



SIDI

*Società Italiana di Diritto Internazionale*

14

# EUROPA E MEDITERRANEO

LE REGOLE PER LA COSTRUZIONE  
DI UNA SOCIETÀ INTEGRATA

*XIV Convegno*

*Bari*

*18-19 giugno 2009*

a cura di

**Ennio Triggiani**

EDITORIALE SCIENTIFICA



SIDI  
Società Italiana di Diritto Internazionale

14

*Pubblicazioni della Società Italiana  
di Diritto Internazionale*

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno – Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno – Roma 2008), Napoli, 2009

SIDI  
Società Italiana di Diritto Internazionale

## **EUROPA E MEDITERRANEO**

**LE REGOLE PER LA COSTRUZIONE DI UNA SOCIETÀ INTEGRATA**

*XIV Convegno*  
Bari  
18-19 giugno 2009

a cura di  
**Ennio Triggiani**

EDITORIALE SCIENTIFICA  
Napoli

*Con l'Alto Patrocinio del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano.*

Si ringraziano vivamente Valeria Di Comite, Ivan Ingravallo, Antonio Leandro, Egeria Nalin ed Angela Maria Romito per la preziosa collaborazione fornita nella raccolta degli atti e nella predisposizione del presente volume.

*Si ringraziano per il loro contributo: Università degli Studi di Bari Aldo Moro; Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze Politiche; Presidenza del Consiglio regionale della Puglia; Assessorato al Mediterraneo della Regione Puglia; Provincia di Bari; Comune di Bari; UBI – Banca Carime; Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari; Fondazione Cassa di Risparmio di Puglia; Europe Direct Puglia.*

Il presente volume contiene studi condotti nell'ambito del progetto di ricerca nazionale PRIN 2007 «Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'attuale fase del processo di integrazione». Responsabile nazionale, prof. Ennio Triggiani (PROT. 2007ETKBLF).

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2010  
Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 978-88-6342-158-3  
Finito di stampare nel mese di maggio MMX  
«ARTE TIPOGRAFICA» s.a.s. - Napoli

## INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	
SERGIO MARCHISIO	13
<i>Indirizzi di saluto</i>	
ANDREA CANNONE	15
SILVIA GODELLI	17
<i>Allocuzione di apertura</i>	
ENNIO TRIGGIANI	
Le regole per la costruzione di una società integrata	21

### PRIMA SESSIONE

#### **Lo scenario generale The General Framework**

<i>Presidenza</i>	
LUIGI FERRARI BRAVO	
<i>Relazioni</i>	
FRANCO CASSANO	
Mediterraneo contro il conflitto tra le civiltà	35
UGO VILLANI	
Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea	49

## SECONDA SESSIONE

**L'acqua come opportunità e risorsa**  
**Water as Opportunity and Resource**

*Presidenza*

LAURA FORLATI PICCHIO

*Relazioni*

PAUL MIFSUD

Mediterranean Economic and Environmental Challenges 91

TULLIO SCOVAZZI

Recenti sviluppi nel sistema di Barcellona per la protezione  
dell'ambiente marino nel Mediterraneo 95

COSIMO LACIRIGNOLA – CHIARA MORINI

Impatto dei cambiamenti climatici sulle risorse idriche nel  
Mediterraneo 113

GIUSEPPE CATALDI

Le zone marittime del Mediterraneo: problemi di gestione e  
di delimitazione 125

SERGIO M. CARBONE

La disciplina applicabile al trasporto marittimo di cose tra  
le novità di Roma I e delle *Rotterdam Rules* 163*Interventi*

MARIO CARTA

Lo *smuggling* nel Mediterraneo tra strumenti internazionali  
ed europei di prevenzione e di contrasto 189

EUGENIO ZANIBONI

La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e ga-  
ranzie procedurali 207

## TERZA SESSIONE

**Immigrazione fra accoglienza e sicurezza  
Immigration between Reception and Security***Presidenza*

GIUSEPPE TESAURO

*Relazioni*

ADELINA ADINOLFI

Riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione  
sussidiaria: verso un sistema comune europeo? 237

FRANCESCO MUNARI

Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione eu-  
ropea e rapporti bilaterali dell'Italia 267

GIUSEPPE PALMISANO

Il trattamento del migrante clandestino 289

GIOVANNI CELLAMARE

Gli accordi di riammissione 323

NICOLETTA PARISI

Sicurezza collettiva e contrasto del terrorismo nel bacino  
del Mediterraneo 363

GIANDONATO CAGGIANO

Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia *Frontex*  
nel Mediterraneo 403

GABRIELLA CARELLA

La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e  
diritti umani 429

*Interventi*

ADELE DEL GUERCIO

- La nozione di «protezione adeguata» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo alla fattispecie dell'allontanamento di migranti malati 453

MAURA MARCHEGIANI

- Le assicurazioni diplomatiche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 473

## QUARTA SESSIONE

**Integrazione economica e culturale**  
**Economic and Cultural Integration**

*Presidenza*

FAUSTO POCAR

*Relazioni*

EGIDIO CANCELI

- Assessment of the European Neighbourhood Policy 497

GIANFRANCO VIESTI

- Tendenze e prospettive dell'integrazione economica euro-mediterranea 505

COSIMO RISI

- Il partenariato euro-mediterraneo 511

LUCIA SERENA ROSSI

- Democrazia e diritti fondamentali: coerenza dell'azione esterna dell'Unione europea e politica verso il Mediterraneo 517

*Interventi*

SUSANNA CAFARO

Un primo sguardo all'Unione per il Mediterraneo: luci e  
ombre 543

ANGELA DI STASI

L'Unione per il Mediterraneo: quale «modello» di organiz-  
zazione delle relazioni tra Stati? 561

ALFREDO RIZZO

«Asimmetrie» istituzionali e giuridiche nei rapporti tra  
Unione europea e area balcanica 585

*Intervento conclusivo*

PAOLO MENGOZZI

615

**APPENDICE***Organi direttivi SIDI*

621



*Il Mediterraneo non è solo geografia.*

*I suoi confini non sono definiti né nello spazio né nel tempo. Non sappiamo come fare a determinarli e in che modo: sono irriducibili alla sovranità o alla storia, non sono né statali né nazionali: somigliano al cerchio di gesso che continua a essere descritto e cancellato, che le onde e i venti, le imprese e le ispirazioni allargano o restringono. Lungo le coste di questo mare passava la via della seta, s'incrociavano le vie del sale e delle spezie, degli olii e dei profumi, dell'ambra e degli ornamenti, degli attrezzi e delle armi, della sapienza e della conoscenza, dell'arte e della scienza. Gli empori ellenici erano a un tempo mercati e ambasciate. Lungo le strade romane si diffondevano il potere e la civiltà. Dal territorio asiatico sono giunti i profeti e le religioni.*

*Sul Mediterraneo è stata concepita l'Europa.*

(da Breviario Mediterraneo, di Predrag MATVEJEVIC, ed. Garzanti)



## PRESENTAZIONE

Il XIV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) si è svolto il 18 e 19 giugno 2009, organizzato dal Dipartimento di diritto internazionale e dell'Unione europea delle Facoltà di Giurisprudenza e Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Bari. Il tema del Convegno, «Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata», ha consentito di ripercorrere il percorso del processo di cooperazione tra le due sponde del mare Mediterraneo e di riflettere sulle sue priorità e i problemi aperti.

Nel corso delle due giornate di lavoro, articolate in quattro sessioni, sono stati affrontati temi di forte attualità, dopo un'introduzione dello scenario generale politico-istituzionale e normativo, con uno sguardo specifico alle responsabilità dell'Unione europea nell'area considerata. L'analisi e il dibattito si sono infatti concentrati in primo luogo sull'elemento «acqua» come opportunità e risorsa, sulla cooperazione politica tra gli Stati mediterranei per la salvaguardia e protezione dell'ambiente e sui problemi di gestione che presentano le zone marine e costiere. L'attenzione si è poi rivolta ad alcuni aspetti fondamentali in materia di sicurezza e immigrazione, nei quali l'Europa appare come soggetto chiamato a svolgere un ruolo centrale, quali l'approfondimento verso un sistema comune europeo in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiato, il controllo dei flussi migratori tra obblighi comunitari e bilaterali, il trattamento dei migranti clandestini, il contrasto al terrorismo. In primo piano, come è evidente, è stata considerata la posizione dell'Italia.

Infine, il Convegno ha approfondito le questioni dell'integrazione economica e culturale dei Paesi che si affacciano sul Mediterraneo, delle tendenze e prospettive che caratterizzano la politica europea di vicinato, il partenariato euro-mediterraneo e la più recente Unione per il Mediterraneo. Insomma, il *mare nostrum* è stato prospettato come opportunità per la costruzione di regole di convivenza basate sul pluralismo, il confronto e l'integrazione tra le civiltà.

Secondo la tradizione, il Convegno ha costituito un'occasione d'incontro per varie generazioni d'internazionalisti italiani e di cultori della materia. La numerosa presenza di partecipanti, soci e non soci, ha confermato l'interesse del tema affrontato e il dinamismo della SIDI. Gli atti qui raccolti testimoniano, per la qualità delle relazioni e degli interventi programmati, la ricchezza del contributo che i convegni annuali della SIDI danno all'evoluzione in Italia degli studi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea, nonché la fecondità del dibattito scientifico che occasionano.

Il Convegno di Bari ha segnato il quattordicesimo anniversario della Società, fondata nel 1995 come associazione scientifica il cui scopo è quello di favorire, specie tra le giovani generazioni, lo studio e il progresso del diritto internazionale e delle altre discipline che al diritto internazionale sono strettamente collegate. Esso ha costituito l'occasione per procedere al rinnovo delle cariche sociali e per discutere con franchezza sulle migliori modalità per far fronte alle nuove esigenze maturate negli anni, in un contesto, non certo facile per le Università italiane, di profondi mutamenti anche normativi. È quindi opportuno che la Società si attrezzi per tempo in relazione a nuovi compiti che fosse chiamata a svolgere nei confronti della comunità scientifica nazionale.

Infine, rivolgo un caloroso e sincero ringraziamento al Vice-Presidente della SIDI Ennio Triggiani, ospite del Convegno, che ha curato la pubblicazione degli Atti e coordinato con efficacia e passione il contributo di organismi ed enti che hanno reso possibile la realizzazione dell'evento, tra i quali, in primo luogo, l'Università degli Studi di Bari e il Dipartimento di diritto internazionale e dell'Unione europea delle Facoltà di Giurisprudenza e Scienze Politiche. Ringrazio inoltre i giovani della Segreteria organizzativa di Bari e quanti hanno profuso il loro impegno per l'eccellente riuscita del Convegno.

Un vivo ringraziamento, infine, a Roberto Storchi, responsabile della Segreteria SIDI di Roma presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali di Roma del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Sergio Marchisio  
Segretario Generale della SIDI

## SALUTO

Andrea CANNONE\*

A nome del Dipartimento di diritto internazionale e dell'Unione europea porgo un cordiale benvenuto ai partecipanti tutti, ai numerosi relatori che hanno accolto l'invito e ai presidenti delle diverse sessioni in cui si articolerà il Convegno: il prof. Luigi Ferrari Bravo, la prof.ssa Laura Forlati Picchio, il prof. Giuseppe Tesauo e il prof. Fausto Pocar.

Un doveroso ringraziamento spetta a chi ha fornito il contributo finanziario consentendo al Dipartimento di potere svolgere la parte amministrativa e contabile che gli competeva: prima di tutto il Consiglio di amministrazione dell'Università e le due Presidenze di Facoltà (Giurisprudenza e Scienze Politiche), gli enti pubblici territoriali, in particolare l'Assessorato al Mediterraneo della Regione Puglia e la presidenza del Consiglio regionale, la Provincia di Bari e il Comune di Bari, il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Bari nonché gli altri *sponsors* debitamente indicati nella locandina del Convegno.

Il Dipartimento che oggi ho l'onore di rappresentare giunge a questo appuntamento fortemente voluto e auspicato, se non ricordo male, sin dal 2001 al VI Convegno di Padova, Treviso e Venezia ed è oggi realizzato grazie alla tenacia di Ennio Triggiani e di quanti lo hanno sostenuto in questo progetto.

Mi preme tuttavia evidenziare che lo svolgimento del XIV Convegno SIDI a Bari è il risultato di un percorso che risale alla creazione dell'Istituto di diritto internazionale e scienze politiche animato dalla presenza di studiosi eminenti nelle materie internazionalistiche purtroppo scomparsi come Francesco Capotorti, Vincenzo Starace e Antonio Panzera.

In quello stesso periodo hanno svolto attività di ricerca e di insegnamento nell'Istituto di allora, trasformatosi poi nell'attuale Dipartimento di Diritto internazionale e dell'Unione europea, Benedetto Conforti, anche se solo per un anno (l'ho appreso solo ieri), Luigi Ferrari

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, Direttore del Dipartimento di diritto internazionale e dell'Unione europea della stessa Università.

Bravo, Ugo Villani che prenderanno la parola tra poco in qualità, rispettivamente, di Presidente della I sessione e di relatore principale e ancora Massimo Panebianco, Paolo Picone, Giorgio Sacerdoti: ad essi io personalmente ed altri colleghi del Dipartimento della mia generazione dobbiamo tanto.

Consentitemi oggi di rivolgere a tutti questi studiosi che hanno insegnato a Bari un sincero grazie per l'esempio e l'impulso dato all'attività di ricerca e all'insegnamento delle discipline internazionalistiche ed europeistiche in questa Università e che hanno assicurato proficui rapporti con altre prestigiose sedi universitarie (Napoli, Roma, Milano).

Un ringraziamento personale sento di rivolgere infine alla segreteria amministrativa del Dipartimento che mi ha sostenuto nelle numerose incombenze amministrative connesse ad un Convegno di queste dimensioni, come ben sanno gli organizzatori dei precedenti Convegni SIDI.

Formulo i migliori auguri di buon lavoro a tutti con l'auspicio che dalle riflessioni di questi due giorni governanti e operatori del diritto e, più in generale, operatori sociali traggano punti di riferimento nella loro azione rispettosa delle sovranità statali e dei diritti fondamentali degli individui e dei popoli europei e del Mediterraneo.

Silvia GODELLI\*

Trasformare la centralità geografica della Puglia nel bacino del Mediterraneo in capacità di promuovere reali processi di integrazione politica, e di coesione socioeconomica e culturale tra i diversi popoli che vi si affacciano, costituisce la *mission* dell'Assessorato al Mediterraneo della Regione Puglia, la sua dimensione strategica. Essa si accompagna all'obiettivo di attivare processi di sviluppo e di innovazione culturale sul territorio regionale, assecondandone le naturali vocazioni e tradizioni e in pari tempo alimentando la costruzione di una condivisa consapevolezza della centralità della cultura quale valore civile e collettivo, in una sfida rivolta verso il futuro e mirata al destino delle generazioni più giovani.

La cooperazione territoriale con i diversi Paesi d'oltre mare, ancorandosi ai Programmi dell'Unione europea, alla legge regionale che regola la materia, e a diversi strumenti di relazioni multilaterali, e in un quadro di costante interazione con le altre Regioni e con il Governo italiano, ci ha permesso di produrre una massa di iniziative politiche, economiche, istituzionali, sociali e culturali tale da poter considerare ormai acquisita una effettiva capacità della Puglia di mettersi in dialogo e di prospettarsi in un destino comune con i Paesi del bacino adriatico orientale.

Innanzitutto l'Albania, Paese cerniera verso i Balcani e l'Europa Orientale, destinataria in questi anni attraverso la Puglia di interventi di cooperazione per ambiti che spaziano dalla energia alla portualità e all'agricoltura, dalla sanità al turismo all'ambiente ai beni culturali e al teatro, dall'*institutional building* alla sicurezza, al microcredito e alla formazione, per trarre solo alcuni esempi: una collaborazione a tutto campo, in un clima di reciprocità che ha permesso di tracciare percorsi condivisi tra istituzioni, operatori, soggetti economici della Puglia e del Paese delle Aquile.

Dall'Albania, lungo il percorso del «Corridoio VIII», nell'intera area dei Balcani Occidentali, e verso il Mar Nero, le linee di intervento si

\* Assessore al Mediterraneo, Cooperazione economica, sociale e culturale con le Regioni del Mediterraneo, Regione Puglia.

sono estese alla Macedonia, la Bulgaria e la Romania, disegnando un processo di collaborazione economica che sta coinvolgendo sempre più marcatamente il sistema d'impresa pugliese ed è accompagnato da una intensissima attività di contatto politico e di dialogo culturale. Anche il piccolo Montenegro, da poco resosi indipendente, è stato significativamente coinvolto in numerosi interventi, mentre le attività dell'Euro-regione Adriatica, di cui la Puglia è componente, hanno permesso di costruire interessanti relazioni con alcune Regioni della Croazia; altri Programmi interregionali hanno inoltre favorito l'avvio dei rapporti con la Serbia, la Slovenia, la Bosnia Erzegovina.

Una serie di azioni, in particolare quelle svoltesi in partenariato con l'Istituto Agronomico Meridionale di Bari-Valenzano, attore fondamentale anche del lavoro nei Balcani, ci hanno condotto a sviluppare relazioni significative volte a promuovere politiche di pace e di ricostruzione nelle aree di crisi dello scacchiere mediorientale: la partecipazione pugliese alla *Task force* per la ricostruzione del Libano, primi programmi in Siria, la presenza della Puglia alla Conferenza internazionale dei Paesi donatori per la ricostruzione dell'Iraq, interventi di sostegno nei Territori dell'Autorità Palestinese, importanti rapporti con l'Egitto, interessanti gemellaggi e scambi con la Turchia.

Quest'insieme di attività, sviluppatesi in partenariato con una ampia platea di Enti Locali, Università, Istituzioni culturali e di ricerca, imprenditori, ONG e tanti altri soggetti economici e sociali, ha consentito alla nostra Regione di entrare d'impulso, con prestigio e in modo fortemente operativo, nella Programmazione 2007/13 per la Cooperazione Territoriale dell'Unione Europea. La Puglia ha infatti un ruolo molto importante nel Programma Europeo per la Preadesione (IPA, area balcanica), dove è titolare di un innovativo Progetto Strategico per le Energie da fonte rinnovabile, e in quello per il Mediterraneo Esterno (ENPI-MED, Paesi della Sponda Sud e del Medio Oriente), dove si avvale dei rapporti già ben avviati con l'Egitto e la Tunisia. Nei Comitati di questi due Programmi la Puglia occupa posizioni di vertice, utili a orientare proficuamente i percorsi di cooperazione e a indirizzarne utilmente le risorse finanziarie.

Le politiche per la pace, le iniziative per dialogo interculturale e interreligioso, la riproposizione dei temi della memoria storica, l'impegno contro il razzismo e l'intolleranza, hanno costantemente accompagnato, in questi anni, le attività di cooperazione territoriale: una fittissima rete di interventi, realizzati in collaborazione con altri soggetti pubblici e privati, ha animato il territorio, favorendo la reciproca conoscenza con altri popoli e quella con le comunità di stranieri che vivono nella nostra Re-

gione, e coinvolgendo soprattutto i giovani, le scuole, le Università, il mondo della cultura.

In questa difficile fase di transizione, in cui la crisi finanziaria, economica e sociale sta modificando equilibri internazionali e rapporti di forza nel «mondo globale», la ricerca di nuove forme di coesione nell'area adriatico-mediterranea potrebbe rappresentare un nuovo orizzonte e porre al centro della cooperazione tra i diversi territori e Stati questioni focali quali quelle delle risorse primarie, acqua, energia, clima, biodiversità, lotta alla desertificazione, mobilità delle persone e delle merci, impegno per una forte integrazione tra i popoli e i loro destini sociali.

Una prospettiva che non è utopia, ma necessità, a fronte delle sfide immani poste dalla cosiddetta globalizzazione, e che può vedere la Puglia, terra operosa e accogliente, protagonista di processi di grande rilievo e costruttrice di pace e di nuova civiltà.



**ALLOCUZIONE D'APERTURA**

**LE REGOLE PER LA COSTRUZIONE  
DI UNA SOCIETÀ INTEGRATA**

Ennio TRIGGIANI\*

In apertura del Convegno desidero rammentare che proprio in questi giorni, tre anni fa, ci lasciava Vincenzo Starace. Ma il suo insegnamento professionale ed il suo profilo umano certamente non abbandoneranno mai non solo i suoi colleghi ed allievi di Bari ma l'intera nostra comunità scientifica. Ritengo quindi di interpretare il sentimento comune nel dedicare questo Convegno al suo ricordo.

Il tema prescelto per il XIV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale presenta grande attualità sotto più profili a partire da quelli, purtroppo drammatici, legati all'indifferenziato e reiterato respingimento in mare di barconi contenenti persone disperate e comunque qualificate, senza alcun controllo, come clandestini con la conseguente e frequente condanna ad una fine tragica. Di tale comportamento, inammissibile ed anche in palese contrasto con norme elementari del diritto internazionale, è inoltre espressione «coerente» il recente rinnovo del Parlamento europeo caratterizzato non solo da una preoccupante astensione elettorale ma soprattutto dal risorgere in maniera ampia e diffusa di sentimenti xenofobi e razzisti che si sperava fossero relegati negli scantinati della storia.

Tali «sentimenti» si sviluppano peraltro in un contesto povero di slanci ideali e di innovazione culturale ma nella speranza di un rilancio del processo di integrazione europea a seguito dell'entrata in vigore di un pur «rimaneggiato» Trattato di Lisbona.

Appare quindi difficile immaginare l'apertura di scenari incorag-

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, Vicepresidente *pro tempore* della Società Italiana di Diritto Internazionale.

gianti verso una maggiore e più significativa apertura dei rapporti con i Paesi terzi del Mediterraneo, per di più considerando che da essi provengono i più «pericolosi» flussi migratori e perché è lì che si evidenzia la debolezza della Politica estera e di sicurezza comune (PESC) rispetto ad esempio al conflitto medio-orientale. Né la nuova figura dell'Alto rappresentante dell'Unione appare in grado di modificare sensibilmente la situazione, considerata la relatività dei suoi poteri e la permanenza in questo settore del criterio dell'unanimità in seno al Consiglio.

Infatti la rigida attuazione dei Trattati di Schengen e Dublino, una concezione ancora ristretta della cittadinanza europea disancorata dalla residenza di lunga durata, il nuovo regime relativo al controllo dei flussi migratori rischiano di alimentare invece che combattere le forze xenofobe e razziste in Europa. Al contrario, le soluzioni più efficaci per fronteggiare la migrazione irregolare e le correlate emergenze umanitarie devono, a mio avviso, tener conto di fattori come lo sviluppo socio-economico dei Paesi d'origine, il ruolo del crimine organizzato e la necessità di preparare vie idonee per la migrazione legale.

Si paga, in altri termini, l'assenza di strategie di lungo termine aperte e innovative all'interno delle quali collocare le necessarie misure a tutela della sicurezza altrimenti destinate ad avere respiro corto e scarsa incisività.

Quale spiacevole e miope conseguenza del quadro descritto appare il progressivo ridimensionamento di due aspetti *identitari* dell'Unione europea integrazione europea. Il primo è la *pace*, che è stata la conquista più significativa caratterizzante il successo dell'integrazione nella prima parte della sua vita. Essa, quale obiettivo risultato raggiunto ormai in maniera irreversibile al proprio interno, avrebbe potuto costituire l'elemento «trainante» del *Processo di Barcellona*, messo in moto nel novembre del 1995, in quanto «proposta» credibile da parte dell'Unione per l'intera comunità internazionale ed in particolare per il Medio oriente. Purtroppo l'assassinio di Rabin ha prodotto conseguenze devastanti facendo perdere alla «Partnership di Barcellona» parte determinante della propria spinta propulsiva, basata su di una cooperazione sviluppata simultaneamente in diversi settori e supportata da una rete di organi ed esperti. Eppure essa, ponendo fine alla fase coloniale, rappresentava una strategia molto ambiziosa, nella misura in cui per la prima volta consentiva l'avvio di una cooperazione paritaria e di largo respiro fra le due sponde del Mediterraneo attivando una forma innovativa e complessa di regionalismo.

Il partenariato economico-finanziario varato in quegli anni non ha quindi raggiunto i risultati che prometteva con la seducente formula della

«prosperità condivisa», essendo incapace di ridurre lo squilibrio esistente e la profonda disomogeneità socio-economica nonché di promuovere stabilità e sicurezza. Per tradursi in un'effettiva esperienza di integrazione economica, con i corollari politici auspicati, il processo di Barcellona, infatti, avrebbe dovuto intensificare la tensione politica e culturale verso una cooperazione realmente multilaterale; ciò presupponeva tuttavia, soprattutto per iniziativa dei Paesi euromediterranei come Spagna, Francia e Italia, un reale trasferimento di risorse, incluse quelle umane, culturali, scientifiche e tecnologiche, che ponesse in secondo piano, senza comunque trascurarli, i temi della sicurezza, del controllo dei flussi migratori, dello smercio dei prodotti industriali e della protezione dei prodotti agricoli.

Lo scarso successo del processo di Barcellona non è stato sufficientemente rafforzato dalla *Politica europea di Vicinato*, il nuovo programma con il quale l'Unione ha definito in termini generali ed operativi le sue relazioni con tutti i Paesi vicini e quindi non solo con i mediterranei. Su queste premesse il progetto dell'*Unione per il Mediterraneo* (UpM), lanciato dal Presidente francese Sarkozy, sembra trovare grandi difficoltà nel conseguire progressi significativi. Esso appare, allo stato, non molto chiaro e suscita perplessità in chi vi legge un disegno della Francia di riacquisire una funzione di controllo del Mediterraneo occidentale, tale da irrobustire il proprio ruolo all'interno dell'Unione europea in competizione soprattutto con la Germania. Per decollare l'UpM avrebbe bisogno di grandi risorse finanziarie, in un momento tuttavia critico per l'economia internazionale ed in particolare per quella europea, nonché dello scioglimento del nodo turco-cipriota e, soprattutto, di un avviamento molto più deciso, ma non prevedibile, del negoziato israelo-palestinese. Per quest'ultimo aspetto, l'Europa deve essere pronta a un dialogo paritario con il mondo islamico, impostando tali annose e drammatiche questioni come un problema mediterraneo ed offrendo credibili soluzioni politiche; una di queste potrebbe ad esempio consistere nell'offerta della formula dell'associazione speciale, con relazioni economiche privilegiate, non solo per Israele ma anche per un futuro Stato palestinese e la Giordania, creando un forte legame con l'Unione tale da costituire fattore di stabilità nell'area.

Il secondo carattere identitario «rinnegato» è dato dalla *convivenza costruttiva di una pluralità di culture* unificate dalla comune progettualità, sintetizzato dal motto «quasi ufficiale» *unita nella diversità*. Tale approccio strategico nelle relazioni tra i popoli europei è stato invece palesemente contraddetto rispetto all'incontro con le culture provenienti dalla sponda meridionale del Mediterraneo. L'Europa si è infatti progressi-

vamente rinchiusa in posizione difensiva, avvertendo in particolare il mondo musulmano come una minaccia sui fronti sia interno che esterno. Il *mare nostrum* viene al contrario usato come barriera per contenere drasticamente i flussi migratori provenienti in larga parte dai Paesi arabo-islamici della sponda sud-est, percependo i migranti, dei quali peraltro ha un estremo bisogno, come «diversi», quasi-invasori e quasi-terroristi. Un atteggiamento del genere non aiuta ovviamente la realizzazione del partenariato euro-mediterraneo. L'Europa non può infatti offrire al Mediterraneo solo tecnologia, burocrazia e regole monetarie, senza aprire un credito di carattere culturale e decisionale nei confronti delle aree più distanti dai suoi centri di potere; essa, in altri termini, deve basare i propri rapporti non solo sui benefici economico-monetari, pur importanti, ma soprattutto sulle relazioni sociali e culturali nel quadro della promozione dei diritti umani, indispensabili per consolidare le relazioni economiche. In quest'area si giocano vicende storiche, politiche, economiche, sociali grandissime, ma al centro va posta la qualità dell'intreccio tra diritti civili, sociali, umani, fra sicurezze individuali e promozioni sociali.

Insomma, un'Europa che mantenga vivo il senso della propria particolarissima identità (costruita sul pluralismo delle sue diversità) e che voglia salvaguardare i propri livelli di sviluppo non può disinteressarsi della regione che per di più, con gli innegabili vantaggi che ne conseguono, la mette in contatto con il sud del mondo. Proprio per queste ragioni, il fenomeno migratorio va letto, oltre che attraverso l'analisi di carattere economico, anzitutto in funzione del rapporto tra le diverse culture e tradizioni. L'Europa se costruisce una propria identità grazie al rispetto delle diversità culturali al proprio interno non può che vivere positivamente il rapporto con gli stranieri che entrano nel suo territorio e con le culture che questi portano con sé. Essa dovrebbe pertanto determinare regole di convivenza basate sul pluralismo, il confronto e l'integrazione, salvo negare palesemente se stessa.

Il tema dell'identità, pertanto, andrebbe vissuto come il dono che ciascuno può portare in giro per il mondo e non come il catenaccio per chiudere la propria storia e non lasciarsi contaminare da quella degli altri. E ciò vale soprattutto nei riguardi degli stranieri provenienti dall'area mediterranea, considerato che l'Europa nasce «mediterranea» e non può assolutamente rinnegare le proprie origini; in tal senso lo stesso significato di «mare fra le terre» che «media le terre» acquisisce oggi maggiore significato solo se l'UE offre concreti segnali di apertura non strumentale ma strategica.

Per affrontare efficacemente il complesso problema dei *flussi migratori* dell'area mediterranea appare anzitutto imprescindibile avere quale

bussola di riferimento la tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali della persona, riconducendo il tutto nel quadro di una maggiore legalità internazionale. Per cui tutte le misure che riguardano l'organizzazione della migrazione devono rispettare la *dignità dei migranti*, non dimenticando che la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* all'art. 13 colloca il *diritto di immigrare* tra quelli universali. Inoltre, la *Carta di Nizza* del 2001, facendo cadere la barriera tra le diverse categorie o generazioni dei diritti, ne proclama l'indivisibilità rendendole tutte partecipi della stessa natura di diritti fondamentali. Si tratta di un'evidente affermazione di «universalismo» con cui l'idea di cittadinanza si dilata e non solo proietta il cittadino di ciascun Paese membro al di là dei suoi confini nazionali, ma accoglie anche quanti non appartengono agli Stati dell'Unione.

In questo quadro, diventano necessari sia l'adattamento da parte dei migranti alla nuova realtà in cui tentano di collocarsi sia la qualità della ricezione da parte delle società ospiti sotto più aspetti (economici, sociali, politici e culturali). Il successo dell'integrazione dipende cioè dalla buona volontà e dall'impegno dei migranti nell'adattarsi al loro nuovo ambiente ma anche dalla disponibilità delle comunità ospiti nell'accettare i nuovi arrivati e le loro famiglie. In altri termini, la qualificazione in senso democratico dei flussi migratori, in un contesto rispettoso dei diritti fondamentali delle persone, deve portare ad un graduale superamento del concetto tradizionale di cittadinanza, che si ricollegava alla nazionalità ed alla territorialità, prevedendo in sua sostituzione un sistema composito di diritti, doveri e lealtà politiche come presupposto decisivo per la democratizzazione dell'Europa.

Risulta infatti evidente il contrasto tra la crescente mobilità delle persone e la «stanzialità» dei diritti in quanto fortemente ancorati al criterio della territorialità, nonostante la sanzione di universalità dei diritti fondamentali. Se infatti è indubbio che l'identità comune ha coinciso fino al secolo scorso con la piena «omogeneità» di cultura, lingua, razza, tradizioni storiche, oggi la sopranazionalità prescinde sempre più dalla omogeneità imponendo di rivisitare la nozione stessa di identità comune quando non c'è più condivisione di storia, lingua, cultura. La cittadinanza europea, purché resa patrimonio comune, diviene così l'unico *status* in grado di accomunare tutte queste persone nella logica per cui il concetto di «appartenenza» non si riferisce agli orientamenti etnico-culturali prevalenti ma ai principi sui quali si basa lo Stato di diritto. Essi diventano il «comune orizzonte interpretativo» fondato su di un preciso legame fra diritti umani ed esercizio della sovranità rendendo possibile l'esercizio stesso della sovranità popolare.

Una gestione «democratica» e «giusta» delle problematiche connesse con le immigrazioni presenta profili particolari per quel che concerne i flussi di provenienza mediterranea. Infatti, il Mediterraneo non andrebbe considerato nel quadro tradizionale delle relazioni nord-sud o del rapporto tra aree sviluppate ed aree in via di sviluppo, ma come un soggetto unitario le cui parti hanno la consapevolezza di condividere un destino comune, all'interno di una regione da concepire in una prospettiva globale e non nel quadro di una pluralità di accordi bilaterali.

Se quindi la crisi del partenariato euro-mediterraneo si è nel complesso evidenziata attraverso la permanenza di una pluralità di rapporti privilegiati del tutto autonomi gli uni dagli altri, il necessario e più efficace recupero del multilateralismo non può che avvenire in termini radicalmente diversi da quelli finora sperimentati, ad esempio partendo dalla creazione di catene produttive euro-mediterranee quale significativo fattore di integrazione tra le due aree.

Ciò significa peraltro che l'intera Unione dovrebbe scegliere di individuare quale linea strategica prioritaria, fra le quattro «meso-regioni» che interessano il suo territorio (baltica, mitteleuropea, danubiana e mediterranea, ciascuna delle quali, ovviamente, presenta alcuni territori di «cerniera»), quella mediterranea (Italia meridionale, sud della Spagna e della Francia, Grecia, Portogallo, Cipro, Malta e Slovenia). Solo per questa via si potrebbe costituire il ponte idoneo per determinare un comune sviluppo con il sud del Mediterraneo superando molteplici problemi derivanti dalla «asimmetria» delle relazioni economiche e sociali. In altri termini, si tratterebbe di individuare le grandi potenzialità emergenti da forme di integrazione tra strutture produttive relativamente arretrate dell'Unione ed i nuovi mercati del Mediterraneo meridionale incrociando la diversità dei bisogni; senza peraltro illudersi di riproporre le condizioni per una piena liberalizzazione della circolazione dei quattro fattori produttivi, dovendosi probabilmente limitarsi alle merci, e non tutte. Resta infatti la palese contraddizione della difficoltà di incrementare il consumo interno all'area non solo per le serie difficoltà geo-politiche ma anche per i persistenti ostacoli alle possibilità di accesso dei prodotti agricoli ai mercati europei considerata la loro diretta competitività con quelli analoghi provenienti dai Paesi mediterranei dell'UE.

È quindi evidente che lo sviluppo di relazioni organiche nella mesoregione mediterranea non può che basarsi sul «nuovo» *principio della solidarietà*, inserito fra i «valori» (art. 2 NTUE) nonché fra gli «obiettivi» dell'Unione, che si manifesta su basi e con finalità diverse; non a caso esso si concretizza, fra l'altro, nella costruzione della pace e del rispetto reciproco tra i popoli (par. 5), tanto da dover caratterizzare l'a-

zione esterna dell'Unione verso i Paesi terzi (art. 21, par. 1 NTUE) ma anche fra gli Stati membri (art. 24, par. 2 NTUE).

Tuttavia, allo stato si ha l'impressione che né nel versante europeo né in quello extraeuropeo sia maturata la consapevolezza di una dimensione realmente mediterranea dei problemi dell'Europa e di tutti i Paesi delle rive sud ed est. Il che appare «miope», ad esempio, per situazioni fondamentali legate alla tutela ed all'utilizzazione delle risorse marine, rispetto alle quali appare del tutto assente una strategia di lungo termine.

In termini diversi si presentano i rapporti con gli Stati del Mediterraneo orientale, soprattutto in considerazione di una ben maggiore prospettiva di autosviluppo dei Paesi balcanici legata alla futura adesione all'UE, la quale è in grado di fungere da catalizzatore per uno sviluppo economico sostenibile e per garantire pace e stabilità nella regione. La «prospettiva europea» dei Balcani occidentali fu chiaramente definita durante il Consiglio europeo di Salonicco del giugno 2003, subordinando la futura adesione degli Stati presenti nell'area al rispetto di tutti i requisiti e le condizioni fissati dall'Unione europea, compresi i criteri di Copenaghen i quali richiedono un'economia di mercato funzionante e la capacità di far fronte alle pressioni concorrenziali ed alle forze di mercato dell'UE.

Un ruolo importante gioca, in tale direzione, la conclusione positiva del processo di *stabilizzazione e associazione* i cui risultati devono essere sostenuti e resi irreversibili rinsaldando cooperazione regionale, buone relazioni di vicinato e piena cooperazione con il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia.

E in effetti, *consolidamento democratico e rafforzamento dello Stato di diritto* e della *legalità* sono fondamentali nel percorso di adesione, risultando, perciò, prioritari nelle agende politiche sia dei governi locali che della comunità internazionale. Il rispetto delle condizioni legate all'adesione, tanto in termini politici (rafforzamento della democrazia e dello stato di diritto) quanto economici (la realizzazione di un mercato aperto, sostenibile ed efficiente) è essenziale per compiere ulteriori progressi sulla strada che porta i Paesi dei Balcani occidentali, ma anche la Turchia, verso l'UE abbandonando definitivamente un passato molto doloroso.

Sotto questo profilo continua a presentarsi di grande utilità il CEF-TA, l'Accordo di libero scambio tra Paesi dell'Europa Centrale post-comunista che, istituito il 21 dicembre 1992, è stato nuovamente stipulato alla fine del 2006 ed è formato da otto Paesi (Serbia, Montenegro, Bosnia-Erzegovina, Macedonia, Croazia, Moldavia, Albania e Kosovo). Esso è stato concepito come occasione di cooperazione economica a livello

regionale ma in realtà rappresenta una prima tappa per la futura adesione all'Unione. L'obiettivo è quello di anticipare gli effetti della necessaria liberalizzazione dei mercati attraverso una progressiva apertura al commercio internazionale.

