse', inoltre, è riconosciuta in casi particolari anche in altri strumenti internazionali, come il Patto sui diritti civili e politici del 1966 (art. 14, par. 1, in base al quale si può procedere a porte chiuse, tra l'altro, «quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia»)⁸ e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (art. 6, par. 1, laddove è previsto che vi si può ricorrere, tra l'altro, «quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia»)⁹.

La *possibilità di testimoniare senza dover vedere l'imputato* si realizza prevalentemente attraverso la testimonianza con l'ausilio di strumenti elettronici, come sistemi audio-visivi a circuito chiuso (*one-way closed circuit television*): ciò implica che il teste debba testimoniare al di fuori dell'aula. Altro metodo, che invece garantisce la presenza del testimone in aula, è quello di posizionare degli schermi in modo tale che l'imputato possa vedere il teste ma quest'ultimo non possa vedere l'imputato. La video-conferenza tende ad essere concessa qualora siano rispettati tre requisiti: la testimonianza di cui si tratta deve

⁸ In generale sul Patto del 1966 vedi, tra gli altri, C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 2ª ed., Torino, 2006, p. 89 ss.; U. VILLANI, *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p. 37 ss.; S. JOSEPH, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2nd ed., Oxford, 2004.

⁹ In generale sulla Convenzione europea vedi, F. SALERNO (éd.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n. 14. Actes du colloque tenu à Ferrara les 29 et 30 avril 2005*, Bruxelles, 2007; B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002; S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Corte europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998; V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992.

essere di fondamentale importanza per il processo; il testimone deve rifiutarsi o essere impossibilitato a testimoniare in aula; l'imputato non deve essere pregiudicato nel suo diritto di confrontarsi con il testimone. La *ratio* di questa misura protettiva è di evitare un possibile nuovo trauma al testimone.

Essa è prevista nelle Regole 87, par. 3 lett. c) CPI e 75 TPIY, TPIR e CSSL.

La *garanzia dell'anonimato* è invece la misura più 'estrema' nonché la più controversa rispetto alla tutela dei diritti dell'imputato. L'ammissibilità del 'testimone-anonimo' è stata riconosciuta a certe condizioni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel caso *Kostovski c. The Netherlands* del 23 maggio 1989, è stato affermato che sebbene in principio gli ordinamenti nazionali non dovrebbero contemplare la possibilità per i testimoni di avvalersi dell'anonimato, ciò nonostante, se ricorrono particolari condizioni di pericolo per gli stessi, può essere prevista una deroga a tale principio.

La misura dell'anonimato non è espressamente prevista nei Regolamenti dei Tribunali penali internazionali. Ciò nonostante, nel caso *Tadić* il TPIY aveva individuato cinque requisiti perché tale misura potesse essere ammessa (concreto timore per la sicurezza del teste; importanza della testimonianza per la tesi del Procuratore; assenza *prima facie* di dubbi circa l'attendibilità del teste; valutazione di inefficacia del programma di protezione già accordato al testimone; valutazione circa la stringente necessità di adottare la misura dell'anonimato) e quattro linee-guida da osservare in caso di ammissione (i giudici devono essere in grado di osservare il comportamento del testimone; i giudici devono essere a conoscenza dell'identità del teste per valutarne l'attendibilità; all'imputato deve essere riconosciuto un ampio margine in merito alle domande da porre al teste, purché non riguardanti l'identità di quest'ultimo; l'identità del teste deve essere rivelata qualora non sussistano più le condizioni per le quali tale misura era stata riconosciuta)¹⁰.

Il caso *Tadić* è ad oggi l'unico dinanzi al TPIY nel quale è stata concessa la misura dell'anonimato; in tutti gli altri casi l'identità ha dovuto comunque essere rivelata alla difesa entro i termini già menzionati. Non risultano casi neppure dinanzi al TPIR.

Quanto allo Statuto della CPI e alle sue Regole di procedura, in essi non si fa riferimento alla misura dell'anonimato; allo stato attuale nel caso *Lubanga* ad alcuni testimoni sono state riconosciute misure

¹⁰ Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-I, *Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses* del 10 agosto 1995, No § 62-66 e No § 71.

volte a garantire sì l'anonimato, ma solo rispetto al pubblico e ai media.

3. Segue. *L'ipotesi dei testimoni-bambini*

Un'ulteriore linea di indagine conduce ad affrontare il drammatico problema dei 'testimoni-bambini'. I conflitti moderni spesso si caratterizzano per l'elevato numero di civili coinvolti; molto spesso, specie nei conflitti che si svolgono nel continente africano, la maggior parte di questi sono bambini¹¹. Poiché costoro il più delle volte posseggono le migliori, se non le uniche prove degli atroci crimini commessi, il loro ruolo in qualità di testimoni si prefigura come cruciale. Il quesito che è necessario porsi in questo caso è se i tribunali penali internazionali in generale, e la Corte penale internazionale in particolare, abbiano la capacità di garantire l'adeguata protezione a questi 'testimoni vulnerabili'¹².

Dinanzi ai tribunali penali internazionali *ad hoc* e alla CSSL, tutte le misure che abbiamo visto operare in generale possono essere richieste anche per la protezione dei minori: a condizione che si dimostri che il minore è in pericolo o a rischio.

Nel sistema della Corte penale internazionale, invece, speciali misure di protezione sono sempre previste nel caso di testimonianza di minori (art. 68, par. 2 Statuto CPI), ciò anche in ottemperanza agli standard di tutela previsti in alcuni importanti strumenti internazionali, primo fra tutti quello del rispetto del 'superiore interesse del fanciullo' (art. 3 Convenzione di New York; art. 4 Carta africana)¹³. Vi è dunque una presunzione di necessità delle misure di protezione ogni volta che sia chiamato a testimoniare un minore¹⁴.

¹¹ Sul fenomeno dei minori coinvolti nei conflitti armati vedi, per tutti, G. GIOFREDI, *La condizione internazionale del minore nei conflitti armati*, Milano, 2006.

¹² La possibilità per i minori di poter testimoniare è un diritto garantito anche a livello internazionale: si vedano in proposito l'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e l'art. 7 della Carta africana sui diritti e il benessere dei fanciulli del 1999, che codificano il c.d. diritto all'ascolto del minore.

¹³ Per un commento dell'art. 3 della Convenzione di New York vedi M. FREEMAN, *Article 3. The Best Interests of the Child*, Leiden/Boston, 2007. Più in generale, sul 'superiore interesse' vedi P. ALSTON, *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, 1994.

¹⁴ Sul piano generale, in materia di testimonianza di minori, un ruolo di centrale importanza, accanto a quello che in genere ha l'Unità Vittime e Testimoni, è da riconoscere anche al Procuratore e al suo staff. Il compito loro riconosciuto è quello di trattare i minori con le dovute cautele in tutta la fase investigativa, avendo ri-

Inoltre, la Regola 86 della CPI prevede in generale che nell'espletamento delle loro funzioni tutti gli organi della Corte debbano tenere in considerazione i bisogni di tutte le vittime e dei testimoni, in particolare di alcune categorie più deboli, tra cui rilevano i minori.

In base alla Regola 75 CPI, poi, se un testimone-bambino è figlio di un imputato, questi può essere esonerato dal fare dichiarazioni che avrebbero come effetto quello di incriminare il genitore.

Ad oggi, esemplare è stata l'esperienza della CSSL: ciò perché questo tribunale ha per primo incluso tra i crimini di guerra il reclutamento dei bambini-soldato e i soli a poter testimoniare sull'avvenuta perpetrazione dell'odioso crimine non potevano che essere coloro i quali ne avevano subito le conseguenze, ossia gli ex bambini-soldato. La misura di protezione per eccellenza è la testimonianza attraverso un collegamento video esterno; anche il ricorso al processo a porte chiuse può di fatto tutelare i testimoni-bambini (vedi caso *Sesay*).

4. *La pratica del 'witness proofing' dinanzi ai tribunali penali internazionali*

Un altro aspetto rilevante in materia di testimoni e processi penali internazionali è la pratica del c.d. *witness proofing*, ossia della 'preparazione' del testimone prima che esso deponga in udienza. L'interesse intorno ad essa è cresciuto in seguito alle decisioni della *Pre-Trial Chamber I* e della *Trial Chamber* della CPI nel caso *Lubanga*¹⁵. In esse la Corte si è discostata dalla giurisprudenza costante degli altri tribunali penali internazionali che l'ammettevano pacificamente¹⁶.

guardo non solo all'età anagrafica del minore ma soprattutto al suo effettivo livello di maturità e alla capacità di affrontare il giudizio in qualità di testimone.

¹⁵ Corte penale internazionale, Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, dell'8 novembre 2006; Corte penale internazionale, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, *Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial*, del 30 novembre 2007.

¹⁶ Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Limaj, Bala and Musliu*, IT-03-66-T, *Decision on Defence Motion on Prosecution Practice of 'Proofing' Witnesses*, del 10 dicembre 2004; Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Trial Chamber *Prosecutor v. Milutinović et al.*, IT-05-87-T, *Decision on Ojdanić Motion to Prohibit Witness Proofing*, del 12 dicembre 2006; Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Trial Chamber III, *Prosecutor v. Karemera, Ndirumpatse and Nzirorera*, ICTR-98-44-T, *Decision on Defence Motions to Prohibit Witness Proofing: Rule 73 of the Rules of Procedure and Evidence*, del 15 dicembre 2006; Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Appeals Chamber, ICTR-98-44-AR73, *Prosecutor v. Karemera, Ndirumpatse and Nzirorera*, Deci-

Il problema è dunque stabilire se l'approccio adottato dai giudici della CPI costituisca un passo avanti rispetto alla pregressa pratica o se, invece, costituisca un regresso rispetto a una modalità procedurale dotata di una sua efficacia e di legittimità.

Letteralmente, *'to proof'* indica l'azione volta a rendere qualcosa resistente rispetto a qualcos'altro. Il *'witness proofing'*, pertanto, sta proprio ad indicare quell'attività, svolta sia dal Procuratore che dal Collegio difensivo, che ha come scopo quello di mettere i testimoni nella condizione di poter 'resistere' al processo, o meglio alla *cross-examination* che caratterizza i processi dinanzi alle giurisdizioni penali internazionali.

Come anticipato, la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* e della Corte speciale per la Sierra Leone è sempre stata uniforme e costante nell'ammettere la pratica in esame. Essa è stata descritta come «a meeting held between a party to the proceedings and a witness, usually shortly before the witness is to testify in court, the purpose of which is to prepare and familiarise the witness with courtroom procedures and to review the witness's evidence»¹⁷.

La prassi del *witness proofing* consiste nell'informare il testimone in merito allo svolgimento del processo e alle regole di procedura che lo reggono, al metodo con il quale si tiene l'interrogatorio sia da parte del Procuratore che della difesa, al modo in cui vengono poste le domande e su come è preferibile rispondere nonché in merito al comportamento che il testimone deve tenere in udienza. Inoltre, in quella sede è possibile mostrare al teste le sue precedenti dichiarazioni al fine di rinfrescargli la memoria, ovvero reperti che saranno poi prodotti in aula o anche rilevare discrepanze e contraddizioni tra quanto affermato in precedenti deposizioni e quanto invece emerso nel corso del *proofing*.

Sebbene il *witness proofing* sia stato praticato sin dall'inizio dell'attività del TPIY, è stato solo nel novembre 2004 che esso è stato portato formalmente all'attenzione dei giudici dell'Aja¹⁸. Nel caso *Prosecutor v. Limaj, Bala and Musliu*, i tre imputati avevano richiesto

sion on Interlocutory Appeal Regarding Witness Proofing, dell'11 maggio 2007; Corte speciale per la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, SCSL-04-15-T, *Decision on the Gbao and Sesay Joint Application for the Exclusion of the Testimony of Witness TF1-141*, del 26 ottobre 2005.