Sulla scena balcanica vi è tuttavia scarso dibattito sul significato di Europa e di Unione europea, mentre l'attenzione dell'opinione pubblica è concentrata soprattutto *sui visti e sulla libertà di movimento*; l'Europa dovrebbe invece essere una realtà da costruire nel proprio Paese e non solo un luogo da raggiungere. Infatti, nel momento in cui valori come pace, democrazia, dignità, comunità, convivenza, non discriminazione, solidarietà vengono associati all'Europa, allora questa dovrebbe essere percepita come un progetto rispetto al cui sviluppo bisogna contribuire con l'apporto della propria cultura. In altri termini, le riforme democratiche vanno comunque fatte anche prescindendo dalla prospettiva «europea» ed altrettanto va detto rispetto alla lotta nei confronti della corruzione ed alla celebrazione di elezioni ineccepibili.

È in questi termini che la prospettiva europea può divenire più tangibile e visibile per la popolazione dei Balcani occidentali, consentendo di accelerare i progressi verso l'adesione all'UE; a tal fine è peraltro necessario un profondo processo riformatore su questioni fondamentali come la costruzione dello Stato, il buon governo, la riforma amministrativa e giudiziaria, la lotta alla corruzione ed alla criminalità organizzata, la riconciliazione, lo sviluppo socioeconomico e quello della società civile.

Sulla capacità di affrontare i complessi ed enormi problemi qui evidenziati, il processo di integrazione europea misurerà il proprio reale carattere originale e rivoluzionario segnando in termini ancor più decisi un contributo qualitativamente altissimo allo sviluppo dei rapporti tra i popoli all'inizio di questo terzo millennio.

D'altronde, con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 *cooperazione allo sviluppo* ed *aiuti umanitari* rientrano nelle competenze parallele concorrenti, nel senso che l'Unione conduce una politica autonoma che, pur non impedendo agli Stati membri di esercitare le loro competenze, non è tuttavia «complementare» rispetto a quella dagli stessi condotta (art. 4). Ulteriore circostanza rilevante è che nel *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea* (TFUE) (Parte Quinta – Azione esterna dell'Unione) la cooperazione allo sviluppo viene trattata come settore politico autonomo, su di un piano di parità con altri ambiti, dedicandovi un apposito titolo III (Cooperazione con i Paesi terzi e aiuto umanitario) (art. 208 ss. TFUE). Per l'art. 208, par. 1, del resto: «L'obiettivo principale della politica dell'Unione in questo settore è la riduzione e, a

termine, l'eliminazione della povertà. L'Unione tiene conto degli obiettivi della cooperazione allo sviluppo nell'attuazione delle politiche che possono avere incidenze sui paesi in via di sviluppo».

È quindi auspicabile che, anche grazie ai nuovi strumenti offerti dalla riforma di Lisbona, il Mediterraneo possa costituire una importante «cartina di tornasole» nell'ottica del rilancio dell'integrazione europea per dare ad essa anima e respiro. Esso è marcato da forti differenze, diviso tuttora da aspri conflitti ed è la principale zona di smistamento dell'immigrazione clandestina. Ma il nostro futuro non può che essere euromediterraneo in quanto l'idea di opporre Europa e Mediterraneo in quanto spazi incompatibili, frontiere dello «scontro di civiltà», ci porterebbe tutti al suicidio a cominciare da noi italiani, euromediterranei per storia e geografia ma non più, oggi, per economia e geopolitica.

È chiaro che, a tal fine, risulta estremamente utile il moltiplicarsi di iniziative non solo politiche ma anche culturali dirette ad approfondire le vaste tematiche connesse alle relazioni fra l'Unione e questa delicata regione ed alla individuazione delle regole più idonee per offrire soluzioni adeguate. D'altronde la politica ha bisogno della cultura, da cui può trarre la mediazione fra la memoria storica e la proiezione futura per la costruzione di un «laboratorio vivente» di coesistenza e convivenza.

L'analisi di problemi così complessi che caratterizzano un'area assolutamente cruciale non può che essere svolta sulla base di saperi diversi la cui sintesi soltanto è in grado di fornire risposte adeguate. La Società Italiana di Diritto Internazionale offre il proprio contributo di studio ed approfondimento, con la specificità delle sue competenze, affrontando il dibattito nel quadro delle regole giuridiche ma non trascurando un confronto con quelle economiche e con le connesse implicazioni socio-culturali.

Di qui l'iniziativa di organizzare questo Convegno con il sottotitolo «Le regole per la costruzione di una società integrata», dove il termine «integrazione» non esprime certo assimilazione ma il tentativo, per quanto complesso, di costruire una rete organica e permanente di rapporti; una rete che sia in grado di affrontare le diverse problematiche esistenti in un'area la cui grandissima ricchezza storica non può che essere il punto di partenza di una grande innovazione politica, sociale, istituzionale basata sulla qualità dell'intreccio tra diritti civili, sociali, umani nonché fra sicurezze individuali e promozioni sociali.

Abbiamo quindi impostato il Convegno cercando di far emergere questa estrema complessità dei problemi attraverso 4 sessioni con l'autorevole e competente contributo di tanti colleghi ed esperti che ringrazio vivamente, come sono grato ai professori Luigi Ferrari Bravo, il cui ritorno a Bari dopo i fecondi anni del suo insegnamento saluto con

affetto, Laura Picchio Forlati, Giuseppe Tesauro e Fausto Pocar che hanno accettato di presiederle.

Le quattro sessioni intendono analizzare, con una pluralità di apporti scientifici, il significato odierno del Mediterraneo quale risorsa multiforme, le complesse implicazioni legate ai flussi migratori fra accoglienza e sicurezza, le prospettive di un processo di integrazione sia economica che culturale e politica.

Nei prossimi anni dovranno, in conclusione, operarsi scelte delicate tra due opzioni che appaiono sotto più profili alternative. La prima consiste nel porre come prioritarie le questioni di sicurezza con l'individuazione, quindi, di una frontiera meridionale dell'Unione quale linea difensiva rispetto ai flussi migratori, al terrorismo internazionale, alle attività illecite. La seconda, senza ovviamente tralasciare tali questioni, le inserisce tuttavia nell'ambito di una nuova area di cooperazione in cui elaborare modelli nuovi di relazioni internazionali con l'intento di costruire pace e sviluppo. Si tratta, in altri termini, di decidere se il rapporto con il sud del Mediterraneo debba basarsi su confronto, scambio ed integrazione, o viceversa se esso debba sfociare nella contrapposizione, nello scontro; in entrambi i casi la soluzione prescelta non può che riguardare l'intera Europa, misurando la sua credibilità politica nel contesto delle relazioni internazionali e della cooperazione.

L'Europa non può peraltro dimenticare di essere nata «mediterranea», se non rinnegando le proprie origini come peraltro descritte dal «mito», per il quale, come è noto, essa «nasce» principessa fenicia (l'attuale Libano) e viene rapita da Zeus che, trasformatosi in toro, la porta attraverso il Mediterraneo fino all'isola di Creta. Il «mito» ricorda, quindi, che la civiltà europea affonda le proprie radici fuori dal nostro continente ammonendoci a non isolarci e a non disprezzare le altre culture, considerato che *Europa stessa non era europea* e che da quelle sponde da cui oggi provengono gli immigrati agli albori della nostra storia è arrivata la civiltà. Questa è apparsa in Mesopotamia (l'attuale Iraq), in Egitto, nella Fenicia, dove il fratello della principessa Europa, di nome Cadmo, lascia ai greci l'eredità dell'alfabeto, la parola scritta come prodotto della mente e cioè lo strumento di base della cultura per cui l'Europa si raffigura come terra della cultura e della civiltà. Il mito ci ricorda così, opportunamente, che produrre e commerciare sono attività necessarie, ma non possono sostituirsi alle idee ed allo spirito.

Rimane pertanto attuale il pensiero di Aldo Moro, al quale questa Università viene intitolata, per il quale: «Nessuno è chiamato a scegliere tra l'essere in Europa ed essere nel Mediterraneo, poiché l'Europa intera è nel Mediterraneo».

In conclusione desidero rivolgere un sentito ringraziamento anzitutto al Capo dello Stato Giorgio Napolitano, che ci ha voluto concedere il suo Alto Patrocinio, agli Enti pubblici ed alle aziende che con il loro contributo hanno reso possibile la realizzazione del Convegno nonché a tutti i giovani collaboratori del Dipartimento generosamente dedicatisi in questi mesi agli sforzi organizzativi.



PRIMA SESSIONE

**LO SCENARIO GENERALE**  
**THE GENERAL FRAMEWORK**

PRESIDENZA

Prof. Luigi FERRARI BRAVO



## MEDITERRANEO CONTRO IL CONFLITTO TRA LE CIVILTÀ

Franco CASSANO\*

SOMMARIO: 1. La questione mediterranea. – 2. Erodiani e zeloti: un'alternativa bloccata. – 3. Nazionalismo, integralismo ed egemonia. – 4. Dialogo e potere. – 5. Nuove prospettive.

### *1. La questione mediterranea*

La questione mediterranea è una questione cruciale del nostro tempo. Ridurla ad una dimensione regionale è solo un espediente per svalutarne il valore teorico. In un mondo che corre continuamente il rischio di cadere nello scontro tra le civiltà, il Mediterraneo ricorda all'Europa che, se essa vorrà riguadagnare il futuro, dovrà cessare di pensarsi come il fianco orientale dell'impero atlantico e proporsi invece come un'altra idea di Occidente. Ma per far questo l'Europa dovrà imparare a pensare l'altro non come un ostacolo alla propria espansione, ma come il soggetto con cui progettare un destino comune. È sul Mediterraneo che il «vecchio continente» farà la prova concreta del proprio congedo dall'eurocentrismo.

Per pensare con rigore il Mediterraneo occorre andare oltre gli idilli turistici, le litanie sul sole e gli ulivi, la celebrazione della somiglianza dei colori, dei suoni e dei corpi. Certo, l'esistenza di questi tratti comuni è la premessa di una fraternità, ma la dolcezza del clima e le somiglianze non sono mai state capaci, da sole, di evitare le stragi, e raramente sono riuscite a fermare una mano omicida. Se la somiglianza, da sola, produ-

\* Professore ordinario di sociologia dei processi culturali e comunicativi, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

cesse amicizia, se i colori del cielo e del mare unificassero i popoli, il Mediterraneo e le guerre non si sarebbero mai incontrati. Sappiamo bene che non è stato così. Per parlare del Mediterraneo quindi bisogna scartare in partenza l'idillio e guardare in un'altra direzione, vedere questo mare come la linea di contatto tra il nord-ovest e il sud-est del mondo, il confine sul quale s'incontrano continenti, lingue, culture e religioni diverse. È qui che si fa la prova del futuro.

Pensare il Mediterraneo significa quindi *decostruire con lucidità e determinazione la prospettiva dello «scontro tra le civiltà», fare di questa lotta l'obiettivo di un'intera epoca storica*. Quel nome, *medi-ter-raneo*, parla di un mare che separa ed unisce, che sta *tra* le terre senza appartenere in esclusiva a nessuna di esse, un mare plurale, che resiste ad ogni desiderio di annessione e rifiuta la sacralità esclusiva di un testo o di una lingua. *Il Mediterraneo è allergico a tutti i fondamentalismi*. Esso ha assistito a sbarchi, invasioni, conversioni e sopraffazioni, è stato greco, romano, arabo, europeo e non da oggi è diventato prevalentemente atlantico (quindi extramediterraneo). Ma ha sempre irriso con sarcasmo la pretesa di una terra di diventare la sua proprietaria esclusiva. L'eredità migliore di questa storia di sopraffazioni sta proprio nella confusione dei nomi e dei geni, in quella risacca che ha lasciato su ogni sponda il segno dell'altro. Da sempre la riva e il confine sono uno sberleffo alla purezza e all'idiozia autarchica dei centri. Il confine è sempre più avanti di ogni centro, perché, mentre il centro celebra il trionfo dell'identità, esso ogni giorno si affaccia sull'altro.

Ma che cosa è il *fondamentalismo*? Che forma assume oggi? A prima vista la risposta sembra semplice, perché per i più il fondamentalismo è un attributo esclusivo della religione, *in primis* di quella islamica, anche se è ormai evidente che esso vive in ogni fede, anche in quella cristiana. Ma di questa definizione ristretta, che esclude dal campo visivo molti fenomeni importanti e molte pratiche simili a quelle che condanna, bisogna diffidare.

Il fondamentalismo è, infatti, un fenomeno molto esteso, che scavalca il recinto delle religioni. Esso è una *forma particolare dell'etnocentrismo*, di quella credenza che permette ad ogni popolo di porsi al centro del mondo come forma esemplare e privilegiata di umanità, che guarda gli altri popoli dall'alto, come se ad essi l'ordine cosmico o Dio avessero assegnato un gradino inferiore nella scala della perfezione. Ma *il fondamentalismo è anche qualcosa di più dell'etnocentrismo*, che può anche convivere, sia pur disprezzandolo, con l'altro. Esso nasce quando l'esistenza dell'altro viene percepita come un'insidia, quando la diversità diventa una malattia e l'espansione del «noi» diventa la cura. Il fonda-

*mentalismo è un etnocentrismo attivo ed impaziente, che conosce un solo movimento: colonizzare e convertire, uni-formare, superare la diversità dell'altro ed espandere il medesimo, fino a contenere dentro di sé l'intero pianeta. Insomma il fondamentalismo ha un rapporto forte con l'universalismo, con la pretesa di fare della lingua della propria tribù il linguaggio universale, di ridurre, attraverso la *con-versione*, il *multi-versum* ad *uni-versum*.*

Ma, *se si accetta questa definizione «allargata», è impossibile non vedere che l'Occidente, almeno a partire dall'età moderna, non solo non è immune dal fondamentalismo, ma ne è stato il massimo produttore.* La missione civilizzatrice dell'Occidente altro non è che un programma attivo ed espansivo di estinzione dell'altro. Basta sfogliare un atlante di settanta anni fa per scoprire che il mondo extraeuropeo (con la sola eccezione della Cina) era diviso in tante province dell'Europa. Ancora oggi i confini della maggior parte degli Stati ex-coloniali sono quelli disegnati dalle cancellerie europee. Certamente la cultura europea non è riducibile ad una semplice grammatica del dominio, ma nessun riconoscimento può cancellare il nesso strettissimo tra la grammatica dell'espansione e della gloria europea e le popolazioni sommerse e stritolate dall'onda del progresso. È vero: alcuni europei hanno descritto le stragi che accompagnarono la conquista rifiutando di accodarsi al coro degli esaltatori. Basti pensare a de Las Casas, a Montaigne o a Conrad. Ma il fatto stesso che la nostra conoscenza del lato d'ombra della «civilizzazione» dipenda dalla testimonianza di poche voci europee è una denuncia della forza e delle profondità di quelle sopraffazioni: esse sono state così perfette che noi le conosciamo non attraverso il racconto delle vittime, ma solo, per dirla con Conrad, *under western eyes*, con gli occhi dell'Occidente!

Ovviamente il fondamentalismo occidentale non muore con la fine del colonialismo. Non solo i rapporti di dominio economico e le linee di confine sono spesso rimasti in piedi, tutelati da pressioni ed interventi militari, ma il grande racconto dell'universalismo occidentale ha iniziato a scrivere un'altra pagina della sua lunga vicenda. Quando nel '49 il Presidente degli Stati Uniti Truman definisce il sud del mondo come «sottosviluppato», annuncia una nuova forma, più radicalmente universalista, di primato dell'Occidente. È scomparso il salto ontologico tra le «razze superiori» e quelle «inferiori» dell'era del colonialismo, così come sono scomparse le annessioni territoriali. Siamo di fronte ad una nuova forma di gerarchia, quella tra i Paesi «moderni» e al passo con i tempi e i Paesi «arretrati»: gli *scarti di potenza e le differenze culturali* vengono bruscamente trasformati in *gradini temporali della scala dello sviluppo*, in

livelli diversi di competitività. È l'universalismo della competizione e del merito, una gara che sembra aperta a tutti, perché non c'è nessuna differenza etnica o religiosa ad ostacolarla. *Questa immagine liberale di una competizione aperta a tutti da un lato cancella i rapporti di dominio strutturali e l'antagonismo di interessi, dall'altro istituisce una gerarchia rigida ed indiscutibile tra la cultura dei Paesi «avanzati» e quella dei Paesi «in ritardo»: la prima costituisce il modello da imitare, la seconda deve trasformarsi per poter inseguire.*

Ricorrono qui tutti gli elementi costitutivi del fondamentalismo: la forma di vita dell'Occidente, che è stata capace di istituzionalizzare la crescita economica, costituisce il paradigma esemplare. Tutte le culture che non riescono a mettersi rapidamente su questa strada divengono ostacoli di cui liberarsi al più presto con la modernizzazione. Per colmare il «ritardo» è necessaria un'ecatombe simbolica: non più la terra-madre, ma la terra-risorsa, non più i beni comuni, ma l'accaparramento privato, non più il valore della durata, ma quello dell'innovazione. In un colpo solo sono scomparsi sia l'antagonismo degli interessi sia l'autonomia culturale dei Paesi più deboli. «Il nuovo imperialismo che domina noi non-Occidentali – dice Fatima Mernissi – non si manifesta più con l'occupazione fisica», non è neanche economico, è più insidioso, «radicato nelle nostre teste, è il nostro modo di contare, consumare, acquistare, calcolare [...] ha il gusto irrealistico del debito e le voci, così lontane al telefono, degli esperti della Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale». Le grandi istituzioni presidiate dai chierici del «fondamentalismo del mercato» (Stiglitz).

## 2. *Erodiani e zeloti: un'alternativa bloccata*

Riconoscere che il fondamentalismo non solo non è sconosciuto all'Occidente, ma ha in esso il massimo e più longevo produttore, è il primo passo per mettere a fuoco quella sapienza del confine, che costituisce il cuore dell'epistemologia del Mediterraneo. Un *luogo di mezzo* s'interroga sempre sulla relazione, e quindi deve porsi un interrogativo cruciale per il nostro argomento: *quali conseguenze produce negli altri popoli il predominio continuo ed incontrastato dell'Occidente, questa radicale disparità dei rapporti di forza?* La risposta è molto chiara: agli occhi di quei popoli l'Occidente non appare come il portatore della salvezza e del progresso, ma come l'aggressore, la cui presenza alimenta il risentimento e il desiderio di rivalsa (Toynbee). Se questo vale per tutte le culture toccate da quel moto espansivo, vale ancora di più per quella

arabo-islamica, che è in contatto con l'Occidente da molto più di un millennio e ha conosciuto momenti di grandezza e di primato.

Arnold Toynbee ha individuato le due risposte ricorrenti date da quella cultura a questa situazione di squilibrio tra le culture: quella degli *erodiani* e quella degli *zeloti*. Gli *erodiani* adottano la cultura dominante come modello di riferimento e si propongono di imitarla; gli *zeloti* invece rivendicano l'eterogeneità e la «purezza» della tradizione e si battono contro la «corruzione» prodotta dell'invasore. I primi sono concilianti e collaborazionisti, i secondi orgogliosi e aggressivi. Entrambe le vie sono senza uscita, incapaci di mutare le cose. La prospettiva *erodiana* è minata dalla sua propensione mimetica, che ne fa la copia imperfetta e spesso caricaturale di un originale prodotto altrove. La prospettiva *zelota* è invece indebolita dalla sua pretesa di purezza, dalla repulsione per la cultura altrui. Essa può trovare nella fede e nell'orgoglio degli straordinari succedanei alla potenza tecnologica del nemico, ma l'autarchia culturale è difficile possa portare ad un mutamento sostanziale e permanente dei rapporti di forza.

Queste osservazioni di Toynbee costituiscono un importante suggerimento di metodo, perché parlano di una cultura islamica «in situazione» e non della sua «essenza». *Le culture non sono identità fisse che ruotano attorno ad un nucleo immutabile, ma hanno diverse declinazioni. E tra esse l'interpretazione che diventa egemone è quella che si presenta come la risposta più convincente alla situazione in cui una cultura si trova, e in primo luogo alla sua relazione con le altre culture. È quindi del tutto astratto discutere di una cultura separandola dal contesto in cui è inserita e attribuire ad un'essenza fissa i caratteri che prevalgono in quel momento. Così facendo s'ignora non solo la complessità interna a quella cultura, ma anche il suo rapporto di forza con le altre culture, che spesso determina il prevalere di un'interpretazione sulle altre.*

È la rimozione di questa *complessità esterna ed interna* che apre la strada ad una lettura «essenzialistica» della cultura islamica, a vedere il fondamentalismo religioso come l'espressione diretta di un'originaria e irresistibile vocazione guerriera. Un ritratto monolitico che cancella la complessità di una cultura e conviene a tutti coloro che, interni o esterni ad essa, spingono verso il conflitto di civiltà.

### 3. Nazionalismo, integralismo ed egemonia

Va detto con chiarezza: *non c'è nessun rapporto necessario, «essenziale», tra l'Islam e il fondamentalismo religioso.* Per averne conferma

basta tornare alla fine della seconda guerra mondiale, quando, dopo il crollo del sistema coloniale, si venne affermando sulla scena internazionale un nuovo soggetto formato dai «Paesi non allineati», il cosiddetto «Terzo Mondo». Questo scenario sembrò aprire all'interno del mondo musulmano una via laica, intermedia tra le due tracciate da Toynbee. La spinta della lotta anticoloniale dava a quella via una connotazione laica e nazionalista, talvolta venata da motivi socialisti, nella quale la religione non scompariva, ma occupava un ruolo subalterno rispetto alla politica dello Stato. In quegli anni il nazionalismo laico, pur essendo affetto da limiti gravi, ebbe una grande capacità di attrazione: negli anni Cinquanta e Sessanta i principali dirigenti dei Paesi musulmani avevano una formazione laica (Mossadeq, Nasser, Ben Bella, Boumedienne, Gheddafi, i partiti Ba'th in Siria e in Iraq). Questa egemonia laica fu minata dalla sua vocazione autoritaria, ma anche, se non soprattutto, dalla sistematica avversione dell'Occidente e dei suoi alleati nella regione, dalla destituzione di Mossadeq alla «guerra dei sei giorni», che determinò nel '67 la caduta di Nasser e il passaggio della Palestina sotto il controllo israeliano, un colpo mortale per l'orgoglio arabo.

Secondo molti studiosi quella sconfitta costituisce un punto di svolta: la via laica e nazionalista perde la sua capacità d'attrazione e ad essa si viene sostituendo l'egemonia dell'integralismo, che nel '79 conquista con la rivoluzione iraniana il centro della scena. È stata l'ostilità sistematica dell'Occidente (e *in primis* degli Stati Uniti) nei riguardi dei regimi laici e nazionalisti ad aprire la strada al fondamentalismo islamico, a lungo sostenuto in quanto ritenuto più affidabile. Questo passaggio di egemonia segna una svolta importante: nessuna ideologia di derivazione occidentale appare più utilizzabile, e la frustrazione e la radicalità sfociano nel ritorno alla tradizione, ad una versione di essa chiusa e intollerante, ma sicuramente autonoma dalle capacità di manipolazione da parte dell'Occidente. In altre parole *l'integralismo non è l'espressione necessaria dell'«essenza» della cultura islamica, ma l'opzione che diviene egemonica a causa degli insuccessi del nazionalismo laico e soprattutto dell'ostilità dell'Occidente*. La prevalenza dell'integralismo non è la manifestazione finalmente esplicita di una cultura sospettosa nei riguardi della modernità, ma *l'effetto della relazione*, del carattere profondamente asimmetrico del rapporto tra l'Occidente e quei Paesi, e della perdita della capacità di attrazione delle culture politiche più radicali (dal marxismo al nazionalismo) provenienti dall'Occidente.

A chi avesse dubbi sulla portata di tale asimmetria si può proporre un esperimento mentale: provare ad immaginare la situazione in modo rovesciato, a pensare alla presenza di *mujhaddin* negli Stati Uniti, li

schierati dai Paesi arabi a presidiare i pozzi di petrolio del Texas o quelli dell'Alaska. Solo tale esperimento permette di capire la condizione dei popoli del Medio Oriente e quale *riequilibrio dei poteri sia necessario per togliere l'acqua al pesce integralista*. È qui che si gioca la partita del Mediterraneo.

#### 4. Dialogo e potere

L'analisi fin qui svolta si è mossa su *due piani distinti, ma collegati tra loro*. Il primo di questi piani è la *critica di ogni fondamentalismo*, la costruzione di un dialogo paritario tra le culture e l'incoraggiamento di ogni forma di comunicazione e di contaminazione tra di esse. Il Mediterraneo, da sempre pieno di meticci, erranze e rifugi, sa bene che un'identità che si pretende unica ed impermeabile, è potenzialmente un'identità *meurtrière* (Maalouf). Del resto le culture, secondo gli orientamenti più recenti dell'antropologia (Geertz, Clifford), non sono, come pretendeva il funzionalismo, strutture monolitiche ma insieme porosi e complessi.

Dal canto suo la globalizzazione, moltiplicando i flussi di migranti, ha accelerato tutti i processi «diasporici» (Appadurai). Non a caso la contaminazione è un motivo ricorrente negli studi post-coloniali, soprattutto nella versione datane da Homi Bhabha, che vede nell'ibrido, quel «terzo spazio» che va al di là della contrapposizione tra l'Uno e l'Altro, perché crea «*qualcos'altro accanto ad essi, qualcosa di intermedio*». Proprio la natura di grande confine liquido fa del Mediterraneo un *mare post-coloniale*, il cui politeismo costituisce una cura contro l'integralismo identitario delle comunità chiuse e «premoderne» della sponda sud, ma anche contro il monoteismo modernista e progressista della sponda nord. Lungi dal coincidere con una forma di *orientalismo* esso è diventato uno «spazio critico», non più «una frontiera o una barriera tra il nord e il sud, o tra l'est e l'ovest, ma un luogo di transiti continui» (Chambers).

Tutte le letture postmoderne e postcoloniali sottolineano giustamente il valore di questa epistemologia del confine, la sua capacità di smilitarizzare le identità e le appartenenze. C'è tuttavia un punto importante, è questo il *secondo piano* del nostro discorso, che in queste letture si muove solo sullo sfondo: il *differenziale di potere tra le culture*. È un errore pensare che l'ibridazione sia la cura universale dell'integralismo e che il grande frullatore della globalizzazione possa, con il suo cosmopolitismo, frantumare le vecchie identità culturali. Spesso accade il contrario, e l'invasione di modelli culturali prodotti altrove innesca un processo reat-

tivo che alimenta il ritorno di identità forti. *Il dilemma tra erodiani e zeloti è insuperabile se non si modifica il differenziale di potere tra le culture.*

In altri termini l'ostilità non può essere decostruita occultando la sofferenza che colpisce la cultura che occupa la posizione subalterna. *La cura principale è il mutamento dei rapporti di forza, la capacità di liberare quella cultura dal dilemma tra l'accettazione subalterna dell'altro e la reazione allergica ed intollerante.* Fino a quando l'asimmetria durerà, sarà molto difficile che all'interno di quella cultura le interpretazioni più aperte e tolleranti possano guadagnare una egemonia stabile. L'ibridazione stempera le identità, ma non le cancella, né può annullare le tensioni che la disuguaglianza continua a produrre. Ecco perché quando una cultura soffre sotto i colpi di un'altra, la sua rabbia si ridesta, e anche un immigrato di seconda generazione, che sembrava del tutto integrato, può diventare un terrorista. *Per far crescere la pluralità interna ad una cultura ed incrementare la sua propensione al dialogo occorre mutare quel differenziale di potere. I due processi devono procedere insieme: se non si cancella l'umiliazione, è molto difficile che l'integralismo possa essere sconfitto.*

Questo limite lo si ritrova anche in un programma di ricerca innovativo come quello di Amartya Sen, da sempre teso alla costruzione di strade di comunicazione più larghe tra le diverse culture. Sul versante della tradizione occidentale Sen ha provato a riformulare una serie di nozioni della scienza economica, proponendo figure concettuali più larghe, come quella, ormai famosa, di *capability*. Sull'altro versante Sen ha invece proposto una lettura della tradizione indiana molto diversa da quella mistica e «orientalista», mettendo in rilievo l'esistenza di un filone laico, scettico e razionalista, che riduce la pretesa radicale incommensurabilità tra quella tradizione e quella dell'Occidente, tra i valori asiatici e quelli liberali. Insomma un lavoro insolito e importante, proprio perché impegnato su due fronti, e teso a far incontrare due tradizioni.

Nella stessa direzione va il recente *Identity and Violence*, che, in polemica con Samuel Huntington, cerca di decostruire il presupposto teorico del conflitto delle civiltà, la radicale eterogeneità tra la cultura occidentale e quella arabo-islamica. Questa incommensurabilità, dice Sen, è una costruzione sociale, che fa di una storia complessa una contrapposizione insanabile. Chi riduce la tradizione islamica ad un nucleo «settario e bellicoso» sottovaluta e rimuove la «grande storia del mondo arabo e dei popoli musulmani», limitando l'amore per la libertà al solo Occidente, in opposizione a tutte le altre società civilizzate. Questa duplice grossolana semplificazione rivela l'«implicita alleanza tra il parroccialismo

occidentale e l'estremismo islamista». La priorità culturale e politica spetta quindi per Sen alla lotta contro la tendenza a dividere l'umanità in termini di «civiltà artificialmente segmentate e definite dalla religione».

È difficile non consentire con questo discorso, ma ci sembra anche che siano evidenti i suoi limiti. Sen mira alla costruzione di una prospettiva universalistica, al di là delle camicie di forza delle diverse appartenenze identitarie, ma il suo ci sembra un *universalismo affrettato* per due ragioni. In primo luogo la lotta contro gli opposti fondamentalismi non può rimuovere la struttura della relazione tra i soggetti. Non si possono mettere sullo stesso piano due soggetti fortemente disuguali: se la critica all'implicita alleanza tra il fondamentalismo dell'Occidente e quello islamico non tematizza un riequilibrio dei rapporti di potere nell'intera area del Mediterraneo, sarà destinata a rimanere stritolata nei dilemmi che abbiamo più volte descritto. La cura della malattia fondamentalista non può essere separata dalla costruzione di un rapporto più equilibrato tra gli interlocutori. *Senza giustizia il dialogo fa fatica a svilupparsi.*

In secondo luogo la sintesi tra le diverse culture proposta da Sen ci sembra squilibrata. Le barriere «artificiali» tra le civiltà possono indebolirsi solo se il contributo delle culture non-occidentali va molto al di là del loro grado di convergenza rispetto al nucleo della cultura occidentale. In altre parole: della tradizione indiana da salvare è solo la tradizione scettica, l'unica compatibile con i valori dell'Occidente? La verità è che *per Sen esiste una gerarchia forte tra le culture, e il contributo alla salute del pianeta di quelle non occidentali è molto ridotto, perché coincide soprattutto con il loro grado di convergenza con l'Occidente, sulla base di una definizione dell'universale che minimizza il loro contributo.* È improbabile che un dialogo paritario possa costruirsi tra soggetti tra i quali c'è un divario come quello esistente tra un maestro e i suoi allievi.

Questo squilibrio riduce anche lo spessore della riflessione critica di Sen sulle categorie della scienza economica. È mai possibile che dalla tradizione indiana, da quella cinese, da quella giapponese, ma anche da quella islamica, non sia venuto, e non possa venire alcun aiuto in questa direzione? Che nel riequilibrio oggi necessario per offrire la libertà a tutti gli abitanti del pianeta non ci sia qualcosa di importante da imparare da esse? Sen si muove nella direzione giusta, ma si è fermato troppo presto, mentre il percorso è molto più lungo, e richiede una maggiore distanza critica rispetto ai valori dell'Occidente. Il riequilibrio dei differenziali di potere è un processo lungo e difficile, ma inizia con il riconoscimento da parte della cultura dominante della necessità di apprendere dalle altre. Il primo indizio dell'indebolirsi di un fondamentalismo sta nella capacità di ammettere l'esistenza dei vuoti nel proprio universo culturale e nella ne-

cessità di apprendere dagli altri. È proprio questo il punto su cui occorre adesso soffermarsi.

### 5. Nuove prospettive

Negli ultimi anni il mondo islamico, lungi dall'essere solo il teatro dello scontro tra le due forme della subalternità (*erodiani* e *zeloti*, filo-occidentali e integrati), ha visto il sorgere di fenomeni che rappresentano un segno di quella creatività interna alla cultura islamica che è l'interlocutore necessario per la decostruzione del conflitto delle civiltà. Ci limiteremo a fare alcuni esempi di questa preziosa vitalità. In primo luogo intendiamo riferirci al movimento intellettuale e civile di quelle donne e di quelle studiose che va sotto il nome di «*femminismo islamico*». Pur essendo impensabile senza gli stimoli venuti dal femminismo europeo e americano, questo movimento non è riducibile ad una nuova pagina dell'omologazione alla cultura occidentale. La battaglia per la liberazione della donna musulmana dal potere maschile viene condotta con una forte autonomia, attraverso una nuova esegesi dei testi della tradizione islamica, capace di mettere in luce tutte le interpolazioni che hanno prodotto una versione patriarcale del Corano, in palese contraddizione con quei luoghi nei quali si afferma invece l'uguaglianza di tutti i fedeli di fronte a Dio. È un punto cruciale: la tradizione non va abbandonata agli islamisti radicali, ma va riletta e sottoposta a stimoli nuovi, va costretta a guardarsi da un altro lato, a misurarsi con i problemi del presente.

Il tentativo è tanto più importante perché molte delle studiose che vengono identificate con questa «etichetta» sono pienamente consapevoli dei gravi problemi che verrebbero da una ricezione acritica e unilaterale del femminismo occidentale. Come sottolinea Leila Ahmed «le donne musulmane devono rifiutare, come stanno cercando di fare quelle occidentali, l'androcentrismo di qualsiasi cultura o tradizione cui esse appartengono. *Ma ciò non significa affatto che debbano adottare costumi e stili di vita occidentali*».

Ma il femminismo islamico non è solo una reazione difensiva di una tradizione agli stimoli che le vengono dall'esterno, ma anche un apporto creativo al pensiero della differenza femminile, in quanto spinge il suo sguardo sulle gravi forme di subordinazione presenti anche nell'Occidente «liberato». Fatima Mernissi, ad esempio, non si limita a denunciare la cultura dell'harem e tutte le forme di misoginia presenti nella cultura islamica. Essa attacca anche la «tirannia della taglia 42», il comando che

lo sguardo maschile esercita ancora oggi in Occidente sul corpo femminile. In un mondo apparentemente liberato lo sguardo maschile non copre più il corpo della donna, ma lo scopre, chiede che esso venga esibito, che si offra con mille ammiccamenti in ogni luogo, dalla televisione alla pubblicità, dalle cubiste alla pornografia, fino alle nostre periferie, dove, bruciata ogni distanza, esso si offre al potere di chi paga.

Riflettendosi in questo sguardo, l'Occidente, così gonfio ed orgoglioso delle sue conquiste, potrebbe incominciare a guardare il suo *lato d'ombra*, riscoprire che il *pudore* può essere rivoluzionario, quando esso non rappresenta un'interdizione maschile o una prescrizione sessuofobica, ma il desiderio femminile, e non solo femminile, di custodire la propria individualità, di rendere prezioso il momento in cui ci si rivela agli altri. Nel mondo della spudoratezza il pudore introduce una misura, chiede qualcosa di più che un allungare la mano ed afferrare. Due culture s'incontrano su un piano di parità quando invece di una ricezione unilaterale c'è uno scambio, nel quale entrambi gli interlocutori si arricchiscono, riscoprendo qualità che avevano perso: chi per inseguire il progresso, chi per piegarsi all'ortodossia.

In questo percorso è utile anche il lavoro di Tariq Ramadan, la cui proposta di costruire un Islam europeo, pur non priva di ambiguità, prova a tracciare una risposta creativa, al di là dall'oscillazione tra integrazione subalterna e difesa identitaria. Dalla tradizione europea l'Islam deve recepire il primato del cittadino e il rispetto della libertà individuale, ma senza rigettare l'importanza della dimensione comunitaria nella religione islamica. Dal divieto dell'usura al forte rilievo dato ai doveri di assistenza agli altri membri della comunità, l'Islam può essere una sponda importante per decostruire il fondamentalismo dell'Occidente, il solipsismo di un individuo che, sempre più sradicato da ogni legame sociale, è portatore di un'idea della libertà senza responsabilità. Questo individualismo presenta il legame sociale come il residuo di vecchi vincoli ed oppressioni e lo assegna sbrigativamente ad un passato arcaico. Per una modernità ossessionata dall'attualità e dalla novità, l'appartenenza al passato costituisce l'accusa più infamante, una condanna senza appello. Ma proprio per questo occorre guardarsi dall'accusa sommaria di nostalgia. In quello che noi occidentali chiamiamo passato c'è la sacralizzazione di sopraffazioni crudeli, ma c'è anche dell'altro, ci sono suggerimenti preziosi, che possono tornare utili per il futuro. La partita si gioca anche su questo terreno.

È lo stesso terreno sul quale si muove Garyatri Spivak quando parla dell'acuta necessità per il nostro pianeta di una «forte nozione di responsabilità [...] praticata dalla maggior parte delle culture precapitalistiche

del pianeta». È questo il punto cruciale dell'epistemologia del Mediterraneo e di una lotta radicale e coerente contro il conflitto di civiltà. Se l'Occidente pretende che nel dialogo le altre culture siano solo delle comparse, avrà disegnato un'altra pagina del suo fondamentalismo. Dal quale non sono immuni neanche le forze più critiche. Allorché Ramadan nel 2003 ha rivolto al *Forum Sociale* di Parigi la critica di non aver preso in alcuna considerazione il problema della diversità culturale e religiosa, e di essersi chiuso all'interno di una discussione «del tutto occidentocentrica», ha suscitato solo commenti risentiti e sprezzanti. Ma il problema dell'etnocentrismo della sinistra occidentale, anche di quella più radicale, esiste, ed è strettamente collegato alla sua convinzione di muoversi al di sopra delle differenze culturali ed essere in contatto diretto con la verità. Certo, non tutti gli universalismi sono uguali, il cristianesimo radicale e il marxismo hanno prodotto una loro critica dell'eurocentrismo. La simpatia per i più deboli è sempre eversiva: l'aveva già visto il Nietzsche della *Genealogia della morale*. E le espressioni più generose di una cultura sono gli embrioni dei ponti che occorre costruire. Ma nessuna cultura può pretendere di contenere *ex ante* l'universale. Anche gli universalismi generosi devono imparare a relativizzarsi, fare la prova dell'umiltà e dell'apprendimento.