¹⁷ Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Haradinaj, Balaj and Brahimaj*, IT-04-84-T, *Decision on Defence Request for Audio-Recording of Prosecution Witness Proofing Sessions*, del 23 maggio 2007, No § 8.

¹⁸ Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Limaj, Bala and Musliu*, cit.

alla *Trial Chamber* di intimare al Procuratore di interrompere immediatamente la preparazione dei testimoni, in quanto esisteva il rischio che questi potesse istruire i testi nel corso delle sessioni.

La Camera, in primo luogo ha affermato che quella del *proofing* è una pratica ammessa e diffusa nel sistema del TPIY e che, inoltre, essa è propria delle tradizioni giuridiche basate sul sistema accusatorio. Ha poi rilevato come essa costituisca una prassi che comporta il vantaggio di poter usufruire in aula di una testimonianza più accurata, completa, ordinata ed efficace.

Quanto all'accusa mossa al Procuratore, i giudici hanno affermato che «[t]here are clear standards of professional conduct which apply to Prosecuting counsel when proofing witnesses»¹⁹ e che non era stato dimostrato in alcun modo che egli si fosse discostato da quelle regole di condotta.

Da questa giurisprudenza nascerà la *policy* del Procuratore sul *witness proofing* datata 26 maggio 2005 e resa nota il 21 marzo 2007 nell'ambito del caso *Haradinay*, nel quale, invero, non venne contestato il *witness proofing* di per sé, ma si chiese una 'registrazione' di quanto avveniva nel corso dello stesso.

Nell'ottobre del 2005 è un altro tribunale penale internazionale a pronunciarsi sulla questione in esame, la Corte speciale per la Sierra Leone.

Nel caso *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, due imputati hanno contestato alla procura di aver volontariamente o in ogni caso negligenemente distrutto parte degli appunti a mano presi nel corso di una sessione di *proofing*, e hanno di conseguenza chiesto che venisse esclusa dal processo la prova che il testimone aveva fornito in aula.

Sebbene nel caso specifico non fosse stata messa in discussione la prassi in sé, nondimeno la Corte ebbe modo di asserire che «proofing witnesses prior to their testimony in court is a legitimate practise that serves the interests of justice. This is especially so given the particular circumstances of many of the witnesses in this trial who are testifying about traumatic events in an environment that can be entirely foreign and intimidating for them»²⁰.

Nel novembre 2006 si è assistito all'intervento della CPI con la decisione della *Pre-Trial Chamber I* nel caso *Prosecutor v. Lubanga*.

La Camera preliminare ha dovuto valutare se, pur nel silenzio delle norme statutarie, delle regole di procedura e prova e dei regolamenti della Corte, la prassi del *witness proofing* fosse o meno am-

¹⁹ *Ibidem*, No § 3.

²⁰ Corte speciale per la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, cit., No § 33.

missibile ai sensi dell'art. 21 dello Statuto, che contiene l'indicazione delle norme applicabili dalla CPI, ovvero lo Statuto e le Regole di procedura e prova (lett. *a*), i trattati, i principi e le norme di diritto internazionale applicabili, compresi i principi generalmente riconosciuti dal diritto internazionale dei conflitti armati (lett. *b*) e, in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con lo Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti (lett. *c*).

Nella sua pronuncia, la Camera ha escluso che alcuni aspetti di tale prassi fossero riconducibili ad una norma o ad un principio di diritto internazionale in base all'art. 21, par. 1, lett. *b*), dello Statuto.

Di diverso avviso era invece il Procuratore, per il quale essa era invece «a widely accepted practice in international criminal law»²¹.

Nel suo ragionamento, la Camera ha poi cercato di individuare in un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni l'esistenza della pratica in esame, in conformità a quanto previsto nell'art. 21, par. 1, lett. *c*).

In primo luogo, la Camera ha rilevato come il Procuratore avesse omesso di compiere qualsiasi indagine circa la compatibilità del *witness proofing* con la legislazione della Repubblica Democratica del Congo, Stato che avrebbe avuto in via principale giurisdizione nel caso di specie.

Quanto all'analisi comparativa condotta per accertare l'esistenza di un principio generale di diritto di origine interna, la *Pre-Trial Chamber I* si è limitata ad osservare come l'approccio dei differenti ordinamenti giuridici nazionali in relazione al *witness proofing* vari enormemente, da ciò deducendone che la definizione di tale prassi avanzata dal Procuratore non fosse rispondente ad un principio generale di diritto comune agli ordinamenti interni (par. 42). L'analisi della Camera è consistita essenzialmente nel richiamare, a titolo esemplificativo, alcuni ordinamenti giuridici nazionali, quali quello del Brasile, della Spagna, della Francia, del Belgio, della Germania, della Scozia, del Ghana, dell'Inghilterra, del Galles e dell'Australia, al fine di metterle in evidenza le diversità, e dichiarare la prassi contraria all'etica e diritto (par. 36). Inoltre, la Camera ha focalizzato la sua attenzione sul *Code of Conduct of the Bar Council of England and Wales*, il

²¹ *Prosecution's Information on the Proofing of a Witness*, ICC-01/04-01/06638-Conf., No § 14.

cui art. 705 proibisce ad ogni avvocato di preparare e istruire i testimoni in relazione alle prove da fornire in udienza.

Nel caso *de quo*, dunque, la Camera preliminare ha negato l'esistenza di un principio generale di diritto che avallasse la pratica del *witness proofing* e ha rilevato come sia di conseguenza obbligo del Procuratore astenersi dall'organizzare sessioni di preparazione per i testimoni.

Nella pronuncia, inoltre, la Camera ha precisato che l'aspetto della pratica contestata relativo alla 'familiarizzazione' del testimone con il procedimento poteva essere in ogni caso curato dall'Unità Vittime e Testimoni (d'ora innanzi UVT) della CPI (parr. 23-27).

La conclusione raggiunta dalla CPI sul tema in esame ha avuto immediate ripercussioni sui procedimenti in corso dinanzi agli altri tribunali penali internazionali. Una settimana dopo la decisione resa nel caso *Lubanga*, infatti, il collegio difensivo di uno degli imputati dinanzi al TPIY nel caso *Prosecutor v. Milutinović et al.*, sulla base di tale decisione ha avanzato una richiesta al fine di far interrompere immediatamente la pratica del *witness proofing*. Il 12 dicembre 2006 i giudici del Tribunale per la ex Jugoslavia tuttavia, prendendo le distanze dalla sentenza della Corte penale internazionale, ancora una volta ritennero ammissibile la pratica in esame asserendo che «[d]iscussions between a party and a potential witness regarding his/her evidence can, in fact, enhance the fairness and expeditiousness of the trial, provided that these discussions are genuine attempt to clarify a witness'[s] evidence. This is what the Chamber considers to be the essence of proofing conducted by the parties before the Tribunal and considers that this practice does not amount to 'rehears[ing], practis[ing] or coach[ing] a witness»²². Ad avviso dei giudici, dunque, il *witness proofing* non violerebbe i diritti essenziali della difesa e l'attività svolta in questo contesto dal Procuratore non costituirebbe una violazione degli standard di condotta professionali cui egli è vincolato.

In proposito merita di essere evidenziato che secondo l'opinione del Procuratore le attività relative al *proofing* sono le seguenti: informare i testimoni sui campi di indagine oggetto dell'interrogatorio e del contro interrogatorio, sul modo in cui verranno poste le domande e su come ci si attende che vengano fornite le relative risposte e, infine, sul comportamento che il testimone deve tenere in aula.

Questa versione 'ampia' del *proofing* non ha, tuttavia, trovato riscontro presso i giudici i quali, invece, hanno semplicemente ammesso che si possa procedere al *proofing* a patto che i colloqui servano solo

²² Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Trial Chamber *Prosecutor v. Milutinović et al.*, cit., No § 16.

a chiarire al teste il contenuto della sua deposizione. Una cosa è permettere al teste di rileggere le sue deposizioni al fine di chiarirsi le idee, altro è invece, ad esempio, comunicargli nell'esatto ordine le domande che gli saranno poste in aula e suggerire il modo in cui rispondere.

Il 15 dicembre 2006, anche il TPIR ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione. Nel caso *Prosecutor v. Karemera et al.*, i giudici di Arusha, discostandosi anch'essi dalle conclusioni dei giudici della CPI, hanno riaffermato la legittimità della pratica del *proofing*, sostenendo che essa non solo non era foriera di ingiustificati pregiudizi, ma che al contrario era utile e senz'altro ammissibile. In particolare, i giudici hanno ritenuto che, così come è possibile che un testimone in sede di deposizione in aula rammenti particolari che gli erano sfuggiti in precedenti dichiarazioni, la circostanza per cui tali nuovi elementi emergano nel corso del *proofing* e siano comunicati alla controparte prima dell'udienza non solo non inficia la legittimità della pratica in esame, ma non può che costituire un vantaggio; l'unico limite è che le nuove informazioni non costituiscano il frutto di una manipolazione della prova che deve essere fornita dal teste (par. 15).

Quanto a quest'ultimo aspetto, la Camera ha evidenziato come alcuni testimoni, nel corso del contro interrogatorio, sono stati oggetto di incalzanti domande proprio in merito a possibili manipolazioni della prova fornita, senza tuttavia riuscire a dimostrare eventuali usi distorti della pratica del *proofing* da parte dell'accusa²³.

Inoltre, la Camera ha anche rilevato come non siano state poche le occasioni nelle quali i collegi difensivi degli accusati avessero chiesto e fossero stati autorizzati ad incontrare i testimoni dell'accusa al fine di meglio preparare la *cross-examination* e di accelerare il processo²⁴. Di conseguenza, non potrebbe neppure eccipirsi che la pratica in esame costituisca di per sé una violazione del principio della 'parità delle armi' tra accusa e difesa.

Da ultimo è interessante rilevare che in questo caso il Procuratore del TPIR ha fornito una definizione più restrittiva del *proofing* rispetto a quella del Procuratore del TPIY nel caso *Milutinović et al.*, qualificandolo come un'attività finalizzata a preparare e far familiarizzare il testimone dinanzi al Tribunale, a comparare i suoi attuali ricordi con quanto dichiarato in precedenza, a individuare divergenze e inconsistenze nella memoria del teste e a tal fine ad aiutarlo a ricostruire i ricordi attraverso la lettura dei verbali e cercare di portare

²³ Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Trial Chamber III, *Prosecutor v. Karemera, Ndirumpatse and Nzirorera*, cit., No § 22.

²⁴ *Ibidem*, No § 15-16.

per tempo a conoscenza della difesa ulteriori elementi a carico o a discolta che potrebbero emergere nel corso delle sessioni di *proofing*. In tale definizione risulta pertanto assente il controverso aspetto relativo alle domande da porsi e alle risposte da darsi in sede di udienza.

La decisione della *Trial Chamber* del TPIR è stata poi oggetto di appello. L'*Appeals Chamber* si è pronunciata nel maggio del 2007. Secondo gli appellanti il *witness proofing* doveva considerarsi contrario all'etica e illegittimo sia alla luce della giurisprudenza della CPI che in base alla normativa interna della maggior parte degli Stati del mondo.

Nel rigettare i motivi di ricorso, i giudici di appello ricordano al collegio difensivo come una corretta *cross-examination* del teste sia lo strumento più idoneo per verificare in concreto se la 'preparazione' di cui questi ha potuto usufruire ne abbia o meno influenzato la testimonianza. Inoltre, la Camera di appello precisa che «intentionally seeking to interfere with a witness's testimony is prohibited, and if evidence of this comes to light, a trial chamber can take appropriate action by initiating contempt proceedings under Rule 77 of the Rules and by excluding evidence pursuant to Rule 95 of the Rules»²⁵. Ad avviso dei giudici, dunque, il Regolamento di procedura e prova del TPIR contiene in sé tutti gli strumenti per tutelare l'imputato nel caso in cui sia accertata l'avvenuta violazione da parte della Procura delle norme sulla condotta rilevanti nel corso del *proofing*. Ciò comporta che la pratica in esame non possa ritenersi contraria né allo Statuto stesso del TPIR, né al suo Regolamento di procedura e prova e neppure ai principi generali di diritto²⁶.

Nel novembre del 2007, invece, sempre nel caso *Prosecutor v. Lubanga et al.*, è stata la *Trial Chamber* della CPI a doversi pronunciare sulla questione del *witness proofing* in seguito alla richiesta avanzata dal Procuratore di rivedere la decisione della *Pre-Trial Chamber* del novembre 2006.

Confermando la decisione della Camera preliminare, i giudici della *Trial Chamber* hanno intimato a tutte le parti di non incontrare i testimoni in luoghi che non siano l'aula d'udienza, con l'unica eccezione delle sessioni di familiarizzazione organizzate dall'UVT al fine di permettere ai testi di fare conoscenza con coloro i quali li esamineranno nel corso delle udienze.

Il ragionamento seguito in questa sentenza ripercorre quello della precedente: si afferma, infatti, che una cosa è fare in modo che il te-

²⁵ Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera*, cit., No § 13.

²⁶ *Ibidem*, No § 11.

stimone possa familiarizzare con le parti del processo, attività la cui supervisione spetta all'UVT, altra cosa è quella che viene definita 'preparazione sostanziale del teste', che invece è proibita a tutti gli effetti. In proposito, la *Trial Chamber* della CPI ha rilevato che sebbene la pratica del *witness proofing* sia ammessa dinanzi ai tribunali penali *ad hoc*, la CPI non può considerarsi in alcun modo vincolata dai precedenti giurisprudenziali del TPIY e del TPIR e che lo Statuto della CPI «moves away from the procedural regime of the ad hoc tribunals, introducing additional and novel elements to aid the process of establishing the truth»²⁷.

Ad avviso della *Trial Chamber* della CPI, la pratica del *witness proofing* reca in sé il rischio di minare la spontaneità dei testi, elemento quest'ultimo che invece si ritiene essere di centrale importanza al fine di permettere ai giudici di ricostruire la verità processuale²⁸.

Essa ha comunque riconosciuto in capo all'UVT l'ulteriore compito di rendere accessibile ai testimoni una copia di ogni dichiarazione rilasciata al fine di aiutarli nella ricostruzione dei fatti oggetto della pregressa dichiarazione²⁹ e che l'onere di mettere a disposizione dell'UVT tutti i documenti necessari ricade sulle parti. Nelle intenzioni della Corte, dunque, la 'witness familiarisation', deve essere condotta da un organo neutrale rispetto sia all'accusa che alla difesa.

È ora necessario verificare se i possibili rischi che la pratica in esame comporta, potrebbero in ogni caso essere mitigati da una serie di adeguate garanzie.

Occorre rilevare in proposito che, in primo luogo, esiste un codice etico di condotta del collegio di difesa che esplicitamente proibisce che vengano poste in essere pratiche volte a influenzare i testimoni e delle regole che si applicano ai componenti dell'ufficio del Procuratore che impongono, tra l'altro, che l'attività sia condotta «in compliance with the relevant standards on confidentiality established by the Court, probity, impartiality, fairness, honesty and truthfulness in all matters affecting their work and status»³⁰; in secondo luogo, un uso intelligente dello strumento della *cross-examination* potrebbe permettere di 'svelare' eventuali manipolazioni delle testimonianze³¹;

²⁷ *Ibidem*, No § 45.

²⁸ Corte penale internazionale, *Trial Chamber I, Prosecutor v. Lubanga*, cit., No § 51.

²⁹ *Ibidem*, No § 50-55.

³⁰ Vedi *The Code of Professional Conduct for counsel* e *The Staff Regulations* reperibili sul sito della CPI.

³¹ In proposito è deprecabile la conclusione cui è giunta la *Trial Chamber* della CSSL nel caso *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (Decision on Objection to Question Put by the Defence in Cross Examination of Witness TF-227, IT-95-14-T,*

infine, non meno importante è il ruolo che i giudici internazionali, solitamente eminenti personalità in campo giuridico, possono ricoprire durante le udienze, avendo il potere di porre domande essi stessi, in qualsiasi momento, a un teste la cui testimonianza possa apparire in qualche modo essere stata ‘influenzata’ dalle parti nel corso del *proofing*³².

Nonostante l'esistenza di tali ‘strumenti’, coloro i quali condividono gli esiti cui è giunta la giurisprudenza della CPI nel caso *Lubanga*, concordano nel ritenere che essi non siano sufficienti per evitare il rischio, evidenziato anche dai giudici, di manipolazione dei testimoni, rischio cui non corrisponderebbe alcun effettivo vantaggio da potervi validamente opporre anche operando una sorta di bilanciamento tra i diversi interessi che vengono in rilievo³³.

Inoltre, poiché nell'accettazione incondizionata del valore del *proofing*, i Tribunali *ad hoc* hanno omesso di fornire le appropriate indicazioni relativamente a questa pratica, lasciando così alle parti la definizione del suo contenuto e i parametri etici di riferimento, ciò viene valutato come deleterio ai fini delle garanzie fondamentali dell'equo processo.

A nostro avviso, la soluzione della questione dell'ammissibilità o

del 15 giugno 2005), laddove si è negato alla difesa il diritto di porre domande diverse da quelle volte a conoscere il numero delle sessioni di *proofing*, la loro durata e il giorno in cui si erano svolte, perché non era stata dimostrata in maniera sostanziale l'esistenza di un comportamento scorretto da parte del Procuratore nella conduzione del *proofing* (par. 20). C'è da chiedersi come la difesa avrebbe potuto dimostrare la scorrettezza di un determinato comportamento senza avere la possibilità di contro-interrogare il testimone e di poter trovare conferma di una tale evenienza. Questo atteggiamento da parte della Corte ha invero costituito, a nostro parere, una violazione dei diritti essenziali della difesa, tutelati, lo ricordiamo, anche dall'art. 14, terzo comma, lett. d) del Patto delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti civili e politici.

³² Sebbene la garanzia rappresentata dalla previsione nei Regolamenti di procedura e prova dei tribunali *ad hoc* (Regola 77) del reato di ‘oltraggio alla Corte’ (*contempt of Court*) – efficace deterrente per le parti e mezzo utile al fine di punire coloro i quali abbiano contravvenuto ai loro doveri professionali – non sia presente negli stessi termini nel sistema della CPI, essa è in un certo senso ‘sostituita’ dall'art. 70 dello Statuto della CPI in base al quale comunque possono essere comminati sino a cinque anni di reclusione nel caso in cui si sia cercato di subornare un testimone. Questo strumento potrebbe costituire un'ulteriore garanzia.

³³ Vedi K. AMBOS, ‘Witness Proofing’ before the International Criminal Court: A Reply to Karemaker, Taylor, and Pittman, in *LJIL*, 2008, p. 911 ss. L'a. afferma, infatti, che «*the prima facie convincing, because well presented, evidence of a proofed witness may after a more detailed examination of her statement readily turn into pseudo-evidence, since it does not tell the truth but rather manipulates the facts. [...] The spontaneous witness is much more useful than the proofed witness since spontaneity guarantees authenticity*» (pp. 914-915).

meno del *proofing* nel sistema della Corte penale internazionale in quanto non espressamente previsto nello Statuto e nelle Regole di procedura e prova dipende dall'adesione o meno a una certa impostazione. Se, per esempio, si ritiene che tutto ciò che non sia espressamente proibito debba ritenersi ammissibile, allora anche nel sistema della CPI si dovrebbe poter fare ricorso al *proofing*: se, al contrario, così come almeno per il momento hanno ritenuto di dover asserire i giudici della stessa CPI, si aderisce all'idea che tutto ciò che non sia espressamente ammesso debba ritenersi proibito, allora il *witness proofing* non dovrà mai potersi praticare nei processi dinanzi alla CPI. Se è vero, infatti, che non troviamo norme che espressamente vi fanno riferimento, è altrettanto vero che non ve ne sono neppure altre che espressamente vietino alle parti di ricorrere al *proofing*.

La divergente posizione assunta dalla CPI rispetto alla giurisprudenza degli altri tribunali penali internazionali in materia di *witness proofing* è stata giustificata alla luce dell'asserita diversità del modello processuale di riferimento della prima rispetto ai secondi. La prassi in esame, infatti, risulta essere ammessa in Paesi il cui sistema processuale penale è improntato sul modello accusatorio; a tale sistema sono notoriamente ispirati i processi penali internazionali dinanzi ai tribunali *ad hoc*. La volontà dei redattori dello Statuto della CPI, invece, è stata quella di realizzare un sistema che risentisse maggiormente dell'influenza del sistema inquisitorio, sistema nel quale al giudice è riconosciuto un maggiore ruolo all'interno della dinamica processuale³⁴. L'esigenza di modificare il precedente modello di riferimento nasceva, tra l'altro, dalla volontà di velocizzare i processi che sarebbero stati celebrati dinanzi alla nuova Corte penale internazionale: l'accoglimento del sistema accusatorio puro, dove tutte le prove si formano in aula, avrebbe comportato, infatti, un notevole allungamento dei tempi processuali come attestato dall'esperienza del TPIY e del TPIR. Tenuto conto anche di questo cambiamento nel modello del processo penale internazionale, dunque, i giudici della CPI hanno ritenuto di dover interpretare il silenzio dello Statuto e delle Regole di procedura e prova nel senso di una negazione della possibilità di ricorrere al *witness proofing*.

Sebbene non ci si possa esimere dall'individuare quale limite principale della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* sul *proofing* la circostanza di non aver analizzato compiutamente lo svolgimento del-

³⁴ Sul punto vedi, tra gli altri, C.T. McLAUGHLIN, *The Sui Generis Trial Proceedings of the International Criminal Court*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007, p. 343 ss.

L'attività e i potenziali effetti che questa può avere sulla testimonianza finale, bensì solo la condotta delle parti che la mettevano in atto, si può nondimeno evidenziare dall'esame congiunto della giurisprudenza dei vari tribunali un minimo comune denominatore. Esso consiste nell'ammissibilità della 'familiarizzazione' e dell'accessibilità alle precedenti dichiarazioni al fine di permettere al teste di rinfrescarsi la memoria. Ciò su cui vi è divergenza, e riteniamo che non si tratti di una differenza di poco conto, è l'organo competente a svolgere tali funzioni: le parti (Tribunali *ad hoc* e CSSL) o l'UVT (CPI).

5. Considerazioni conclusive

Volendo svolgere alcune riflessioni conclusive, in primo luogo è doveroso sottolineare che, a nostro avviso, nonostante l'ineludibile esigenza di protezione dei testimoni e la gravità dei crimini per i quali si procede dinanzi alle giurisdizioni penali internazionali, non si può rischiare di pregiudicare i diritti dell'imputato; anzi, i tribunali penali internazionali devono essere esemplari nel rispetto dei diritti della difesa. Posto ciò, in considerazione della delicatezza della questione in esame, si ritiene che la protezione dei testimoni e i diritti della difesa siano principi assoluti essendo entrambi meritevoli di adeguata tutela; l'auspicio è che le giurisdizioni penali internazionali chiamate a intervenire, di volta in volta effettuino un accurato bilanciamento degli interessi in gioco al fine di far prevalere «nel caso di specie» quello più meritevole di tutela.