Il Mediterraneo, infatti, diffida di ogni evangelizzazione, anche di quelle laiche e secolarizzate. Il suo universalismo non è dogmatico e a priori, ma sempre sincretico e a posteriori, e vive di traduzioni. Esso non chiede di bruciare le proprie radici, ma di rinnovarle grazie al confronto con l'altro. Per il mondo arabo-islamico si tratta di apprendere la vitale necessità di una società aperta e plurale; per l'Occidente e per l'Europa di riconoscere che la libertà senza freni uccide la fraternità e l'uguaglianza. Il primo dovrebbe riconoscere che l'autonomia della società civile non è un cedimento all'Occidente, ma la riconquista in tempi nuovi di un'antica abitudine alla pluralità; il secondo dovrebbe riconoscere che il fondamentalismo dell'economia non è un rimedio, ma la malattia, che la libertà si completa solo se non volta le spalle agli altri. È quanto dice Spivak allorché sottolinea le difficoltà che derivano dalla contrapposizione tra le culture della responsabilità e quelle della libertà: «Le prime abbisognano di un lavoro supplementare per divenire partecipi dei processi democratici, proprio come le seconde abbisognano di un lavoro supplementare per ciò che riguarda la chiamata dell'altro. Questo supplemento di lavoro è necessario per entrambi i versanti».

È questo il *terzo piano* del nostro discorso: il Mediterraneo propone un'idea di misura che mira a far incontrare saggezze diverse, a costruire un equilibrio tra terra e mare. Come suggerisce il suo stesso nome, esso

non è *né terra senza mare*, fedeltà esclusiva che sospetta di ogni partenza e ogni libertà, *né mare senza terra*, partenza senza ritorno, un individualismo che vede nell'altro una minaccia alla libertà. Ma allora la lezione del Mediterraneo non parla di una piccola area del pianeta, ma dei problemi che il mondo deve affrontare se vuole passare dal conflitto tra le civiltà ad una loro cooperazione fondata sulla giustizia.

*È questa la lezione che l'Europa deve imparare: la fine vera del suo etnocentrismo, verrà solo dal recupero di quel lato della sua tradizione, a lungo minoritario, che è l'unico capace di aprirla all'ascolto e alla comunicazione con le altre culture. Essa deve scegliere: o fianco orientale dell'impero atlantico oppure «terra di mezzo», la versione non fondamentalista dell'Occidente, ponte tra est ed ovest, ma anche tra nord e sud, tramite il «mare di mezzo», il Mediterraneo. All'inizio del nostro discorso abbiamo messo da parte le seduzioni che vengono dalla bellezza dei luoghi, il desiderio di rallentare il tempo, il piacere delle lunghe chiacchierate e delle notti all'aperto. Lo abbiamo fatto per non distrarci, ma quella grammatica non è stata tradita: l'obiettivo è sempre quello, liberare questo mare dai naufragi dei clandestini e dalle occupazioni militari, far sì che sulle sue rive si possa vivere e morire in pace, con molta luce e con il conforto di una fraternità più larga.*



## LE RESPONSABILITÀ DELL'UNIONE EUROPEA NELL'AREA MEDITERRANEA

Ugo VILLANI\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I rapporti con i Paesi dei Balcani occidentali: le operazioni di pace. – 3. La questione del Kosovo. – 4. Le strategie di vicinato e di stabilizzazione. – 5. I rapporti con la Turchia. – 6. La questione di Cipro. – 7. La questione israelo-palestinese. – 8. Il processo di Barcellona. – 9. L'Unione per il Mediterraneo. – 10. Conclusioni.

### 1. Premessa

I rapporti dell'Unione europea con i Paesi del Mediterraneo mettono in luce varie linee di tendenza<sup>1</sup>. Un dato costante è rappresentato dalla assunzione di un ruolo di «*normative power*»<sup>2</sup>, diretto, cioè, alla «espor-

\* Professore ordinario di diritto internazionale, LUISS “Guido Carli” di Roma.

<sup>1</sup> In materia esiste una vastissima bibliografia; a titolo puramente indicativo, tra le opere più recenti, ricordiamo *The European Union and Its Neighbours. A Legal Appraisal of the EU's Policies of Stabilisation, Partnership and Integration* (a cura di Blockmans, Lazowski), The Hague, 2006; TOCCI, *The EU and Conflict Resolution. Promoting Peace in the Backyard*, London-New York, 2007; BARUFFI, *Le competenze esterne della Comunità e dell'Unione europea. Uno sguardo ai rapporti con i paesi del Mediterraneo*, in *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione* (a cura di Baruffi), Padova, 2008, p. 127 ss.; *Law and Practice of EU External Relations. Salient Features of a Changing Landscape* (a cura di Dashwood, Maresceau), Cambridge, 2008; *L'Unione Europea e il «cerchio di amici»: sicurezza europea e politica di vicinato* (a cura di Longo), Milano, 2008.

<sup>2</sup> Su tale concetto cfr., anche per ulteriori riferimenti, MANNERS, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 235 ss.; MERLINGEN, *Everything Is Dangerous: A Critique of 'Normative Power Europe'*, in *Security Dialogue*, 2007, p. 435 ss.; PACE, *The Construction of EU Normative Power*, in *Journal of Common Market Studies*, 2007, p. 1041 ss.; ATTINA, *La base normativa della politica di vicinato*, in *L'Unione Europea e il «cerchio di amici»*, cit., p. 49 ss.

tazione» dei propri principi fondamentali, giuridici, politici, economici. Tale ruolo è svolto, specialmente, attraverso un meccanismo di condizionalità, che subordina al rispetto e all'attuazione di tali principi da parte degli Stati terzi la concessione di vantaggi di diversa natura. Nei riguardi di situazioni di crisi, caratterizzate da forti contrapposizioni, talvolta suscettibili di degenerare in conflitti armati (o frutto di tali conflitti) – si pensi al Kosovo, alla questione israelo-palestinese, a Cipro –, l'Unione è impegnata a contribuire alla loro soluzione, generalmente in un rapporto di sinergia e di collaborazione con le Nazioni Unite, tuttavia mostrando, in certi casi, qualche tensione con queste ultime, se non qualche deviazione rispetto alle stesse norme di diritto internazionale rilevanti in materia. Un altro elemento che emerge dall'atteggiamento dell'Unione europea è la diversificazione delle sue strategie, in rapporto alle differenti situazioni e problematiche con le quali essa viene in contatto, nonché ai diversi interessi che intende perseguire. Infine l'Europa sembra muoversi nell'area del Mediterraneo anche alla ricerca della definizione dei propri confini, non solo in senso geografico, e, in qualche misura, della propria stessa identità<sup>3</sup>.

## *2. I rapporti con i Paesi dei Balcani occidentali: le operazioni di pace*

Lo scenario del Mediterraneo si apre con i Paesi dei Balcani occidentali, verso i quali le responsabilità dell'Europa nascono non solo da interessi comuni di stabilità e di sicurezza, insiti nell'estrema prossimità geografica tra questa area e l'Unione, con la quale alcuni Stati direttamente confinano, ma anche dal ruolo che alcuni Paesi europei hanno svolto dai primi anni '90 nel favorire, per esempio con i loro riconoscimenti quanto meno prematuri, la disgregazione della Jugoslavia, con i drammatici eventi che hanno segnato tale fenomeno. In altri termini, l'Unione europea, sia per la tutela dei propri interessi di sicurezza, sia per un dovere politico-morale nei confronti dei Paesi balcanici, non può disinteressarsi di questi ultimi. E invero, l'Unione europea mostra di avere profondamente a cuore le sorti future degli Stati nati dallo smembramento della Jugoslavia, così come dell'Albania e di quel piccolo territo-

<sup>3</sup> Cfr., di recente, CANGELOSI, SALLEO, *L'allargamento dell'Unione: frontiere e identità*, in *L'Unione europea nel XXI secolo. «Nel dubbio, per l'Europa»* (a cura di Micossi, Tosato), Bologna, 2008, p. 179 ss. In questa sede non ci occupiamo dei temi, pure estremamente rilevanti, connessi ai fenomeni migratori, essendo questi oggetto di una specifica sessione del Convegno.

rio, il Kosovo, dall'incerto stato giuridico e nel quale si concentra un intreccio di acuti problemi politici e giuridici.

Nel quadro delle diverse forme di azione dell'Unione europea verso i Paesi balcanici due linee di sviluppo sembrano meritevoli di particolare attenzione: da un lato, lo svolgimento di operazioni di pace in tali Paesi, dall'altro, l'attuazione di strategie di vicinato e di stabilizzazione, anche in una prospettiva di possibile adesione all'Unione.

Per quanto riguarda le prime, ci riferiamo a una tipologia variegata di interventi che comprendono operazioni di polizia (prive di carattere coercitivo), operazioni di *peace-keeping*, di carattere militare, ma prive anch'esse di poteri coercitivi, e operazioni di *peace-enforcement*, che, sebbene costituite pur sempre con il consenso dello Stato interessato, contemplano l'uso della forza non solo per legittima difesa, ma anche per più ampi obiettivi, quali la protezione di popolazioni civili, o di aeroporti o, più in generale, per l'esecuzione del proprio mandato. Si tratta di operazioni che trovano la loro collocazione nella PESD, istituita dal Trattato di Maastricht e, più precisamente, nell'ambito delle cosiddette operazioni di Petersberg, contemplate dall'art. 17, par. 2, del TUE, come modificato ad Amsterdam<sup>4</sup>.

In questo contesto è evidente che l'azione dell'Unione europea deve raccordarsi alle norme e alle funzioni dell'ONU – dato che questa tende ad affermare un monopolio dell'uso della forza – quali, anzitutto, il riconoscimento della responsabilità principale del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (art. 24 della Carta), la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta per gli Stati membri rispetto ad altri obblighi derivanti da accordi internazionali (art. 103) e, principalmente, le disposizioni del capitolo VIII della Carta concernente i rapporti tra le Nazioni Unite e gli accordi e organizzazioni regionali relativamente al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Rispetto ad operazioni svolte dall'Unione europea – che è certamente qualificabile come organizzazione regionale – viene in rilievo l'art. 53, ai sensi del quale azioni coercitive possono essere intraprese so-

<sup>4</sup> In argomento cfr., tra gli altri, VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *Com. int.*, 2004, p. 63 ss.; CELLAMARE, *Il ruolo delle organizzazioni regionali nelle peace-keeping operations*, in *Le operazioni di peace-keeping dell'ONU fra tradizione e rinnovamento*, Napoli, 2007, p. 47 ss.; PALADINI, *The Contribution of the Security Policy to the Coherence of the European Union's External Action*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2007, p. 111 ss.; ID., *Alcune considerazioni sulla prassi delle missioni di pace dell'Unione europea nel quadro del sistema di sicurezza collettivo delle Nazioni Unite*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 321 ss.; PUOTI, *La PESC nella prospettiva del Trattato di revisione*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2008, p. 539 ss.

lo se utilizzate o autorizzate dal Consiglio di sicurezza (art. 53, par. 1), nonché l'art. 54, il quale prescrive un obbligo di informazione del Consiglio di sicurezza, in ogni momento, dell'azione intrapresa o progettata in base ad accordi regionali o da parte di organizzazioni regionali per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Tali disposizioni disegnano un quadro di sicura subordinazione delle organizzazioni regionali alle Nazioni Unite per quanto attiene all'azione per il mantenimento della pace. Esse, invero, formalmente obbligano gli Stati membri dell'Unione europea, non quest'ultima in quanto tale. Tuttavia deve osservarsi, anzitutto, che detti Stati sono tenuti a rispettare le disposizioni della Carta anche quando operano all'interno dell'Unione europea; e, in secondo luogo, che la stessa Unione europea, man mano che si delinea, con il Trattato di Maastricht, una politica di difesa nell'ambito della PESC e che essa si sviluppa con i Trattati successivi e con una serie di atti, di importante rilevanza politica (pur se non sempre giuridica), afferma con chiarezza una fedeltà ai principi della Carta. L'art. 11 – con il quale si apre il titolo V dedicato alla PESC – richiama per due volte i principi della Carta, dichiarando che sia la difesa dei valori, degli interessi fondamentali, dell'indipendenza e dell'integrità dell'Unione, sia il mantenimento della pace e il rafforzamento della sicurezza internazionale sono perseguiti conformemente ai suddetti principi. Ma tale fedeltà – come si è accennato – è chiaramente espressa anche in atti fondamentali, che hanno segnato la nascita effettiva della PESC e che ne hanno accompagnato i più significativi sviluppi, a partire dal Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999, nei quali l'Unione europea ha dichiarato, di volta in volta, che essa avrebbe aumentato la propria capacità di contribuire alla pace e alla sicurezza internazionale secondo i principi della Carta, che le proprie iniziative sarebbero state invariabilmente coerenti con le decisioni e i quadri elaborati dall'ONU, ribadendo l'intenzione di elevare il suo profilo nella prevenzione dei conflitti, nella gestione delle crisi, nel mantenimento e nel consolidamento della pace, così apportando un importante valore aggiunto alle attività dell'ONU.

Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (come, analogamente, già la c.d. Costituzione europea) conferma e rafforza questa determinazione dell'Unione europea di mettersi a disposizione delle Nazioni Unite, in specie del Consiglio di sicurezza, nelle azioni per il mantenimento della pace. Oltre ai ripetuti richiami ai principi della Carta, contenuti nel TUE (art. 3, par. 5, art. 21, par. 1 e par. 2, lett. c), art. 34 e art. 42, par. 1), così come nel Protocollo n. 10 sulla cooperazione strutturata permanente, va sottolineato che la Dichiarazione n. 13 relativa alla PESC af-

ferma espressamente che «l'Unione europea e i suoi Stati membri resteranno vincolati dalle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite e, in particolare, dalla responsabilità primaria del Consiglio di Sicurezza e dei suoi membri per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali»<sup>5</sup>.

Si aggiunga che l'Unione europea, in quanto soggetto di diritto internazionale, è destinatario delle norme di diritto internazionale generale (del quale l'art. 21 del TUE di Lisbona dichiara espressamente l'obbligatorietà per l'Unione), in particolare di quelle rilevanti in materia di pace, quali, anzitutto, il divieto dell'uso della forza e quindi il rispetto della sovranità e dell'indipendenza degli Stati, il diritto di autodeterminazione dei popoli.

La prassi sinora seguita dall'Unione europea nelle missioni di pace nei Balcani appare, in generale, conforme ai principi della Carta e del diritto internazionale e al ruolo di sostegno alle iniziative delle Nazioni Unite, che si configura non solo alla luce della Carta, ma, come si è rilevato, anche alla stregua delle norme e degli atti dell'Unione europea. Essa, inoltre, esprime una responsabilità che, evidentemente, l'Unione europea ritiene di doversi assumere nei processi di pace in tale area. Non è il caso di procedere ad un'analisi delle numerose missioni di pace dell'Unione europea nei Balcani, che hanno interessato in particolare, e più volte, la Macedonia e la Bosnia-Erzegovina. Ci limitiamo a osservare che spesso esse hanno avuto (o tuttora svolgono) un ruolo di supporto ad attività di polizia (EUPM in Bosnia-Erzegovina) e di lotta alla criminalità organizzata (EUPOL-Proxima in Macedonia), oppure che si tratta di vere operazioni di *peace-keeping*, quindi di carattere militare, ma senza funzioni coercitive, come l'operazione Concordia in Macedonia, o, infine, che si tratta di operazioni militari aventi anche poteri coercitivi, come l'operazione EUFOR-Althea in Bosnia-Erzegovina<sup>6</sup>, avente il mandato di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare l'applicazione dell'Accordo di Dayton, espressamente autorizzata, pertanto, dal Consiglio di sicurezza con ris. n. 1575 (2004), quale successore della forza SFOR a guida NATO.

Va notato che le missioni dell'Unione europea mettono in luce non solo un corretto rapporto con le Nazioni Unite, operando in base ad autorizzazioni del Consiglio di sicurezza quando provviste di carattere coercitivo; ma anche una disponibilità, in generale, ad accogliere inviti e sollecitazioni del Consiglio di sicurezza, nonché a sostituirsi a forze o mis-

<sup>5</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>6</sup> Azione comune 2004/570/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2004, *G.U.U.E.* 28 febbraio 2004 *L* 252, p. 10.

sioni di altre organizzazioni, comprese le Nazioni Unite, prendendo a proprio carico le responsabilità e gli oneri di tali interventi. Si può ricordare la citata missione di polizia dell'Unione europea in Bosnia-Erzegovina<sup>7</sup>, la quale ha rilevato i compiti già svolti dalla Forza di polizia internazionale delle Nazioni Unite (IPTF), costituita con la ris. n. 1035 (1995) del Consiglio di sicurezza, così come la EUFOR-Althea, che ha sostituito la forza multinazionale SFOR, a sua volta autorizzata dal Consiglio di sicurezza con ris. n. 1088 (1996). In tali esperienze emergono forme nuove di cooperazione con le Nazioni Unite, di avvicendamento sul terreno<sup>8</sup>, che confermano, per un verso, la capacità dell'Unione europea di fissare un «valore aggiunto» alle capacità delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace, per l'altro, la sensibilità della stessa Unione nel promuovere processi di pacificazione e di stabilità nell'area balcanica.

### 3. La questione del Kosovo

Diversa, e tutt'altro che rassicurante, quanto a rispetto del diritto internazionale e delle competenze del Consiglio di sicurezza, appare l'atteggiamento dell'Unione europea rispetto alla situazione del Kosovo. Anzitutto non può farsi a meno di rilevare che, come riguardo ad altre crisi (delle dimensioni di una guerra, si pensi a quella irachena), neppure in questo caso l'Unione è riuscita ad esprimere una posizione unitaria, almeno a livello di Consiglio europeo (o dei ministri), rispetto alla dichiarazione unilaterale di indipendenza del 17 febbraio 2008 da parte dell'Assemblea kosovara<sup>9</sup>. Anche in questo caso, dunque, l'Unione europea sconta gli effetti, talvolta paralizzanti, della regola dell'unanimità che domina la PESC (né sarà sostanzialmente modificata dal Trattato di Lisbona). Ma tale regola non rappresenta sempre un inconveniente della politica estera dell'Unione; essa, anzi, in certi casi può – quasi «provvida sventura» – impedire all'Unione di assumere decisioni (o svolgere ope-

<sup>7</sup> Azione comune 2002/210/PESC del Consiglio, dell'11 marzo 2002, *G.U.C.E.* 13 marzo 2002 L 70, p. 1.

<sup>8</sup> Cfr. PALADINI, op. ult. cit., p. 331 ss.

<sup>9</sup> Cfr. GREPPI, *La proclamazione dell'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale*, in *ISPI - Policy Brief*, aprile 2008, n. 80, p. 1 ss.; VILLANI, *Un'indipendenza senza giustificazione giuridica: il Kosovo resta sotto «controllo» internazionale*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2008, n. 3, p. 7 ss.; YAKEMTCHOUK, *L'indépendance du Kosovo: quelles conséquences pour les Balkans et l'Europe?*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 213 ss.; GITTI, *L'indipendenza del Kosovo tra realtà e finzione*, in *Il Politico*, 2009, p. 115 ss.

razioni) che rappresentano delle violazioni di quel diritto internazionale, al quale essa (al pari dei suoi Stati membri) resta soggetta, in specie nei rapporti con Stati terzi. Mi riferisco al riconoscimento del Kosovo, che solo l'ostilità di una minoranza di Stati membri ha impedito fosse dichiarato dall'Unione europea in quanto tale.

Tale riconoscimento, a mio parere, non sarebbe solo un atto politicamente inopportuno – dato che, se non altro, lo stesso Kosovo è, e si dichiara, «dipendente» rispetto ad una pluralità di enti e organizzazioni ed è tuttora sottoposto ad un'amministrazione internazionale –, ma costituirebbe un illecito giuridico. Esso, infatti, sarebbe una grave ingerenza nella sovranità della Serbia e una violazione della ris. n. 1244 (1999) del Consiglio di Sicurezza, la quale – pur senza risolvere la questione del futuro *status* giuridico del Kosovo – riaffermava il rispetto della sovranità e dell'integrità territoriale della Repubblica iugoslava (oggi Serbia) e riconosceva una sostanziale autonomia e una significativa auto-amministrazione del Kosovo. Con tali principi, mai smentiti né revocati dal Consiglio di sicurezza, appare incompatibile il riconoscimento di una dichiarazione unilaterale di indipendenza (per di più fittizia) del Kosovo.

Se la regola dell'unanimità ha impedito atti di riconoscimento da parte del Consiglio, gli Stati membri dell'Unione sono stati tuttavia in qualche misura «impegnati» da una risoluzione del Parlamento europeo del 5 febbraio 2009, la quale – tra l'altro – «esorta gli Stati membri dell'Unione europea che non lo hanno ancora fatto a riconoscere l'indipendenza del Kosovo». Sebbene il Parlamento sia l'istituzione più democratica e rappresentativa dell'Unione, tali caratteri non lo rendono, com'è ovvio, *legibus solutus*, in particolare dalle norme del diritto internazionale il cui rispetto pure tale risoluzione (alquanto a sproposito!) riafferma.

Internazionalmente illecita, francamente, appare anche l'iniziativa di inviare in Kosovo la missione EULEX<sup>10</sup>, pur retoricamente esaltata quale più significativa missione finora svolta dall'Unione europea nell'ambito della PESD<sup>11</sup>. In realtà tale missione, dotata di poteri non meramente consultivi, ma estremamente incisivi e decisionali, tali da configurare una sorta di amministrazione internazionale di tale territorio, nasce senza alcuna autorizzazione del Consiglio di sicurezza, senza alcun consenso

<sup>10</sup> Sulla quale cfr. MILANO, *Il trasferimento di funzioni da UNMIK a EULEX in Kosovo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 967 ss.; DE GUTTRY, *The EU Rule of Law Mission in Kosovo. Remarks on Its Legality*, in *The International Training Programme for Conflict Management Newsletter*, aprile 2009, p. 3 ss., consultabile nel sito [www.itpcm.sssup.it](http://www.itpcm.sssup.it).

<sup>11</sup> Azione comune 2008/124/PESC del Consiglio, del 4 febbraio 2008, *G.U.U.E.* 16 febbraio 2008 L 42, p. 92.

del governo serbo – che resta, almeno formalmente, sovrano del territorio – e in sostanziale contrapposizione, almeno sul piano operativo, con l'UNMIK, cioè l'unica amministrazione designata dal Consiglio di sicurezza e già accettata dalla Repubblica federale iugoslava<sup>12</sup>. Sicché lo spiegamento di EULEX ha tutto il sapore di una, seppur pacifica, invasione e occupazione di un territorio senza alcun titolo giuridico.

È noto che, successivamente, la situazione ha conosciuto un'evoluzione che, in definitiva, ha ricomposto le tensioni con l'UNMIK, riportando la missione EULEX sotto l'ombrello della ris. n. 1244, consentendole di sostituirsi progressivamente all'UNMIK e ottenendo anche un'accettazione della stessa da parte della Serbia (guidata dall'europeista Tadic). Ma ciò è avvenuto senza alcuna formale approvazione del Consiglio di sicurezza (salva una dichiarazione alquanto anodina del suo Presidente del 26 novembre 2008<sup>13</sup>, nella quale il Consiglio si felicita della cooperazione esistente, nel quadro della sua ris. n. 1244, tra l'ONU e gli altri intervenienti internazionali), a prezzo di forzature giuridiche e con profonde ambiguità e dissensi: basti pensare al carattere «neutro» della missione rispetto all'indipendenza del Kosovo, condizione essenziale per l'accettazione di EULEX da parte serba, ma non condiviso da altri, a cominciare delle autorità kosovare.

È vero che pesa sulla vicenda del Kosovo l'origine illecita dell'intervento NATO del '99, sicché non è facile trovare una via d'uscita giuridicamente corretta e politicamente fattibile (in un certo senso... *ex iniuria ius non oritur*, cioè è impossibile riportare sulla via del diritto una situazione nata da un gravissimo illecito).

Nella vicenda del Kosovo emerge, peraltro, con sicurezza un aspetto che mette in giuoco, anche per il futuro, il ruolo decisivo dell'Unione europea. Mi riferisco, per usare le parole della ricordata dichiarazione del Presidente del Consiglio di sicurezza del 26 novembre 2008, agli sforzi dell'Unione europea (dei quali il Consiglio di sicurezza si compiace) per fare progredire la prospettiva europea dell'insieme dei Balcani occidentali, così contribuendo in maniera decisiva alla stabilità e alla prosperità della regione. La prospettiva europea del complesso dei Balcani occidentali anima, evidentemente, la stessa missione EULEX e si collega alle operazioni, ricordate sopra, in vari Paesi della *ex* Jugoslavia. La determinazione dell'Unione europea a svolgere un ruolo trainante e decisivo nei

<sup>12</sup> Cfr., anche per ampi riferimenti, INGRAVALLO, *Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori*, Napoli, 2008, in specie pp. 60 e 72 ss.

<sup>13</sup> Per un commento cfr. MILANO, *L'evoluzione della situazione in Kosovo e la dichiarazione presidenziale del Consiglio di sicurezza del 26 novembre 2008*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 483 ss.

Balceni occidentali si rivela anche nella sua scelta di sostituirsi ad altre organizzazioni, comprese le Nazioni Unite, talvolta in maniera del tutto lineare come in Bosnia-Erzegovina, altre volte con le tensioni e i profili di illegittimità rilevati per il Kosovo. Essa appare espressione di due motivazioni di fondo, ricorrenti, pur con accentuazioni e procedimenti differenti, nell'azione complessiva dell'Unione europea nel Mediterraneo: da un lato, la necessità di contribuire alla stabilizzazione delle regioni prossime ai propri confini, nella convinzione che tale fenomeno giova in maniera decisiva alla sicurezza al proprio interno; dall'altro, la volontà di «esportare» quei valori che costituiscono il suo patrimonio di civiltà, la sua identità giuridica, politica, culturale, cioè i principi di democrazia, dello stato di diritto, di rispetto dei diritti umani, nonché i principi (valori parrebbe eccessivo) di economia di mercato. Sotto questo secondo profilo l'Unione Europea tende a porsi come una «*normative power*», come una potenza cioè che, con vari procedimenti (non certo con la forza), tende ad affermare nelle aree del Mediterraneo i propri valori «normativi», o, quantomeno, a provocare fenomeni di «contagio» dei propri vicini.

A tale intento dell'Unione corrisponde pienamente la vocazione europeistica nella quale – pur con aspri contrasti su tutto il resto – si ritrovano accomunati Serbia e Kosovo. Negli accesi dibattiti nel Consiglio di sicurezza sulla questione del Kosovo e su EULEX, originati dall'esame dei rapporti del Segretario generale sull'UNMIK, il governo serbo dichiarava che «l'accession rapide à l'Union européenne continuera d'être la priorité stratégique centrale de la République de Serbie. Telle devrait également être la priorité de tous les autres États Membres de l'ONU situés dans les Balkans occidentaux»<sup>14</sup>; e analogamente il rappresentante del Kosovo affermava: «L'avenir de toutes les nations des Balkans occidentaux se trouve dans l'intégration européenne, et le Kosovo prévoit de poursuivre ce but très énergiquement»<sup>15</sup>.

#### *4. Le strategie di vicinato e di stabilizzazione*

La «prospettiva europea», emergente dalle iniziative rientranti nella politica estera e in quella di difesa, trova un ancor più dettagliato riscontro nelle politiche e strategie che caratterizzano l'atteggiamento

<sup>14</sup> Cfr. UN doc. S/PV.6025 (*Conseil de sécurité, Soixante-troisième année, 6025e séance, 26 novembre 2008*), p. 7

<sup>15</sup> Cfr. UN doc. S/PV.6097 (*Conseil de sécurité, Soixante-quatrième année, 6097e séance, 23 mars 2009*), p. 9.

dell'Unione europea nei confronti dei Paesi dei Balcani occidentali, intesi come gli Stati nati dalla dissoluzione della *ex* Jugoslavia (a parte, ovviamente, la Slovenia, già membro dell'Unione) e l'Albania<sup>16</sup>. Una specifica strategia con tali Paesi venne elaborata all'indomani dei tragici conflitti della prima metà degli anni '90, con l'adozione del Processo di stabilità e di buon vicinato per il Sud Est europeo (c.d. Processo di Royaumont, avviato nel dicembre 1995) e, successivamente, con l'approccio regionale (febbraio 1996), con il Patto di stabilità per l'Europa sud-orientale adottato il 10 giugno 1999 e, principalmente, con il Processo di stabilizzazione e associazione, oggetto della dichiarazione finale del Vertice di Zagabria del 24 novembre 2000. Quest'ultimo rappresenta un quadro generale, all'interno del quale si instaurano rapporti bilaterali con i singoli Stati dei Balcani occidentali mediante la conclusione di accordi di stabilizzazione e di associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e il singolo Stato balcanico, dall'altra, nonché mediante misure di assistenza commerciale e finanziaria decise unilateralmente dalla Comunità e mediante l'introduzione di partenariati europei «quali strumenti utili per dare contenuti concreti alla prospettiva europea» di tali Paesi. L'aspetto fondamentale del Processo di stabilizzazione e di associazione è che esso si fonda esplicitamente sull'obiettivo di una piena integrazione dei Paesi in questione nell'Unione europea; non a caso, infatti, tale Processo riguarda Paesi che hanno già lo *status* di candidati all'adesione (Croazia e Macedonia) o, almeno, di potenziali candidati (Albania, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Serbia). Tuttavia tale integrazione non risulta chiaramente identificata nell'«adesione» all'Unione, mantenendo, quindi, un (voluto) margine di ambiguità; essa, in ogni caso, comporta un inserimento dei Paesi dei Balcani occidentali nell'ordinamento normativo, nel sistema economico e, in un qualche modo, nell'area politica dell'Unione europea.

La dichiarata prospettiva di integrazione rende di essenziale importanza, nel processo di stabilizzazione e di associazione, l'accettazione e la concreta attuazione, da parte dei Paesi in oggetto, dei principi fondamentali dell'Unione, oltre che l'esigenza che in tali Paesi sussistano e si

<sup>16</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti, BLOCKMANS, *Western Balkans (Albania, Bosnia-Herzegovina, Croatia, Macedonia and Serbia and Montenegro, including Kosovo)*, in *The European Union and Its Neighbours*, cit., p. 315 ss.; PANEBIANCO, ROSSI, *L'Unione europea come attore esterno delle transizioni democratiche. Una comparazione tra Balcani Occidentali, Medio Oriente e Nord Africa*, in *L'Unione Europea e il «cerchio di amici»*, cit., p. 129 ss.; APPICCIAFUOCO, *Integrazione dei Balcani occidentali nell'Unione europea e principio di condizionalità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 547 ss.

fortifichino condizioni di stabilità e rapporti pacifici e di cooperazione reciproca.

Emerge così, con particolare forza, la rilevata immagine dell'Unione europea quale «potenza normativa».

Il meccanismo impiegato dall'Unione europea è quello (tipico nella cooperazione allo sviluppo) della condizionalità. Esso, come è noto, comporta che la concessione e il mantenimento di benefici di varia natura siano subordinati al rispetto di determinati principi, quali, in primo luogo, i principi di democrazia e di rispetto dei diritti umani. Nella specie la condizionalità viene in rilievo sia come condizionalità economica che politica: al rispetto dei principi, infatti, sono subordinati non solo vantaggi di carattere commerciale e finanziari, ma anche politici, quali, anzitutto, l'avanzamento nel processo di sempre più stretta integrazione, sino alla prospettata adesione all'Unione europea.

Invero un meccanismo di condizionalità è insito nello stesso procedimento di adesione disciplinato dall'art. 49 del TUE, il quale subordina la possibilità di diventare membro dell'Unione al rispetto dei principi, sanciti nell'art. 6, par. 1, di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto. Nel processo di stabilizzazione e di associazione questi principi sono riaffermati, ma altri ne sono enunciati, sia sul piano generale, sia specificamente con riferimento a ciascuno Stato interessato. Fondamentali, in proposito, sono le Conclusioni adottate dal Consiglio europeo il 29 aprile 1997 sul principio di condizionalità al fine di sviluppare le relazioni dell'Unione europea con taluni Paesi dell'Europa sud-orientale; in esse i principi alla cui stregua va verificato il funzionamento della condizionalità sono riferiti ai principi democratici, ai diritti umani e allo stato di diritto, al rispetto e alla protezione delle minoranze, all'instaurazione di una economia di mercato; ma tali principi vengono ulteriormente precisati in una serie di enunciazioni molto dettagliate.

Muovendo da tali principi, l'Unione ha messo in moto un processo nel quale il meccanismo di condizionalità opera anzitutto in un senso «premiale» (o «positivo»): l'aver raggiunto determinati risultati, quali il rientro dei rifugiati, l'esecuzione degli accordi di pace, la realizzazione di istituzioni democratiche, l'attuazione di riforme economiche (nella direzione di un'economia di mercato), nonché il rispetto di altre specifiche condizioni relative a determinati Stati (come la collaborazione con il Tribunale penale per l'ex Jugoslavia), rappresentano precondizioni per la stipulazione di accordi tra la Comunità (e i suoi Membri) e lo Stato in questione (come quelli con la Croazia e la Macedonia del 2001 e con l'Albania del 2006 o quello, in fase di perfezionamento, con la Serbia).

Gli stessi accordi, per altro verso, contengono una tipica clausola, la quale dichiara che il rispetto dei principi democratici e dei diritti umani, dei principi del diritto internazionale e dello stato di diritto, nonché dei principi dell'economia di mercato costituisce un «elemento essenziale» dell'accordo, aprendo così la strada a forme di condizionalità «sanzionatoria» (o «negativa»), che, con i procedimenti stabiliti negli stessi accordi, possono condurre a misure comprendenti anche la sospensione (o, al limite, l'estinzione) dell'accordo.

Il principio di condizionalità caratterizza – come si è accennato – anche gli strumenti comunitari di assistenza, così come la concessione di misure commerciali preferenziali. Esso, già presente nel programma di assistenza CARDS (*Community Assistance for Reconstruction, Development and Stabilization*)<sup>17</sup>, ha un ruolo centrale nello strumento di assistenza pre-adesione (IPA), istituito con il regolamento 1085/2006 e concernente i Paesi candidati (Croazia, Turchia e Macedonia) e i candidati potenziali (Albania, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Serbia, incluso il Kosovo)<sup>18</sup>. L'assistenza della Comunità, ai sensi dell'art. 2, è destinata ad essere utilizzata nei seguenti settori: a) rafforzamento delle istituzioni democratiche, nonché dello stato di diritto, compresa la sua attuazione; b) promozione e tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali e maggior rispetto dei diritti delle minoranze, promozione della parità di genere e della non discriminazione; c) riforma della pubblica amministrazione, compresa la creazione di un sistema che consenta di decentrare la gestione dell'assistenza al Paese beneficiario; d) riforma economica; e) sviluppo della società civile; f) inclusione sociale; g) riconciliazione, misure per il rafforzamento della fiducia e ricostruzione; h) cooperazione regionale e transfrontaliera. La prospettiva europea, nella direzione di una eventuale adesione dei Paesi beneficiari all'Unione, è confermata dall'osservazione che l'assistenza serve anche a sostenere l'adozione e l'applicazione dell'*acquis* comunitario, per gli Stati candidati (Croazia, Turchia e Macedonia), e l'allineamento graduale con l'*acquis* comunitario, per i candidati potenziali (Albania, Bosnia-Erzegovina, Montenegro e Serbia). La posizione di ciascuno Stato è poi oggetto di uno specifico partenariato con l'Unione europea, stabilito con decisione dal Consiglio (sulla base del regolamento 533/2004<sup>19</sup>, più volte modificato, istitutivo di

<sup>17</sup> Regolamento (CE) 2666/2000 del Consiglio, del 5 dicembre 2000, *G.U.C.E.* 7 dicembre 2000 *L* 306, p. 1.

<sup>18</sup> Regolamento (CE) 1085/2006 del Consiglio, del 17 luglio 2006, *G.U.U.E.* 31 luglio 2006 *L* 210, p. 82.

<sup>19</sup> Regolamento (CE) 533/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, *G.U.U.E.* 24 marzo 2004 *L* 86, p. 1.

partenariati nell'ambito del processo di stabilizzazione e associazione). Il raggiungimento degli obiettivi previsti dallo strumento di assistenza pre-adesione è oggetto di periodiche valutazioni da parte della Commissione (art. 22). La mancata osservanza dei principi ai quali è preordinata l'assistenza, nonché dei principi o degli impegni contenuti nel rispettivo partenariato con l'Unione europea, può determinare la sospensione dell'assistenza o altre misure del caso (art. 21).

Sebbene i rapporti con i singoli Stati partecipanti al processo di stabilizzazione e di associazione presentino carattere, e talvolta difficoltà, parzialmente differenti, si ha l'impressione che l'adeguamento ai criteri politici, economici, giuridici dell'Unione europea operi in maniera complessivamente soddisfacente. Tale risultato sembra dovuto essenzialmente alla prospettiva, perseguita da tutti i Paesi dei Balcani occidentali, di una adesione all'Unione europea che, valorizzando l'aspetto «premiale» della condizionalità, ne minimizza la sensazione di un'ingerenza della stessa Unione e opera come stimolo per raggiungere le condizioni necessarie per tale adesione.