Quanto all'apporto fornito dalla CPI alla materia della protezione dei testimoni, è senz'altro ravvisabile una maggiore attenzione nei confronti dei testimoni vulnerabili, in particolare dei minori. Trattasi di un'evoluzione di notevole importanza e significato, meritevole di una valutazione senza dubbio molto positiva.

Quanto alla prassi del *witness proofing*, bisogna rilevare come l'approccio seguito dalla CPI sia molto più cauto di quello degli altri tribunali e, a nostro avviso, più rispettoso dei diritti della difesa.

Se è vero, infatti, che i testimoni, anche alla luce dei traumi che hanno subito e dai contesti di provenienza, hanno senz'altro bisogno di un adeguato supporto tecnico e psicologico, l'aver concentrato questo ruolo nell'UVT, è per l'imputato garanzia di maggiore imparzialità³⁵.

Noi riteniamo che l'aspetto del *proofing* coincidente con quella

³⁵ Il 31 dicembre 2008 l'UVT ha presentato il *Report on practices used to prepare and familiarise witnesses for giving testimony at trial*, reperibile sul sito della Corte.

che la CPI ha definito ‘familiarizzazione’ del testimone debba continuare a costituire un elemento centrale nella procedura dei tribunali; ciò perché, se è vero che il modello processuale di riferimento della CPI non è quello accusatorio puro degli altri Tribunali penali internazionali, è anche vero che nel procedimento dinanzi ad essa l’escussione dei testimoni in aula è ancora condotta mediante interrogatorio e contro interrogatorio.

In conclusione, quanto alla problematica relativa al ‘dialogo tra Corti’, che sempre più interessa la dottrina anche in ragione del proliferare di istanze giurisdizionali internazionali, può rilevarsi che in materia di testimonianza i tribunali penali internazionali hanno sì dialogato, ma non sempre sono giunti a identiche conclusioni. Se è vero che vi è comunanza di visione quanto alle tipologie di misure di protezione e ai criteri in base ai quali riconoscerle, lo stesso non può affermarsi in materia di *proofing*. Nell’*ICTY Manual on Developed Practices* presentato nel maggio 2009, infatti, la prassi del *witness proofing* è considerata legittima e pienamente ammissibile³⁶, laddove la CPI è invece giunta a una conclusione diversa: non solo l’ha negata, almeno nei termini in cui essa è condotta dinanzi agli altri tribunali, ma addirittura ha colto l’occasione per affermare esplicitamente che in generale non vi è alcun obbligo per la CPI di conformarsi alla giurisprudenza degli altri tribunali penali internazionali esistenti.

L’affermazione di un unico modello di diritto processuale penale internazionale, dunque, appare ancora l’obiettivo cui aspirare piuttosto che un risultato già conseguito.

³⁶ In tal senso vedi S. CALVANI e F. POCAR (dir.), *Manual on ICTY Practices-Preserving the Legacy*, Torino, 2008, p. 83 s.

Il «qualified privilege» dei corrispondenti di guerra di non testimoniare innanzi ai tribunali penali internazionali: il «caso Randal»

di Mariangela Attanasio*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il «*qualified privilege*» dei corrispondenti di guerra: la prerogativa di non testimoniare innanzi al Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia (TPIY). – 3. La facoltà del TPIY di creare nuove norme di procedura. – 4. La decisione del TPIY nel *caso Randal* consente la «*fair determination of the matter*» quale obiettivo richiesto dalla *Rule 89(B)* del Regolamento di procedura e di prova? – 5. Il «*qualified privilege*» dei corrispondenti di guerra quale applicazione di una regola generale. – 6. Il «*journalistic privilege*» innanzi alla Corte Penale Internazionale. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

In situazioni di conflitto armato, la capacità dei giornalisti di acquisire informazioni e notizie è molto elevata, persino superiore a quella dei governi nazionali o dei funzionari delle organizzazioni internazionali, governative e non. Questa circostanza implica che essi possano venire in possesso di materiale informativo che si riveli indispensabile negli eventuali processi internazionali contro i presunti criminali di guerra. Proprio la questione dell'esistenza di un potenziale ruolo di testimoni da attribuire ai giornalisti nel corso dei processi penali internazionali, lungi dall'essere «semplicemente» teorica, si è posta, nel 2002, innanzi al Tribunale Penale Internazionale per i crimini nella ex Jugoslavia (TPIY), nel *caso Randal*¹. In questa occasione, il Tribunale, riconoscendo che i giornalisti che riportano gli eventi da zone di conflitto «*play a vital role in bringing to the attention of the international community the horrors and reality of the*

* Dottore di Ricerca in «Ordine internazionale e diritti umani», Università di Messina.

¹ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic*, IT-99-36-T, *Decision on motion to set aside confidential subpoena to give evidence* del 7 giugno 2002; TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic*, IT-99-36-AR73.9, *Decision on interlocutory appeal* dell'11 dicembre 2002; TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin*, IT-99-36-T, *Decision on Prosecution's Second Request for a Subpoena of Jonathan Randal* del 30 giugno 2003.

conflict»², ha attribuito ad una particolare categoria di giornalisti, i corrispondenti di guerra, il «*qualified privilege*»³ di non essere costretti a testimoniare durante un processo penale internazionale, mantenendo riservate le informazioni acquisite, se non al verificarsi di alcune condizioni, in considerazione del fatto che l'interesse pubblico sotteso alla protezione dell'integrità del processo di raccolta delle informazioni assume un peso rilevante nel caso di tale gruppo di soggetti. Lo studio della natura del privilegio accordato ai corrispondenti di guerra, che si iscrive nella ben più ampia problematica della protezione delle fonti giornalistiche, conduce all'approfondimento di diversi e complicati aspetti. In primo luogo, si pone la questione di verificare se il Tribunale Penale per la ex Jugoslavia avesse l'autorità per creare un privilegio limitato a vantaggio dei corrispondenti di guerra e su quali norme esso ha trovato fondamento. Aspetto correlato da analizzare è se il Tribunale, al momento di riconoscere un privilegio ai corrispondenti di guerra, abbia correttamente bilanciato i diversi interessi in gioco: la libertà d'espressione dei giornalisti, il diritto della comunità internazionale all'informazione relativa agli atti commessi durante un conflitto armato, il principio in virtù del quale il sistema della giustizia penale internazionale deve assicurare il rispetto delle garanzie giurisdizionali dell'accusato e il diritto di questi al giusto processo. In secondo luogo, deve essere ricercato e studiato l'approccio delle altre giurisdizioni, nazionali ed internazionali, al generale problema della protezione delle fonti giornalistiche, comparandolo con quello del Tribunale per la ex Jugoslavia, soprattutto in vista di verificare se quest'ultimo abbia accolto, e in quali termini, un principio già esistente nell'ordinamento internazionale.

2. *Il «qualified privilege» dei corrispondenti di guerra: la prerogativa di non testimoniare innanzi al Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia (TPIY)*

La questione del riconoscimento della natura «speciale» del lavoro dei corrispondenti di guerra quale presupposto dell'attribuzione ad essi di una posizione di vantaggio, nel corso di un processo interna-

² TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on motion to set aside confidential subpoena to give evidence*, cit., par. 25.

³ La Camera d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia ha affermato che nel caso *Randal* si trattava di verificare «*whether this International Tribunal should recognize a qualified testimonial privilege for war correspondents, and, if so, whether the privilege requires the quashing of the subpoena*», in TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on interlocutory appeal*, cit., par. 2.

zionale, rispetto ad altri soggetti, è stata recentemente affrontata dal Tribunale Penale Internazionale per i crimini nella ex Jugoslavia, nel *caso Randal*, nell'ambito del processo contro Radoslav Brdjanin, convenuto all'Aja con l'accusa di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità e «gravi violazioni» delle Convenzioni di Ginevra del 1949, perpetrati nella regione di Banja Luka, nel territorio della Bosnia-Herzegovina. Jonathan Randal era un corrispondente di guerra inviato dal *Washington Post* allo scopo di seguire gli eventi relativi al conflitto in Bosnia. Nel 1993 Randal aveva pubblicato un articolo in cui riportava che Radoslav Brdjanin, membro del Partito Nazionalista Serbo (SDS) ed esponente del governo locale del tempo, aveva dichiarato che i cittadini residenti nella regione di Banja Luka, che non fossero stati di nazionalità serba, sarebbero stati espulsi dalle amministrazioni pubbliche e dall'intero territorio, nell'intento di porre in essere un'azione di pulizia etnica⁴. Nel corso del processo, avviato nel 1999 innanzi al TPIY, contro Brdjanin, la Camera di Prima Istanza, intenzionata ad utilizzare l'articolo di Randal come prova di uno stato mentale dell'accusato che lo avrebbe indotto a compiere gli atti che gli erano imputati, indirizzava un mandato di comparizione a Randal, affinché questi testimoniassse, durante il processo, le dichiarazioni e il comportamento tenuto da Brdjanin al momento dell'intervista del 1993⁵. Randal rifiutava la richiesta attraverso la presentazione di una mozione nella quale affermava che il potere del Tribunale di ordinare la comparizione di un testimone non è assoluto ma limitato da «questioni di interesse pubblico»⁶, quali, in tal caso, l'interesse della comunità internazionale a ricevere le informazioni dai corrispondenti di guerra, e proponeva egli stesso il riconoscimento di una «*presumption against compulsory process for journalists except in extraordinary situations*»⁷. La Camera di Prima Istanza rigettava, a sua volta, la mozione di Randal, affermando che il principio della protezione delle informazioni riservate, implicito nella tutela del diritto alla libertà d'informazione, deve essere contemperato dalla fondamentale considerazione che «il corso della giustizia non deve essere indebitamente impedito dalla mancanza di prove»⁸.

L'appello di Randal contro la decisione della Camera era suppor-

⁴ J. RANDAL, *Preserving the fruits of ethnic cleansing: Bosnian Serbs, expulsion victims see process as beyond reversal*, in *Washington Post*, 11 febbraio 1993.

⁵ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on motion to set aside confidential subpoena to give evidence*, cit., par. 2.

⁶ *Ibidem*, par. 9.

⁷ *Ibidem*, par. 12.

⁸ *Ibidem*, par. 27.

tato, in qualità di *Amicus Curiae*, da 34 organizzazioni professionali di categoria attive nel mondo⁹.

Nella decisione della Camera d'Appello, che solleva Randal dall'obbligo di produrre la propria testimonianza¹⁰, si afferma l'«*evidentiary privilege*»¹¹ dei corrispondenti di guerra. La Camera d'Appello sottolinea, anzitutto, l'importanza del lavoro dei corrispondenti di guerra, definiti come «*individuals who, for any period of time, report (or investigate for the purposes of reporting) from a conflict zone on issues relating to the conflict*»¹². Ponendosi la necessità di tutelare l'attività dei corrispondenti di guerra, che comporta, secondo i giudici dell'Aja, la protezione dell'interesse della comunità internazionale all'informazione di guerra, occorre attribuire a tale categoria di giornalisti un privilegio limitato, consistente nel diritto di mantenere riservate le proprie fonti ed informazioni, qualora si trovino soddisfatti alcuni parametri. Il *test*¹³, elaborato dalla Camera d'Appello, sulla base del quale determinare se il corrispondente di guerra sia costretto o meno a fornire la propria testimonianza, si fonda su due punti: a) la parte che richiede la testimonianza del giornalista a titolo di prova deve dimostrare che essa sia «*of direct and important value in determining a core issue in the case*»; b) deve essere dimostrato altresì che l'informazione non può essere *reasonably* ottenuta con altri mezzi¹⁴. Nel decidere in merito all'opportunità del riconoscimento di un «*qualified privilege*»¹⁵ per i corrispondenti di guerra, il Tribunale indaga su due aspetti essenziali: l'esistenza, nel lavoro dei corri-

⁹ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic*, IT-99-36-T, *Brief Amici Curiae on Behalf of Various Media Entities and in Support of Jonathan Randal's Appeal of Trial Chamber's Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence* del 17 agosto 2002.

¹⁰ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic*, *Decision on interlocutory appeal*, cit.

¹¹ K. BUCHANAN, *Freedom Of Expression And International Criminal Law: An Analysis Of The Decision To Create A Testimonial Privilege For Journalists*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, p. 624, offre una definizione di «*evidentiary privilege*»: «*Evidentiary, or testimonial, privileges allow for the non-disclosure of certain types of information, and therefore for persons to refuse to answer questions in a court of law*».

¹² TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic*, *Decision on interlocutory appeal*, cit. par. 29.

¹³ *Ibidem*, par. 45 ss.

¹⁴ *Ibidem*, par. 50.

¹⁵ T. GINSBURG e R.M. MOSK, *Evidentiary privileges in international arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 346, distinguono tra «*absolute privilege*» e «*qualified privilege*», laddove il primo attribuisce al titolare il privilegio assoluto di non testimoniare o di non produrre prove nel corso di un processo, mentre il secondo assoggetta questa prerogativa al verificarsi di alcune condizioni.

spondenti, di un interesse pubblico da soddisfare¹⁶ e le potenziali conseguenze negative «to the ability of war correspondents to carry out their newsgathering role»¹⁷, che deriverebbero dall'obbligo di testimoniare nel corso di un processo¹⁸. Con riguardo al primo aspetto, il Tribunale dell'Aja, confortato dalla giurisprudenza nazionale ed internazionale in materia, riconosce che «una stampa energica è indispensabile al funzionamento delle società aperte»¹⁹: il lavoro dei giornalisti è pertanto una questione di interesse pubblico. A livello internazionale, il Tribunale trova supporto delle sue affermazioni nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha da tempo riconosciuto che i giornalisti esercitano un ruolo di «cani da guardia delle moderne democrazie» e che, in taluni casi, obbligarli a produrre testimonianza costituisce ostacolo all'«ability of the press to provide accurate and reliable information»²⁰, con la conseguenza, negativa, di pregiudicare il diritto della collettività ad essere informati sui fatti del mondo, stante la circostanza che se la stampa ha il compito di diffondere informazioni ed idee su problemi di interesse pubblico, «the public also has a right to receive them»²¹. Sul piano nazionale, invece, il TPIY riporta la giurisprudenza statunitense, la quale ha statuito che «society's interest in protecting the integrity of the news gathering process, and ensuring the free flow of information to the public, is an interest of sufficient social importance to justify some incidental sacrifice of sources of facts needed in the administration of justice»²².

A giudizio del Tribunale, l'interesse pubblico alla protezione dell'integrità del processo di raccolta di notizie ed informazioni, assume

¹⁶ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on interlocutory appeal*, cit., par. 35-38.

¹⁷ *Ibidem*, par. 39.

¹⁸ *Ibidem*, par. 39-44.

¹⁹ *Ibidem*, par. 35.

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 17488/90, sentenza del 27 marzo 1996, par. 40.

²¹ CEDU, *Fressoz e Roire c. Francia*, ricorso n. 29183/95, sentenza del 21 gennaio 1999, par. 51; CEDU, *Erdogdu e Ince c. Turchia*, ricorsi n. 25067/94 e n. 25068/94, sentenza dell'8 luglio 1999, par. 48; CEDU, *Sener c. Turchia*, ricorso n. 26680/95, sentenza del 18 luglio 2000, par. 41-42.

²² *Schoen v. Schoen*, 5 F.3d 1289, 1292 (9th Cir. 1993). Nella sua Opinione Separata, il Giudice Shahabuddeen ritiene, invece, che l'approccio seguito dalla maggioranza dei giudici del TPIY sia in contrasto con la generale tendenza delle giurisdizioni nazionali, che, a parte qualche eccezione (costituita da alcune Corti statunitensi) non riconoscono un tale privilegio ai giornalisti se la richiesta di testimoniare non comporti una violazione dell'obbligo della riservatezza e non esponga il giornalista stesso o le sue fonti ad un pericolo certo. Cfr. TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on interlocutory appeal, Separate Opinion Of Judge Shahabuddeen*, par. 15.

un peso maggiore in situazioni di conflitto armato, ove la trasmissione di tali informazioni è essenziale nel mantenere l'opinione pubblica informata su «questioni di vita o di morte»²³. Sulla base di questo ragionamento, la Camera d'Appello del TPIY conclude che il lavoro dei corrispondenti di guerra soddisfa un interesse pubblico.

Con riguardo al secondo aspetto, il Tribunale esamina i probabili effetti, sul lavoro dei corrispondenti, di una testimonianza obbligatoria. I corrispondenti di guerra dovrebbero essere considerati «osservatori imparziali», ma se, al contrario, essi assumono una veste di «*potential witnesses*»²⁴ in un processo, due conseguenze potrebbero derivarne: da un lato, un'accresciuta difficoltà nel reperire informazioni rilevanti, dal momento che le persone intervistate, «*particularly those committing human rights violations*»²⁵, potrebbero parlare «*less freely*» con loro e addirittura negare l'accesso alle zone di conflitto; dall'altro, la trasformazione dei giornalisti da osservatori denunciatori delle violazioni dei diritti umani a potenziali *targets*²⁶.

Tali argomentazioni conducono il TPIY ad affermare la necessità dell'attribuzione di un limitato privilegio ai corrispondenti di guerra che siano chiamati a testimoniare innanzi ad un'istanza internazionale, nella consapevolezza che «*compelling war correspondents to testify before the International Tribunal on a routine basis may have a significant impact upon their ability to obtain information and thus their ability to inform the public on issues of general concern*»²⁷.

3. La facoltà del TPIY di creare nuove norme di procedura

Nell'attività del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia, così come per quella del Tribunale Penale Internazionale per il Rwanda e della Corte Penale Internazionale, l'apporto dei testimoni è spesso fondamentale nel decidere in merito alla colpevolezza o all'innocenza degli imputati²⁸. Conseguentemente, è necessario che le norme di procedura, sull'amministrazione delle prove e sui testimoni consentano di condurre una valida inchiesta e soddisfino, al

²³ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic Case, Decision on interlocutory appeal*, cit. par. 36.

²⁴ *Ibidem*, par. 42.

²⁵ *Ibidem*, par. 43.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, par. 44.

²⁸ TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-T, *Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses*, del 10 agosto 1995, par. 23: «*prosecutions would, to a considerable degree, be dependent on eyewitness testimony*».

contempo, le esigenze sottese al principio del giusto processo. La maggior parte delle «*Yugoslav and Rwandan Tribunals' Rules of Procedure and Evidence*»²⁹, adottate nel 1994, non appaiono esaustive, invitando al contrario ad un'interpretazione estensiva che possa colmare le lacune³⁰, anche durante lo stesso svolgimento di un processo. Posto che il problema sollevato dal caso *Randal* era l'ammissibilità, a titolo probatorio, dell'articolo del corrispondente senza che questi avesse l'obbligo di produrre testimonianza, la Camera d'Appello, nel silenzio dello Statuto e delle Regole di Procedura e di Prova, si trova a dover affrontare una questione nuova³¹ e a dover valutare l'ipotesi del riconoscimento di un nuovo privilegio. Infatti, lo Statuto e le Regole di Procedura e di Prova prevedono solo due tipi di prerogative: la prima, consistente nella tutela del segreto delle comunicazioni tra cliente ad avvocato, previsto dall'articolo 97 delle «*Rules of procedure and evidence*»; la seconda, riguardante il diritto dell'accusato a non auto-incriminarsi, previsto dall'articolo 21, par. 4, g) dello Statuto. Tuttavia, la facoltà di interpretare e di creare regole di procedura deriva dalla *Rule 89(B)* del Regolamento di Procedura e di Prova, secondo la quale «*in cases not otherwise provided for in this Section, a Chamber shall apply rules of evidence that will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law*». Tale regola, la cui flessibilità³² si traduce in un'ampia discrezionalità per il TPIY, costituisce, dunque, la base giuridica sulla quale riposa l'autorità dei giudici dell'Aja di accordare, ai corrispondenti di guerra, il privilegio di non essere obbligati a deporre nel corso di un processo penale internazionale³³.

²⁹ Documento disponibile su http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_Rev43_en.pdf (ultimo accesso 13/11/2009).

³⁰ Nel caso *Randal*, la Camera d'Appello ha rilevato, infatti, l'esistenza di un vuoto normativo con riferimento all'ipotesi del riconoscimento del segreto professionale anche ai giornalisti. Essa ha dichiarato che «*neither the Statute nor the relevant rules offer much guidance on the issue being considered here*», in TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on interlocutory appeal*, cit., par. 31.

³¹ La Camera d'Appello del TPIY afferma: «*The issue of compelled testimony by war correspondents before war crimes tribunal is a novel one*». *Ibidem*, par. 30:

³² Sul punto, Cfr G. BOAS, *Creating laws of evidence for international criminal law: the ICTY and the principle of flexibility*, in *Criminal Law Forum*, 2001, p. 41 ss.

³³ Proprio in virtù di questa regola, il TPIY ha attribuito un sorta di privilegio ad alcune categorie di soggetti, riconoscendo loro il diritto di non rivelare, innanzi ad un'istanza internazionale, le informazioni acquisite nell'esercizio della propria attività professionale. Oltre ai corrispondenti di guerra, tale privilegio è stato riconosciuto agli agenti degli Stati (TPIY, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-AR (Appeals Cham-

4. *La decisione del TPIY nel caso Randal consente la «fair determination of the matter» quale obiettivo richiesto dalla Rule 89(B) del Regolamento di procedura e di prova?*

Nel caso *Randal*, la Camera d'Appello del Tribunale per la ex Jugoslavia ha sottolineato che il riconoscimento dell'«*evidentiary privilege*» dei corrispondenti di guerra rappresenta il frutto di un corretto bilanciamento dei confliggenti interessi in gioco³⁴, da un lato quello del sistema giudiziario internazionale al rispetto delle garanzie procedurali, quali il diritto all'equo processo dell'imputato, e dall'altro, l'interesse pubblico sotteso al lavoro dei corrispondenti³⁵. Un approfondimento di tali interessi risulta, di conseguenza, indispensabile al fine di verificare se il Tribunale sia giunto alla «*fair determination of the matter*» quale obiettivo richiesto dalla *Rule 89(B)* del Regolamento di procedura e di prova.