Benché il tema sia oggetto di specifica e approfondita attenzione in una sessione del Convegno, vorrei solo accennare al moltiplicarsi di accordi tra la Comunità europea e (anche) gli Stati dei Balcani occidentali concernenti la riammissione di immigrati irregolari. È questa una materia nella quale, dal punto di vista della Comunità, prevale, rispetto alla diffusione dei propri *standard* normativi, la preoccupazione di garantire la sicurezza dei propri Stati a fronte di fenomeni migratori incontrollati; in tale materia si avverte, anzi, in maniera problematica la necessità di stabilire un giusto equilibrio tra le esigenze di sicurezza degli Stati e il doveroso rispetto di quei diritti umani che anche agli stranieri irregolari vanno in ogni circostanza garantiti.

### 5. I rapporti con la Turchia

Un altro aspetto fondamentale della posizione dell'Unione europea nei confronti del Mediterraneo riguarda i suoi rapporti con la Turchia<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Nell'ampia bibliografia in materia segnaliamo LENSKI, *Turkey (including North Cyprus)*, in *The European Union and Its Neighbours*, cit., p. 283 ss.; NUGENT, *The EU's Response to Turkey's Membership Application: Not Just a Weighing of Costs and Benefits*, in *Journal of European Integration*, 2007, p. 481 ss.; REDMOND, *Turkey and the European Union: troubled European or European Trouble?*, in *Int. Affairs*, 2007, p. 305 ss.; TOCCI, op. cit., p. 53 ss.; FRACCHIOLLA, *L'allargamento della UE alla Turchia*, in Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, *Annali 2007-2008*, p. 125 ss.; GÖKALP, ÜNSAR, *From the Myth of European Union Accession to Disillusion: Implications for*

L'*iter* di una (possibile) ammissione di tale Stato è il più lungo che si sia mai verificato nell'esperienza dell'allargamento dell'Unione europea. La possibilità di un'ammissione, invero, era contemplata già nell'Accordo di associazione del 12 settembre 1963, in vigore dal 1° dicembre 1964, ma solo nel 1987, dopo una lunga crisi democratica conseguente al colpo di Stato del 1980, la Turchia presentò ufficialmente domanda di ammissione, incontrando peraltro un rifiuto della Comunità europea. La posizione dell'Unione europea si è sbloccata solo di recente: il Consiglio europeo di Bruxelles del 16-17 dicembre 2004, tenuto conto delle numerose e profonde riforme attuate dalla Turchia, ha deciso di aprire i negoziati di adesione, che sono iniziati il 3 ottobre 2005.

Sebbene la Turchia sia quindi ufficialmente uno Stato candidato, la sua candidatura è accompagnata da una massa di dubbi, di obiezioni, aperte ostilità che si manifestano in dichiarazioni di governi, in sondaggi dell'opinione pubblica dei Paesi europei, in prese di posizione di autorevoli statisti, che non sono mai emerse nei riguardi di precedenti candidature e che rendono persino poco comprensibile come si sia potuto giungere all'unanimità degli Stati membri, necessaria per l'apertura dei negoziati. In realtà la situazione della Turchia è, per vari aspetti, singolare. Anzitutto, i vantaggi che il suo ingresso determinerebbe per l'Unione europea – e che certamente sussistono – sono controbilanciati da inconvenienti e rischi che, per altro verso, potrebbero sconsigliare la sua ammissione. Ma la singolarità della Turchia risiede specialmente nella sua collocazione geopolitica, ai margini dei confini europei e in parte già nel continente asiatico; nella sua identità culturale; nella sua religione islamica, fortemente radicata nel tessuto sociale di tale Paese. La decisione di ammettere o meno la Turchia, dunque, implica una scelta di più ampio respiro e, forse, irrevocabile in merito alle dimensioni dell'Europa, alla definizione dei suoi confini, geografici e non solo, in definitiva, in merito alla identità stessa dell'Europa. Il carattere determinante di tale scelta sul futuro dell'Unione emerge nei toni, quasi apocalittici e, comunque,

*Religious and Ethnic Politicization in Turkey*, in *Middle East Journal*, 2008, p. 93 ss.; MÜFTÜLER-BAÇ, *The European Union's Accession Negotiations with Turkey from a Foreign Policy Perspective*, in *Journal of European Integration*, 2008, p. 63 ss.; PASTORI, *La trappola della diversità. L'Unione europea e la questione dell'allargamento alla Turchia*, in *L'Unione europea in cerca di identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della «Costituzione»* (a cura di Draetta, Santini), Milano, 2008, p. 309 ss.; QUADRANTI, *Turchia: ponte tra Unione europea e Medio Oriente?*, in *Le competenze esterne della Comunità e dell'Unione europea*, cit., p. 269 ss.; con particolare riguardo ai problemi legati alla libertà religiosa cfr. BARATTA, *La libertà di culto in Turchia nella prospettiva dell'adesione all'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, p. 651 ss., e in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, II, p. 887 ss.

estremamente critici con i quali illustri statisti, protagonisti della costruzione europea, si sono espressi riguardo all'ammissione della Turchia. È celebre l'intervista del settembre 2004 di Valéry Giscard d'Estaing, presidente della «Convenzione» europea, il quale aveva dichiarato senza mezzi termini che l'ammissione della Turchia avrebbe rappresentato la fine dell'Europa. E l'ex commissario Bolkestein giunse ad affermare che ove la Turchia fosse entrata nell'Unione europea, a causa della conseguente islamizzazione dell'Europa, la vittoria di Vienna del 1683 sarebbe stata inutile!

Come si è accennato, numerose sono le motivazioni, talvolta esplicite, altre volte non espressamente manifestate, che inducono le istituzioni europee (a cominciare dalla Commissione, incaricata di monitorare il progressivo adempimento delle condizioni richieste per l'adesione), singoli Stati membri e la stessa opinione pubblica a dubitare della possibilità (o della opportunità) di un allargamento e che investono, molto spesso, gli stessi «benefici» che ci si può attendere dall'ingresso della Turchia nell'Unione. Così, da un punto di vista economico e commerciale, la Turchia rappresenta un enorme mercato ed è già legata alla Comunità europea da un accordo di unione doganale; l'ammissione condurrebbe a una piena liberalizzazione dei rapporti commerciali. Tuttavia l'economia della Turchia appare ancora lontana dagli *standard* europei e può dubitarsi della esistenza di una economia di mercato capace di essere competitiva all'interno dell'Unione.

Sul piano economico-demografico la Turchia ha una forza lavoro estremamente giovane, che potrebbe rispondere alle esigenze di vari Paesi europei, tra l'altro contribuendo al mantenimento di un sistema pensionistico e di *welfare*, sempre più a rischio nei Paesi membri a causa del costante invecchiamento della popolazione. Per converso, tenuto conto della non soddisfacente situazione economica della Turchia, la spinta a spostarsi in altri, più floridi, Paesi europei riceverebbe dall'allargamento un ulteriore impulso; potrebbero così determinarsi massicci flussi migratori, che potrebbero danneggiare i lavoratori locali, mettendo a repentaglio il mantenimento del loro livello e condizioni di occupazione; inoltre fenomeni del genere sono suscettibili di fomentare sentimenti di timore nei confronti della «concorrenza» straniera, se non di xenofobia, sentimenti che si ritiene abbiano avuto un peso non trascurabile nella «bocciatura» referendaria della c.d. Costituzione europea in Francia e in Olanda.

Il «peso» della Turchia, legato alle sue dimensioni, come al suo potenziale militare e alla sua posizione strategica, può certo rappresentare un arricchimento per l'Unione; per esempio, la Turchia potrebbe contribuire al rafforzamento della PESD, come pure ad un suo più efficace

ruolo nel conflitto israelo-palestinese; inoltre, per la sua collocazione geografica, la Turchia potrebbe favorire il transito di fonti di energia (come gasdotti) provenienti dall'Oriente e, così, beneficiare la politica energetica, che costituisce sempre più una materia di vitale interesse per l'Unione europea. Ma queste stesse caratteristiche possono essere viste anche come rischi per il futuro dell'Unione (o come tali percepite dai suoi Membri), rischi che si inquadrano in quella condizione di ammissione evocata a Copenaghen nel 1993 e concernente la capacità dell'Unione europea di «assorbire» nuovi Membri, conservando il suo grado di integrazione. La collocazione geografica della Turchia può provocare anche un eccessivo sbilanciamento degli equilibri politici verso l'Est, o, peggio, un coinvolgimento in conflitti, interni o internazionali, come quelli connessi al contrasto al terrorismo di matrice curda, che conduce la Turchia ad attacchi periodici contro il Kurdistan iracheno, violando quel che resta della sovranità del martoriato Iraq e il diritto internazionale. Anche le dimensioni, anzitutto demografiche, possono determinare contraccolpi, non agevolmente «assorbibili», nelle istituzioni dell'Unione, sotto il profilo del numero di parlamentari europei spettanti alla Turchia e della eventuale ponderazione nel voto nel Consiglio. Particolarmente preoccupata di tali effetti appare la Francia, la quale prevede il ricorso a referendum rispetto a domande di ammissione di Paesi che rappresentino almeno il 5% della popolazione europea (misura che è sembrata invero appositamente diretta contro la candidatura turca).

Tra i benefici derivanti dall'ammissione della Turchia è particolarmente condivisa, anche a livello dell'opinione pubblica, la convinzione che l'Unione europea debba assolvere la propria responsabilità nel favorire – e, in qualche misura, guidare – il processo di modernizzazione della società turca, in specie il rafforzamento di istituzioni sicuramente democratiche, delle strutture amministrative e giudiziarie, il rispetto e la promozione dei diritti umani, in particolare delle donne, delle minoranze, la libertà di espressione e il ruolo dei sindacati, il pluralismo. In altri termini, anche nei confronti della Turchia l'obiettivo è quello di «esportare» i valori dell'Unione europea, di esercitare una forma di potenza o «egemonia» normativa; e anche in questo caso – come per i Paesi dei Balcani occidentali – lo strumento adottato per perseguire tale obiettivo è quello della condizionalità, subordinando ai risultati concretamente realizzati in Turchia, non solo l'assistenza finanziaria (fondata, quale Stato candidato, sullo strumento di pre-adesione istituito dal citato regolamento 1085/2006), ma anche, e ancor più, il progresso nella tabella di marcia verso l'adesione, in ogni caso non considerata imminente dalla stessa Commissione. Quest'ultima ha dichiarato, infatti, di potere raccomanda-

re alla decisione del Consiglio (da prendere a maggioranza qualificata) la sospensione dei negoziati in caso di grave e persistente violazione da parte della Turchia dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto sui quali l'Unione si fonda.

Deve riconoscersi che tale metodo ha prodotto risultati importanti, testimoniati da una massa poderosa di provvedimenti normativi volti ad uniformare l'ordinamento turco all'*acquis* comunitario, incidendo sui temi particolarmente sensibili, che coinvolgono l'adempimento anche dei parametri politici di adesione, come l'abolizione della pena di morte, l'attenuazione del peso delle forze armate nella vita politica e persino una riforma del tanto contestato art. 301 del codice penale turco, sostituendo al reato di denigrazione della identità turca quello di denigrazione della nazione turca e diminuendo le pene previste. Non manca, infatti, chi ritiene che si sia già ampiamente realizzata una «europeizzazione» della Turchia, che potrebbe agevolmente completarsi negli anni prossimi, anteriormente alla definitiva adesione. Ma anche questa tematica si presta a considerazioni opposte: la persistenza di restrizioni alla libertà di stampa, il ricorso (sebbene ridotto) alla tortura, una ancora diffusa corruzione, limitazioni ai diritti delle minoranze sconsigliano di ammettere un Paese che appare ancora distante dai più sentiti «valori» europei. Anche l'irrisolto contenzioso tra la Turchia e Cipro<sup>21</sup>, che pure rappresenta una ragione ostativa all'ammissione della Turchia, può costituire un argomento «a doppio taglio»: per un verso, potrebbe sostenersi che l'ingresso della Turchia favorirebbe una soluzione della questione cipriota all'interno dell'Unione; per altro verso, ritardare tale ingresso potrebbe costituire una forma di pressione per indurre la Turchia ad accettare, o ad agevolare, una data soluzione.

Come si è accennato, al di là dei pur numerosi argomenti di dibattito sull'allargamento dell'Unione europea alla Turchia, ve n'è uno che appare centrale e determinante e che ha natura, per così dire, culturale. Ci si chiede, cioè, se, e fino a qual punto, tale Stato possa considerarsi davvero europeo e se, e in quale misura, il suo ingresso verrebbe ad alterare l'identità stessa dell'Europa, le sue radici culturali e religiose, i suoi fondamenti, quell'eredità di valori incentrati sui diritti fondamentali della persona, sui principi di libertà, democrazia, eguaglianza, stato di diritto, quali erano enfaticamente proclamati nel Preambolo della Costituzione europea e che permettono di delineare un'Europa unita, pur nella diversità. In realtà, proprio quest'ultimo elemento, la diversità, potrebbe giuoca-

<sup>21</sup> In proposito vedi *infra*, par. 6.

re a favore dell'ammissione della Turchia: tale ammissione, infatti, potrebbe rappresentare la conferma storica di una compatibilità tra Islam e democrazia, un riconoscimento e un sostegno al mondo islamico moderato, in contrapposizione al fondamentalismo, un'occasione per lanciare, con la Turchia, un ponte verso l'Oriente che faciliti il dialogo interculturale, la comprensione tra i popoli, in ultima analisi, la costruzione e il consolidamento di rapporti pacifici ai confini dell'Europa e nell'area mediterranea. Ma, per altro verso, la «diversità» della Turchia è sovente avvertita come incompatibile con l'identità europea, con le stesse capacità di «assorbimento» dell'Unione, che, con il suo ingresso, vedrebbe a rischio il proprio livello di integrazione, fatto anche di valori condivisi, radici comuni, patrimonio di cultura e di religione. E così, di volta in volta, l'ingresso della Turchia è parso contrastante con i principi laici, propri dell'Unione, così come con le tradizioni cristiane dell'Europa; si è osservato che tale ingresso eleverebbe al 20%, rispetto all'attuale 3%, la popolazione islamica dell'Unione europea; specie secondo vari Stati membri (Francia, Germania, Olanda) la «diversità» turca sarebbe una minaccia per l'affermarsi di una reale coscienza europea, o per un auspicato, ma non facilmente identificabile, *demos* europeo. Non manca poi, in alcuni Stati, come l'Austria e l'Ungheria, una certa ostilità retaggio di esperienze, se pur lontane, di occupazione ottomana. Lo Stato che appare il maggiore sostenitore della Turchia, cioè il Regno Unito, sembra motivato proprio dalla considerazione che la «diversità» di tale Stato rafforza la configurazione di un'Europa consistente essenzialmente in un vasto mercato interno, integrato da varie forme di cooperazione intergovernativa, configurazione alla quale vanno tuttora le preferenze del Regno Unito<sup>22</sup>. Quanto all'opinione pubblica, sembra che nessun precedente candidato abbia raccolto un così basso «indice di gradimento» come la Turchia.

Il quadro risultante mostra non solo una Turchia, ma un'Europa in mezzo al guado, indecisa sui propri definitivi confini, e probabilmente sulla propria autentica identità, incerta se limitarsi a completare il proprio allargamento a quei soli Stati, dei Balcani occidentali, che sembrano naturalmente rientrare nei propri tradizionali confini e nelle proprie originarie radici culturali, o se osare uno slancio più ambizioso verso una realtà differente, alla ricerca di nuovi ampliamenti o partenariati, con i possibili contraccolpi che quest'ultima scelta può implicare per la coesione e l'approfondimento della presente Unione europea. Ciò che sembra prevedibile è che, ove il processo di adesione della Turchia si arre-

<sup>22</sup> Cfr. NUGENT, op. cit., p. 488.

stasse (o fallisse definitivamente), sarebbe ben difficile un progresso nella «europeizzazione» della Turchia: solo un meccanismo di intensa condizionalità politica, che veda un'applicazione «premiale» consistente nell'ingresso di tale Paese nell'Unione potrebbe spingere ulteriormente innanzi i processi di riforma in atto in Turchia. In mancanza le pressioni europee avrebbero il sapore di un tentativo di imposizione egemonica dei principi (e forse degli interessi) europei, al quale la Turchia sarebbe presumibilmente indotta a reagire con fastidio, se non contrapponendo una rivendicazione dei propri valori e della propria cultura.

#### *6. La questione di Cipro*

Abbiamo accennato agli ostacoli all'ammissione della Turchia derivanti dalla mancata soluzione della questione cipriota, apertasi con il tentativo di *enosis* della Grecia e con il successivo intervento militare turco del 1974. Com'è noto, attualmente Cipro è sostanzialmente divisa in due zone, essendosi formato nella parte settentrionale uno Stato turco-cipriota proclamatosi indipendente, ma disconosciuto dal Consiglio di sicurezza con ris. n. 541 (1983) e non riconosciuto da nessuno Stato, se non dalla Turchia. Quest'ultima, al contrario, non ha rapporti con lo Stato originario (e unico) della Repubblica di Cipro. In particolare, dopo l'ammissione di Cipro all'Unione europea, la Turchia frappone una decisa resistenza all'applicazione a tale Stato del Protocollo di Bruxelles del 29 luglio 2005 aggiuntivo dell'Accordo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e la Turchia a seguito dell'allargamento dell'Unione europea, escludendo, in ogni caso, che detto Protocollo implichi, da parte sua, il riconoscimento della Repubblica di Cipro.

La situazione di Cipro è da vari anni oggetto delle iniziative del Consiglio di sicurezza e del Segretario generale delle Nazioni Unite, al fine di agevolare – tramite la mediazione o, ultimamente, i buoni uffici di quest'ultimo – una soluzione che, escludendo la secessione del nord dell'isola e garantendo l'unità di tale Stato, conduca, mediante un negoziato diretto fra la parte greca e quella turca di Cipro, a un nuovo assetto costituzionale fondato su una federazione bicomunitaria e bizonale e su un piano di eguaglianza politica. I vari segretari hanno proposto diversi progetti, ma senza successo. L'ultimo, il piano Annan, è stato respinto a seguito di un referendum (tenutosi separatamente nelle due parti, nord e sud, di Cipro), che ha visto l'approvazione della comunità turco-cipriota, ma una decisa bocciatura di quella greco-cipriota (aprile 2004). Gli sforzi del Segretario generale sono continuati e di recente, il 3 settembre

2008, sono ripresi negoziati diretti tra i dirigenti delle due parti, con il pieno sostegno manifestato dal Consiglio di sicurezza con ris. n. 1847 (2008). Peraltro permangono divergenze su aspetti fondamentali e – come rileva il Segretario generale Ban Ki-moon nel suo rapporto del 15 maggio 2009<sup>23</sup> – le popolazioni greco-cipriota e turco-cipriota appaiono molto scettiche sui negoziati in corso e ciò è tutt'altro che incoraggiante, considerando che qualsiasi eventuale accordo dovrà essere sottoposto a referendum di ciascuna di tali comunità.

Rispetto alla questione cipriota l'Unione europea ha tenuto una posizione strettamente conforme alle determinazioni delle Nazioni Unite<sup>24</sup>, consistenti nel disconoscimento della Repubblica turca di Cipro del nord, coerentemente con la regola, che può ritenersi di diritto internazionale generale, secondo la quale le situazioni realizzate a seguito dell'uso della forza sono illegittime e, quindi, non riconoscibili. Così, al momento dell'ammissione di Cipro all'Unione europea (il 1° maggio 2004), la parte settentrionale dell'isola è rimasta sostanzialmente esclusa dall'ordinamento dell'Unione, in quanto sottratta al controllo effettivo della Repubblica di Cipro. Ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 10 dell'Atto di adesione, in attesa di una soluzione globale della questione di Cipro, l'applicazione dell'*acquis* è sospesa nelle zone della Repubblica di Cipro nelle quali il Governo della Repubblica di Cipro non esercita un controllo effettivo (corrispondenti al territorio del sedicente Stato turco del nord). Ciò, tuttavia, non osta all'adozione di misure intese a promuovere lo sviluppo economico di tali zone (art. 3), poiché l'Unione desidera che l'adesione di Cipro sia proficua per tutti i cittadini ciprioti e promuove la pace e la riconciliazione tra le parti.

Già la Corte di giustizia, con la sentenza del 5 luglio 1994, causa C-432/92, *Anastasiou*, aveva dichiarato che, in base all'Accordo di associazione tra la Comunità europea e Cipro del 19 dicembre 1982, non potevano essere accettati certificati di circolazione rilasciati dalle autorità di una entità come quella stabilita nella parte settentrionale di Cipro, che non è riconosciuta dalla Comunità né dagli Stati membri, i quali riconoscono unicamente la Repubblica di Cipro. Di fatto tale pronuncia comportava una parziale sospensione dell'applicazione dell'Accordo di associazione alla parte settentrionale di Cipro. Più di recente la Corte di giu-

<sup>23</sup> UN doc. S/2009/248.

<sup>24</sup> In argomento cfr. BILGE, *La situation juridique de Chypre dans ses deux composantes par rapport au droit communautaire*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2006, p. 586 ss.; HOFFMEISTER, *Legal aspects of the Cyprus problem. Annan Plan and EU accession*, Leiden, 2006; LENSKI, op. cit., p. 288 ss.; MARCHAT, *Chypre, un état européen très particulier ...*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2006, p. 468 ss.; TOCCI, op. cit., p. 28 ss.

stizia è tornata ad occuparsi della condizione di Cipro nord con riguardo al citato Protocollo n. 10 dell'Atto di adesione. Nella sentenza 28 aprile 2009, causa C-420/07, *Apostolides*, essa ha dichiarato che la sospensione dell'*acquis* comunitario nella zona nord di Cipro non osta al riconoscimento (ai sensi del regolamento 44/2001<sup>25</sup>) di una decisione relativa ad un immobile situato in tale zona, ma emanata da un giudice della Repubblica di Cipro avente sede nella zona (sud) controllata dal governo legittimo di detto Stato.

Se dai giudici non può aspettarsi – com'è ovvio – che una rigorosa applicazione del diritto e, quindi, delle soluzioni conformi alla considerazione dello Stato turco-cipriota quale entità priva di qualsiasi soggettività (e di qualsiasi potere giuridico), sul terreno politico forse l'Unione europea avrebbe potuto fare di più<sup>26</sup>. Pur muovendo dall'inesistenza giuridica dello Stato nord cipriota e dal doveroso rispetto dell'unità e dell'integrità territoriale dell'unica Repubblica di Cipro, l'Unione avrebbe potuto svolgere un ruolo attivo nella ricerca di una soluzione globale della questione cipriota, ruolo che invece non sembra sia stata in grado di sostenere.

L'Unione europea, invero, ha sempre appoggiato le iniziative del Segretario generale delle Nazioni Unite, ma ha lasciato a queste ultime la funzione di mediazione, limitandosi sostanzialmente a occuparsi del procedimento di ammissione di Cipro. Una volta che la Repubblica di Cipro è entrata nell'Unione europea, questa ha esaurito i mezzi di pressione utilizzabili sulla comunità greco-cipriota per indurla a soluzioni di compromesso: in altri termini, il meccanismo di condizionalità non ha potuto più operare, tanto che – come si è ricordato – tale comunità ha respinto il piano Annan, sostenuto dall'Unione europea.

Si aggiunga che, a questo punto, l'Unione europea ha perso quella posizione di terzietà fra le due comunità cipriote, indispensabile per giuocare un ruolo di mediazione, in quanto l'ammissione di Cipro ha comportato, nella sostanza, il successo della comunità greco-cipriota, rappresentata dalla Repubblica di Cipro, e l'emarginazione di quella turco-cipriota, esclusa dall'*acquis* comunitario, come, già in precedenza, dall'applicazione dell'Accordo di associazione del 1972. Ciò non ha impedito all'Unione europea di assumere qualche decisione a favore della comunità turco-cipriota, come l'adozione del regolamento 389/2006 che istituisce uno strumento di sostegno finanziario per promuovere lo svi-

<sup>25</sup> Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *G.U.C.E.* 16 gennaio 2001 L 12, p. 1.

<sup>26</sup> Si vedano le penetranti considerazioni di TOCCI, op. cit., p. 38 ss.

luppo economico della comunità turco-cipriota<sup>27</sup> (un altro regolamento 587/2008<sup>28</sup> – modificativo del regolamento 866/2004<sup>29</sup> –, tende invece ad agevolare l'attraversamento della «linea verde» tra le due zone di Cipro); ma, al fine dichiarato di evitare ogni rischio di riconoscimento implicito delle autorità di Cipro nord, il suddetto regolamento 389/2006 è destinato prevalentemente ad operare nei confronti delle diverse espressioni della società civile. Di conseguenza, l'Unione finisce per non avere contatti ufficiali con i dirigenti politici di tale comunità, precludendosi così ogni concreta possibilità di dialogo. Per altro, la posizione dell'Unione europea è condizionata dalla stessa Repubblica di Cipro, per cui l'Unione si ritrova ad essere più «parte» che mediatore nella questione cipriota. Si ha la sensazione, insomma, che, ai fini della soluzione di tale questione, forse l'ingresso nell'Unione di Cipro ancora Stato diviso non sia stato proficuo, o che, quanto meno, ciò abbia fortemente ridotto le possibilità di pacificazione dell'Unione europea.

### 7. La questione israelo-palestinese

L'Unione europea ha da tempo maturato la convinzione che non è possibile godere di condizioni di prosperità, di stabilità, di pace, di sicurezza al proprio interno se non in un Mediterraneo anch'esso prospero, stabile, pacifico, sicuro. Se questa convinzione, che è all'origine del processo di Barcellona (Dichiarazione della Conferenza euromediterranea del 27-28 novembre 1995), è ben giustificata, è altrettanto vero che non è pensabile un'area mediterranea con tali caratteristiche se non risolvendo il conflitto israelo-palestinese: questo, con il suo carico di tensioni e di violenze, suscettibili di irradiarsi nell'intero Mediterraneo, è al centro di qualsiasi prospettiva di sviluppo, di sicurezza, di cooperazione tra i Paesi del Mediterraneo.

L'Unione (all'epoca Comunità) europea sin dai primi anni '70, agli albori di una cooperazione politica europea, si è interessata attivamente al processo di pace in Medio Oriente, e particolarmente al conflitto tra

<sup>27</sup> Regolamento (CE) 389/2006 del Consiglio, del 27 febbraio 2006, *G.U.U.E.* 7 marzo 2006 *L* 65, p. 5.

<sup>28</sup> Regolamento (CE) 587/2008 del Consiglio, del 16 giugno 2008, *G.U.U.E.* 24 giugno 2008 *L* 163, p. 1.

<sup>29</sup> Regolamento (CE) 866/2004 del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ad un regime ai sensi dell'articolo 2 del protocollo n. 10 dell'atto di adesione, *G.U.U.E.* 30 aprile 2004 *L* 161, p. 128.

Israele e la Palestina<sup>30</sup>. Se la motivazione principale di tale interesse va ricercata nella consapevolezza che – come si è detto – la soluzione del conflitto è condizione ineludibile della stabilità, della sicurezza, del benessere nell'intera area mediterranea, e quindi in Europa, a tale motivazione si legano ulteriori ragioni di interesse e di coinvolgimento, sia dell'Unione che dei suoi Stati membri. Come è stato acutamente rilevato<sup>31</sup>, gli interessi dell'Unione europea riguardano una serie di fattori critici, legati alla permanenza del conflitto israelo-palestinese, quali la violenza politica e il terrorismo internazionale, flussi migratori non controllati, sicurezza nell'approvvigionamento di risorse energetiche, la sicurezza e lo sviluppo di scambi commerciali. L'Europa, e specie alcuni Stati europei, hanno – e, presumibilmente, sentono di avere – delle responsabilità storiche nei verso entrambe le parti; esse riguardano la *Shoah*, nei confronti della popolazione ebraica, e la politica, quanto meno ambigua, verso i palestinesi, tenuta dal Regno Unito, sino alla *Nakba*, la «catastrofe» della diaspora palestinese conseguente alla nascita dello Stato di Israele. Insomma, il conflitto israelo-palestinese, ha origine, in larga misura, nelle politiche – se non nei crimini – di Potenze europee, per cui oggi sussiste un dovere morale e politico di contribuire alla soluzione di tale conflitto.

È stato osservato che anche il fattore religioso può giocare un ruolo chiave, essendo il Medio Oriente, e particolarmente Gerusalemme, il banco di prova della capacità delle tre grandi religioni monoteiste di convivere, anzi di promuovere la pace nella regione, o, al contrario, di costituire un ulteriore elemento di contrasto e di divisione. Infine, per l'Unione europea il conflitto israelo-palestinese si intreccia anche con le relazioni transatlantiche: il rapporto privilegiato con Israele degli Stati Uniti e gli interessi politici, strategici, militari di questi ultimi nello scacchiere mediorientale comportano che le scelte della politica europea si riflettano immediatamente sui rapporti tra l'Unione e gli Stati Uniti e rendano indispensabile uno stretto rapporto con la politica mediorientale statunitense; con il rischio, peraltro, che la politica europea si appiattisca su quella statunitense, perdendo le opportunità connesse a un proprio autonomo ruolo nel processo di pace.

La politica europea verso le parti in conflitto si svolge – non senza

<sup>30</sup> Cfr. *The EU and the Crisis in the Middle East* (a cura di Ortega), Paris, 2003; DOUMA, *Israel and the Palestinian Authority*, in *The European Union and Its Neighbours*, cit., p. 433 ss.; PACE, op. cit., p. 1043 ss.; TOCCI, op. cit., p. 100 ss.; PEDERZOLI, *Le relazioni economiche tra Europa e Medio Oriente*, in *Le competenze esterne della Comunità e dell'Unione europea*, cit., p. 215 ss.

<sup>31</sup> TOCCI, op. cit., p. 100.

qualche contraddizione, come si vedrà – sulla base di alcune linee fondamentali. Anzitutto tale politica si conforma alle norme di diritto internazionale rilevanti e alle determinazioni assunte dalle Nazioni Unite. Ciò implica, com'è evidente, il riconoscimento del diritto di Israele a vivere entro confini sicuri; con Israele, d'altra parte, esistono antiche relazioni, essendo stato il terzo Paese, dopo gli Stati Uniti e la Grecia, a stabilire rapporti di tipo diplomatico con la Comunità economica europea, sin dalla fine degli anni '50. Il riferimento al diritto internazionale ha comportato anche il progressivo riconoscimento del diritto di autodeterminazione del popolo palestinese. A partire dalle caute aperture del Consiglio europeo del 6 novembre 1973, nel quale gli Stati membri (all'epoca nove) dichiararono il loro sostegno ai legittimi diritti dei Palestinesi, proseguendo con la Dichiarazione di Venezia del 13 giugno 1980 sul diritto di autodeterminazione di tale popolo, con la Dichiarazione di Berlino del 24 marzo 1999, nella quale il Consiglio affermava che la nascita di uno Stato palestinese, democratico, effettivo, pacifico e sovrano sarebbe stata la migliore garanzia per la sicurezza di Israele e per la sua accettazione su un piano di parità nella regione mediterranea, con la Dichiarazione di Siviglia del 22 giugno 2002, nella quale l'Unione affermava che l'obiettivo per la soluzione del conflitto dovrebbe consistere nella nascita di uno Stato palestinese, in principio nei territori occupati da Israele nel 1967, così da raggiungere il risultato di due Stati democratici che vivano fianco a fianco, in confini sicuri e riconosciuti, avendo normali relazioni con i loro vicini e trovando soluzioni concordate tra le parti sulle questioni, particolarmente complesse, dello *status* di Gerusalemme e dei rifugiati palestinesi. Infine, con l'adozione della *Road Map*, approvata anche dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con ris. n. 1515 (2003), l'Unione europea entra nel «Quartetto» con le Nazioni Unite, gli Stati Uniti e la Russia, con l'obiettivo di fare avanzare la tabella di marcia verso il risultato (tuttora molto incerto e lontano) dei due Stati indipendenti. L'osservanza del diritto internazionale comporta inoltre la riaffermazione del divieto dell'uso della forza, nonché l'illiceità degli acquisti territoriali ottenuti con la forza.

Peraltro l'Unione incontra serie difficoltà nel tradurre in azioni concrete la propria adesione ai ricordati principi giuridici. Invero, ci si trova in presenza di una situazione di violenza endemica, che non raramente esplose in maniera particolarmente ampia e drammatica, con atti terroristici, sollevazioni popolari, rappresaglie, interventi militari, come quello israeliano a Gaza del dicembre 2008, protrattosi sino al gennaio 2009. Dinanzi a questa situazione, tenuto conto che non sussistono le condizioni per una eventuale operazione militare (di *peace-keeping*) dell'Unione

europea, sotto l'aspetto operativo l'iniziativa europea si è ridotta essenzialmente all'invio di una missione di assistenza alle frontiere per il valico di Rafah (EU BAM Rafah), istituita con l'azione comune 2005/889/PESC, più volte rinnovata e modificata, avente funzioni di assistenza alla polizia palestinese dopo il disimpegno di Israele dalla striscia di Gaza e costituita su richiesta sia dell'Autorità palestinese che del governo israeliano<sup>32</sup>. Si tratta di una meritoria forma di sostegno, destinata peraltro a dissolversi nei momenti di ricorso alla forza armata e alla violenza generalizzata.

Anche il disconoscimento degli acquisti territoriali ottenuti con la forza non sempre riesce a tradursi in concrete, coerenti condotte. Tale disconoscimento, infatti, implica anche la condanna degli insediamenti israeliani; e invero gli accordi tra la Comunità europea e Israele si applicano al «territorio» di Israele, che – sebbene non espressamente definito – secondo la Comunità non comprende i territori occupati nel 1967, in quanto la sovranità israeliana non vi si estende e non può esercitarsi neppure sugli insediamenti israeliani. Nell'applicazione dell'Accordo euro-mediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e Israele, dall'altra (Bruxelles, 20 novembre 1995, in vigore dal 1° giugno 2000), è sorta, peraltro, una controversia nella quale, di fatto, l'autorità israeliana ha finito per esercitarsi sui prodotti provenienti da tali insediamenti. Il trattamento preferenziale all'importazione nella Comunità doveva limitarsi ai beni prodotti nel territorio d'Israele, con esclusione di quelli provenienti dagli insediamenti nei territori occupati. Ma a lungo Israele non distingueva la provenienza dei propri prodotti, con il risultato che il trattamento preferenziale si estendeva ai beni provenienti dai territori occupati. Il contenzioso si è risolto con un Accordo tecnico, in vigore dal febbraio 2005, in virtù del quale Israele dichiara la località, eventualmente situata nei territori occupati, di provenienza di ogni prodotto destinato all'esportazione nella Comunità europea, limitandosi così il trattamento preferenziale ai beni provenienti dal territorio «originario» di Israele. Malgrado tale soluzione, il problema giuridico concernente il disconoscimento dell'autorità israeliana nei territori non pare pienamente superato, poiché, in definitiva, essa implica il potere di Israele di certificare la provenienza dei prodotti dagli insediamenti, così parificandoli, nella propria prospettiva, a zone appartenenti al proprio territorio.

La situazione dei territori occupati rende poco coerenti, sul piano operativo, anche i rapporti dell'Unione con i Palestinesi. In una prima

<sup>32</sup> Azione comune 2005/889/PESC del Consiglio, del 12 dicembre 2005.

fase, sul piano delle relazioni commerciali, la Comunità europea ha concesso un trattamento preferenziale a prodotti provenienti dai territori occupati mediante propri atti, a partire dal regolamento 3363/86<sup>33</sup>. Successivamente, quando l'Autorità palestinese (così come Israele) è stata coinvolta nel partenariato euromediterraneo istituito dal processo di Barcellona, è stato concluso a Bruxelles, il 24 febbraio 1997, un Accordo euromediterraneo interinale di associazione tra la Comunità europea e l'OLP, a beneficio dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della striscia di Gaza, in vigore dal 1° luglio 1997. La situazione dei territori, in particolare il loro isolamento ad opera delle autorità israeliane, nonché le ricorrenti crisi, le esplosioni di violenza, gli attacchi militari, rendono scarsamente operativi i meccanismi diretti a favorire l'esportazione di prodotti dai territori nella Comunità.

Anche l'inserimento dell'Autorità palestinese (con Israele) nella Politica europea di vicinato nel 2003 e la pur cospicua assistenza finanziaria erogata dall'Unione nel quadro di diversi programmi non sembrano condurre a risultati soddisfacenti. In primo luogo, i frequenti interventi militari israeliani conducono sovente alla distruzione di impianti, infrastrutture e altri stabilimenti costruiti grazie ai finanziamenti europei, tanto che la Commissione nel 2007 avanzò la possibilità di chiedere un risarcimento dei danni ad Israele (senza però dare seguito a tale dichiarazione). In secondo luogo, sussiste il sospetto che tali finanziamenti possano essere usati, in realtà, a fini terroristici, o almeno come incoraggiamento ed educazione alla violenza, o sostegno alle famiglie di «martiri». Tale sospetto ha provocato indagini dell'OLAF (Ufficio antifrode europeo) nel 2003, senza peraltro raggiungere risultati sicuri sul punto, nonché un'azione giudiziaria per risarcimento contro la Comunità, respinta peraltro dal Tribunale di primo grado con ordinanza del 23 aprile 2003<sup>34</sup>.

Pure nei riguardi di Israele e dell'Autorità palestinese l'Unione europea conferma quella tendenza generale ad «esportare» i propri valori, a porsi come «*normative power*». Ciò risulta in maniera evidente dall'art. 2 del menzionato Accordo euromediterraneo di associazione con Israele e dallo stesso articolo dell'Accordo interinale con l'Autorità nazionale palestinese, i quali dichiarano che le relazioni tra le parti, così come tutte le disposizioni dell'Accordo, si fondano sul rispetto dei diritti umani e dei principi democratici, cui si ispira la loro politica interna e internazio-

<sup>33</sup> Regolamento (CEE) 3363/86 del Consiglio, del 27 ottobre 1986, concernente il regime tariffario applicabile alle importazioni nella Comunità di prodotti originari dei territori occupati, *G.U.C.E.* 1° novembre 1986 L 306, p. 103.