Il diritto all'equo processo è previsto in tutti gli strumenti internazionali sulla protezione dei diritti umani³⁶ e, persino, nell'ambito del I Protocollo alle Convenzioni di Ginevra sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali³⁷. Lo specifico diritto che viene in rilievo nella problematica del riconoscimento di un «*evidentiary privilege*» ai corrispondenti di guerra, sollevata dal caso *Randal*, è il diritto dell'accusato «di interrogare o far interrogare i testi-

ber), *Judgement on the Request of the Republic of Croatia for a Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997* del 29 ottobre 1997), ai comandanti delle forze speciali delle Nazioni Unite (TPIY, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-21-AR (Trial Chamber), *Decision of Trial Chamber I on Protective Measures for General Philippe Morillon, Witness of the Trial Chamber* del 12 maggio 1999), ai funzionari e altri impiegati dei tribunali internazionali (TPIY, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T (Trial Chamber), *Decision on the Motion Ex Parte by the Defence of Zdravko Mucic Concerning the Issue of a Subpoena to an Interpreter* dell'8 luglio 1997), ed infine ai delegati del Comitato Internazionale della Croce Rossa (TPIY, *Prosecutor v. Simic*, IT-95-9 (Trial Chamber), *Ex Parte Confidential Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness* del 27 luglio 1999). Per approfondimenti sulla capacità del TPIY di creare norme di procedura, Cfr S. POWLES, *International criminal courts: practice, procedure and problems relating to evidence: privilege from testimony at the ICTY and the ICTR*, in *The law and practice of international courts and tribunals: a practitioners' journal*, 2003, p. 467 ss.

³⁴ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on Interlocutory Appeal*, cit., par. 53.

³⁵ *Ibidem*, par. 46.

³⁶ V. art. 14, par. 3 del Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici; art. 6, par. 3, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; art. 8, par. 2 della Convenzione Americana sui diritti dell'uomo; art. 7, par. 1 della Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; art. 13 della Carta Araba dei diritti dell'uomo del 2004.

³⁷ Art. 75, par. 4.

moni a carico, e di ottenere la comparizione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico alle stesse condizioni dei testimoni a carico»³⁸. Una volta individuati i due parametri sulla base dei quali decidere di attribuire al corrispondente la facoltà di non testimoniare, la Camera d'Appello del TPIY ha sottolineato che tale valutazione non muta a seconda della posizione che assume nel processo la parte che richiede la testimonianza. Indipendentemente dal fatto che la testimonianza del corrispondente sia richiesta dall'accusa o dalla difesa, entrambe, alle stesse condizioni, dovranno dimostrare che essa è indispensabile ai fini della determinazione del caso e fornisce una prova che non può essere ragionevolmente ottenuta attraverso altre fonti. Sotto questo profilo, il riconoscimento di un tale privilegio non viola il diritto dell'imputato ad interrogare e contro-interrogare i testimoni, poiché manca il presupposto giuridico essenziale di tale violazione, ovvero l'attribuzione di una posizione di vantaggio all'accusa³⁹. E, ancora, sebbene il diritto all'interrogatorio dei testimoni, nell'ambito del generale diritto all'equo processo, sia ricompreso in quel *minimum standard* di garanzie riconosciuto nei trattati sui diritti umani, la giurisprudenza internazionale, e in special modo quella della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁰, non ritiene esso sia tra le norme procedurali fondamentali alle quali non è ammissibile apportare delle deroghe.

Un'ultima considerazione, inerente alla modalità in cui il principio del giusto processo ha trovato applicazione nella giurisprudenza

³⁸ Si tratta di una formulazione pressoché identica in tutti gli strumenti internazionali sui diritti umani e nel I Protocollo alle Convenzioni di Ginevra.

³⁹ Il diritto all'equo processo dell'accusato implica, infatti, il principio della «parità delle armi», cioè dell'uguaglianza tra accusa e difesa. Nel *caso Tadic*, la Camera d'Appello del TPIY ha concluso che «*equality of arms implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that the judicial had the power*». Per approfondimenti Cfr. S. ZAPPALÀ, *I diritti dell'accusato nel processo penale internazionale*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO e G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, p. 399 ss.

⁴⁰ La Corte di Strasburgo, infatti, ha affermato che, allo scopo di stabilire se il diritto all'equo processo dell'imputato sia stato violato, occorre valutare il processo nella sua globalità e che possono esservi delle situazioni in cui un'istanza giurisdizionale si trovi a dover ponderare il diritto di interrogare testimoni alla luce di altri interessi. Negare alla difesa il diritto di contro-interrogare direttamente un teste non si traduce automaticamente in una violazione del diritto all'equo processo. Cfr. CEDU, *Doorson c. Paesi Bassi*, ricorso n. 20524/92, sentenza del 26 marzo 1996, par. 72-74 e CEDU, *Kostovski c. Paesi Bassi*, ricorso n. 11454/85, sentenza del 20 novembre 1989, par. 42-43.

⁴¹ Per un'ampia trattazione dei diritti dell'accusato nel Tribunale Penale per la ex Jugoslavia, Cfr. S.T. JOHNSON, *On the road to disaster: the right of the accused and the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *International Legal*

del Tribunale per la ex Jugoslavia, merita di essere svolta⁴¹. Gli Statuti dei Tribunali prevedono espressamente la necessità di proteggere i diritti dell'imputato. L'articolo 21, par. 4(e) dello Statuto del TPIY, nel sancire il diritto di interrogare testimoni, accoglie una formulazione pressoché identica a quella contenuta negli strumenti internazionali posti a protezione dei diritti umani. Ne consegue che, nell'interpretare questa disposizione, i giudici dell'Aja dovrebbero attenersi, in termini di diritto applicabile, agli *standards* contenuti negli atti internazionali⁴². La problematica dell'applicazione degli *standards* internazionali nell'interpretazione del diritto all'interrogatorio dei testimoni è stata ampiamente affrontata dal Tribunale dell'Aja al momento della decisione di adottare particolari misure di protezione dei testimoni nell'ambito del *caso Tadic* nel 1995⁴³. Dopo aver esaminato le previsioni contenute nei trattati internazionali sui diritti umani, il TPIY concludeva che la protezione delle vittime e dei testimoni costituisce una ragione ammissibile della limitazione del diritto dell'imputato al giusto processo⁴⁴. Nel *caso Randal*, la stessa Camera d'Appello concludeva che «*admitting the Article without subpoenaing the Appellant need not prejudice the Accused*»⁴⁵.

Contrapposta all'esigenza di assicurare il diritto all'equo processo dell'accusato è la necessità di garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico implicito nel lavoro dei corrispondenti, «*which requires that the newsgathering function be performed without unneces-*

Perspectives, 1998, p. 111 ss.; V.M. CRETA, *The Search for Justice in the Former Yugoslavia and Beyond: Analysing the Rights of the Accused Under the Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Houston Journal of International Law*, 1998, p. 381 ss.

⁴² In tal senso si era espresso lo stesso TPIY nel *caso Tadic*, affermando che i giudici «*must provide all the guarantees of fairness, justice and even-handedness, in full conformity with internationally recognised human rights instruments*», in TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-AR72, *Appeal on Jurisdiction* del 2 ottobre 1995, par. 45. Cfr. inoltre Tribunale Penale Internazionale per i crimini commessi in Rwanda (TPIR), *Prosecutor v. Barayawiza*, ICTR-96-19, *Decision* del 3 novembre 1999, para. 40, in cui la Camera d'Appello ha dichiarato che il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici «*is part of the general international law and is applied on that basis*».

⁴³ TPIY, *Prosecutor v. Tadic Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses*, cit.

⁴⁴ *Ibidem*. Parimenti, nel caso *Prosecutor v. Delalic*, il Tribunale dichiarava che l'esigenza di garantire la sicurezza dei testimoni è «*an acceptable reason to limit the accused's right to a public trial*», Cfr TPIY, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T (Trial Chamber), *Decision on the Motions by the Prosecution for Protective Measures for the Prosecution Witnesses Pseudonymed 'B' Through to 'M'*, del 28 aprile 1997, par. 37.

⁴⁵ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on interlocutory appeal*, cit., par. 53.

sary constraints so that the international community can receive adequate information on issues of public concern»⁴⁶.

Come è stato sottolineato nelle pagine precedenti, il secondo fattore considerato dalla Camera d'Appello del TPIY, nel valutare la necessità di riconoscere o meno ai corrispondenti di guerra un «*evidentiary privilege*», riguarda la previsione delle potenziali conseguenze derivanti dall'imposizione dell'obbligo di testimoniare, in termini di restrizioni al diritto alla libertà d'espressione, sia dei corrispondenti di guerra che dell'intera comunità internazionale, e di riduzione del contributo da essi apportato al funzionamento del sistema della giustizia penale internazionale. Le informazioni e le notizie che i corrispondenti acquisiscono nelle zone di conflitto non soltanto soddisfano l'esigenza del pubblico di essere realmente a conoscenza dei fatti, ma assolvono, altresì, ad una funzione di denuncia delle violazioni dei diritti umani, generando la pressione politica necessaria alla formazione di una volontà effettiva di punirne i responsabili. Sebbene lo stesso Tribunale per la ex Jugoslavia, confermando quanto già affermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁷, riconosca che l'applicazione del diritto alla libertà d'espressione possa essere legittimamente soggetto a restrizioni, per altro verso esso considera che la speciale natura dell'attività dei corrispondenti di guerra e la sua interdipendenza con il sistema della giustizia penale internazionale conducono ad esaminare il diritto alla libertà d'espressione e le sue possibili limitazioni sulla base di un differente, peculiare contesto. La Camera d'Appello, infatti, con riguardo alla professione dei corrispondenti di guerra, accogliendo le conclusioni di una Corte d'Appello federale USA, dichiara che l'interesse pubblico sotteso alla tutela del processo di raccolta e diffusione delle informazioni è rilevante a tal punto da giustificare un sacrificio «incidentale» dei principi sui quali si fonda una corretta amministrazione della giustizia⁴⁸. In conclusione la Camera d'Appello del TPIY ritiene im-

⁴⁶ *Ibidem*, par. 46.

⁴⁷ L'attività giurisprudenziale della Corte Europea, sotto questo profilo, è sempre stata finalizzata a porre in equilibrio la necessità di un ampio esercizio della libertà d'espressione e l'esigenza di tutelare gli interessi sottesi alla decisione degli Stati di apporre delle limitazioni a tale libertà. Se, da un lato, essa ha riconosciuto alle autorità nazionali, un discreto margine di apprezzamento nella facoltà di apporre restrizioni alla libertà d'espressione, dall'altro ha avvocato a sé il diritto di esercitare uno stretto controllo delle legittimità delle misure intraprese dagli Stati, ritenendo che il bisogno statale di restringere la libertà d'espressione deve essere stabilito «in maniera convincente». Cfr. CEDU, *Observer e Guardian c. Regno Unito*, ricorso n. 13585/88, sentenza del 26 novembre 1991, par. 59.

⁴⁸ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on interlocutory appeal*, cit. par. 35.

possibile «to determine with certainty whether and to what extent the compelling of war correspondents to testify before the International Tribunal would hamper their ability to work»⁴⁹, ma le potenziali conseguenze sono così serie da «could not be lightly discarded simply because the evidence sought concerned published information and not confidential sources. The potential impact upon the newsgathering function and on the safety of war correspondents ... is great»⁵⁰,

La breve analisi degli interessi di cui il Tribunale dell'Aja ha dovuto tener conto nel caso *Randal*, cioè il rispetto delle garanzie connesse al principio dell'equo processo e le potenziali conseguenze sull'attività dei corrispondenti di guerra e, quindi, sul diritto all'informazione della collettività, consente di concludere che la scelta di attribuire un «*qualified privilege*» ad una ristretta categoria di giornalisti sia il frutto di un corretto bilanciamento di tali interessi realizzato dai giudici internazionali⁵¹. Grazie ai due parametri individuati dalla Camera d'Appello, il diritto dell'accusato di ottenere prove e testimonianze non subisce una restrizione ingiusta, se si considera che il corrispondente non potrà avvalersi del privilegio laddove la propria testimonianza fornisca una prova indispensabile alla determinazione del caso. Infatti, un «*qualified privilege*» non comporta l'impossibilità, per le parti e per i giudici, di disporre di una prova che sia «*really significant*»⁵².

5. Il «*qualified privilege*» dei corrispondenti guerra quale applicazione di una regola generale

La decisione di riconoscere un «*qualified privilege*» ai corrispondenti di guerra è, a giudizio del TPIY, coerente non soltanto con le disposizioni dei trattati internazionali sulla tutela dei diritti umani che garantiscono il diritto alla libertà d'espressione e di informazione⁵³,

⁴⁹ *Ibidem*, par. 40.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Per approfondimenti V. F. MUMBA, *Ensuring a fair trial whilst protecting victims and witnesses: balancing of interests?*, in R. MAY (ed.), *Essays on ICTY procedure and evidence in honour of Gabrielle Kirk McDonald*, The Hague, 2001, p. 359 ss.

⁵² TPIY, *Prosecutor v Brdjanin and Talic, Decision on Interlocutory Appeal*, cit., par. 48.

⁵³ Art. 19 Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966; art. 10 Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950; art. 13 Convenzione americana sui diritti umani del 22 novembre 1969; art. 9 Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 28 giugno 1981.

ma soprattutto con la prevalente prassi normativa e giurisprudenziale degli Stati⁵⁴. Fatta eccezione per il costante rinvio alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Camera d'Appello non si sofferma particolarmente sull'analisi del livello di protezione delle fonti giornalistiche assicurato sul piano internazionale, preferendo, invece, far leva sull'esperienza degli ordinamenti interni degli Stati. Se si considera che le *Rules of Procedure and Evidence* del TPIY dovrebbero incorporare principi desunti dai diversi sistemi giuridici esistenti, stante il riferimento della *Rule 89(B)* ai *general principles of law*, appare utile un breve accenno agli ordinamenti nazionali richiamati dalla decisione della Camera d'Appello, allo scopo di verificare se quest'ultima abbia applicato ai corrispondenti di guerra un principio già affermatosi sul piano interno con riferimento alla categoria dei giornalisti. Nel ricordare che le legislature e le corti nazionali hanno stabilito «*laws or rules of evidence shielding journalists from having to disclose various types of information*»⁵⁵, la Camera d'Appello riporta l'esempio degli Stati Uniti e di alcuni Stati europei.

Per ciò che concerne la prassi statunitense, sebbene la Corte Suprema sia, storicamente, contraria all'attribuzione ai giornalisti di una posizione privilegiata rispetto ad altri soggetti dell'ordinamento interno, molti Stati hanno predisposto diverse misure per la protezione delle fonti dei giornalisti attraverso le c.d. «*statutory shield laws*»⁵⁶: in esse elemento comune è la previsione che l'obbligo per il giornalista di testimoniare, rivelando la fonte e le informazioni acquisite nell'esercizio della propria attività professionale, sussiste solo se l'informazione richiesta sia fondamentale ai fini della risoluzione di un caso giudiziario. In assenza di una legge federale che contenga disposizioni analoghe, il Dipartimento di Giustizia americano ha elaborato delle linee guida, nell'ambito del *Code of Federal Regulations*, in cui raccomanda ai procuratori federali di non imporre ai giornalisti l'obbligo di testimoniare durante un processo se non quando l'informazione richiesta sia essenziale e non possa essere ottenuta da una «fonte» che non svolga, per professione, attività di diffusione di informazioni. Le linee guida fanno riferimento anche ad informazioni non strettamente confidenziali. Nel *caso Randal*, queste linee guida costituiscono un punto di riferimento, tanto nella mozione di Randal alla Camera

⁵⁴ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on Interlocutory Appeal*, cit., par. 35.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ K. BUCHANAN, *Freedom Of Expression And International Criminal Law: An Analysis Of The Decision To Create A Testimonial Privilege For Journalists*, cit., p. 626.

di Prima Istanza che nel *Brief* predisposto dalle ONG costituitesi in qualità di *Amicus Curiae*, nel sostenere la necessità di riconoscere il «*qualified privilege*» dei corrispondenti di guerra quale principio generale di diritto.

In una sola circostanza, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affrontato la questione della protezione delle fonti giornalistiche⁵⁷: non riconoscendo alcun privilegio ai giornalisti, essa ha dichiarato che il consolidato principio in virtù del quale «*the public...has a right to every man's evidence*»⁵⁸ non ammette eccezioni.

Nonostante la decisione della Corte Suprema degli USA, in 49 Stati membri, nel distretto della Columbia, e in dieci dei dodici distretti delle Corti d'Appello federali⁵⁹ è stato riconosciuto ai giornalisti il privilegio di non testimoniare e di non rivelare fonti ed informazioni riservate, se non alla prova, il cui onere grava sulla parte richiedente, della sussistenza di alcuni criteri, simili a quelli individuati dal TPIY nel *caso Randal*⁶⁰.

Con riferimento al continente europeo, il TPIY fa riferimento agli ordinamenti italiano, britannico e francese, nei quali la protezione delle informazioni e delle fonti dei giornalisti è garantita a livello legislativo⁶¹. Oltre a quelli espressamente richiamati dai giudici dell'Aja, attualmente, la maggior parte degli Stati europei, prevedono, entro certi limiti, il diritto alla protezione delle fonti giornalistiche, direttamente all'interno dei propri ordinamenti⁶². In alcuni di essi una sorta di «*journalistic privilege*» è garantito dalla Costituzione⁶³, mentre in altri, leggi o codici contengono disposizioni sulla tutela del diritto dei

⁵⁷ *Branzburg v Hayes* (1972) 408 US 665.

⁵⁸ *Ibidem*, 686.

⁵⁹ Cfr sul sito di *Reporters Committee for Freedom of the Press*, disponibile online alla p. <http://www.rcfp.org/privilege/>.

⁶⁰ Cioè la rilevanza rispetto alla determinazione del caso e l'impossibilità di reperire l'informazione attraverso altri mezzi. Con riferimento ai procedimenti penali, le Corti d'Appello Federali hanno, tuttavia, interpretato in senso restrittivo il privilegio riconosciuto ai giornalisti, ponendo a carico di questi ultimi, e non della parte richiedente, l'onere di provare l'esistenza dei parametri necessari ad invocare il privilegio stesso. Sul punto Cfr K.H. SCHMID, *Journalist's Privilege in Criminal Proceedings: An Analysis of United States Courts of Appeals' Decisions from 1973 to 1999*, in *American Criminal Law Review*, 2002, p. 1441 ss.

⁶¹ Italia, art. 200 Codice di procedura penale; Regno Unito, Sezione 10 del *Contempt of Court Act* del 1981; Francia, art. 109-2 *Code de procédure pénale*.

⁶² M. JACQUEMIN, *La protection des sources des journalistes*, Paris, 2000, pp. 84-102; A. GÜEDJ, *La protection des sources journalistiques*, Brussels, 1998, pp. 92-106 e 236-251.

⁶³ Spagna (art. 20 della Costituzione spagnola) e Portogallo (art. 38 della Costituzione portoghese).

giornalista alla riservatezza delle proprie fonti⁶⁴. Ci sono Paesi nei quali, pur in assenza di un riconoscimento a livello normativo, il diritto dei giornalisti alla riservatezza è parzialmente tutelato in via preteritoria⁶⁵. Senza soffermarsi troppo, per ragioni di brevità, sui singoli ordinamenti degli Stati europei, è sufficiente sottolineare alcuni elementi che li accomunano nella formulazione della regola sul «*qualified privilege*» dei giornalisti. In primo luogo, in tutti i casi sussiste un'identica *ratio* sottesa alla creazione di tale regola: il desiderio di proteggere l'interesse collettivo implicito nella libera circolazione delle informazioni. In secondo luogo, il riconoscimento di una prerogativa che consente ai giornalisti di mantenere riservate le proprie fonti anche quando queste siano richieste, a titolo di prova, durante un processo, si atteggia come il risultato di un bilanciamento di esigenze contrastanti: quella del pubblico all'informazione e quella del sistema giudiziario al rispetto delle garanzie procedurali. Ulteriore circostanza comune è l'individuazione di due parametri fondamentali di cui tener conto prima di ordinare la testimonianza del giornalista e che costituiscono il risultato dell'attività di bilanciamento degli opposti interessi in gioco: l'importanza dell'informazione richiesta al giornalista e la necessità di considerare altre fonti che non si traducano in una violazione del principio della riservatezza delle fonti giornalistiche.

Si è potuto constatare, nelle pagine precedenti, che, nella decisione della Camera d'Appello del TPIY, l'opportunità di riconoscere il «*qualified privilege*» dei corrispondenti di guerra riposa sui medesimi elementi.

Se il raffronto tra la prerogativa attribuita ai corrispondenti di guerra nel *caso Randal* e quella riconosciuta ai giornalisti dagli ordinamenti nazionali sembra indurci a considerare il privilegio dei corrispondenti di non testimoniare, a talune condizioni, innanzi ai tribunali penali internazionali come «*reflective of a more general rule*»⁶⁶, c'è, tuttavia, un aspetto interessante che differenzia l'approccio utilizzato dai giudici dell'Aja da quello utilizzato dalle autorità nazio-

⁶⁴ Svezia, Norvegia, Finlandia, Danimarca, Germania, Austria, Francia, Italia, Regno Unito, Lituania, Polonia e, recentemente, Lussemburgo e Belgio.

⁶⁵ È il caso, ad esempio, dell'Irlanda. Cfr. *In the Matter of an Application by Ed Moloney for Judicial Review*, 27 October 1999, *The High Court of Justice in Northern Ireland Queen's Bench Division (Crown Side)*, Judgment of Carswell L.C.J., 19, disponibile on line su <http://indigo.ie/~nujdub/judgment.htm>. V. anche *Report of UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression in the UK*, February 2000, disponibile su: <http://www.hri.ca/fortherecord2000/documentation/commission/e-cn4-2000-63-add3.htm>.

⁶⁶ K. BUCHANAN, *Freedom Of Expression And International Criminal Law: An Analysis Of The Decision To Create A Testimonial Privilege For Journalists*, cit., p. 635.

nali. Negli ordinamenti interni degli Stati considerati, infatti, la prerogativa riconosciuta al giornalista di non testimoniare e, conseguentemente, non rivelare le informazioni di cui è in possesso, riguarda, salvo qualche eccezione⁶⁷, le ipotesi in cui l'informazione richiesta a titolo di prova sia «strettamente riservata». Nella decisione relativa al caso *Randal*, come si è già sottolineato, l'informazione richiesta al corrispondente era stata già pubblicata. Nell'analizzare tale profilo, la Camera d'Appello ritiene che la natura dell'informazione, riservata o meno, non è rilevante nel decidere in merito all'opportunità di riconoscere un privilegio ai giornalisti. Ciò che conta, invece, è la valutazione, operata dalle autorità nazionali, «*of the need to protect the newsgathering function. By analogy, the Appeal Chamber considers that the amount of protection that should be given to war correspondents from testifying before the international tribunals is directly proportional to the harm that it may cause to the newsgathering function*»⁶⁸.