<sup>34</sup> Ord. emessa nella causa T-73/03, *Zaoni e altri c. Commissione*, confermata dalla Corte di giustizia, ord. 14 ottobre 2004, causa C-288/03 P.

nale e che costituisce elemento essenziale dell'Accordo. La qualificazione di «elemento essenziale» mette in evidenza come il rispetto di tali principi sia affidato al meccanismo di condizionalità, che può consentire a ciascuna parte dell'Accordo (in concreto, peraltro, alla Comunità europea) di adottare le misure appropriate in caso di violazione di tali principi (come espressamente stabiliscono, rispettivamente, gli articoli 79 e 70 dei suddetti Accordi), le quali potrebbero comprendere, alla luce delle norme generali sul diritto dei trattati, persino la loro sospensione o estinzione.

Tale tendenza dell'Unione europea risulta inoltre dalla Politica europea di vicinato, la quale, adottata nel 2003, è diretta a incentivare la cooperazione con i Paesi vicini dell'Unione europea (che ne condividono i confini terrestri o marini), al fine di creare una zona di prosperità, sicurezza e stabilità e di instaurare con detti Paesi relazioni privilegiate, basate sul riconoscimento di valori reciproci, quali la democrazia, i diritti umani, lo stato di diritto, la buona amministrazione, l'economia di mercato, lo sviluppo sostenibile. La politica europea di vicinato delinea i suoi obiettivi in maniera estremamente nitida nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nel quale essa si fonda espressamente sui «valori» dell'Unione. Ai sensi dell'art. 8 del TUE, quest'ultima, infatti, sviluppa con i Paesi limitrofi relazioni privilegiate al fine di creare uno spazio di prosperità e buon vicinato fondato sui valori dell'Unione e caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione.

Nel quadro della Politica europea di vicinato sono stati adottati dei piani d'azione, congiuntamente dall'Unione europea e da Israele e dall'Unione europea e dall'Autorità palestinese. La loro attuazione e il loro monitoraggio hanno luogo nel quadro giuridico-istituzionale costituito dai rispettivi accordi di associazione euromediterranei. Il funzionamento, pure nella politica di vicinato, della condizionalità (intesa in senso «premia» o «positivo») emerge dalla dichiarazione del Consiglio (Bruxelles, 13 e 14 dicembre 2004) secondo la quale l'intensità e il livello di ambizione delle relazioni con ciascun partner di vicinato saranno differenziati, in rapporto al grado di effettiva condivisione di valori comuni, allo stato di relazioni esistente con ciascuno Stato, ai suoi bisogni e alle sue capacità, nonché agli interessi comuni. Nel Piano d'azione per Israele si pone la prospettiva, seppure in maniera un po' generica, di un superamento del livello della cooperazione verso forme significative di integrazione, ivi compresa una partecipazione al mercato interno dell'Unione e la possibilità per Israele di essere inserita progressivamente in aspetti chiave delle politiche e dei programmi europei. Molto dettagliato e specifico è il Piano d'azione relativo all'Autorità palestinese, il

quale è diretto non solo a facilitare l'esecuzione dell'Accordo euromediterraneo, ma a sostenere l'Autorità palestinese nell'opera di riforma delle strutture politiche, amministrative e giudiziarie, nell'adozione e attuazione di politiche di promozione della crescita economica, di impiego, di coesione sociale, riduzione della povertà, protezione dell'ambiente. Data la persistente violenza, specie nella striscia di Gaza, l'Unione europea ha operato anche con l'istituzione di una missione di polizia avente il mandato di assistere la polizia palestinese<sup>35</sup>.

Nell'ambito del conflitto israelo-palestinese il tentativo dell'Unione europea di esportare i valori di democrazia, diritti umani, stato di diritto, economia di mercato assume uno specifico significato: esso, infatti, non risponde solo ad una politica generale dell'Unione che, sebbene sostanziata da «valori», può apparire espressione di una tendenza «egemonica», ma anche, e soprattutto, a promuovere una soluzione del conflitto basata su due Stati democratici e sicuri. Sotto questo aspetto, gli stessi principi proclamati dall'Unione hanno una funzione ancor più decisiva, in quanto tendono a sostenere un processo che, per la Palestina, è uno «*State building*», di costruzione di uno Stato che tuttora non esiste e che si vorrebbe edificare sulla base dei suddetti valori. Ma forse, nella visione europea, vi è un collegamento più profondo tra i principi enunciati e un processo di costruzione della pace: l'esportazione dei diritti umani, dei principi democratici, dello stato di diritto, del buon governo, dello sviluppo economico e sociale è volta ad eliminare la povertà, la violenza, la conflittualità<sup>36</sup>, in altri termini, a creare dal basso, dalle radici, condizioni di pace e di stabilità.

Malgrado i principi costantemente affermati dall'Unione europea e le risorse da essa profuse, è opinione generalmente diffusa che il suo ruolo nel processo di pacificazione resti modesto e di scarsa efficacia<sup>37</sup>. Varie sono le ragioni di tale insuccesso. In primo luogo, gli stessi principi europei sono idonei a promuovere un processo di costruzione di una società democratica e dotata di strutture e istituzioni di governo efficaci e solide, ma un siffatto processo non è realisticamente immaginabile in situazioni di diffusa violenza, di assenza di una *leadership* internazionalmente riconosciuta, di ricorrenti interventi e occupazioni militari. Il processo di *peace-building* (o di *State building*) può essere attuato solo quando il fragore delle armi e il ricorso alla violenza siano cessati.

In secondo luogo, varie ragioni rendono scarsamente operativo quel

<sup>35</sup> Azione comune 2005/797/PESC del Consiglio, del 14 novembre 2005, *G.U.U.E.* 17 novembre 2005 L 300, p. 65, più volte modificata e prorogata.

<sup>36</sup> Cfr. PACE, op. cit., p. 1054.

<sup>37</sup> Cfr. DOUMA, op. cit., p. 459.

meccanismo di condizionalità che, previsto costantemente nelle relazioni tra l'Unione e le due parti del conflitto, potrebbe promuovere il rispetto dei principi enunciati dall'Unione e, più in generale, potrebbe operare quale strumento di pressione sulle parti per indurle a pervenire a una soluzione definitiva del conflitto. Nei confronti di Israele l'Unione europea, pur non mancando di muovere critiche, per esempio riguardo alla costruzione del muro nella Cisgiordania, alla distruzione di infrastrutture, agli insediamenti, non ha mai fatto ricorso, e neppure minacciato il ricorso, alla possibilità di sospendere alcuni benefici. È probabile che interessi economici e politici, compresa una certa subordinazione alla politica statunitense in Medio Oriente, precludano alle istituzioni (come agli Stati) europei l'adozione di atteggiamenti più incisivi.

Per quanto riguarda i rapporti con la Palestina, è costante la condanna della violenza e degli atti terroristici, come pure il richiamo all'Autorità palestinese a contrastare atti del genere e ad assumere un pieno controllo nelle aree sotto la propria autorità (si vedano le Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 15 e 16 dicembre 2005). Ma, in primo luogo, ipotizzare sospensione di benefici o rallentamento nell'azione di sostegno incontra almeno due ostacoli: da un lato, le violazioni provengono da gruppi, organizzati o spontanei, ma non sono imputabili all'Autorità in quanto tale, per cui una reazione contro quest'ultima non parrebbe giustificata; dall'altro, la situazione disperata in cui si trovano i territori, che rende sovente inefficace qualsiasi forma di assistenza europea, induce ad escludere – per ragioni sia politiche che morali – reazioni ai danni della popolazione palestinese. In secondo luogo, proprio l'atteggiamento nei confronti della Palestina rivela una profonda contraddizione nella politica europea. Ci riferiamo al rifiuto di riconoscere la rappresentanza di Hamas, sebbene questa organizzazione abbia vinto le elezioni svoltesi il 25 gennaio 2006. Hamas, com'è noto, è inserita ufficialmente dall'Unione tra le associazioni terroristiche<sup>38</sup> e ciò preclude alla stessa Unione di avere con essa relazioni ufficiali; ma tale atteggiamento costituisce una negazione delle regole fondamentali di democrazia, così retoricamente proclamate dall'Unione. Anche nelle Conclusioni del Consiglio del 26 e 27 gennaio 2009 sul processo di pace in Medio Oriente, a ridosso delle tragiche giornate di occupazione militare di Gaza

<sup>38</sup> Decisione 2005/221/PESC del Consiglio, del 14 marzo 2005, che attua l'articolo 2, paragrafo 3 del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, e che abroga la decisione 2004/306/CE, e posizione comune 2005/220/PESC del Consiglio, del 14 marzo 2005, che aggiorna la posizione comune 2001/931/PESC relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo e che abroga la posizione comune 2004/500/PESC, entrambe del 14 marzo 2005, *G.U.U.E.* 16 marzo 2005 *L* 69, p. 64.

da parte dell'esercito israeliano, esso incoraggia fortemente la riconciliazione interpalestinese, ma sotto l'autorità del Presidente Mahmoud Abbas, rifiutandosi ancora una volta di riconoscere l'autorità di Hamas che, piaccia o non piaccia, è l'organizzazione maggiormente e democraticamente rappresentativa del popolo palestinese. In termini analoghi il Consiglio si è espresso nelle Conclusioni del 15 giugno 2009 sul processo di pace in Medio Oriente, avallate dal Consiglio europeo di Bruxelles del 18 e 19 giugno successivo. In definitiva, ragioni politiche ed esigenze di sicurezza si sovrappongono ai «valori» europei. Ciò diminuisce ulteriormente la credibilità dell'Unione agli occhi dei Palestinesi, rende ancora più penosa la loro condizione, poiché il rifiuto di rapporti con Hamas ha condotto l'Unione a diminuire la propria assistenza finanziaria, in fondo emargina la stessa Unione precludendole ogni dialogo o confronto con una parte essenziale del conflitto, qual è Hamas.

#### 8. Il processo di Barcellona

Nei rapporti dell'Unione europea con i Paesi del Mediterraneo orientale e meridionale, comprendenti Stati del Maghreb (Marocco, Algeria, Tunisia e Libia) e del Mashreq (Egitto, Giordania, Libano, Siria)<sup>39</sup>, emergono i primi passi di una politica mediterranea, concretizzata essenzialmente, dalla metà degli anni '70, nella stipulazione di accordi commerciali. Il salto di qualità della politica europea è rappresentato dall'iniziativa nota come «processo di Barcellona», avviato dalla Conferenza euromediterranea svoltasi in tale città il 27 e 28 novembre 1995 e conclusosi con l'adozione di una Dichiarazione condivisa degli Stati membri dell'Unione (all'epoca 15) e da 12 Paesi mediterranei. Il processo di Barcellona si caratterizza per un approccio multidimensionale; i parteci-

<sup>39</sup> Vedi, tra gli altri, PIETERS, *The Mediterranean Countries (Morocco, Algeria, Tunisia, Libya, Egypt, Jordan, Syria and Lebanon)*, in *The European Union and Its Neighbours*, cit., p. 391 ss.; MONTANARI, *The Barcelona Process and the Political Economy of Euro-Mediterranean Trade Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 2007, p. 1011 ss.; FOIS, *Il partenariato euro-mediterraneo e il processo di Barcellona*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, II, p. 1079 ss.; KARRAY, *L'assistance financière communautaire aux Pays du Maghreb dans le cadre de la politique européenne de voisinage et de partenariat*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 233 ss.; ID., *L'évolution du partenariat euro-méditerranéen*, in *Journal du droit int.*, 2008, p. 753 ss.; LANNON, *The EU's Strategic Partnership with the Mediterranean and the Middle East: A New Geopolitical Dimension of the EU's Proximity Strategies*, in *Law and Practice of EU External Relations*, cit., p. 360 ss.; con particolare riguardo alla Libia cfr. URUBURU COLSA, *Las relaciones entre la Unión europea y Libia*, in *Revista de derecho comunitario eu.*, 2008, p. 419 ss.

panti alla Conferenza euromediterranea, infatti, convengono di stabilire tra di loro una collaborazione globale in tre «capitoli»: la collaborazione politica e di sicurezza, al fine di creare uno spazio comune di pace e di stabilità; la collaborazione economica e finanziaria, per la creazione di una zona di prosperità condivisa; la collaborazione nel campo sociale, culturale e umano, per lo sviluppo delle risorse umane, la promozione della comprensione tra le culture e gli scambi tra le società civili.

La Dichiarazione di Barcellona mostra anch'essa una tendenza dell'Unione ad affermare i propri valori fondamentali (come espressamente dirà il Consiglio nella strategia comune sulla regione mediterranea del 19 giugno 2000)<sup>40</sup>; valori che, in quanto condivisi dai Paesi mediterranei estranei all'Unione, sembrerebbero avere già compiuto quell'azione di «contagio» dei propri vicini che è nei propositi dell'Unione europea. Nell'ambito del dialogo politico e di sicurezza i partecipanti dichiarano il loro impegno a sviluppare lo stato di diritto e la democrazia (riconoscendo, nel contempo, il diritto di ciascun partecipante a scegliere e strutturare liberamente i propri sistemi politici, socio-culturali, economici e giudiziari), a rispettare i diritti umani e le libertà fondamentali e ad assicurarne il libero e legittimo esercizio, a rispettare e garantire il rispetto della diversità e del pluralismo nella propria società, promuovere la tolleranza fra i diversi gruppi che la compongono e combattere le manifestazioni di intolleranza, razzismo e xenofobia. I «valori» europei che vengono adottati nella Dichiarazione di Barcellona sono, peraltro, anche di natura economica: nell'ambito del secondo capitolo si prevede la creazione graduale (entro il 2010) di una zona di libero scambio, fondata, tra l'altro, sui principi dell'economia di mercato e di integrazione delle proprie economie. Anche in questa connessione, tra obiettivi politici ed economici, emerge una visione che è tipica delle origini stesse dell'integrazione europea: la convinzione che l'integrazione economica rappresenta un fattore determinante di stabilità e di pace tra gli Stati fra i quali essa si realizza, che l'intreccio di relazioni economiche, commerciali e quindi, inevitabilmente, sociali e umane renda «impossibile» una guerra fra tali Stati, così come dichiarava Robert Schuman il 9 maggio 1950. E l'Unione europea ha costantemente sottolineato, in questa visione, l'importanza decisiva della cooperazione Sud-Sud fra i Paesi del Mediterraneo, quale strumento di integrazione delle loro economie e delle loro società.

La creazione di un'area di pace, di stabilità e di prosperità ai confini

<sup>40</sup> Strategia comune del Consiglio europeo, 2000/458/PESC, *G.U.C.E.* 22 luglio 2000 *L* 183, p. 5.

marittimi dell'Unione corrisponde – com'è evidente – anche agli interessi europei: l'instabilità nella regione mediterranea, le situazioni di crisi, talvolta di violenza armata (si pensi all'intervento di Israele in Libano nel 2006 conseguente agli attacchi degli Hezbollah), le controversie fra gli Stati, la presenza di regimi illiberali, il sottosviluppo, l'esplosione demografica, sono cause di fenomeni che mettono in pericolo anche la sicurezza dei Paesi europei, come il fondamentalismo, l'immigrazione illegale, la tratta di esseri umani, il traffico di droga, il terrorismo, il crimine transnazionale. La strategia elaborata a Barcellona tende, ovviamente, anche a rimuovere tali pericoli, non solo, indirettamente, promuovendo i diritti umani, lo stato di diritto, la democrazia, per un verso, e l'integrazione economica, per altro verso, ma anche prevedendo forme di stretta collaborazione nella lotta al terrorismo, al crimine organizzato, al traffico di droga, nella gestione dei fenomeni migratori. Progressivamente le preoccupazioni per i temi legati alla sicurezza ha avuto, forse, un ruolo crescente nel processo di Barcellona. Nel Vertice di Barcellona del 27 e 28 novembre 2005 è stato aggiunto un quarto capitolo di cooperazione, concernente la migrazione, l'integrazione sociale, la giustizia e la sicurezza; inoltre è stato adottato, mediante una dichiarazione della Presidenza, un codice di condotta anti-terrorismo, ma non si è riusciti a dare una definizione di terrorismo, a causa degli acuti contrasti, in particolare tra Israele e vari Paesi arabi, i quali intendevano distinguere dal terrorismo la legittima resistenza a un'occupazione straniera.

Nel processo di Barcellona la dimensione multilaterale, di una comunità euromediterranea, ha ceduto via via il passo a un approccio essenzialmente bilaterale. Come si è ricordato, riguardo all'Autorità nazionale palestinese e ad Israele, il processo di Barcellona ha dato vita ad una serie di accordi euromediterranei di associazione fra la Comunità europea e gli Stati membri, da una parte, e i singoli Paesi partecipanti, dall'altra. I contenuti specifici di tali accordi variano, naturalmente, dall'uno all'altro, pur se, tendenzialmente, coprono i vari «capitoli» del processo di Barcellona. Un dato costante è rappresentato, peraltro, dall'inserimento, quale clausola essenziale, dell'impegno a rispettare i principi democratici e i diritti fondamentali (art. 2), impegno al quale corrispondono espresse disposizioni che consentono l'adozione di misure appropriate in caso di violazione di tale impegno, secondo il consueto schema della condizionalità.

Come pure si è rilevato in precedenza<sup>41</sup>, al partenariato euromediterr-

<sup>41</sup> *Supra*, par. 4.

raneo si è affiancata, dal 2003, la Politica europea di vicinato, anch'essa basata su relazioni bilaterali tra l'Unione e i Paesi terzi, che tengono conto della specificità di ciascun Paese, dei suoi progressi e dei suoi interessi e disponibilità alla cooperazione.

La valutazione che generalmente si dà dei risultati del processo di Barcellona è alquanto negativa, quando non si parla addirittura di un suo fallimento. Lasciando alle specifiche relazioni sugli aspetti economici e politici di tale processo un più ponderato giudizio, mi limito a rilevare che, sul piano economico, il raggiungimento di una zona di libero scambio nel 2010 appare molto improbabile, tenuto conto della permanenza di ostacoli tariffari e di quelli, molteplici, di natura tecnica e normativa alla libera circolazione delle merci. L'insuccesso della cooperazione Sud-Sud ha ulteriormente pregiudicato l'obiettivo di un mercato integrato, non favorito, per altro verso, dall'approccio bilaterale della Unione europea, la quale sembra avere rinunciato all'approccio globale e regionale che era alla base del processo di Barcellona. Si aggiunga che, in assenza di un mercato integrato, gli investimenti stranieri non sono incoraggiati dalle ridotte dimensioni dei singoli mercati dei Paesi del Sud del Mediterraneo.

Sul piano politico si è ben lontani dai risultati sperati. Nei limiti, beninteso, entro i quali è possibile formulare una valutazione di carattere generale, si ha la sensazione che sia mancato un processo di modernizzazione, se non riguardo a riforme di liberalizzazione economica volte a instaurare un'economia di mercato, in luogo di una economia statalista. In vari Paesi del Mediterraneo meridionale permangono regimi scarsamente democratici, preoccupati essenzialmente di perpetuare il proprio potere; i diritti delle opposizioni non sempre sono effettivamente garantiti, il che si riflette sul carattere non sempre «genuino» delle elezioni, trasformate talvolta in meri plebisciti di adesione ai governanti; esistono forme di immedesimazione tra le istituzioni statali e il partito al potere; i diritti umani sono sottoposti a severe forme di controllo da parte dell'autorità. Pure per il dialogo umano, sociale e culturale può dirsi che, se tendeva anche a promuovere dal basso, dalla società civile, processi di democratizzazione, esso non ha assolutamente raggiunto tale obiettivo. Si aggiunga che il permanere di regimi illiberali ha talvolta provocato l'aggregazione di forme di opposizione, anche con mezzi violenti, intorno a movimenti di fondamentalismo religioso.

L'Unione europea, da parte sua, non è parsa mai capace, o interessata, a fare leva sulla condizionalità per spingere i governi dei partners mediterranei a intraprendere riforme ispirate ai principi democratici, allo stato di diritto, ai diritti umani. Essa, specie da studiosi provenienti dalle rive meridionali del Mediterraneo, è «accusata» di avere privilegiato i

propri interessi di sicurezza, di fronte alle pressioni dei flussi migratori, all'integralismo islamico, al terrorismo, al traffico di droga e al crimine transnazionale, o, al massimo, economici, con riguardo all'apertura di nuovi mercati per la propria produzione e i propri servizi, piuttosto che la realizzazione di «mutui» interessi nel quadro delle relazioni di interdipendenza tra le due rive del Mediterraneo. Un appunto specifico riguarda l'approccio europeo al fenomeno migratorio, visto essenzialmente come fattore di rischio e di destabilizzazione dalle società europee, mentre le società del Mediterraneo meridionale annettono un valore fondamentale ai propri immigrati in Europa, non solo in termini di investimenti e di trasferimenti finanziari, ma specialmente in termini di «trasferimento di valori sociali», cioè di «rimesse» di esperienze sociali, culturali e politiche che possono sensibilmente contribuire allo sviluppo democratico dei propri Paesi d'origine.

Ora, non è agevole definire le cause del sostanziale insuccesso del processo di Barcellona, che sono varie e numerose. Vi è, credo, realmente una progressiva disattenzione dell'Unione europea rispetto ai grandi temi della democrazia, dello stato di diritto, dei diritti umani, che pure costituivano il collante principale di quello spazio di pace, stabilità e prosperità vagheggiato nella Dichiarazione di Barcellona del 1995; la sponda orientale e meridionale del Mediterraneo è guardata sempre più con sospetto, se non con paura, per cui si tratta di erigere i baluardi della sicurezza dell'Europa, della sua popolazione, già su tali sponde. Così pure, la tendenza a bilateralizzare i rapporti con i Paesi mediterranei riduce inevitabilmente le possibilità di costruire una comunità regionale euro-mediterranea. Per altro verso, non si può fare a meno di rilevare che, oggettivamente, la realtà dei Paesi mediterranei è profondamente diversificata, sicché un approccio globale di partenariato e di collaborazione risulta estremamente problematico. In secondo luogo, il processo di Barcellona partiva in un momento, all'indomani degli Accordi di Oslo del 1993 tra Israele e l'OLP, in cui sembrava che il Mediterraneo si avviasse su un cammino di pace e di stabilità. Al contrario, il conflitto israelo-palestinese non solo non si è risolto ma è più volte riesplso in forme di acuta violenza; inoltre permangono vecchi conflitti e nuove fonti di crisi e di instabilità si sono presentate nel Mediterraneo, dal confronto tra l'Algeria e il Marocco riguardo al Sahara occidentale, al conflitto tra Libano e Siria, a quello tra Israele e Libano, ai drammatici, violenti e difficilmente controllabili effetti nel Mediterraneo dell'aggressione anglo-americana all'Iraq. Sembrerebbe che l'esperienza del processo di Barcellona dimostri che se è vero, secondo l'intuizione di Jean Monnet e di Robert Schuman, che l'integrazione economica e sociale rende impossi-

bile il ricorso alla guerra, è anche vero che la violenza, la conflittualità rendono impossibile l'integrazione economica e sociale.

### 9. L'Unione per il Mediterraneo

Gli stessi Paesi europei hanno preso atto dell'insuccesso del processo di Barcellona e hanno preso una nuova iniziativa, dovuta principalmente al Presidente francese Sarkozy, di istituire una Unione per il Mediterraneo, quale prosieguo e sviluppo del processo di Barcellona<sup>42</sup>. L'iniziativa, come è noto, è stata formalmente adottata dal Vertice di Parigi del 13 luglio 2008, al quale hanno partecipato, con le istituzioni e gli Stati europei, i Paesi aderenti al processo di Barcellona e quelli dei Balcani occidentali (più precisamente, Algeria, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Marocco, Mauritania, Siria, Tunisia, Turchia, Autorità palestinese, Albania, Croazia, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Monaco). A tale Vertice ha fatto seguito la prima riunione dei ministri degli esteri, tenutasi a Marsiglia nei primi giorni di novembre.

Nella Dichiarazione comune del 13 luglio 2008, i capi di Stato e di governo euromediterranei, pur confermando i «capitoli» del processo di Barcellona, compreso il quarto (migrazione, integrazione sociale, giustizia e sicurezza), dichiarano di voler rilanciare gli sforzi al fine di trasformare il Mediterraneo in uno spazio di pace, di democrazia, di cooperazione e di prosperità. In questo contesto l'iniziativa dell'Unione per il

<sup>42</sup> Cfr. BECHEV, NICOLAIDIS, *The Union for the Mediterranean: A Genuine Breakthrough or More of the Same?*, in *The Int. Spectator*, 2008, n. 3, p. 13 ss.; JAZRA BANDARRA, *Quelle Union pour la Méditerranée?*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 370 ss.; HAMEL, HATZIDIAKOS, *De l'Euro-Med à l'UPM: la Méditerranée, un objet politico-stratégique non identifié*, ivi, p. 554 ss.; KADDOURI, *Vers une nouvelle politique euro-méditerranéenne comme piste de réflexion*, ivi, p. 14 ss.; KARRAY, op. ult. cit., p. 765 ss.; KHADER, *L'Union méditerranéenne: un beau discours ou une bonne idée?*, in *Rivista di studi politici int.*, 2008, p. 11 ss.; MANZOLILLO, *La Dichiarazione di Parigi sull'Unione Mediterranea (13 luglio 2008)*, in *Dir. com. scambi int.*, 2008, p. 627 ss.; PARSİ, *Un Mediterraneo diverso*, in *Formiche*, novembre 2008, n. 31, p. 58 ss.; MOCILNIKAR, *Pace e sviluppo grazie all'Unione per il Mediterraneo*, ivi, p. 65 ss.; LENZI, *Mare nostrum di storia e politica*, ivi, p. 68 ss.; ROSSETTI DI VALDALBERO, AYDEMİR, *La Méditerranée au cœur des politiques énergétiques et environnementales de l'UE?*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 597 ss.; BARBÉ IZUEL, *La Unión por el Mediterráneo: de la europeización de la política exterior a la descomunitarización de la política Mediterránea*, in *Revista de derecho comunitario eur.*, 2009, p. 11 ss.; MALGIERI, *Mediterraneo. Quo vadis?*, in *Formiche*, febbraio 2009, n. 34, p. 66 ss.; AZIZA, *La solidarietà da ritrovare*, ivi, p. 69 ss.; DE LEO, *Un progetto oltre un conflitto*, ivi, p. 72 ss.; BALFOUR, *Se il Mediterraneo resta solo un sogno*, ivi, maggio 2009, n. 37, p. 71 s.; CAFARO, *L'Unione per il Mediterraneo*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2010, p. 105 ss.

Mediterraneo può svolgere un ruolo importante nell'affrontare le sfide comuni che si pongono alla regione euromediterranea, come lo sviluppo economico e sociale, la crisi mondiale nel campo della sicurezza alimentare, il degrado dell'ambiente, compreso il cambiamento climatico e la desertificazione, al fine di favorire lo sviluppo sostenibile, l'energia, le migrazioni, la lotta al terrorismo e all'estremismo, la promozione del dialogo culturale. Una particolare sottolineatura è dedicata al rafforzamento della democrazia e del pluralismo politico mediante lo sviluppo della partecipazione alla vita politica e l'adesione all'insieme dei diritti umani e delle libertà fondamentali, dei quali si ribadisce il pieno rispetto. Particolarmente energica è la Dichiarazione per quanto riguarda la condanna del terrorismo e la determinazione a sradicarlo e a lottare contro coloro che lo sostengono e uno spazio rilevante trova anche la materia della migrazione.

Riguardo ai contenuti la Dichiarazione di Parigi appare in sostanziale continuità con il (pur deludente) processo di Barcellona. Le novità si colgono piuttosto nella visione dei rapporti euromediterranei e nel metodo operativo, oltre che nella «istituzionalizzazione» dell'Unione attraverso la creazione di nuovi organi o la conferma del ruolo di quelli già esistenti, come l'Assemblea parlamentare euromediterranea (APEM)<sup>43</sup>, costituita a Napoli il 3 dicembre 2003 e composta da rappresentanti del Parlamento europeo, dei parlamenti degli Stati membri e dei parlamenti degli Stati terzi partecipanti al processo di Barcellona. Prescindendo dai profili organizzativi, le novità si colgono nell'affermazione secondo la quale la sfida che si pone al «Processo di Barcellona: una Unione per il Mediterraneo» consiste nel rafforzare le relazioni multilaterali, nell'accrescere la condivisione della responsabilità del processo, nel fondare la «*governance*» sull'eguaglianza di tutte le parti e nel tradurre il processo in progetti concreti che siano ben visibili per i cittadini. La nuova visione dei rapporti tra i Paesi europei e quelli del Mediterraneo emerge dalla presentazione dell'iniziativa come promossa consensualmente, su un piede di parità, tra le due (o più) rive del Mediterraneo, muovendo da una condivisione di problemi da affrontare, di intenti da realizzare, di responsabilità da esercitare. Questa nuova visione risulta anche dalla co-presidenza della Conferenza di Parigi, condivisa tra il Presidente francese Sarkozy e quello egiziano.

Il metodo operativo risulta dai progetti, estremamente concreti, messi in cantiere. Essi, forse, rappresentano un regresso rispetto agli obiettivi

<sup>43</sup> Sulla quale cfr., di recente, GOTTARDI, *Parlamento europeo e Medio Oriente*, in *Le competenze esterne della Comunità e dell'Unione europea*, cit., p. 157 ss.

più marcatamente politici della Dichiarazione di Barcellona del 1995, ma hanno il pregio inconfutabile di rispondere a reali e sentite esigenze della popolazione dell'Unione per il Mediterraneo e di essere effettivamente realizzabili, a condizione, beninteso, di ricevere i necessari finanziamenti, anche dal settore privato. Tali progetti riguardano il disinquinamento del Mediterraneo, i trasporti, con la creazione di autostrade marittime e terrestri (quale l'autostrada del Maghreb), la protezione civile, con particolare riguardo alla sicurezza marittima, le energie alternative, con un Piano solare mediterraneo, l'istruzione e la ricerca, con l'istituzione in Slovenia di una Università euromediterranea, l'aiuto alle imprese, in particolare alle piccole e medie; è prevista anche l'elaborazione di una Strategia dell'acqua nel Mediterraneo, problema estremamente grave e sentito nei Paesi africani del Mediterraneo.

È presto, ovviamente, per fare qualsiasi previsione sul successo dell'Unione per il Mediterraneo ed anche per azzardare un giudizio sulla bontà dell'iniziativa. È noto che, pur essendosi concretizzata in tempi brevi, essa ha avuto un iter travagliato già in Europa, trasformandosi da un progetto, sotto la *leadership* francese, dei Paesi europei del Mediterraneo, in uno di più ampio respiro, comprendente anche le istituzioni europee e tutti i Paesi dell'Unione – secondo le richieste della cancelliera tedesca Merkel – ivi compresi quelli più settentrionali, i quali non hanno, probabilmente, una spiccata propensione ad occuparsi dei problemi del Mediterraneo e dei suoi Stati meridionali. Al di là della retorica, che sempre, in maniera eccessiva e un po' fastidiosa, accompagna iniziative che si tende a presentare come «storiche», quella di Parigi suscita problemi, dubbi, speranze, riflessioni. Essa, invero, non sembra sia stata accolta con molto entusiasmo dagli studiosi di formazione «Sud mediterranea»<sup>44</sup>. Questi, per un verso, hanno osservato che l'Unione per il Mediterraneo risponde principalmente agli obiettivi di gestione dei flussi migratori, al contrasto del fondamentalismo e alla ricerca di mercati per i prodotti e i servizi europei e solo marginalmente si preoccupa dello sviluppo economico e sociale e della modernizzazione dei Paesi dell'Africa mediterranea, sulla base di principi di democrazia e di stato di diritto. Per altro verso, hanno sottolineato come sia problematico individuare una identità mediterranea, nel senso di una realtà obiettiva, che possa essere percepita quale «comunità», rispetto alla quale possa provarsi un sentimento di appartenenza. Sarkozy, lanciando il suo ambizioso progetto, invitava a gettare le basi di una unione politica, economica, culturale, fondata sul principio di rigorosa eguaglianza tra le nazioni di uno stesso

<sup>44</sup> Cfr., per esempio, KARRAY, op. ult. cit., p. 766; KADDOURI, op. cit., p. 20 ss.

mare, l'Unione del Mediterraneo. Ma vi è una profonda asimmetria fra i Paesi della costa meridionale e quelli della costa settentrionale del Mediterraneo; inoltre anche fra i Paesi dell'Africa settentrionale sussistono condizioni politiche, economiche, sociali sensibilmente differenziate e, d'altra parte, la percezione degli interessi e delle problematiche relative all'area mediterranea può risultare ben diversa anche tra i Paesi europei che si affacciano sul Mediterraneo (ai quali solo, originariamente, si dirigeva l'iniziativa di Sarkozy) e quelli continentali o nordici.

### 10. Conclusioni

Solo il futuro potrà dire se l'Unione per il Mediterraneo si rivelerà un progetto profetico, foriero di pace, di stabilità, di sviluppo, o si svuoterà in una bolla di retorica; se sarà la nuova grande utopia, dopo quella dell'integrazione europea, o si ridurrà a modeste operazioni di piccolo cabotaggio. Ma il progetto induce comunque a interrogarsi su cosa sia oggi il Mediterraneo, ricordando, anzitutto, che esso ha avuto una sua unità solo con la conquista romana, basata sulla cittadinanza romana, che – come è stato notato<sup>45</sup> – faceva tutti eguali, ma dopo averli resi sudditi, e che rispondeva ad un disegno egemonico. Dopo quell'esperienza il Mediterraneo è stato – ed è tuttora – un «luogo», non un confine, perché il mare non è mai una linea che separa: un luogo di scambi commerciali e di persone, di incontri di culture, di civiltà, di religioni, così come un luogo di contrapposizioni, di scontri, di conflitti, che oggi sembrano riemergere, caricati di tutte le tensioni politiche, economiche, sociali che si riversano su tale mare. In questo quadro l'assolvimento delle responsabilità alle quali, per ragioni di varia natura (storiche, politiche, economiche, sociali), l'Europa non può sottrarsi, richiede uno sforzo probabilmente culturale, prima ancora che un impegno politico ed economico. Come è stato acutamente osservato da altri<sup>46</sup>, occorre rinunciare al fascino di un passato mitizzato, nel quale ricercare una ipotetica unità, oggi introvabile, e accettare la complessità dei fenomeni, dei problemi, dei conflitti presenti nel Mediterraneo, accettare, innanzitutto, la diversità come fonte di risorse, economiche, umane, intellettuali, come fonte di arricchimento reciproco, non come ragione di sospetto o di paura. Questo sforzo culturale – al quale, beninteso, deve corrispondere analogo atteggiamento dei Paesi non europei – comporta, anzitutto, la necessità di

<sup>45</sup> PARSI, op. cit., p. 59.

<sup>46</sup> AZIZA, op. cit., p. 71; cfr. anche KADDOURI, op. cit., p. 21 ss.

riconoscere le specificità di ogni singola realtà, differenziando, quindi, le strategie dell'Unione europea in rapporto a tali specificità; richiede, quindi, di approssimarsi alle realtà del bacino mediterraneo con spirito attento alle opportunità e ai valori che da esso l'Europa può attingere; implica un atteggiamento, certo, teso alla difesa dei propri valori più profondi e anche alla loro «esportazione», nella misura in cui siano adattabili alle differenti culture e valori, ma con la consapevolezza che, ove ci si voglia ergere a «potenza normativa», occorre anche ripensare criticamente a come quei valori siano concretamente vissuti al proprio interno. Allora ci si accorgerà che c'è qualcosa che non funziona perfettamente in una democrazia nella quale l'astensionismo elettorale tocca punte sempre più allarmanti, in Paesi che hanno garantito la pace nei loro rapporti, ma che non disdegnano di portare la guerra al proprio esterno, talvolta ammantandola con la qualificazione di «umanitaria», talvolta camuffandola come operazione di pace; in contesti nei quali nel rigoroso rispetto dei diritti umani si aprono crepe preoccupanti in occasione della lotta al terrorismo (come nelle *extraordinary renditions*) o del contrasto all'immigrazione clandestina. Ciò non significa, naturalmente, rinuncia a estendere i propri valori nell'intera area mediterranea, ma esigenza di una pratica coerente, nella consapevolezza che anche l'intento di «esportare» tali valori richiede, in primo luogo, una loro concreta e costante attuazione; questa, infatti, può avere una capacità di «contagio» sui governi, ma ancor più sulle società dei Paesi confinanti, ben maggiore di solenni dichiarazioni.

Beninteso, un nuovo atteggiamento culturale non è la soluzione dei problemi; ma è una precondizione indispensabile per tentare di avviarli a soluzioni. Come pure, è necessario che uno spirito di apertura emerga anche dalle altre sponde del Mediterraneo. In ogni caso il mare non è idoneo, per sua natura, a dividere continenti, Paesi, popolazioni, né tanto meno ad essere usato per costruire muri o barriere; solo, quindi, un atteggiamento che, nell'accettare le differenze, tenda a coglierne le opportunità e che, nel contempo, metta a disposizione degli altri i propri valori, può aspirare a garantire che, in uno spirito di dialogo e di comprensione reciproca, su quel mare non vi siano scontri, ma, al contrario, incontri fecondi di differenti civiltà.



SECONDA SESSIONE

**L'ACQUA COME OPPORTUNITÀ E RISORSA**  
**WATER AS OPPORTUNITY AND RESOURCE**

PRESIDENZA

Prof.ssa Laura FORLATI PICCHIO



## **MEDITERRANEAN ECONOMIC AND ENVIRONMENTAL CHALLENGES**

Paul MIFSUD \*

For over thirty years the 21 Mediterranean countries and the European Community have been working together, within the framework of the Barcelona Convention, to safeguard and promote sustainable development in the region.