6. Il «journalistic privilege» innanzi alla Corte Penale Internazionale

La decisione assunta dalla Camera d'Appello del Tribunale per la ex Jugoslavia nel caso *Randal* costituisce un precedente giuridico cui si atterranno non soltanto i giudici del TPIY ma anche quelli del TPIR. Questione interessante è quella di valutare se ci siano ragioni di credere che la Corte Penale Internazionale accoglierà la nuova regola relativa alla creazione di un «*evidentiary privilege*» a vantaggio dei corrispondenti di guerra. Nonostante le affinità tra i Tribunali penali *ad hoc* e la Corte Penale Internazionale, non si può tralasciare la valutazione di alcuni elementi di differenziazione che potrebbero costituire, in futuro, motivo di un mancato riconoscimento, innanzi alla giurisdizione penale permanente, di un privilegio ai corrispondenti negli stessi termini garantiti dal TPIY. Anzitutto, la Corte Penale non ha apparentemente opportunità, rispetto ai tribunali speciali, di elaborare norme *ad hoc*: il Regolamento di Procedura e di Prova della Corte⁶⁹ è molto più dettagliato delle *Rules of Procedure and*

⁶⁷ La Camera d'Appello del TPIY fa riferimento alla Germania e agli Stati Uniti. TPIY, *Prosecutor v. Brđjanin and Talić, Decision on interlocutory appeal*, cit., par. 41, nota 39.

⁶⁸ *Ibidem*, par. 41.

⁶⁹ *ICC Rules of Procedure and Evidence*, Doc. ICC-ASP/1/3.

⁷⁰ Il regolamento di procedura della Corte Penale Internazionale conta 225 disposizioni, a differenza di quello del TPIY e del TPIR che ne contiene solo 127.

Evidence del TPIY e del TPIR⁷⁰. Sotto questo profilo, la comparazione tra gli Statuti di tali giurisdizioni consente di sottolineare un dato importante. Come si è argomentato in precedenza, il TPIY (e conseguentemente anche il TPIR) ha ampia discrezionalità nell'approvare nuove norme di procedura o, eventualmente, modifiche alle stesse. Diversamente, l'articolo 51 dello Statuto di Roma prevede che le modifiche al regolamento di procedura entrino in vigore al momento della loro adozione da parte dell'Assemblea degli Stati Parte a maggioranza di 2/3 dei suoi membri, e, ancora, in casi «urgenti», qualora una specifica regola non sia espressamente prevista, i giudici della Corte Penale, a maggioranza di 2/3, potranno stabilire «regole provvisorie», le quali dovranno, tuttavia, essere approvate dalla successiva Assemblea, ordinaria o speciale, degli Stati Parte. Ne consegue che qualora nel corso di un processo innanzi alla CPI si decida di riconoscere un «*evidentiary privilege*» ai corrispondenti di guerra nei termini stabiliti dal TPIY nel *caso Randal*, tale regola dovrà essere sottoposta al vaglio degli Stati Parte, salva la possibilità di considerarla un'applicazione estensiva di norme di procedura già approvate. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, un'ulteriore differenza attiene alla circostanza che, laddove le regole di procedura del TPIY assicurano la copertura del segreto professionale solo con riferimento alle comunicazioni che intervengono tra cliente e avvocato, la *Rule 73(2)* del regolamento della Corte Penale dispone la riservatezza delle «*communications made in the context of a class of professional or other confidential relationships*». Sebbene la relazione tra il giornalista e la sua fonte non risulti espressamente indicata tra le categorie professionali cui fa riferimento la *Rule 73 (3)*, ciò non osta a che il privilegio possa essere esteso anche alle informazioni acquisite dai giornalisti, dal momento che l'elencazione non è esaustiva⁷¹. Di conseguenza, un riferimento normativo sulla base del quale elaborare, in via interpretativa, un'eventuale regola sull'«*evidentiary privilege*» dei corrispondenti di guerra è presente nel regolamento di procedura della Corte⁷². Non è certo, tuttavia, che tale regola, ove venga creata, abbia lo stesso contenuto di quella sviluppata dalla giurisprudenza del

⁷¹ C. DEFRANCIA, *Due Process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters*, in *Virginia Law Review*, 2001, p. 1435.

⁷² R.S. LEE (eds), *The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, 2001, p. 360, riporta che durante i negoziati relativi all'elaborazione della *Rule 73*, fu sollevata la questione di indicare espressamente i giornalisti come «*class of professionals*» che la Corte aveva il dovere di considerare privilegiata. Ma, mancando il necessario consenso, si decise di lasciare direttamente alla Corte Penale la risoluzione della problematica al momento in cui questa si fosse presentata.

TPIY. L'articolo 73, infatti, fa riferimento soltanto alle informazioni che siano strettamente confidenziali, laddove invece la Camera d'Appello del TPIY ha riconosciuto ai corrispondenti la facoltà di non rivelare tutte le informazioni acquisite nell'esercizio della propria attività professionale, anche quelle che non siano strettamente riservate⁷³.

Per converso, pur in presenza delle differenze appena enunciate, ci sono altri fattori da considerare che sembrano invece suggerire l'ipotesi che la Corte Penale Internazionale riconoscerà, in futuro, l'«*evidentiary privilege*» dei corrispondenti di guerra. Primo fra tutti, l'influenza esercitata sul Regolamento di Procedura e Prova della CPI dalla decisione del TPIY relativa al *caso Simic*⁷⁴, nella quale i giudici dell'Aja hanno garantito la protezione assoluta del segreto professionale ai delegati e funzionari del Comitato Internazionale della Croce Rossa. La *Rule 73 (4)* del Regolamento della Corte, infatti, «*regard as privileged and consequently non subject to disclosure, including by way of testimony... any information, documents and other evidence*» raccolte dai delegati del CICR nell'esercizio della loro attività. L'articolo dispone, inoltre, che se le informazioni di cui il CICR è in possesso sono di «*great importance for a particular case*»⁷⁵ o se non possono essere ottenute da una fonte diversa dall'organizzazione⁷⁶, verranno avviate consultazioni tra la Corte Penale ed il CICR allo scopo di trovare un compromesso. Si tratta di parametri sostanzialmente simili a quelli enunciati dalla Camera d'Appello nel *caso Randal*: alla luce di questa disposizione, pertanto, si ipotizza che la Corte Penale, in futuro, potrebbe garantire ai corrispondenti di guerra la prerogativa di non testimoniare, alle stesse condizioni indicate dal TPIY. Se, infine, si tiene conto che alla luce dello Statuto di Roma, la Corte deve applicare anche «i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo»⁷⁷, non può essere fermamente escluso che anch'essa, in futuro, non riconosca ai corrispondenti di guerra il «*qualified privilege*» quale applicazione di un «principio generale di diritto»⁷⁸.

⁷³ Del resto, nel *caso Randal* il TPIY ha riconosciuto al corrispondente il diritto di non testimoniare anche se le informazioni che avrebbe dovuto riportare durante il processo erano già state rese note attraverso la pubblicazione dell'articolo di Randal sul *Washington Post*.

⁷⁴ TPIY, *Prosecutor v. Simic, Ex Parte Confidential Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness*, cit.

⁷⁵ *Rule 73 (6), ICC Rules of Procedure and Evidence*, cit.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Art. 21, lettera c) dello Statuto della Corte Penale.

⁷⁸ S. POWLES, *To testify or not to testify - Privilege from testimony at the ad hoc Tribunals: the Randal Decision*, in *Leiden Journal of International Law*, 2003, p. 523.

7. Conclusioni

L'approfondimento delle diverse problematiche sollevate dalla decisione della Camera d'Appello del TPIY nel *caso Randal* consente di dedurre importanti conclusioni. In primo luogo, il riconoscimento del privilegio accordato ai corrispondenti trova legittimità nel diritto del Tribunale Penale per la ex Jugoslavia di creare norme procedurali, previsto dal suo Statuto e dalla *Rule 89 (B)* del Regolamento di procedura e di prova. In secondo luogo, la Camera d'Appello ha agito sulla base dei «*general principles of law*» richiamati dalla *Rule 89 (B)*, se si considera che il diritto alla protezione delle fonti giornalistiche trova il suo fondamento giuridico nei trattati internazionali sulla tutela dei diritti umani e, soprattutto, nella prassi, legislativa e giurisprudenziale, degli Stati. Infine, i parametri elaborati dalla Camera d'Appello del TPIY, allo scopo di attribuire ai corrispondenti di guerra il privilegio di non testimoniare innanzi ai tribunali penali internazionali, proteggono il bisogno, o meglio il diritto, della comunità internazionale a ricevere le informazioni sugli eventi che accadono durante un conflitto armato, senza, tuttavia, compromettere lo svolgimento delle indagini. E, inoltre, né i diritti dell'accusato né i diritti dei corrispondenti di guerra sono derogati secondo modalità contrastanti con gli *standards* internazionali in materia di diritti umani⁷⁹.

Un solo aspetto della decisione del TPIY relativa al *caso Randal* solleva serie perplessità. Per la prima volta nell'ambito di una controversia internazionale, la Camera d'Appello non ha rivolto la propria decisione all'intera categoria dei giornalisti, ma da questa ha estratto un gruppo più ristretto, per l'appunto i corrispondenti di guerra. Se, andando a ritroso, si ripercorrono le fasi salienti del ragionamento seguito dalla Camera d'Appello, ci si accorge che i giudici dell'Aja hanno fondato la necessità di perfezionare la protezione dei corrispondenti, attribuendo loro il «*qualified privilege*» di non testimoniare, sulla particolare pericolosità della loro attività professionale. Le condizioni nelle quali il giornalista lavora avrebbero dovuto essere considerate, nel *caso Randal*, come parte delle circostanze di fatto di cui tener conto nella risoluzione del caso, e non come motivo del riconoscimento di una protezione rafforzata per alcune categorie di soggetti, attraverso l'elaborazione di un principio dall'effetto discriminante.

Infatti, nell'affermare che la prerogativa dei corrispondenti di guerra

⁷⁹ Sul punto Cfr. S. WERLY e Y. JEANNERET, *La position du journaliste témoin devant les juridictions pénales internationales: enseignements tirés de l'affaire Randal*, in *Revue Suisse de droit international et européen*, 2003, p. 491 ss.

di non essere costretti a rivelare le proprie fonti corrisponde ad un principio generale di diritto ed è, quindi, «*reflective of a more general rule*», la Camera d'Appello riporta la prassi normativa e giurisprudenziale degli Stati e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, le quali riconoscono la tutela del segreto professionale ai giornalisti intesi come categoria generale, senza alcuna distinzione all'interno di quest'ultima. Del resto, le organizzazioni non governative che si sono costituite in qualità di *Amicus Curiae* nel caso *Randal* hanno usato, all'interno del *Report* presentato alla Camera di prima istanza, indifferentemente i termini «giornalista», «reporter», «corrispondente di guerra», ritenendo che la condizione di lavorare in situazioni di conflitto armato rientra nelle circostanze di fatto che sono parte del «*critical balancing of journalists' rights with the needs of a particular case*»⁸⁰.

Al contrario, la Camera d'Appello ha volutamente limitato l'applicazione del privilegio ai corrispondenti di guerra in ragione del «*particular character of the work done and the risks faced by those who report from conflict zones*»⁸¹. Sotto questo profilo, pertanto, l'approccio della Camera d'Appello è fortemente contraddittorio e non ha fondamento giuridico.

⁸⁰ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Brief Amici Curiae on Behalf of Various Media Entities and in Support of Jonathan Randal's Appeal of Trial Chamber's Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence*, cit., par. 20.

⁸¹ TPIY, *Prosecutor v. Brdjanin and Talic, Decision on interlocutory appeal*, cit., par. 29.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di aprile dell'anno 2010
dalla Multimedia s.c.a.r.l. - Giugliano (NA)
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