The environmental challenge in the Mediterranean is one of the most critical. With a degraded environment the Mediterranean is in grave danger of losing the main assets that make it so unique. Continued poor management of scarce natural resources, in particular water, agricultural land, energy and coastal zones, will compromise economic development, the quality of life and social stability. Population dynamics and unemployment together with other social concerns will add to these pressures. Moreover, without improved regional cooperation and governance mechanisms, the globalisation process might worsen negative trends.

In recent decades, environmental degradation in the Mediterranean has accelerated. Valuable agriculture land is being lost to urbanization and salinization. Large portions of arid and dry areas are affected by desertification and the consequences will be exacerbated by the impact of climatic change. Scarce, over-used water resources are threatened with depletion or degradation. Urban standards of living and health are being degraded by traffic congestion, noise, poor air quality and the rapid growth of waste generation. Coastal areas and the sea are affected by pollution and coastlines are being built up and/or eroded, while fish resources are being depleted. The unique landscapes and biodiversity of

\* Former Coordinator Mediterranean Action Plan/UNRP.

the region, ranging from densely populated coasts to marginalized inland areas, are being disrupted by over-exploitation.

The potential increase in environmental pressures on coastal regions over the coming 20 years is considerable, particularly in the areas of tourism with 137 million more visitors, transport which is projected to more than double in volume, urban development, urban sprawl and energy infrastructures. The continued spread of unsustainable production and consumption patterns is likely to increase the costs of environmental degradation dramatically. Although it is difficult to assign specific values, the costs of environmental degradation are clearly very significant. According to the World Bank, they already account for between 3 and 5 per cent of GDP.

The people of the Mediterranean are now much more aware of the threats to their environment and their unique natural and cultural heritage. In terms of the demographic situation in countries, there is a stark contrast between the North and South of the Mediterranean. Northern Mediterranean countries are faced with the problem of an ageing population. In southern and eastern countries, population growth is still a major issue, with an increase of 90 million people expected by 2025.

Although it is traditionally a region of trade and transit, the Mediterranean has only occasionally succeeded in being competitive on international markets. Despite the success of some dynamic growth poles and clusters, all too often its enterprises, which are mostly small and medium-sized, lack dynamism and competitiveness.

A dramatic problem of labour market integration exists, particularly among youth. The North is not able to absorb the considerable pressure for emigration from southern and eastern Mediterranean countries, which are faced by the need to create over 30 million new jobs by 2025.

Poverty is closely related to the employment situation, as well as changes which marginalize categories of society, such as the very rapid transformation of the agricultural, crafts, and rural sectors.

Social issues are also a major concern, particularly in southern and eastern Mediterranean countries. Despite progress, they are still lagging behind in terms of literacy and gender equality. Poverty, especially in rural areas, is still a dominant problem in many countries, although there is relatively little extreme poverty. The situation is aggravated by the unequitable distribution of wealth. The populations of many southern and eastern Mediterranean countries also suffer from insufficient access to safe drinking water and sanitation.

One may ask, how can the Mediterranean countries face up to the challenge of globalisation? This challenge requires widespread regional cooperation, political stability, efficient governance and social protection. Yet the situation of Mediterranean countries in fulfilling these conditions is very asymmetrical.

Integration into the EU has considerably improved the political and economic situation of Mediterranean EU Member States. Further enlargement of the EU would reinforce this trend and lead to greater convergence in terms of political, economic and environmental policy. Mediterranean EU countries are facing the challenges of globalisation with the strong backing of the European Union.

The southern and eastern Mediterranean countries, which are of course faced with the same challenges of globalisation, do not benefit from such dynamic regional cooperation. Inadequate levels of North-South and South-South cooperation compound the problem. Moreover, governance is still weak and much needed political and structural reforms are not being adopted sufficiently rapidly.

This trend of a cumulative political, social, economic and environmental divide between the two shores of the Mediterranean will, if the relevant reforms are not implemented on an urgent basis, result in growing instability and will accentuate existing levels of social and economic imbalance. The alternative is to maximize complementarities and opportunities between the North and the South, in the context of joint and differentiated processes of sustainable development, to optimise the positive effects of globalisation.

The long-term choice is therefore between unequal development in the North and the South or joint development built around a strong sense of common destiny in the region. From this perspective, the best chance for Mediterranean EU and non-EU countries to meet the challenges of globalisation and compete successfully in the emerging multi-polar world is by joining forces and giving strength to an enlarged regional space, encompassing both Europe and the Mediterranean, and by ensuring that the Mediterranean is an area of stability, shared prosperity, democracy and tolerance.

In order to promote sustainable development in the Mediterranean, the Mediterranean Commission for Sustainable Development within UNEP/MAP developed a Strategy which was adopted by the Contracting Parties to the Barcelona Convention in 2005. The underlying principle of the Mediterranean Strategy is that sustainability has to be based on the interdependence of its three pillars: economic development, social equity and environmental protection, as well as on an improved governance.

The environment, culture and development in the region are interlinked and it is therefore not only vitally important but also increasingly urgent to make progress in accelerating towards sustainable development. To do this, it is necessary to create jobs on a large scale and to focus on alleviating poverty. At the social level, it is vital to improve standards of living based on the principles of access to essential services and financial resources, the achievement of gender equality and equity between generations. Implementation of the Strategy also requires the promotion of improved governance, together with justice and full recognition of human rights. Approaches based on local development, civil society, the involvement of the private sector and NGOs, the participation of multiple stakeholders, partnerships and corporate accountability have to be strongly supported.

Once the strategy, which is a framework document, has been implemented through national strategies, the region should move towards a model of a highly integrated eco-region within an enlarged Euro-Mediterranean area of prosperity and stability. Strong regional unity should emerge in the Mediterranean, where development will be based on recognition of the strategic value of the environment and diversity, with the community of countries being involved in the processes of governance for sustainable development, economic growth and the improvement of living standards.

# RECENTI SVILUPPI NEL SISTEMA DI BARCELLONA PER LA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE MARINO NEL MEDITERRANEO

Tullio SCOVAZZI\*

SOMMARIO: 1. Il «sistema di Barcellona». – 2. La gestione integrata della zona costiera e la giurisdizione interna degli Stati. – 3. Gli obiettivi del Protocollo di Madrid del 2008. – 4. I principali obblighi delle parti. – 5. La pianificazione dello spazio marittimo nelle strategie per l'ambiente marino dell'Unione europea.

## 1. Il «sistema di Barcellona»

Il cosiddetto «sistema di Barcellona» per la protezione dell'ambiente marino del Mediterraneo è costituito da una componente politica (piano d'azione) e da una componente giuridica (la Convenzione di Barcellona e i suoi protocolli)<sup>1</sup>. Negli ultimi tempi, il sistema è stato adeguato alle nuove esigenze e agli sviluppi del diritto internazionale del mare e del diritto internazionale dell'ambiente. Il Piano d'azione per il Mediterraneo, adottato nel febbraio 1975, è stato nel 1995 sostituito dal Piano d'azione per la protezione dell'ambiente marino e lo sviluppo sostenibile

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

<sup>1</sup> Cfr. RAFTOPULOS, *Studies on the Implementation of the Barcelona Convention: The Development of an International Trust Regime*, Athens, 1997; *Marine Specially Protected Areas - The General Aspects and the Mediterranean Regional System* (a cura di Scovazzi), The Hague, 1999; JUSTE RUIZ, *Regional Approaches to the Protection of the Marine Environment*, in *Thesaurus Acroasium*, 2002, p. 402; *Contributions to International Environmental Negotiation in the Mediterranean Context* (a cura di Raftopoulos, McConnell), Athens, 2004; SCOVAZZI, *The Developments within the «Barcelona System» for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution*, in *Annuaire de droit maritime et océanique*, 2008, p. 201.

delle aree costiere del Mediterraneo, che ha posto l'attenzione sul tema dello sviluppo sostenibile e non soltanto sul tema della prevenzione dell'inquinamento. La Convenzione è stata emendata, insieme ad alcuni dei suoi protocolli. Nuovi protocolli sono venuti ad aggiungersi ai precedenti.

La Convenzione di Barcellona ha il carattere di un trattato quadro, destinato ad essere messo in opera tramite specifici protocolli. L'insieme giuridico, che è il più articolato tra i sistemi per la protezione dell'ambiente in mari regionali elaborati nell'ambito del Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP), risulta oggi composto dei seguenti strumenti:

- la Convenzione per la protezione dell'ambiente marino e della regione costiera del Mediterraneo (Barcellona, 1976; emendata a Barcellona nel 1995)<sup>2</sup>;

- il Protocollo sulla prevenzione e l'eliminazione dell'inquinamento del Mare Mediterraneo da immersione da navi e aeromobili e da incinerazione in mare (Barcellona, 1976; emendato a Barcellona nel 1995)<sup>3</sup>;

- il Protocollo relativo alla cooperazione nella prevenzione dell'inquinamento da navi e, in caso di emergenza, alla lotta contro l'inquinamento del Mare Mediterraneo (La Valletta, 2002)<sup>4</sup>, che sostituisce il precedente Protocollo sulla cooperazione nel settore dell'inquinamento del Mare Mediterraneo da idrocarburi e altre sostanze nocive in caso di situazione critica (Barcellona, 1976)<sup>5</sup>;

- il Protocollo per la protezione del Mare Mediterraneo dall'inquinamento da fonti e attività terrestri (Atene, 1980; emendato a Siracusa nel 1996)<sup>6</sup>;

- il Protocollo sulle aree specialmente protette e la diversità biologica nel Mediterraneo (Barcellona, 1995)<sup>7</sup>, che sostituisce il precedente Protocollo sulle aree mediterranee specialmente protette (Ginevra, 1982)<sup>8</sup>;

<sup>2</sup> La Convenzione è entrata in vigore il 12 febbraio 1978. Gli emendamenti sono entrati in vigore il 9 luglio 2004.

<sup>3</sup> Il Protocollo è entrato in vigore il 12 febbraio 1978. Gli emendamenti non sono ancora entrati in vigore.

<sup>4</sup> Il Protocollo è entrato in vigore il 17 marzo 2004.

<sup>5</sup> Il Protocollo è entrato in vigore il 12 febbraio 1978.

<sup>6</sup> Il Protocollo è entrato in vigore il 17 giugno 1983. Gli emendamenti sono entrati in vigore l'11 maggio 2008.

<sup>7</sup> Il Protocollo è entrato in vigore il 12 dicembre 1999.

<sup>8</sup> Il Protocollo è entrato in vigore il 23 marzo 1986.

- il Protocollo sulla protezione del Mare Mediterraneo dall'inquinamento derivante dall'esplorazione e dallo sfruttamento della piattaforma continentale, del fondo marino e del suo sottosuolo (Madrid, 1994)<sup>9</sup>;
- il Protocollo sulla prevenzione dell'inquinamento del Mare Mediterraneo da movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e il loro smaltimento (Smirne, 1996)<sup>10</sup>;
- il Protocollo sulla gestione integrata della zona costiera (Madrid, 2008)<sup>11</sup>.

A seguito degli emendamenti del 1995, la Convenzione recepisce, applicandoli a uno specifico spazio marino, i principi fondamentali emersi nella Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo (Rio de Janeiro, 1992), come lo sviluppo sostenibile<sup>12</sup>, il principio precauzionale<sup>13</sup>, il richiamo alle migliori tecniche disponibili, alle migliori pratiche ambientali e alla promozione di tecnologie di produzione pulite<sup>14</sup>. Questo dimostra come le parti considerino il sistema di Barcellona uno strumento dinamico, suscettibile di riesame e di miglioramento. Ma, più che la Convenzione, sono interessanti i protocolli. Ciascuno di essi rivela un certo grado d'immaginazione giuridica nella ricerca di soluzioni basate su di un elevato livello di protezione ambientale<sup>15</sup>, portando così un valore aggiunto al generale obbligo di cooperare per la protezione dell'ambiente marino, previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982) e dal diritto internazionale consuetudinario.

<sup>9</sup> Il Protocollo non è ancora entrato in vigore.

<sup>10</sup> Il Protocollo è entrato in vigore il 28 dicembre 2007.

<sup>11</sup> Il Protocollo non è ancora entrato in vigore.

<sup>12</sup> Cfr., tra l'altro, il preambolo, nel quale le parti si dichiarano «fully aware of their responsibility to preserve and sustainably develop this common heritage for the benefit and enjoyment of present and future generations».

<sup>13</sup> «In order to protect the environment and contribute to the sustainable development of the Mediterranean Sea Area, the Contracting Parties shall: (a) apply, in accordance with their capabilities, the precautionary principle, by virtue of which where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation; [...]» (art. 4, par. 3).

<sup>14</sup> «In implementing the Convention and the related Protocols, the Contracting Parties shall: [...] utilize the best available techniques and the best environmental practices and promote the application of, access to and transfer of environmentally sound technology, including clean production technologies, taking into account the social, economic and technological conditions» (art. 4, par. 4).

<sup>15</sup> Proprio la scelta di redigere strumenti che andassero oltre lo stadio delle banalità, assicurando un elevato livello di protezione ambientale, spiega perché il Protocollo di Madrid del 1994 e gli emendamenti del 1995 al Protocollo sull'inquinamento da rifiuti non siano ancora entrati in vigore e perché il Protocollo di Smirne abbia tuttora un ridotto numero di parti.

## 2. La gestione integrata della zona costiera e la giurisdizione interna degli Stati

L'esposizione che segue sarà limitata all'analisi dell'ultimo degli strumenti giuridici del sistema di Barcellona, vale a dire il Protocollo di Madrid del 2008 sulla gestione integrata della zona costiera<sup>16</sup>, che costituisce sul piano cronologico il primo trattato internazionale specificamente dedicato a questo tema<sup>17</sup>.

Il Protocollo definisce la zona costiera come uno spazio, inteso in senso unitario e situato su entrambi i versanti della linea di costa, caratterizzato da due componenti naturali (marina e terrestre) e da una componente antropica, costituita dalle comunità umane e dalle attività esercitate dall'uomo:

«'Coastal zone' means the geomorphologic area either side of the seashore in which the interaction between the marine and the land parts occurs in the form of complex ecological and resource systems made up of biotic and abiotic components coexisting and interacting with human communities and relevant socio-economic activities» (art. 2, lett. e)).

La gestione integrata della zona costiera è un procedimento, costituito da strumenti legislativi, amministrativi e programmatici, che sono coordinati tra di loro e che mirano all'obiettivo dell'uso sostenibile di tale zona:

«'Integrated coastal zone management' means a dynamic process for the sustainable management and use of coastal zones, taking into account at the same time the fragility of coastal ecosystems and landscapes, the diversity of activities and uses, their interactions, the mari-

<sup>16</sup> Il Protocollo entrerà in vigore trenta giorni dopo il deposito del sesto strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione (art. 39). Per il momento (gennaio 2010) sono state depositate le ratifiche di Francia e Slovenia. I lavori si sono basati su di un progetto predisposto nel 2005 da un gruppo di esperti non governativi, presieduto da Michel Prieur. Per i lavori preparatori cfr. i doc. UNEP(DEPI)/MED WG.287/4 del 1° giugno 2006 e UNEP(DEPI)/MED WG.298/4 del 14 settembre 2006. Sul Protocollo cfr. SCOVAZZI, *The 2008 Mediterranean Protocol on Integrated Coastal Zone Management and the European Community*, in *La politica marittima comunitaria* (a cura di Del Vecchio), Roma, 2009, p. 159. Sugli aspetti generali del tema cfr. GRECO, *La gestione integrata delle coste*, Milano, 1990. Sulla situazione in un altro mare regionale cfr. ORAL, *Integrated Coastal Management and Marine Spatial Planning for Hydrocarbon Activities in the Black Sea*, in *Int. Journal of Marine and Coastal Law*, 2008, p. 453.

<sup>17</sup> Singole disposizioni relative alla fascia costiera si trovano anche in trattati conclusi prima del Protocollo. Tra di essi, le più significative sono contenute nella Convenzione per la cooperazione nella protezione e lo sviluppo sostenibile dell'ambiente marino e costiero del Pacifico di Nord-Est (Antigua Guatemala, 2002).

time orientation of certain activities and uses and their impact on both the marine and land parts» (art. 2, lett. f)).

Come si può constatare, tutti i fattori rilevanti, quali la fragilità della zona costiera, la diversità e le interazioni delle molteplici attività che ivi si esercitano, l'orientamento marittimo di alcune tra di esse e il loro impatto sulla parte marina e terrestre della zona, devono essere presi in considerazione (o, secondo la terminologia oggi più diffusa, integrati) in un'unica visione. Proprio la capacità di coordinare in modo coerente fattori complessi ed eterogenei costituisce l'elemento che caratterizza la gestione integrata della fascia costiera, che non esclude le programmazioni settoriali, ma le inserisce in una visione unitaria.

La conclusione del Protocollo rappresenta un importante progresso del diritto internazionale. È difficile che tale diritto entri così profondamente, e con un apposito strumento giuridicamente obbligatorio, in una sfera che tradizionalmente appartiene alla giurisdizione interna dei singoli Stati, quale è l'assetto e la gestione di una parte importante del territorio nazionale. Per di più, in diversi sistemi di diritto interno le competenze in materia di zona costiera sono state attribuite, a titolo esclusivo o condiviso con lo Stato, a enti territoriali locali, quali le regioni, le province o i comuni, con la conseguente possibilità di conflitti relativi alla precisa determinazione delle competenze o al coordinamento di politiche discordanti. In questi casi, le dimensioni internazionale, nazionale e locale si manifestano contestualmente e richiedono di venire tra di loro coordinate.

Nel caso specifico, si trattava però di far fronte in modo efficace al problema dell'urbanizzazione, progressiva e spesso incontrollata, di una parte considerevole della costa mediterranea, caratterizzata da una sequenza di agglomerazioni urbane, impianti industriali, insediamenti e porti turistici e via dicendo. Il tasso di urbanizzazione della costa, stimato nel complesso a circa il 50%, si innalza di molto nel territorio degli Stati sviluppati del Mediterraneo settentrionale, fino a toccare il 70% nella fascia compresa tra Napoli e Barcellona.

Con il Piano d'azione del 1995, la «gestione integrata dell'area costiera» è stata compresa tra le principali componenti dello sviluppo sostenibile nel Mediterraneo e i suoi obiettivi sono precisati in modo molto dettagliato<sup>18</sup>. Non a caso, in occasione del rinnovo del sistema di Barcellona, le parole «regione costiera» sono state aggiunte al titolo della Convenzione di Barcellona. La Convenzione emendata prevede che la sua applicazione, oltre che alle acque marine, «può essere estesa alle aree

<sup>18</sup> Cfr. il par. 1.4 del Piano d'azione.

costiere come definite da ciascuna Parte contraente entro il proprio territorio» (art. 1, par. 2) e che ogni protocollo «può estendere l'ambito geografico al quale quel particolare protocollo si applica» (art. 1, par. 3). Anche la disposizione sugli obblighi generali delle parti è stata sostanzialmente modificata, così da includere, tra le azioni da svolgere per proteggere l'ambiente e contribuire allo sviluppo sostenibile nel Mediterraneo anche l'obbligo delle parti di «impegnarsi per promuovere la gestione integrata delle zone costiere, tenendo conto della protezione delle aree di interesse ecologico e paesaggistico e dell'uso razionale delle risorse naturali» (art. 4, par. 3, lett. e)). Dal solo fatto che la gestione integrata delle zone costiere fa parte degli obblighi generali delle parti discende implicitamente la conseguenza che le parti sono invitate a cooperare per l'elaborazione di uno specifico protocollo in questa materia<sup>19</sup>, come esse hanno fatto nel 2008.

### *3. Gli obiettivi del Protocollo di Madrid del 2008*

Nel preambolo del Protocollo le parti enunciano la significativa nozione di «patrimonio comune dei popoli del Mediterraneo» e la riferiscono alle zone costiere, in virtù delle loro caratteristiche naturali e culturali:

«Considering that the coastal zones of the Mediterranean Sea are the common natural and cultural heritage of the peoples of the Mediterranean and that they should be preserved and used judiciously for the benefit of present and future generations».

La pressione antropica, con conseguente perdita della biodiversità, e il cambiamento climatico, con conseguente innalzamento del livello del mare, sono visti dalle parti come i principali rischi gravanti sulla zona costiera:

«Concerned at the increase in anthropic pressure on the coastal zones of the Mediterranean Sea which is threatening their fragile nature and desirous of halting and reversing the process of coastal zone degradation and of significantly reducing the loss of biodiversity of coastal ecosystems.

<sup>19</sup> «The Contracting Parties shall cooperate in the formulation and adoption of Protocols, prescribing agreed measures, procedures and standards for the implementation of the Convention» (art. 4, par. 5).

Worried by the risks threatening coastal zones due to climatic change, which is likely to result, *inter alia*, in a rise in sea level, and aware of the need to adopt sustainable measures to reduce the negative impact of natural phenomena».

Secondo le parti, la pianificazione e la gestione della zona costiera non possono essere limitate al livello nazionale, ma devono estendersi nell'ambito più vasto dell'intero bacino mediterraneo:

«Convinced that, as an irreplaceable ecological, economic and social resource, the planning and management of coastal zones with a view to their preservation and sustainable development requires a specific integrated approach at the level of the Mediterranean basin as a whole and of its coastal States, taking into account their diversity and in particular the specific needs of islands related to geomorphological characteristics».

Le parti si dichiarano anche desiderose di fare in modo che la gestione integrata della zona costiera del Mediterraneo sia realizzata in maniera coerente, dimostrando così implicitamente di essere consapevoli della grande disparità delle normative nazionali oggi applicabili in materia. È ora utile esaminare le disposizioni principali del Protocollo.

#### *4. I principali obblighi delle parti*

La precisa delimitazione dell'area alla quale si applica il Protocollo, sia verso il mare che verso la terra, ha dato luogo a prolungate discussioni durante il negoziato. Il problema era come tradurre entro i precisi limiti richiesti da uno strumento giuridico un concetto che si fonda su enunciati scientifici, come l'interazione tra la terra e il mare, difficilmente traducibili in una misura spaziale. Riguardo all'estensione verso il mare, non era proponibile il limite delle 200 miglia nautiche della zona economica esclusiva, più adatto al caso delle ampie distese oceaniche che a quello di un mare semi-chiuso: se si seguisse tale limite, tutto il Mediterraneo si trasformerebbe in una zona costiera, posto che nessun punto in tale mare dista più di 200 miglia nautiche dalla terra o dall'isola più vicina. Riguardo all'estensione verso la terra, non era utilizzabile il concetto di spartiacque che avrebbe comportato conseguenze assurde, come l'inclusione del Monte Bianco e delle altre vette alpine nell'ambito della zona costiera mediterranea.

La soluzione fatta propria nel Protocollo vuole essere nello stesso tempo precisa e flessibile. In primo luogo, l'art. 3, par. 1, pone dei limiti che si possono determinare con esattezza su di una carta geografica, cor-

rispondendo essi all'ampiezza del mare territoriale (12 miglia nautiche, per la maggior parte degli Stati mediterranei)<sup>20</sup> e al territorio delle unità amministrative costiere (i comuni, nella maggior parte dei casi):

«The area to which the Protocol applies shall be the Mediterranean Sea area as defined in Article 1 of the Convention. The area is also defined by:

(a) the seaward limit of the coastal zone, which shall be the external limit of the territorial sea of Parties; and

(b) the landward limit of the coastal zone, which shall be the limit of the competent coastal units as defined by the Parties».

In secondo luogo, l'art. 3, par. 2, introduce un elemento di flessibilità, consentendo a uno Stato parte di adottare una diversa delimitazione della propria zona costiera, in considerazione, nel caso del limite verso terra, di una serie di fattori:

«If, within the limits of its sovereignty, a Party establishes limits different from those envisaged in paragraph 1 of this Article, it shall communicate a declaration to the Depositary at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval of, or accession to this Protocol, or at any subsequent time, in so far as:

(a) the seaward limit is less than the external limit of the territorial sea;

(b) the landward limit is different, either more or less, from the limits of the territory of coastal units as defined above, in order to apply, *inter alia*, the ecosystem approach and economic and social criteria and to consider the specific needs of islands related to geomorphological characteristics and to take into account the negative effects of climate change».

L'art. 5 del Protocollo sulla zona costiera enuncia una serie di obiettivi della gestione integrata della zona costiera, tra i quali, accanto a grandi principi, come lo sviluppo sostenibile o il beneficio delle generazioni presenti e future, figurano finalità più precise, come la pianificazione o la prevenzione delle calamità naturali:

«The objectives of integrated coastal zone management are to:

(a) facilitate, through the rational planning of activities, the sustainable development of coastal zones by ensuring that the environment and landscapes are taken into account in harmony with economic, social and cultural development;

<sup>20</sup> Le eccezioni sono la Grecia (6 miglia nautiche), la Turchia (6 miglia nautiche nell'Egeo) e il Regno Unito (3 miglia nautiche per Gibilterra e le basi sovrane di Akrotiri e Dhekelia sull'isola di Cipro).

(b) preserve coastal zones for the benefit of current and future generations;

(c) ensure the sustainable use of natural resources, particularly with regard to water use;

(d) ensure preservation of the integrity of coastal ecosystems, landscapes and geomorphology;

(e) prevent and/or reduce the effects of natural hazards and in particular of climate change, which can be induced by natural or human activities;

(f) achieve coherence between public and private initiatives and between all decisions by the public authorities, at the national, regional and local levels, which affect the use of the coastal zone».

L'art. 6 a sua volta enuncia una serie di principi della gestione integrata della zona costiera. È il caso di riportare integralmente la lunga lista di tali principi, attirando l'attenzione su quelli più caratteristici, come il concetto di capacità di carico<sup>21</sup>, il coinvolgimento delle popolazioni locali nella presa delle decisioni, il coordinamento tra tutte le autorità pubbliche coinvolte<sup>22</sup>, la precedenza per le attività che richiedono l'immediata prossimità alla costa, la prevenzione di eccessive concentrazioni urbane:

«In implementing this Protocol, the Parties shall be guided by the following principles of integrated coastal zone management:

(a) The biological wealth and the natural dynamics and functioning of the intertidal area and the complementary and interdependent nature of the marine part and the land part forming a single entity shall be taken particularly into account.

(b) All elements relating to hydrological, geomorphological, climatic, ecological, socio-economic and cultural systems shall be taken into account in an integrated manner, so as not to exceed the carrying capacity of the coastal zone and to prevent the negative effects of natural disasters and of development.

(c) The ecosystems approach to coastal planning and management shall be applied so as to ensure the sustainable development of coastal zones.

(d) Appropriate governance allowing adequate and timely participation in a transparent decision-making process by local populations and

<sup>21</sup> Secondo l'art. 9, par. 1, lett. e), le parti devono «define indicators of the development of economic activities to ensure sustainable use of coastal zones and reduce pressures that exceed their carrying capacity».

<sup>22</sup> Al tema del coordinamento interistituzionale è espressamente dedicato l'art. 7.

stakeholders in civil society concerned with coastal zones shall be ensured.

(e) Cross-sectorally organized institutional coordination of the various administrative services and regional and local authorities competent in coastal zones shall be required.

(f) The formulation of land use strategies, plans and programmes covering urban development and socio-economic activities, as well as other sectoral policies, shall be required.

(g) The multiplicity and diversity of activities in coastal zones shall be taken into account and priority shall be given, where necessary, to public services and activities requiring, in terms of use and location, the immediate proximity of the sea.

(h) The allocation of uses throughout the entire coastal zone should be balanced, and unnecessary concentration and urban sprawl should be avoided.

(i) Preliminary assessments shall be made of the risks associated with the various human activities and infrastructure so as to prevent and reduce their negative impact on coastal zones.

(j) Damage to the coastal environment shall be prevented and, where it occurs, appropriate restoration shall be effected».

L'obbligo fondamentale delle parti è di preservare gli habitat naturali, i paesaggi, le risorse naturali e gli ecosistemi costieri (art. 8). A tal fine esse devono, tra l'altro, stabilire una fascia di non edificabilità lungo la costa. Una questione molto discussa durante il negoziato, anche a causa della diversità delle norme in proposito nei vari sistemi di diritto interno, è stata l'ampiezza di tale fascia. L'art. 8, par. 2, indica una misura minima di 100 m, accompagnandola alla possibilità di «adattamenti»<sup>23</sup>, formulati però in termini così ampi da rischiare di vanificare la portata stessa della regola. Infatti, le parti

«(a) shall establish in coastal zones, as from the highest winter waterline, a zone where construction is not allowed. Taking into account, *inter alia*, the areas directly and negatively affected by climate change and natural risks, this zone may not be less than 100 meters in width, subject to the provisions of subparagraph (b) below. Stricter national measures determining this width shall continue to apply.

(b) May adapt in a manner consistent with the objectives and principles of this Protocol, the provisions mentioned above:

<sup>23</sup> Che cosa significa un «adattamento» a una disposizione di un trattato? La risposta non è chiara. Nell'art. 8, par. 2, lett. b), il significato è probabilmente quello di «deroga».

- 1) for projects of public interest;
- 2) in areas having particular geographical or other local constraints, especially related to population density or social needs, where individual housing, urbanisation or development are provided for by national legal instruments».

Tra gli obblighi delle parti risaltano (art. 8, par. 3) quelli di identificare aree dove lo sviluppo urbano è ristretto o vietato, di limitare l'estensione lineare dello sviluppo costiero e la creazione di infrastrutture di trasporto, di assicurare al pubblico l'accesso al mare e lungo la sua riva, di restringere o vietare il movimento di veicoli terrestri o marittimi in aree particolarmente vulnerabili:

«The Parties shall also endeavour to ensure that their national legal instruments include criteria for sustainable use of the coastal area. Such criteria, taking into account specific local conditions, shall include, *inter alia*, the following:

- (a) identifying and delimiting, outside protected areas, open areas in which urban development and other activities are restricted or, where necessary, prohibited;
- (b) limiting the linear extension of urban development and the creation of new transport infrastructure along the coast;
- (c) ensuring that environmental concerns are integrated into the rules for the management and use of the public maritime domain;
- (d) providing for freedom of access by the public to the sea and along the shore;
- (e) restricting or, where necessary, prohibiting the movement and parking of land vehicles, as well as the movement and anchoring of marine vessels, in fragile natural areas on land or at sea, including beaches and dunes».

Disposizioni dettagliate del Protocollo riguardano specifiche attività economiche che possono avere impatti sulla zona costiera, come agricoltura e industria, pesca, attività turistiche, sportive e ricreative<sup>24</sup>, uso di specifiche risorse naturali<sup>25</sup>, porti e installazioni per la produzione di e-

<sup>24</sup> In questo caso, le parti s'impegnano «(i) to encourage sustainable coastal tourism that preserves coastal ecosystems, natural resources, cultural heritage and landscapes; (ii) to promote specific forms of coastal tourism, including cultural, rural and ecotourism, while respecting the traditions of local populations; (iii) to regulate or, where necessary, prohibit the practice of various sporting and recreational activities, including recreational fishing and shellfish extraction» (art. 9, par. 2, lett. *d*)).

<sup>25</sup> Tra l'altro, le parti s'impegnano «to monitor coastal aquifers and dynamic areas of contact or interface between fresh and salt water, which may be adversely affected by the extraction of underground water or by discharges into the natural environment» (art. 9, par. 2, lett. *e*), ii).

nergia, attività marittime (art. 9, par. 2). Altre disposizioni riguardano determinati ecosistemi costieri, come zone umide ed estuari, habitat marini, foreste costiere, dune (art. 10), oltre che i paesaggi costieri (art. 11), le isole (art. 12)<sup>26</sup> e il patrimonio culturale. Particolare attenzione deve essere rivolta dalle parti agli effetti di disastri naturali<sup>27</sup>, compreso il cambiamento climatico (art. 22), e al coordinamento degli interventi per far fronte ad essi (art. 24), come pure all'erosione costiera (art. 23).

Sul piano degli strumenti, particolare importanza ha l'obbligo delle parti (art. 17) di definire un quadro comune regionale per la gestione integrata della zona costiera nel Mediterraneo:

«The Parties undertake to cooperate for the promotion of sustainable development and integrated management of coastal zones, taking into account the Mediterranean Strategy for Sustainable Development and complementing it where necessary. To this end, the Parties shall define, with the assistance of the Centre, a common regional framework for integrated coastal zone management in the Mediterranean to be implemented by means of appropriate regional action plans and other operational instruments, as well as through their national strategies»<sup>28</sup>.

Le parti devono definire la loro strategia nazionale per la gestione integrata della zona costiera in conformità con il predetto quadro comune regionale (art. 18, par. 1). Il Protocollo indica i contenuti della strategia nazionale e dei conseguenti piani e programmi costieri (art. 18, paragrafi 2-4):

«The national strategy, based on an analysis of the existing situation, shall set objectives, determine priorities with an indication of the reasons, identify coastal ecosystems needing management, as well as all relevant actors and processes, enumerate the measures to be taken and their cost as well as the institutional instruments and legal and financial means available and set an implementation schedule.

Coastal plans and programmes, which may be self-standing or integrated in other plans and programmes, shall specify the orientations of

<sup>26</sup> «The Parties undertake to accord special protection to islands, including small islands, and for this purpose to (a) protect environmentally friendly activities in such areas and take special measures to ensure the participation of the inhabitants in the protection of coastal ecosystems based on their local customs and knowledge; (b) take into account the specific characteristics of the island environment and the necessity to ensure interaction among islands in national coastal strategies, plans and programmes and management instruments, particularly in the fields of transport, tourism, fishing, waste and water».

<sup>27</sup> Varie zone del fondo del Mediterraneo presentano attività sismica e possono determinare maremoti.

<sup>28</sup> Il Centro menzionato dall'art. 17 è il «Priority Actions Programme Regional Activity Centre», istituito a Spalato nell'ambito dell'UNEP-MAP.

the national strategy and implement it at an appropriate territorial level, determining, *inter alia* and where appropriate, the carrying capacities and conditions for the allocation and use of the respective marine and land part of coastal zones.

The Parties shall define appropriate indicators in order to evaluate the effectiveness of integrated coastal zone management strategies, plans and programmes, as well as the progress of the implementation of the Protocol».

La gestione integrata della zona costiera si accompagna ad altre procedure che le parti sono tenute a istituire, come i meccanismi per il monitoraggio (art. 16) e la valutazione d'impatto ambientale (articoli 19 e 29). Il Protocollo intende anche incoraggiare la partecipazione del pubblico nella gestione della zona (art. 14) e le misure volte alla formazione, all'istruzione e alla ricerca (art. 15). È anche prevista, sia pure in termini non vincolanti (art. 20, par. 2), l'istituzione di meccanismi, come il *Conservatoire du Littoral* esistente da tempo in Francia, diretti ad acquisire terreni costieri al fine della loro gestione sostenibile:

«To this end, and in order to ensure the sustainable management of public and private land of the coastal zones, Parties may *inter alia* adopt mechanisms for the acquisition, cession, donation or transfer of land to the public domain and institute easements on properties».

##### 5. La pianificazione dello spazio marittimo nelle strategie per l'ambiente marino dell'Unione europea

Già nella sua versione originaria del 1976, la Convenzione di Barcellona consentiva la partecipazione (nella forma della firma e dell'approvazione) della «Comunità Economica Europea [ora Unione Europea] e di ogni simile raggruppamento economico di cui almeno un membro sia uno Stato costiero dell'area del Mare Mediterraneo e che eserciti competenza nelle materie coperte da questa Convenzione e da ogni protocollo ad essa relativo» (art. 30). L'Unione europea è oggi parte della Convenzione di Barcellona (dal 1978) e di quattro dei suoi protocolli. Dato che, in base al diritto comunitario, la competenza in materia di protezione dell'ambiente è condivisa tra l'Unione e i suoi Stati membri<sup>29</sup>, sono parti della Convenzione di Barcellona e di vari dei suoi

<sup>29</sup> Cfr., in generale *The Law of the Sea – The European Union and Its Member States* (a cura di Treves, Pineschi), The Hague, 1997; FRANK, *The European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea*, Leiden, 2007.

protocolli anche i sette Stati membri costieri del Mediterraneo (Cipro, Francia, Grecia, Italia, Malta, Slovenia e Spagna).

La materia della gestione integrata della fascia costiera è oggetto di uno strumento non vincolante del diritto comunitario, vale a dire la raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2002, relativa all'attuazione della gestione integrata delle zone costiere in Europa<sup>30</sup>. Per il momento la Comunità europea non è parte del Protocollo sulla zona costiera, anche se la Commissione ha iniziato il procedimento interno che permetterà la partecipazione in un prossimo futuro.

È interessante segnalare che gli sviluppi del diritto comunitario portano verso una gestione degli spazi marini più ampia di quella limitata alla zona costiera. La direttiva 2008/56/EC del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino (direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino)<sup>31</sup> ha individuato (art. 4, par. 1) quattro «regioni marine» (Mar Baltico; Oceano Atlantico nordorientale; Mar Mediterraneo; Mar Nero). Quella mediterranea è a sua volta suddivisa in quattro «sottoregioni» (Mar Mediterraneo occidentale; Mare Adriatico; Mar Ionio e Mar Mediterraneo centrale; Mar Egeo orientale). La direttiva, alla quale gli Stati membri devono conformarsi entro il 15 luglio 2010 (art. 26, par. 1), obbliga tali Stati ad adottare «le misure necessarie per conseguire o mantenere un buono stato ecologico dell'ambiente marino entro il 2020» (art. 1, par. 1). A tal fine, essa prevede l'elaborazione e l'attuazione di strategie per l'ambiente marino:

«Le strategie per l'ambiente marino applicano un approccio ecosistemico alla gestione delle attività umane, assicurando che la pressione collettiva di tali attività sia mantenuta entro livelli compatibili con il conseguimento di un buono stato ecologico e che la capacità degli ecosistemi marini di reagire ai cambiamenti indotti dall'uomo non sia compromessa, consentendo nel contempo l'uso sostenibile dei beni e dei servizi marini da parte delle generazioni presenti e future» (art. 1, par. 3).

Rispetto a ciascuna regione o sottoregione, gli Stati membri sono tenuti a elaborare una «strategia per l'ambiente marino» per le loro acque marine, sulla base di un piano di azione che deve seguire «un'impostazione comune» come indicato dall'art. 5, par. 2, e da diverse altre disposizioni della direttiva. In termini spaziali, le «acque marine» (art. 3,

<sup>30</sup> *G.U.C.E.* 6 giugno 2002 *L* 148. Cfr. anche la comunicazione della Commissione intitolata «Relazione al Parlamento Europeo e al Consiglio: valutazione della gestione integrata delle zone costiere (GIZC) in Europa» (COM(2007)308) del 7 giugno 2007.

<sup>31</sup> *G.U.U.E.* 25 giugno 2008 *L* 164.

par. 1) includono sia le acque, compresi il fondale e il sottosuolo, situate al di là dalla linea di base del mare territoriale «fino ai confini della zona su cui uno Stato membro ha e/o esercita diritti giurisdizionali» in conformità alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, sia le acque costiere, quali definite nella direttiva 2000/60/CE<sup>32</sup>, compresi il fondale e il sottosuolo. Si può pertanto desumere che un simile spazio, che include la zona costiera, si estende fino al limite di 200 miglia nautiche della zona economica esclusiva.

Si viene così affermando il concetto di «pianificazione dello spazio marittimo» (*Maritime Spatial Planning*)<sup>33</sup>. Essa è intesa come uno strumento fondamentale per l'attuazione della «politica marittima integrata», definita nel cosiddetto Piano Blu, predisposto dalla Commissione il 10 ottobre 2007<sup>34</sup>, e del relativo Piano d'azione<sup>35</sup>. Come precisato in una comunicazione della Commissione del 25 novembre 2008, intitolata «Tabella di marcia per la pianificazione dello spazio marittimo: definizione di principi comuni nell'Unione europea»<sup>36</sup>,

«la PMS [= pianificazione dello spazio marittimo] è uno strumento di miglioramento del processo decisionale. Essa fornisce un quadro per dirimere eventuali controversie fra attività umane in competizione e per gestirne l'impatto sull'ambiente marino. Il suo obiettivo è equilibrare gli interessi settoriali e conseguire un utilizzo sostenibile delle risorse marine in conformità con la strategia di sviluppo sostenibile dell'UE [= Unione Europea]».

La PMS dovrebbe fondarsi sulle specificità delle singole regioni o sottoregioni marine. Si tratta di un processo che consiste nel raccogliere dati, nel consultare le parti interessate, nell'elaborare un piano secondo modalità partecipative e nel garantirne le fasi successive di attuazione, applicazione, valutazione e revisione» (par. 2.1).

<sup>32</sup> La direttiva (in *G.U.C.E* 22 dicembre 2000 *L* 327) dà la seguente definizione del termine «acque costiere»: «le acque superficiali situate all'interno rispetto a una retta immaginaria distante, in ogni suo punto, un miglio nautico sul lato esterno dal punto più vicino della linea di base che serve da riferimento per definire il limite delle acque territoriali e che si estendono eventualmente fino al limite esterno delle acque di transizione» (art. 2, n. 7).

<sup>33</sup> Per alcune conclusioni generali in proposito cfr. EHLER, *Conclusions: Benefits, Lessons Learned, and Future Challenges of Marine Spatial Planning*, in *Marine Policy*, 2008, p. 840.

<sup>34</sup> COM(2007)575 del 10 ottobre 2007. Si tratta di una comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni.

<sup>35</sup> SEC(2007)1278 del 10 ottobre 2007.

<sup>36</sup> COM(2008)791 del 25 novembre 2008.

Se l'orientamento proprio alla direttiva 2008/56 fosse applicato da tutti gli Stati rivieraschi, siano essi comunitari o meno, l'intera estensione del Mediterraneo sarebbe oggetto di una politica di strategie marine. Tuttavia, in questo mare una vera pianificazione complessiva dello spazio marittimo potrà realizzarsi soltanto quando tutti gli Stati costieri avranno finalmente preso la decisione di istituire la loro zona economica esclusiva<sup>37</sup>. Sarà così eliminata l'attuale situazione del Mediterraneo, ridotto a una sorta di «mare d'Arlecchino», in cui coesistono zone economiche, zone di pesca, zone di protezione ecologica e spazi di alto mare, a seconda della volontà degli Stati interessati di esercitare pienamente o di esercitare parzialmente o di non esercitare affatto i diritti che loro competono<sup>38</sup>.

Quale che sia il futuro assetto giurisdizionale del Mare Mediterraneo, va precisato che la sopra richiamata direttiva 2008/56 obbliga gli Stati membri a coordinarsi e a basarsi sui programmi e le attività già elaborati nel quadro delle convenzioni per i mari regionali, tra le quali va senz'altro inclusa la Convenzione di Barcellona e il relativo Protocollo sulla zona costiera:

«Al fine di conseguire il coordinamento di cui all'articolo 5, paragrafo 2, ove ciò sia fattibile e appropriato, gli Stati membri si avvalgono delle strutture istituzionali regionali in materia di cooperazione esistenti, incluse quelle previste nel quadro delle convenzioni marittime regionali, concernenti la regione o sottoregione marina in questione.

Ai fini dell'istituzione e dell'attuazione delle strategie per l'ambiente marino, gli Stati membri, all'interno di ogni regione o sottoregione marina, si adoperano, avvalendosi dei pertinenti consessi internazionali, tra cui rientrano i meccanismi e le strutture delle convenzioni marittime regionali, per coordinare i loro interventi con i paesi terzi che esercitano la loro sovranità o giurisdizione sulle acque della stessa regione o sottoregione marina» (art. 6, paragrafi 1 e 2)<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> In un'ampio studio su *Legal Aspects of Maritime Spatial Planning*, realizzato il 16 ottobre 2008 per la Commissione europea da Aeker e Hodgson, si giunge alle seguenti conclusioni: «[...] MSP [= maritime spatial planning] is a relatively new concept and there is as yet limited experience in its implementation across Member States. [...] With regard to the Mediterranean Sea, the ability of Member States to engage in MSP beyond their territorial seas up to 200 nm is limited to the scope of the purpose for which specific protection zones have been claimed [...]» (p. 78).

<sup>38</sup> Cfr. SCOVAZZI, *La zone de protection écologique italienne dans le contexte confus des zones côtières méditerranéennes*, in *Annuaire du droit de la mer*, 2005, p. 209.

<sup>39</sup> Secondo l'art. 3, n. 10, per «convenzioni marittime regionali» s'intendono «convenzioni internazionali o accordi internazionali e rispettivi organi direttivi che si prefiggono la protezione dell'ambiente marino delle regioni marine di cui all'articolo 4, quali la Convenzione per la protezione dell'ambiente marino nel Mar Baltico, la Convenzione

È così indicata la via per armonizzare il concetto di gestione integrata della zona costiera, fatto proprio dal Protocollo, con il ben più ambizioso concetto di pianificazione dello spazio marittimo, prefigurato dai più recenti sviluppi del sistema comunitario.

per la protezione dell'ambiente marino nell'Atlantico nordorientale e la Convenzione sulla protezione dell'ambiente marino e del litorale del Mediterraneo».



## **IMPATTO DEI CAMBIAMENTI CLIMATICI SULLE RISORSE IDRICHE NEL MEDITERRANEO**

Cosimo LACIRIGNOLA\* - Chiara MORINI\*\*

Nel corso degli ultimi anni il tema del cambiamento climatico è stato ampiamente dibattuto, sia a livello nazionale che internazionale, ed ha coinvolto la comunità scientifica e numerose istituzioni governative e non governative.

Tra le questioni oggetto di crescente interesse per le organizzazioni internazionali ed i *policy makers*, rientrano i legami tra filiere agro-alimentari e cambiamenti climatici.

L'agricoltura ed il cambiamento climatico sono caratterizzati da una complessa relazione causa-effetto: le pratiche agricole intensive producono, infatti, rilevanti volumi di gas a effetto serra, ritenuti la principale causa del cambiamento climatico. Al tempo stesso, però, l'agricoltura subisce gli effetti negativi dei mutamenti del clima in termini di riduzione della produttività ed incremento dei rischi legati alla riduzione della disponibilità di risorse e della sicurezza alimentare. A riprova di questo duplice legame, possiamo notare come l'intera storia dell'agricoltura sia connessa alle caratteristiche climatiche che hanno determinato, con il passare dei millenni, un lento e graduale spostamento delle attività agricole verso Ovest. La velocità media di avanzamento di questo fenomeno è stata di circa un chilometro ogni anno, seguendo il graduale aumento della temperatura terrestre.

Secondo degli studi condotti dall'*International Panel of Climate Change* (IPCC), che rappresenta l'istituzione di riferimento designata dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per lo studio dei cambiamenti climatici, nel periodo 1961-1990, la variazione della temperatura del-

\* Direttore dell'Istituto agronomico mediterraneo di Bari (IAM-B).

\*\* Agronomo, Istituto agronomico mediterraneo di Bari (IAM-B).

l'aria rispetto alla media è stata di circa 0.4°C su scala globale<sup>1</sup>. Nell'emisfero Nord, in particolare, il costante aumento della temperatura è coinciso con la rivoluzione industriale del XVIII secolo.

Nel caso specifico del bacino del Mediterraneo, i cambiamenti climatici sono in parte legati alle variazioni di temperatura della superficie marina, come rilevato dall'Ente per le Nuove Tecnologie, l'Energia e l'Ambiente (ENEA) che, attraverso sistemi di telerilevamento, ha condotto numerosi studi sull'andamento della temperatura superficiale del mar Mediterraneo nell'ultimo ventennio. Nello specifico, si è osservato un innalzamento della temperatura marina pari circa ad 1°C ed un anomalo riscaldamento, avvenuto durante l'estate del 2003<sup>2</sup>. La variazione di temperatura superficiale del mare rappresenta un buon indicatore per l'individuazione di eventuali tendenze climatiche: un riscaldamento consistente e prolungato può, infatti, influire notevolmente sul clima delle regioni costiere<sup>3</sup>. (Fig. 1)



**Fig. 1 – Andamento della temperatura media annua (°C) del mar Mediterraneo nell'arco temporale 1985-2002. (fonte: ENEA, 2003)**

<sup>1</sup> International Panel of Climate Change (IPCC), *Climate Change 2007: Synthesis Report. Summary for Policymakers*, 2007, p. 31. Il documento è consultabile sul sito [www.ipcc.ch](http://www.ipcc.ch).

<sup>2</sup> L'aumento di temperatura registrato è da 19,3 C° a 20 C°.

<sup>3</sup> ENEA, *Dossier per lo studio dei cambiamenti climatici e dei loro effetti*, 2007, p. 23.

Negli ultimi anni si è osservato, inoltre, un progressivo incremento della frequenza di fenomeni naturali estremi, che nella regione euro-mediterranea si manifestano soprattutto sotto forma di alluvioni<sup>4</sup>. (Fig. 2)



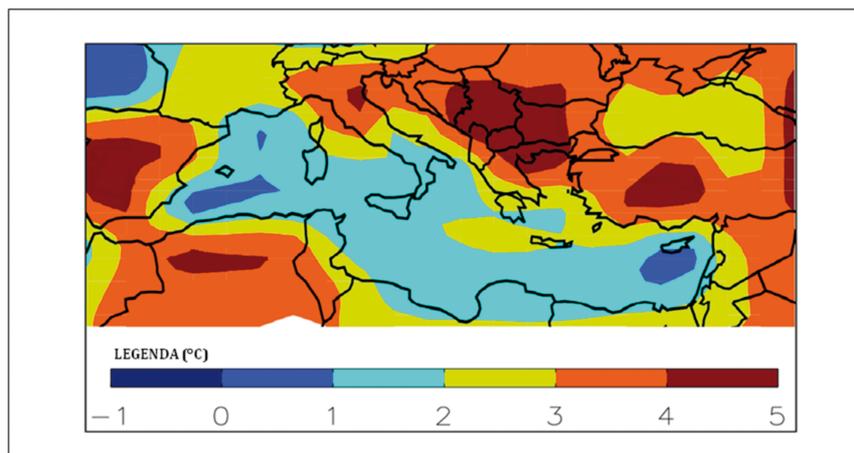
Fig. 2 - Al Hassakeh (Siria), ottobre 2006: alluvione del fiume *Khabour*. La larghezza del fiume, il cui normale deflusso in questa zona è pari a 4 metri, è passata a 400 metri circa dopo due giorni di intense precipitazioni.

Guardando al *trend* evolutivo globale del clima nei prossimi anni, l'IPCC nel 2002 ha pubblicato un rapporto intitolato *Special Report on Emission Scenarios*, che tratta in maniera approfondita i possibili scenari determinati dai cambiamenti climatici. Secondo lo scenario A2 profilato dall'IPCC, che rispecchia il *trend* evolutivo più probabile nel bacino del Mediterraneo<sup>5</sup>, si prevede che le temperature aumenteranno in tutti i Paesi dell'area. Nei prossimi 60 anni, secondo le previsioni dell'Organiz-

<sup>4</sup> Secondo la banca dati internazionale EM-DAT, che rappresenta il più importante *database* mondiale dei fenomeni naturali estremi, tra il 1998 ed il 2002 le alluvioni hanno costituito il 43% di tutti i fenomeni naturali estremi verificatisi in Europa. Per approfondimenti, consultare il sito [www.emdat.be](http://www.emdat.be).

<sup>5</sup> Lo scenario A2 contempla la seguente combinazione di variabili: alto tasso di crescita demografica; elevato consumo di energia; livello medio di cambiamento di uso del suolo; bassa disponibilità di risorse; basso tasso di crescita tecnologica. Cfr. IPCC, op. cit., p. 44.

zazione, il maggiore incremento di temperatura – con variazioni comprese tra 4 e 5 °C – si registrerà nella fascia meridionale del Mediterraneo, che include i Paesi del Nord Africa, la Spagna, l'area dei Balcani e l'Italia settentrionale. Relativamente alle precipitazioni, sempre nello stesso periodo, esse diverranno sempre più scarse nei Paesi che si affacciano sulla sponda Sud del Mediterraneo, con riduzioni fino al 30% in Marocco ed Algeria. Al contrario, si stima che diventeranno più abbondanti sulla sponda settentrionale. (Fig. 3)



**Fig. 3 – Variazione della temperatura media annua estiva (°C) nel bacino Mediterraneo nei prossimi 60 anni (Rielaborazione Scenario A2, IPPC, 2007): in rosso scuro sono evidenziati i territori interessati dalle variazioni più significative.**

L'acqua risulta, quindi, essere una risorsa scarsa e molto fragile in tutta l'area, distribuita in maniera piuttosto irregolare, con una maggiore disponibilità per i Paesi della riva settentrionale, pari a circa il 70% del totale.

Nella ripartizione settoriale, il consumo di acqua nei Paesi a Sud e nei Paesi ad Est del bacino Mediterraneo è per la maggior parte destinato al settore agricolo<sup>6</sup>. Si stima che fino al 2030 l'agricoltura rimarrà il settore a maggior prelievo di risorse idriche<sup>7</sup>; al tempo stesso però il bacino Mediterraneo subirà un significativo declino delle risorse idriche disponibili. Tuttavia, a causa della crescita demografica, di pratiche di irrigazione inefficienti e della crescente competizione per l'utilizzo della risor-

<sup>6</sup> È pari, rispettivamente, all'85% nei Paesi ad Est ed all'80% nei Paesi a Sud.

<sup>7</sup> World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), *Facts and Trends-Water*, 2006.

sa idrica, si stima che una quota compresa tra il 15% ed il 35% dei prelievi d'acqua per irrigazione non siano sostenibili in futuro<sup>8</sup>.

Di conseguenza, proprio in relazione al settore agricolo, i cambiamenti climatici potrebbero in futuro avere un impatto notevole. Infatti, si prevede che, nel periodo compreso tra il 2020 e il 2080, il mutamento del clima potrebbe determinare una diminuzione delle rese produttive agricole nell'Europa meridionale per un valore compreso tra 1,9% e 22,4%. Le cause di tale diminuzione nella resa agricola sono molteplici: riduzione del periodo di crescita, maggiore frequenza di eventi climatici estremi durante le fasi del ciclo produttivo (con maggiori precipitazioni nella fase di semina), stress da calore durante la fioritura, periodi asciutti più lunghi, scarsità di acqua, processi di salinizzazione delle falde acquifere e dei suoli.

Oltre ad impattare sul settore agricolo, i cambiamenti climatici potrebbero anche contribuire a mettere a rischio la stabilità politica e sociale e la crescita economica dell'intero bacino Euro-Mediterraneo. Tali fenomeni avverrebbero come conseguenza delle crisi idriche, ovvero della riduzione della quantità e qualità delle risorse idriche disponibili, che potrebbero portare, tra l'altro, all'accentuazione dei conflitti geo-politici. Nei Paesi a reddito più basso, la dipendenza diretta degli individui dalle risorse naturali è infatti elevata e comporta l'aumento della probabilità che crescenti gruppi di persone (i c.d. *environmental migrants*) siano spinte a spostarsi dalla loro localizzazione originaria, creando squilibri sociali e territoriali. Inoltre, l'aumento della pressione antropica sulla disponibilità e sulla distribuzione delle risorse idriche, per poter essere gestito senza creare conflittualità sociali, richiede attente capacità di governo da parte delle istituzioni e delle classi politiche dirigenti.

Occorre, infine, considerare le tensioni internazionali legate all'accesso, al controllo ed alla gestione delle risorse idriche; soprattutto nel caso in cui tali risorse, la cui disponibilità tende a ridursi a causa dei suddetti cambiamenti climatici, siano *condivise* fra più soggetti economici ed istituzionali, come accade nei casi di bacini idrologici che attraversano i confini di più Stati.

Le problematiche legate alla risorsa idrica nel bacino del Mediterraneo sono, dunque, di carattere piuttosto complesso e trasversale, come si può intuire se si prendono in considerazione le situazioni spesso conflittuali che si sono verificate nel corso della storia e che ancora oggi affliggono questa regione. Già in passato oggetto di frequenti tensioni tra i Paesi del Mediterraneo è stato in molti casi il controllo della disponibilità

<sup>8</sup> IPCC, op. cit., p. 35.

e l'utilizzo delle risorse dei principali bacini idrografici transnazionali dell'area del *mashrek*: ad esempio il Giordano, il Nilo, il Tigri e l'Eufrate.

Attualmente, sono oggetto di contesa le acque del fiume Giordano (ed i suoi affluenti) e i pozzi sotterranei della Cisgiordania, dai quali Israele dipende per il mantenimento della sua agricoltura industriale. Oggetto di contesa tra lo Stato ebraico e l'Autorità Palestinese è, infatti, proprio il controllo delle risorse idriche sotterranee collocate in Cisgiordania, che sono attinte da stazioni di pompaggio collocate in territorio israeliano e che vengono prevalentemente utilizzate per l'approvvigionamento idrico di Israele. Tensioni si sono inoltre verificate nel 2002 tra Libano e Israele per il controllo delle acque del fiume *Wazzani*, che il Libano avrebbe voluto deviare diminuendo così il flusso d'acqua verso il Giordano, a danno di Israele<sup>9</sup>. Anche per quanto riguarda le relazioni tra Siria ed Israele, come dimostra il fallimento dei numerosi negoziati di pace avviati negli ultimi anni, il controllo delle risorse idriche ha inciso sul mancato raggiungimento di un accordo sulla restituzione delle alture del *Golan* alla Siria<sup>10</sup>.

Altro scenario conflittuale si è delineato per l'accesso alle risorse del fiume Tigri ed Eufrate. Questi fiumi nascono in Turchia e attraversano la Siria e l'Iraq prima di unirsi all'Eufrate e sfociare nel Golfo Persico. Il maggiore contributo idrico al Tigri è apportato dalla Turchia, e solo una minima parte dalla Siria e dall'Iraq. Verso la metà del 1900, il governo turco pianificò un progetto denominato *Güneydogu Anadolu Projesi* (*Water Distribution plan downstream the Ataturk Dam* o GAP), che prevedeva la realizzazione di 22 dighe e 19 centrali idroelettriche sui fiumi Tigri ed Eufrate e sui loro affluenti nell'Anatolia sud-orientale. L'obiettivo del progetto GAP era quello di produrre energia elettrica a basso costo ed aumentare la superficie coltivabile. Negli anni '80 tale investimen-

<sup>9</sup> Per approfondimenti sulla questione, che portò il Ministro della Difesa israeliano e l'allora Primo Ministro libanese a fare dichiarazioni decisamente ostili, cfr. *Annuaire Française de Droit Int., Chronologie des faits internationaux d'intérêt juridique*, 2002, p. 819.

<sup>10</sup> Le discussioni tra i due Stati riguardavano la porzione di territorio che Israele avrebbe dovuto restituire alla Siria. Scrive Fioravanti: «Mentre, infatti, da parte siriana si richiede la restituzione del territorio che era sotto il suo controllo prima dell'occupazione israeliana del 1967, Israele pare orientata a restituire una parte del territorio del Golan secondo le linee di confine tracciate dopo la Prima Guerra Mondiale. Una prospettiva che mira a conservare – a ben vedere – il controllo sulla sponda occidentale del Lago di Tiberiade e su altre fonti idriche». FIORAVANTI, *Acque internazionali a Sud del Mediterraneo*, Padova, 2005, p. 104.

to fu completato, causando in seguito forti tensioni tra Turchia e Siria e tra Turchia ed Iraq.

Il conflitto per l'acqua attualmente continua a riguardare la Turchia e la Siria. Viene naturale chiedersi se i conflitti fra questi due Paesi sul tema dei progetti relativi ai fiumi Tigri e Eufrate, che stanno attirando l'attenzione dei maggiori esperti di politica idrica, siano circoscrivibili al problema del controllo delle reti idriche regionali o, viceversa, facciano parte di un più ampio capitolo inerente alla probabile evoluzione della situazione in Medio Oriente. In effetti, la dialettica turco-siriana sembra una costante delle relazioni diplomatiche fra i due Paesi. Frattanto, da oltre quarant'anni, sia in Turchia (*Keban* e *Gap*) che in Siria (Eufrate) i rispettivi progetti idrici vanno avanti, con obiettivi multipli: protezione dalle bibliche inondazioni centenarie, produzione di elettricità, irrigazione, disponibilità di acqua potabile e per uso industriale. Di fianco al progetto GAP, di cui sopra, procedono anche i programmi siriani, più orientati verso l'irrigazione, con la diga di *Tishreen*, a monte della grande opera di *Tabqa/Thawra*, nei pressi del confine turco, con l'irrigazione di terreni aridi nella piana di Aleppo, di *Rassafe*, delle terrazze di *Raqqa*, *Deir-er-Zor* e *El Meyadin*, delle valli degli affluenti dell'Eufrate, il *Blikh* e il *Khabour*, e con la costruzione della stazione di pompaggio di acqua dal Tigri. Molti esperti sottolineano come queste operazioni turco-siriane possano andare a scapito degli interessi iracheni che, ovviamente, non hanno nessuna intenzione di rinegoziare il loro accordo, concluso nel 1987, ai sensi del quale la Turchia è tenuta a garantire un afflusso medio di 500 metri cubi al secondo alla Siria che, a sua volta, deve trasferirne il 58% all'Iraq. Per inciso, proprio su questa questione vi è stato, nel 1997, un riavvicinamento storico fra Siria e Iraq.

Nelle aree attraversate dai bacini fluviali transnazionali qui menzionati la necessità di promuovere soluzioni integrate, all'insegna della cooperazione, è dunque particolarmente urgente, al fine di promuovere pace, sicurezza e sviluppo economico sostenibile. Perciò, agevolare la gestione integrata delle risorse idriche condivise e stimolare la cooperazione delle parti co-interessate sono azioni prioritarie da intraprendere per favorire la conclusione di accordi internazionali che siano ispirati dal principio di equa utilizzazione delle risorse.

L'Istituto Agronomico Mediterraneo di Bari (IAM-B) interviene da anni con progetti specifici per favorire una gestione integrata delle risorse idriche, grazie a numerose attività di cooperazione, formazione e ricerca applicata. I progetti realizzati dallo IAM-B nel settore «*land and water*» si propongono, in particolare, di promuovere sistemi di irrigazione sostenibili ed adattabili alle condizioni locali. Proprio nei territori si-

riani di *Ras El Ain*, attraversati dal *Khabour*, un interessante esempio è stata la sperimentazione ed introduzione di tecnologie irrigue sostenibili avvenute attraverso il progetto «*Rationalization of Ras El Ain irrigation systems*»<sup>11</sup> (Figg. 4 e 5). Nell'area interessata dal progetto, la gestione non sostenibile delle risorse idriche ha compromesso la sostenibilità economica dell'attività agricola nel medio-lungo periodo ed accentuato i rischi idrogeologici del territorio, dove sono state intercettate alcune porzioni di terreno collassate per subsidenza in seguito all'abbassamento del livello della falda. La presenza di tali cedimenti sembra essere collegata a forme esasperate di sfruttamento delle sottostanti acque di falda e potrebbe rappresentare lo scenario futuro dell'area in assenza di modalità di gestione compatibili e con l'attuale tendenza al cambiamento climatico. Nell'ambito delle ricerche sul regime agricolo di tali regioni, in particolare nel *Khabur*, si è reso indispensabile correlare gli effetti delle fluttuazioni climatiche con il sistema agricolo adottato nel corso del tempo. Con tale obiettivo si è cercato di recuperare diverse categorie di dati a scale temporali differenti, nella convinzione che la conoscenza della memoria storica del sistema del *Khabur* potesse fornire indicazioni ed informazioni utili alla programmazione futura delle risorse disponibili ed alla gestione attraverso forme sostenibili in equilibrio tra bagaglio tradizionale di conoscenze e tecnologie moderne.

<sup>11</sup> Il progetto realizzato in località *Ras El Ain*, che in lingua locale significa «origine delle acque», è stato finanziato dalla Cooperazione Italiana ed attuato tra il 2005 ed il 2007. Tale progetto è stato il primo intervento italiano di cooperazione nel settore agricolo realizzato nell'area della Mesopotamia Nord-orientale. L'obiettivo principale del progetto è stato quello di contribuire alla razionalizzazione nell'uso delle risorse idriche e alla diffusione di tecniche moderne di irrigazione. A livello più ampio, il progetto ha inteso avviare la creazione di un laboratorio di dialogo interno tra le comunità locali e sviluppare un centro di competenze regionale. A tal scopo, lo IAM-B porta avanti e promuove attività di formazione specialistica di risorse umane provenienti da istituzioni, università e centri di ricerca di tutto il bacino Mediterraneo e fornisce assistenza tecnica e opportunità di aggiornamento agli agricoltori ed ai tecnici locali. Inoltre, l'analisi del contesto agricolo e l'assistenza tecnica prestata nell'ambito del progetto miravano a dare un contributo sia al dialogo interregionale tra i Paesi della regione del *Mashrek*, nell'auspicio di una apertura del dialogo sulla gestione sostenibile e condivisa dei bacini idrografici trans-nazionali, sia al dialogo tra Paesi Euro-Mediterranei e la sponda arabo-islamica, attraverso l'aggiornamento, il coinvolgimento e la valorizzazione delle risorse umane e tecniche.



**Fig. 4 – Al Hassakeh (Siria), 2006: operatore agricolo in campo. È visibile il sistema tradizionale di irrigazione per scorrimento superficiale, che comporta elevato consumo di acqua, sia per eccessivo ruscellamento superficiale sia per eccessiva percolazione.**

A questo proposito, si è proceduto all'analisi stratigrafica dei depositi messi in luce da uno di questi collassi, nel tentativo di ricostruire le dinamiche di interazione tra le variazioni del livello della falda, i cambiamenti climatici e le caratteristiche dei suoli<sup>12</sup>. L'analisi della compo-

<sup>12</sup> L'analisi delle porzioni esposte di uno di questi collassi, sita in prossimità di *Ain Kbrit (Sulfur Spring)*, ha evidenziato la presenza di una lunga sequenza stratigrafica con fenomeni sedimentari pertinenti a processi di accumulo rapido (alluvionamenti), alla formazione di orizzonti umici, talora torbosi, ed alla presenza di croste relative probabilmente a risalite di carbonati secondari generati da fenomeni di evapotraspirazione rapidi. Le correlazioni tra le diverse porzioni della sezione di *Ras El Ain* ha permesso di caratterizzare le modificazioni ambientali avvenute nel corso del XV-XVI sec. e le ripercussioni sui livelli della falda, sulla copertura arborea e sulle pratiche agricole adottate. L'analisi dei dati ecologici (resti combusti di semi e carboni, macrofite e polline) ha evidenziato come, in concomitanza con l'attività della sorgente e l'accumulo locale di sedimenti torbosi, si sia proceduto con la messa a coltura dei campi circostanti con diverse specie di cereali ed alberi da frutto. Tale situazione viene modificata dall'accumulo successivo di orizzonti sabbiosi di probabile origine alluvionale (oltre un metro), sintomatici di una riduzione della portata della sorgente, che rendono incompatibile la coltivazione dei cereali ed in genere di ogni attività agricola nell'area. FIORENTINO, CARACUTA, PARRA,

nente isotopica dei resti vegetali rinvenuti ha dimostrato che le oscillazioni della sorgente sono in stretta relazione con fenomeni climatici di scala almeno regionale, che hanno confermato l'importanza di definire il quadro delle oscillazioni climatiche per poter programmare piani di sviluppo sostenibile nell'area.



**Fig. 5 – Al Hassakeh (Siria), 2008: operatore agricolo in campo allestito con il sistema di irrigazione «Improved irrigation system», sperimentato nell'ambito del progetto di cooperazione IAMB finalizzato alla razionalizzazione delle risorse irrigue locali.**

PRIMAVERA, VAN CAMPO, *The Last Millennia Climate Changes in the Khabur Basin (Syria), inferred from Natural Data and Historical Sources*. Atti del Convegno «The Climate of Poland in Historical times in relation to the Climate of Europe», Toroun, Polonia, 11-13 Ottobre 2007, p. 34.

Le analisi paleoambientali effettuate nella regione hanno evidenziato come la storia del popolamento nell'area sia stata fortemente condizionata dai cambiamenti climatici nel corso degli ultimi 7000 anni. Le imponenti operazioni di sfruttamento delle risorse idriche del territorio nei tempi recenti, attraverso il controllo della portata idrica di superficie (dighe) e il pompaggio delle risorse idriche sotterranee per la messa a coltura di essenze alloctone, hanno fortemente alterato l'equilibrio delle attività antropiche con le risorse dell'ambiente naturale. A questo si unisce una progressiva perdita di memoria delle modalità tradizionali di sfruttamento e gestione delle risorse idriche di superficie di origine meteorica locale (sistemi di captazione dell'acqua piovana) attivata anche da massicci fenomeni migratori nell'area di gruppi etnici di diversa provenienza. Si evince, dunque, come accanto ad un programma integrato di gestione dell'acqua a fini agricoli a scala regionale con metodologie e tecnologie moderne, si renda necessario anche il recupero di sistemi tradizionali di gestione dell'acqua piovana a scala più limitata, associato ad una analisi predittiva del regime pluviometrico regionale attraverso metodologie isotopiche<sup>13</sup>.

In conclusione, fornire soluzioni tecniche innovative per favorire la corretta gestione dell'acqua rende possibile raggiungere un buon livello di efficienza dell'uso della risorsa ed un miglioramento delle prestazioni dei sistemi irrigui con riduzione dei volumi di acqua impiegata, conservando al tempo stesso una adeguata produttività colturale nel medio - lungo periodo, in cui si assisterà ad una modifica dell'intero sistema climatico con una serie di ripercussioni sugli ecosistemi e sulle attività antropiche. I temi della sostenibilità e del degrado di un territorio sono infatti costantemente correlati al problema della desertificazione e, benché sia semplicistico considerare il fattore antropico la sola causa di tale processo, l'interazione tra uso del territorio e clima è un fattore cruciale nella stabilizzazione degli insediamenti antropici e per un corretto uso delle risorse naturali.

Le conoscenze scientifiche disponibili, incorporate all'interno di prassi e tecniche colturali sostenibili, hanno raggiunto attualmente un livello significativo; occorre però che tale *know how* diventi un patrimonio diffuso e condiviso, soprattutto per quanto riguarda la tutela delle risorse idriche del territorio. In tal senso, l'innovazione tecnologica finalizzata alla gestione dell'acqua va promossa ed agevolata mettendo a punto politiche, modelli e strumenti di gestione integrati, che risultano prioritari per affrontare con efficacia le problematiche qui esposte. Azioni di que-

<sup>13</sup> FIORENTINO, CARACUTA, PARRA, PRIMAVERA, VAN CAMPO, op. cit., p. 40.

sto tipo comportano, a loro volta, un importante cambiamento di valori e percezioni: l'acqua non può più, dunque, essere considerata come un bene da sfruttare, ma come una fragile risorsa comune, da usare a beneficio di tutti e come possibile strumento di maggiore cooperazione e fiducia tra Paesi.

#### Riferimenti bibliografici

- BARILLA CENTER FOR FOOD AND NUTRITION, *Cambiamento climatico, agricoltura ed alimentazione*, 2009.
- ENTE PER LE NUOVE TECNOLOGIE, L'ENERGIA E L'AMBIENTE (ENEA), *Dossier per lo studio dei cambiamenti climatici e dei loro effetti*, 2007. Consultabile sul sito <http://www.enea.it>.
- FIORAVANTI, *Acque internazionali a Sud del Mediterraneo*, Padova, 2005.
- FIorentino, CARACUTA, PARRA, PRIMAVERA, VAN CAMPO, *The last Millennium Climate Changes in the Khabur Basin (Syria), inferred from natural data and historical sources*, Atti del Convegno: «The Climate of Poland in Historical times in relation to the Climate of Europe», Toroun, Polonia, 11-13 Ottobre 2007.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), *Climate Change 2007: Synthesis Report. Summary for Policymakers*, 2007. Il documento è consultabile sul sito: <http://www.ipcc.ch>.
- OREGON STATE UNIVERSITY, *The Transboundary Freshwater Dispute Database*. Il documento è consultabile sul sito: <http://www.transboundary-waters.orst.edu>.
- OSSERVATORIO PERMANENTE SUL SISTEMA AGROALIMENTARE DEI PAESI DEL MEDITERRANEO, “*Cambiamenti climatici e risorse idriche nella regione mediterranea – Le nuove sfide per l'agricoltura*”, ISMEA-IAMB, luglio 2009. Il documento è consultabile sul sito: <http://www.ismea.it>.
- WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (WBCSD), *Facts and Trends – Water*, 2006.

## **LE ZONE MARITTIME DEL MEDITERRANEO: PROBLEMI DI GESTIONE E DI DELIMITAZIONE**

Giuseppe CATALDI\*

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sul Mediterraneo e sulla cooperazione tra gli Stati del bacino. – 2. La proclamazione di zone di giurisdizione esclusiva e le questioni di delimitazione. – 3. La gestione delle risorse biologiche nel Mediterraneo. La zona spagnola di protezione della pesca. – 4. La zona di protezione ecologica francese. – 5. L'estensione della giurisdizione costiera in Adriatico: La zona croata di protezione ecologica e di pesca. – 6. *Segue*: la zona slovena e il contenzioso sulla Baia di Pirano. – 7. La legge italiana sull'istituzione di «zone di protezione ecologica oltre il limite esterno del mare territoriale». – 8. La ZEE tunisina e la delimitazione nel Canale di Sicilia. – 9. La zona esclusiva libica di pesca e la questione del Golfo della Sirte. – 10. La controversia tra Regno Unito e Spagna sull'«*Estrecho Oriental*». – 11. L'accordo tra Albania e Grecia del 27 aprile 2009 sulla delimitazione dei confini marittimi. – 12. Cenni sul problema delle zone SAR (*Search and Rescue*) nel Mediterraneo. – 13. Conclusioni.

### *1. Cenni introduttivi sul Mediterraneo e sulla cooperazione tra gli Stati del bacino*

Il Mediterraneo è il più esteso tra i mari definibili “semichiusi” ai sensi dell'art. 122 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (d'ora in poi CNUDM). Attraverso le sue acque passa un terzo del traffico marittimo mondiale; esso contiene il 10% circa della biodiversità marina, il 4% delle aree protette e l'1% delle acque del globo; è il punto più critico di incontro (e di frizione) tra il Nord e il Sud del

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli L'Orientale.

Mondo e quindi rotta privilegiata per le migrazioni. La pesca nelle sue acque è fonte di sostentamento per molte comunità costiere, così come il turismo. Sotto le acque del Mediterraneo, culla della civiltà occidentale, c'è un significativo patrimonio culturale da valorizzare (v. figura 1).



**Figura 1 (foto satellitare del Mediterraneo; fonte: dalla rete)**

Questi pochi e sommari dati possono servire a comprendere l'importanza della soluzione dei problemi di gestione degli spazi marini del Mediterraneo, nonché la necessità imprescindibile, a tal fine, della cooperazione fra gli Stati che si affacciano sul bacino. Finora, tuttavia, questa cooperazione ha fatto difetto, come si vedrà.

Il quadro normativo generale di riferimento resta senz'altro ancora la CNUDM, ratificata dalla quasi totalità degli Stati del bacino. La disciplina delle attività marine, tra cui, in particolare, la navigazione, lo sfruttamento delle risorse, la protezione dell'ambiente, contenuta in tale Convenzione appare, per comune riconoscimento, conforme al diritto consuetudinario. Tuttavia, in parte perché le sue disposizioni cominciano a mostrare "segni di obsolescenza", in parte perché esse furono pensate, in molti casi, per l'applicazione in spazi oceanici, la CNUDM si sta dimostrando sovente inadeguata a fornire punti di riferimento nel caso del Mediterraneo. In particolare, le disposizioni dell'art. 123 non hanno im-

perduto l'affermarsi del carattere "oceanico" della Zona Economica Esclusiva (d'ora in poi ZEE), per cui il controllo progressivo dello Stato costiero su spazi ulteriori si è prodotto, nel Mediterraneo, secondo altri schemi. Lo stesso art. 123, e la cooperazione "rafforzata" in esso auspicata, come già detto, non hanno funzionato. Le iniziative unilaterali hanno invece avuto successo, come subito si vedrà.

Molti altri accordi sono stati ratificati dalla maggioranza degli Stati mediterranei, alcuni "settoriali", come la Convenzione del 1995 sulla pesca dei cd. *Straddling Stocks*, come la Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo del 2 novembre 2001 (in vigore dal 2009), o come i trattati in materia di sicurezza della navigazione; altri invece "regionali" o "sub-regionali", soprattutto in materia di protezione dell'ambiente marino. Tra gli accordi regionali merita di essere ricordata la Convenzione di Barcellona del 1995 sulla protezione del Mar Mediterraneo dall'inquinamento, con i suoi Protocolli, che fornisce i principi generali e la cornice istituzionale per la protezione dell'ambiente marino.

Tra gli accordi sub-regionali è il caso invece di fare riferimento all'accordo del 25 novembre 1999, concluso tra Francia, Italia e Monaco, sulla creazione di un Santuario sui mammiferi marini nel Mediterraneo, che costituisce senz'altro un buon esempio (al di là dei risultati specifici, non sempre considerati del tutto soddisfacenti) di cooperazione sub-regionale per la protezione di specie in pericolo di estinzione. Questo accordo ha portato alla creazione del Santuario *Pelagos*, area marina protetta che si estende per circa 90.000 km<sup>2</sup> nel Mediterraneo nord occidentale e che comprende porzioni di mare territoriale delle tre Parti Contraenti, di alto mare, di Zona di protezione ecologica francese e di Zona di protezione ecologica italiana (su queste due ultime zone ci si soffermerà in seguito). Nel novembre del 2001 le Parti della Convenzione di Barcellona hanno deciso di inserire il Santuario nella lista delle *Specially Protected Areas of Mediterranean Importance* (SPAMIs). Come conseguenza, le disposizioni a protezione dei mammiferi marini contenute nell'accordo fra i tre Stati Contraenti sono diventate vincolanti per tutti gli Stati Parti della Convenzione di Barcellona (v. figure 2 e 3).



Figura 2 (fonte: Istituto Tethys, Milano)

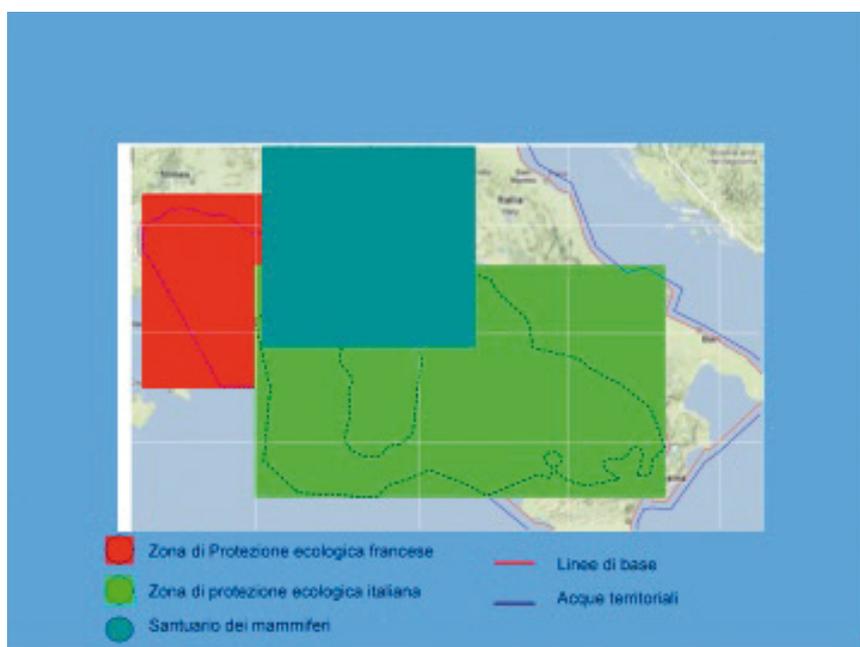


Figura 3

Da menzionare, infine, le due importanti organizzazioni regionali di pesca che hanno competenza nel Mediterraneo. La principale è la Com-

missione generale per la pesca nel Mediterraneo (CGPM), creata nel 1949 per promuovere lo sviluppo, la conservazione, la gestione razionale e l'utilizzazione ottimale delle risorse marine viventi, nonché lo sviluppo sostenibile dell'acquacoltura nel Mediterraneo e nel Mar Nero. L'ICCAT (*International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas*), creata nel 1966, è competente anche nel Mediterraneo per ciò che riguarda la conservazione e la gestione del tonno.

## 2. La proclamazione di zone di giurisdizione esclusiva e le questioni di delimitazione

Nel Mediterraneo le questioni di delimitazione degli spazi marini sono particolarmente complesse. Ciò per varie ragioni, ma soprattutto a causa della sua estensione limitata rispetto al numero degli Stati che su di esso si affacciano. La prospettiva di difficili contenziosi da affrontare in materia ha costituito, per il passato, un freno alla proclamazione in questo mare di zone di giurisdizione esclusiva al di là delle acque territoriali. La prassi degli accordi di delimitazione relativi al Mediterraneo ha d'altra parte mostrato che difficilmente una delimitazione effettuata in via bilaterale sfugge alle contestazioni degli Stati terzi, sempre, di necessità, molto vicini alla zona delimitata. Le frontiere marittime risultano quindi particolarmente fragili. A ciò si aggiungano le difficoltà tecniche dovute alla presenza di isole e isolotti e alla conformazione delle coste, quasi sempre molto frastagliate. È difficile dare un'indicazione precisa in ordine al numero dei trattati bilaterali in vigore sui confini marittimi (due dei quali applicano sentenze rese dalla Corte Internazionale di Giustizia), perché ci sono dei casi (esempio ne è il *modus vivendi* tra Italia e Malta del 1970 sulla delimitazione della piattaforma continentale, o l'accordo provvisorio del 2002 tra Algeria e Tunisia, che però ha per oggetto, in senso ampio, la delimitazione delle frontiere marittime) in cui la soluzione "provvisoria" raggiunta è talvolta considerata non pienamente produttiva di effetti giuridici vincolanti.

Come subito si vedrà, ormai almeno la metà degli Stati mediterranei ha proceduto alla proclamazione di zone di giurisdizione nazionale esclusiva. Tuttavia, mentre alcuni Stati hanno istituito una ZEE (evitando per il momento di darvi concreta attuazione), altri Stati hanno invece proclamato unilateralmente zone esclusive di pesca e/o di protezione ecologica, secondo modalità non univoche. Il risultato è una *giurisdizionalizzazione* a "macchia di leopardo". La decisione di uno Stato di estendere la propria giurisdizione oltre le acque territoriali è d'altra parte

legittima, secondo il diritto internazionale, anche nel caso di Stato costiero di un mare chiuso o semichiuso. Ciò vale tanto in base al diritto consuetudinario, quanto ai sensi della CNUDM, anche se quest'ultima non prevede espressamente istituti quali la "zona di pesca esclusiva" o la "zona di protezione ecologica". Conformemente al diritto consuetudinario, la CNUDM prevede e regola la ZEE. Tuttavia, legittimamente uno Stato può limitarsi a fruire solo di alcuni tra i poteri esclusivi di cui alla ZEE.

Ogni atto di delimitazione unilaterale, tuttavia, non è opponibile ai terzi. Questo principio è stato riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia (CIG, d'ora in poi) fin dalla sentenza del 1951 tra Regno Unito e Norvegia. La delimitazione unilaterale, avvenuta cioè in mancanza di accordo con gli Stati adiacenti o frontisti (nel Mediterraneo nella quasi totalità dei casi è così), indebolisce chiaramente la situazione giuridica creata con la proclamazione, soprattutto per quel che riguarda l'inopponibilità ai terzi, e quindi l'efficacia, delle misure adottate. La certezza delle situazioni giuridiche create lascia a desiderare, soprattutto nei casi, come vedremo non pochi nel bacino, nei quali c'è aperta e dichiarata contestazione delle iniziative unilateralmente adottate. Al fine di superare le difficoltà correnti si pone quindi il problema di una scelta di fondo, e cioè se gli Stati debbano operare nel senso della conclusione di accordi di delimitazione bilaterale o multilaterale, con tutte le difficoltà del caso, oppure se è opportuno cercare di elaborare un modello unico di regime giuridico cui pervenire, singolarmente Stato per Stato, magari dopo una conferenza diplomatica. Quello che è certo quindi (e che vale nell'una come nell'altra ipotesi) è che la via della dichiarazione unilaterale si è comunque ormai affermata, ad essa avendo acceduto anche l'Unione europea, come risulta dalla Dichiarazione finale della Conferenza ministeriale per lo sviluppo sostenibile della pesca nel Mediterraneo tenutasi a Venezia il 25 ed il 26 novembre 2003.

Le recenti proclamazioni di zone di giurisdizione esclusiva nel Mediterraneo si sono in qualche caso sovrapposte a preesistenti accordi bilaterali di delimitazione nelle stesse aree, aventi però ad oggetto la piattaforma continentale e non la colonna d'acqua sovrastante. Tuttavia, tendenza diffusa da parte delle autorità di governo dei Paesi che hanno proceduto a tali proclamazioni appare il tentativo di far coincidere il limite esterno delle zone di giurisdizione esclusiva, unilateralmente determinato, con la linea fissata dall'accordo di delimitazione della piattaforma continentale. La questione riveste un interesse particolare per l'Italia, che è lo Stato mediterraneo che ha concluso il maggior numero di accordi di delimitazione del mare territoriale e della piattaforma continentale, cir-

costanza che si spiega agevolmente per la sua posizione centrale nel bacino.

È il caso quindi, qui di seguito, di esaminare i principali “modelli” di zona esclusiva adottati finora nel Mediterraneo, nonché qualche esempio significativo di “conflittualità” che emerge come conseguenza dell’unilateralismo diffuso (v. figura 4). Nelle conclusioni cercheremo di “tirare le fila” del discorso affinché, dalla consapevolezza dei problemi, possa emergere qualche idea circa la loro possibile soluzione.

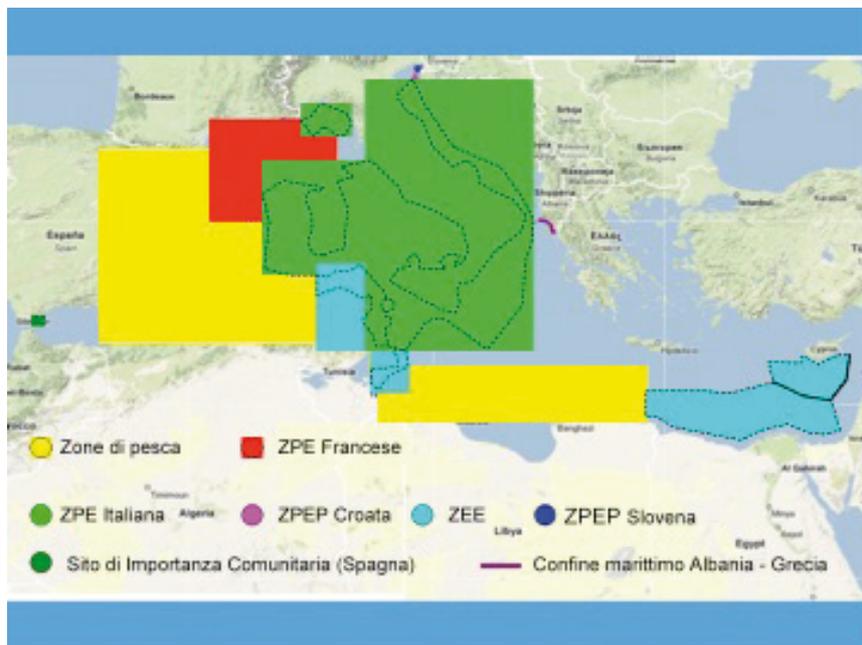


Figura 4

### 3. La gestione delle risorse biologiche nel Mediterraneo. La zona spagnola di protezione della pesca

La questione della delimitazione e gestione degli interessi relativi allo sfruttamento delle risorse biologiche nel Mediterraneo appare particolarmente complicata alla luce dell’assetto attuale. Come è noto, corridoi di alto mare, relativamente vicini alla costa, sono sfruttati per la pesca indiscriminata anche da parte di battelli battenti bandiera di comodo o di Stati non rivieraschi, i quali, a differenza della maggioranza degli Stati mediterranei, praticano una pesca di tipo industriale. I tentativi dell’U-

nione europea di sollecitare l'istituzione di una politica comune della pesca da parte di tutti gli Stati costieri non hanno finora prodotto alcun risultato apprezzabile.

Proprio in conseguenza dell'esigenza concreta di riduzione dell'incidenza della pesca industriale (in particolare del tonno "rosso") condotta da Stati non Mediterranei, alla luce dei fallimenti della cooperazione mediterranea, la Spagna è stato il primo tra gli Stati dell'Unione europea ad istituire unilateralmente, con *Real Decreto* del 1° agosto 1997 n. 1315, una zona di giurisdizione esclusiva, la zona spagnola di protezione della pesca. Pur trattandosi di una zona aperta ai pescatori dell'Unione europea, le modalità della sua istituzione hanno in qualche modo messo a disagio le istituzioni dell'Unione e dei Paesi confinanti, *partner* nell'Unione europea, segnatamente la Francia e l'Italia. Mentre la Francia ha protestato ufficialmente in data 22 settembre 1998, lamentando l'assenza di accordo ed il ricorso arbitrario alla linea di equidistanza che, nella specie, non porterebbe ad una "*solution équitable*" ai sensi dell'art. 74 della CNUDM, la posizione dell'Italia si presentava molto più delicata, poiché l'Italia non ha una costa adiacente alla Spagna ma opposta, e non aveva all'epoca dichiarato alcuna zona di giurisdizione esclusiva. Di conseguenza, la zona di protezione spagnola risultava fronteggiata, nella parte antistante alle coste italiane, dall'alto mare. Si trattava quindi di un "*potential boundary*". Il Governo italiano, pur rilevando l'assenza di concertazione in sede comunitaria, ha pertanto preso atto a titolo provvisorio della linea di delimitazione tracciata dalla Spagna, riservandosi tuttavia di riesaminare l'andamento di questa linea nel momento in cui dovesse procedere all'istituzione di una zona di giurisdizione ad ovest della Sardegna. Ciò che preme sottolineare è che le coordinate della linea di delimitazione della zona spagnola nel settore antistante le coste italiane, così come modificate dalla Spagna dopo le osservazioni amichevoli del Governo italiano, non sono coincidenti con quelle della linea di delimitazione della piattaforma continentale concordata dai due Stati con Accordo del 19 febbraio 1974, Accordo che, all'art. 1, procede alla delimitazione applicando il principio di equidistanza a partire dalle rispettive linee di base del mare territoriale (v. figure 5 e 6).

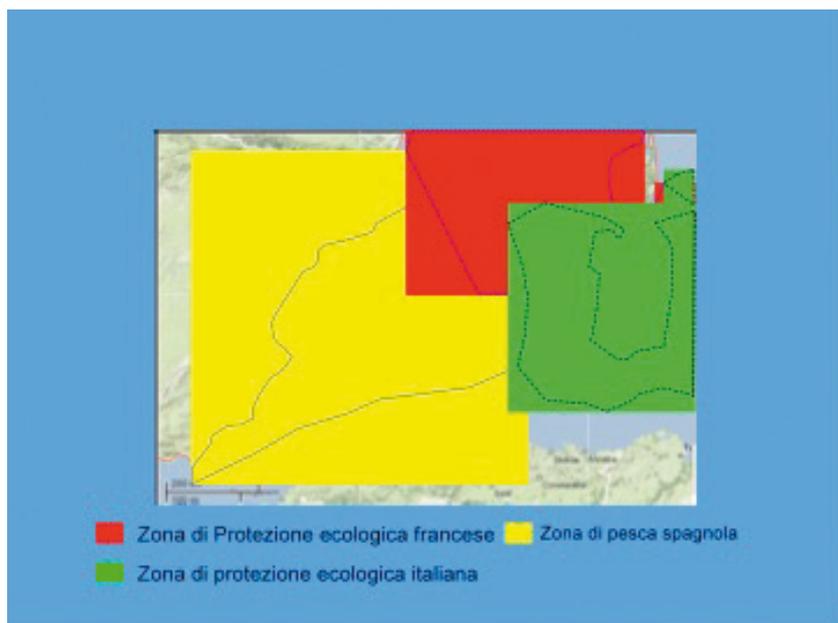


Figura 5

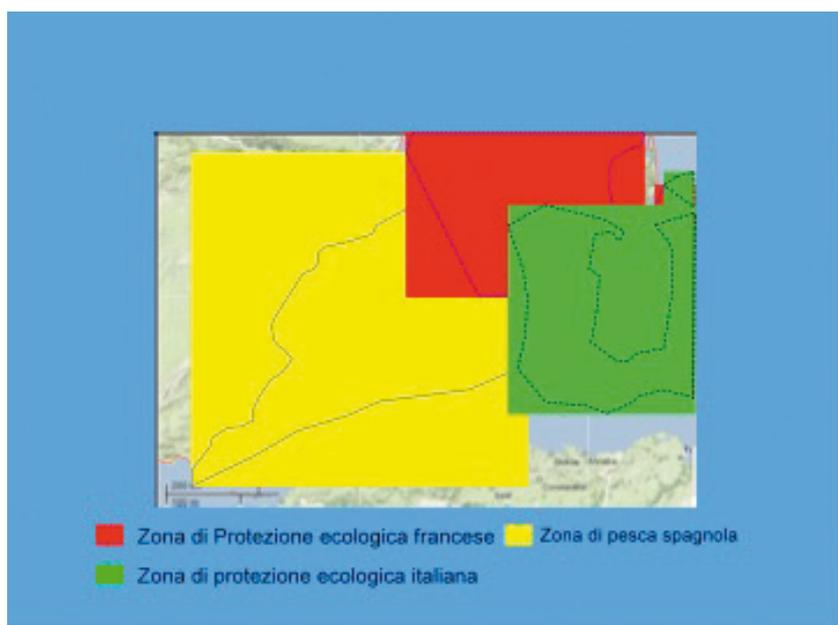


Figura 6

#### 4. La zona di protezione ecologica francese

Una diversa esigenza è invece alla base della zona di giurisdizione esclusiva dichiarata dalla Francia con legge 15 aprile 2003 n. 346. In conseguenza dell'acuirsi dei problemi relativi all'inquinamento marino prodotto dagli scarichi illeciti delle navi al di là del mare territoriale, soprattutto navi petroliere, con pericoli notevoli anche per la fascia costiera, e soprattutto in seguito al disastro ambientale prodotto dal già ricordato incidente occorso alla nave *Erika*, si avviò un *iter* legislativo culminato con la legge citata che ha introdotto nel Mediterraneo la prima zona di protezione ecologica (ZPE). Questa legge, come detto, si occupa esclusivamente della repressione degli scarichi illeciti estendendo alla zona le competenze già esercitate nel mare territoriale e, in Atlantico, nella ZEE, sanzionando in particolare con pene pecuniarie le navi straniere non in regola con la normativa in materia. Cosciente delle difficoltà che questa iniziativa avrebbe creato ai Paesi vicini in ragione del previsto "spostamento" della navigazione a rischio di sanzione verso le acque prospicienti le coste di questi ultimi, in particolare quelle italiane, la Francia ha costantemente tenuto al corrente le autorità di questi Paesi delle misure in via di approvazione, definitivamente entrate in vigore con il decreto di attuazione del Consiglio di Stato 8 gennaio 2004 n. 33, che provvede anche alla provvisoria delimitazione della zona in attesa della conclusione di accordi con gli Stati contigui (v. figura 7).

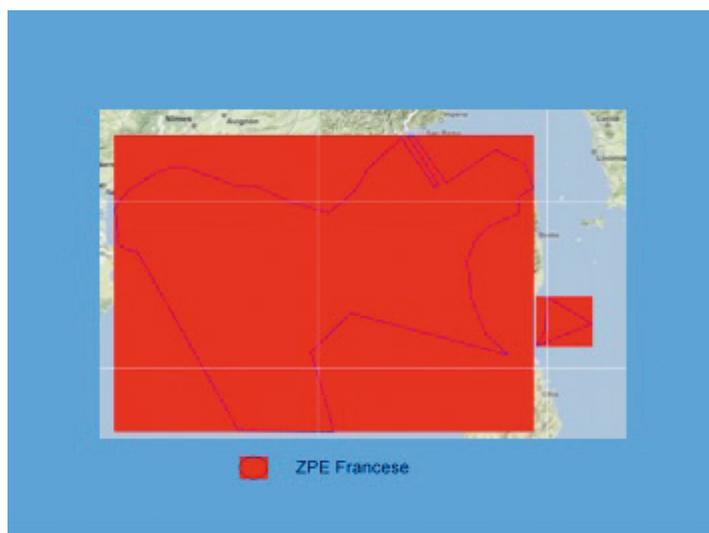


Figura 7

È interessante rilevare che l'applicazione della legge ha dapprima fatto aumentare il numero delle infrazioni rilevate, negli anni 2003 e 2004, per poi portare ad un notevole calo delle stesse (v. figura 8). Uguale constatazione vale per i giudizi pronunciati in prima istanza dai tribunali competenti (il picco è nel 2005, per poi decrescere progressivamente in modo netto, v. figura 9), e per l'ammontare delle ammende comminate (v. figura 10). Il sistema sembra quindi funzionare bene soprattutto come deterrente alle violazioni.

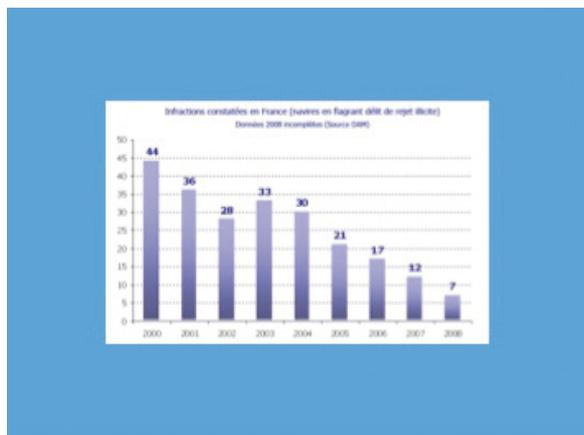


Figura 8 (fonte: *Direction des affaires maritimes du Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer*)

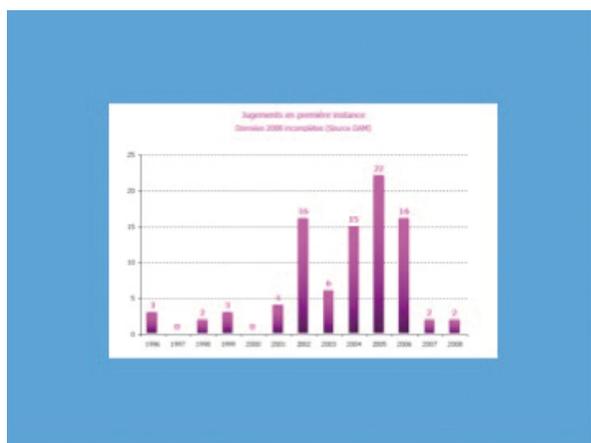


Figura 9 (fonte: *Direction des affaires maritimes du Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer*)

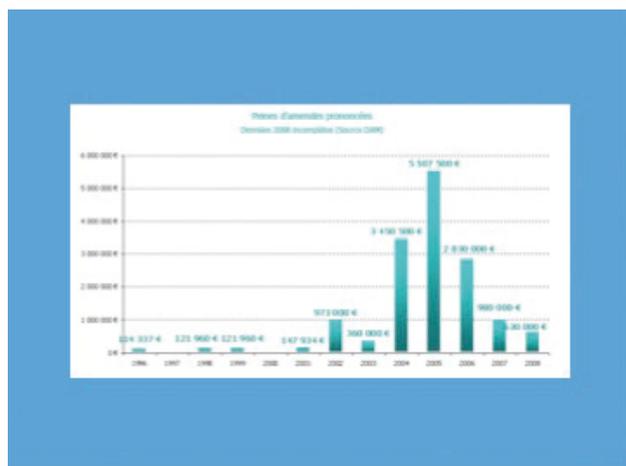


Figura 10 (fonte: *Direction des affaires maritimes du Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer*)

##### 5. L'estensione della giurisdizione costiera in Adriatico: La zona croata di protezione ecologica e di pesca

L'Adriatico presenta aspetti anche di maggiore "sensibilità" rispetto al resto del Mediterraneo, potendo considerarsi, come è stato rilevato, una sorta di "mare semichiuso in un mare semichiuso". Ancora più problematiche sono da considerare, pertanto, le iniziative unilaterali di estensione della giurisdizione in questo spazio marino, ancora più necessaria palesandosi l'esigenza di una stretta cooperazione tra gli Stati costieri. Anche l'Adriatico, in buona parte zona di alto mare, è stato costantemente oggetto di sfruttamento delle risorse da parte di navi non adriatiche e non mediterranee, spesso armate per la pesca industriale. L'assenza di controllo e di misure coattive di gestione delle risorse ha alimentato la pesca cd. "IUU" (*Illegal, Unregulated and Unreported*).

Partendo da queste considerazioni, e fondendo la soluzione "spagnola" con quella "francese", con decisione del *Sabor* (Parlamento) del 3 ottobre 2003 la Croazia ha istituito una zona di protezione ecologica e della pesca, con contestuale fissazione unilaterale di un limite esterno che coincide con la linea di delimitazione adottata con l'accordo bilaterale relativo alla piattaforma continentale firmato a Roma l'8 gennaio 1968 tra Jugoslavia e Italia (entrato in vigore il 21 gennaio 1970, e rispetto al quale la Croazia ha notificato all'Italia la dichiarazione di successione

per la parte che le compete). I poteri che la Croazia si è unilateralmente attribuita consistono nella rivendicazione dei diritti sovrani previsti per la ZEE relativi a esplorazione e sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse viventi situate oltre il mare territoriale, così come la giurisdizione relativa alla ricerca scientifica marina e alla protezione dell'ambiente marino. C'è comunque la riserva a rivendicare in futuro gli altri diritti previsti dalla CNUDM per la ZEE. La circostanza per cui la Croazia ha espressamente richiamato la CNUDM, unita al fatto che tutti gli Stati costieri dell'Adriatico ne sono parte, fa sì che sono da ritenere applicabili alla zona tutte le norme previste in materia di gestione delle risorse dalla CNUDM.

A quanto poco sopra detto sulla legittimità, in astratto, della estensione della propria giurisdizione da parte dello Stato costiero anche nel Mediterraneo vanno però aggiunte delle considerazioni più specifiche e concrete sulle procedure di estensione della giurisdizione e sulle modalità di delimitazione della zona adottate nel caso specifico. L'aspetto più discutibile e contestabile della decisione croata è infatti costituito dal limite esterno adottato provvisoriamente in attesa della conclusione degli accordi di delimitazione con gli Stati interessati (v. figura 11).



Figura 11 (fonte: Ambasciata di Croazia in Spagna)

Va innanzitutto rilevato che la Croazia ben avrebbe potuto omettere il punto 6 della sua decisione, e quindi affermare esclusivamente di estendere la zona fino al limite previsto dal diritto internazionale generale (punto 5 della dichiarazione) per poi concertare con gli Stati confinanti le coordinate geografiche di questa zona. È quanto ad esempio ha fatto, come si è visto, la Francia con la sua zona di protezione ecologica. Un'altra soluzione ugualmente dettata dalla volontà di collaborazione e più rispettosa degli uguali diritti dell'Italia quale Paese confinante ed interessato alla gestione delle risorse nella zona sarebbe stata quella di mantenersi ben al di qua della linea di equidistanza o della linea di delimitazione della piattaforma continentale con l'Italia, rimettendo al negoziato la determinazione del confine oppure di un sistema di gestione in comune delle risorse (per inciso, la soluzione di contenere l'estensione della giurisdizione costiera entro limiti nei quali nessuna pretesa fosse ipotizzabile da parte degli Stati vicini è stata adottata dalla Spagna nel 1997 rispetto alle eventuali pretese del Marocco, nonché dall'Algeria nel 1994 rispetto agli Stati frontisti ed adiacenti). Il Parlamento croato, viceversa, ha assunto unilateralmente la linea di delimitazione della piattaforma continentale tra Italia e Jugoslavia prevista dall'Accordo del 1968 come linea valida provvisoriamente a delimitare la sua zona esclusiva ecologica e di pesca.

Occorre ricordare che gli articoli 74 e 83 della CNUDM, nel disciplinare la delimitazione rispettivamente per la ZEE e per la piattaforma continentale prevedono che la delimitazione venga "effettuata per accordo sulla base del diritto internazionale" al fine di "raggiungere una equa soluzione". Il par. 3 di entrambi gli articoli, poi, aggiunge che, in attesa della conclusione di tale accordo "gli Stati interessati, in uno spirito di comprensione e di cooperazione, compiono ogni sforzo per addivenire a intese provvisorie di carattere pratico e, durante questo periodo di transizione, non debbono compromettere od ostacolare l'accordo finale." La Croazia, invece, con la sua decisione non solo non ha coinvolto l'Italia e gli altri Stati dell'area nella fissazione del limite provvisorio, non conformandosi quindi allo "spirito di cooperazione" previsto dalla disposizione summenzionata, ma ha anche unilateralmente deciso di applicare una linea provvisoria svantaggiosa per l'Italia.

L'adozione provvisoria della linea di delimitazione fissata dall'Accordo del 1968 relativo alla piattaforma continentale anche per la zona di protezione ecologica e di pesca si presenta infatti lesiva degli interessi e dei diritti dello Stato italiano per vari motivi che qui di seguito indicheremo.

a) L'Accordo del 1968 fu adottato quando il sistema italiano delle linee di base del mare territoriale era differente e più contenuto di quello successivamente adottato nel 1977, mentre la Jugoslavia aveva già, nel 1965, rivisto il suo sistema di linee di base (poi confermato con qualche modifica irrilevante nel 1979);

b) all'epoca dell'Accordo sulla piattaforma continentale si accettò, da parte italiana, di concedere un effetto rilevante nella delimitazione alle isole jugoslave, al fine di creare un precedente da far valere poi nei negoziati con la Tunisia a vantaggio delle isole Pelagie (cosa che poi, peraltro, non si fece!);

c) come riconosciuto dalla giurisprudenza costante della corte internazionale di giustizia, nella delimitazione ci sono circostanze speciali che riguardano la colonna d'acqua e non la piattaforma. Il caso di specie lo conferma, alla luce dei titoli storici di pesca che possono essere vantati dai pescatori italiani, della differente profondità e pescosità delle due coste (nella parte italiana avviene, in genere, la riproduzione mentre nella parte croata sono presenti gli esemplari adulti), delle caratteristiche dei campi di pesca dell'Adriatico;

d) per quanto riguarda in particolare i titoli storici di pesca, è il caso di ricordare che la decisione croata fa ad esempio piazza pulita dei diritti tradizionali di pesca nelle acque dell'isola croata di Pelagosa riconosciuti dal Trattato di Pace tra l'Italia e le Potenze Alleate firmato a Parigi il 10 febbraio 1947 che, nel prevedere all'art. 11 la cessione alla Jugoslavia della piena sovranità sull'isola di Pelagosa e sulle isolette adiacenti, stabilisce che "i pescatori italiani godranno nelle acque adiacenti degli stessi diritti di cui godevano i pescatori jugoslavi prima del 1941" (si tratta dei diritti previsti dagli Accordi di Brioni del 14 settembre 1921 e di Nettuno del 1925 tra l'Italia e lo Stato serbo-croato-sloveno e che autorizzavano la pesca nelle acque dell'Isola di un numero prefissato di barche);

e) nel 1968 non si era ancora affermato nel diritto internazionale l'istituto della ZEE e tanto meno il concetto di zona di pesca esclusiva oltre il mare territoriale;

f) lo stesso Accordo del 1968 risulta violato, dal momento che il suo art. 4 espressamente prevede che "Il presente Accordo non influisce sullo stato giuridico delle acque e dello spazio aereo sovrastanti la piattaforma continentale";

g) dai lavori preparatori della CMB e dalla dottrina in materia si evince con certezza che il par. 4 dell'art. 74, secondo cui "laddove esiste un accordo in vigore tra gli Stati interessati, la delimitazione della zona economica esclusiva viene determinata conformemente alle clausole di tale accordo", riguarda accordi relativi agli stessi spazi o interessi da de-

limitare. Dunque, nemmeno a titolo provvisorio può essere applicato un accordo che riguarda uno spazio diverso;

h) la conformazione della costa italiana, infine, si presenta oggi significativamente diversa da come si presentava nel 1968: i fiumi (il Po in particolare) che sfociano in Adriatico hanno determinato, con il trasporto di sedimenti e detriti, un sensibile spostamento della riva verso il largo.

Da quanto si è fin qui detto emerge quindi che la linea di delimitazione della piattaforma continentale fissata con l'Accordo del 1968 non è suscettibile di essere utilizzata nemmeno provvisoriamente come limite esterno della zona croata di pesca e di protezione ecologica e che un'eventuale linea unica di delimitazione, relativa sia alla piattaforma continentale che alla colonna d'acqua, potrebbe essere solo l'obiettivo di un nuovo negoziato nel quale occorrerebbe... ripartire da capo, senza tener conto più, cioè, dell'esistenza della linea tracciata nel 1968.

Nella dichiarazione croata sembra prospettabile anche un altro elemento di illegittimità derivante dal concorso di due considerazioni.

In primo luogo va fatto riferimento all'art. 123 della CMB, già ricordato, che sebbene non prescriba un vero e proprio obbligo di cooperazione, utilizzando un linguaggio "esortativo" (gli Stati... *dovrebbero* cooperare), quanto meno rafforza, per gli Stati contraenti che siano costieri di mari chiusi o semichiusi, l'obbligo generale di agire in buona fede previsto all'art. 300 della CMB. Questa esigenza diviene ancor più pressante, come già evidenziato, in uno spazio marino limitato come l'Adriatico.

In secondo luogo va sottolineato che nel corso degli anni immediatamente precedenti all'iniziativa croata si era venuto consolidando un sistema di cooperazione con specifico riguardo all'Adriatico. Ci riferiamo innanzitutto alla Dichiarazione di Ancona adottata il 20 maggio 2000 a conclusione della Conferenza per lo sviluppo e la sicurezza dell'Adriatico e dello Ionio dai Ministri degli Esteri di Albania, Bosnia-Erzegovina, Croazia, Grecia, Italia, Slovenia, atto di nascita di una cooperazione sviluppatasi anche più significativamente nel progetto ADRIAMED, nel quadro della FAO. Per quanto riguarda poi i rapporti bilaterali tra Italia e Croazia, c'è da ricordare la Dichiarazione congiunta dei Ministri degli Esteri dei due Paesi, in data 6 aprile 2000, nella quale, tra l'altro, Italia e Croazia si impegnano ad adoperarsi "per una più estesa collaborazione nel campo della pesca".

## 6. Segue: la zona slovena e il contenzioso sulla Baia di Pirano

Nel dibattito relativo alla zona croata in Adriatico non sono sfuggite, per la verità, le motivazioni politiche che hanno fatto da sfondo all'iniziativa. Non è un caso che con un...altro atto unilaterale, e cioè con decisione del 3 giugno 2004 le autorità croate avevano sospeso l'operatività del regime instaurato nei confronti degli Stati dell'Unione europea. Dopo essere stata ripristinata nel febbraio del 2008, la zona croata è stata definitivamente sospesa nei confronti degli Stati Membri al fine di favorire i negoziati in corso per l'ingresso della Croazia nell'Unione europea.

Permangono invece delicati problemi nei rapporti bilaterali tra Croazia e Slovenia (e che naturalmente non possono non coinvolgere in qualche modo anche l'Italia). Il provvedimento croato, per la verità, adottando per la delimitazione adiacente la linea che costituisce il prolungamento della linea di delimitazione provvisoria del mare territoriale definita con il Protocollo del 2002 tra Croazia e Serbia-Montenegro, non aveva nominato in alcun modo la Slovenia, con la quale il confine marino non è stato ancora determinato. Questa circostanza è dovuta principalmente alla controversia in essere tra i due Paesi relativamente alla sovranità sulla Baia di Pirano.

Secondo la Croazia, il confine terrestre con la Slovenia dovrebbe prolungarsi alle acque della Baia, sostanzialmente dividendo la Baia stessa secondo la linea mediana. Al contrario la Slovenia rivendica titoli storici sull'intera Baia, sulla base del principio *uti possidetis iuris*, dal momento che, secondo le autorità di questo Stato, all'epoca della Repubblica socialista federale di Jugoslavia la giurisdizione sulle acque della Baia era esercitata esclusivamente dalle autorità slovene. La Croazia ha contestato (con nota ufficiale dell'11 gennaio 2005) questa affermazione, ritenendo che i confini amministrativi dell'epoca prendevano in considerazione solo il territorio terrestre, e confutando anche la possibilità di applicazione, in generale (questione che sarebbe interessante approfondire), del principio *uti possidetis iuris* alle acque marine (v. figura 12).



Figura 12 (fonte: Ambasciata di Croazia in Spagna)

In questo stesso contesto si colloca l’iniziativa slovena del 22 ottobre 2005 di dichiarare una zona di giurisdizione esclusiva, articolata in una: “zona A” coincidente con le acque dell’intera Baia di Pirano, una “zona B” comprendente le acque territoriali, in una “zona C”, in acque internazionali. La zona “C” è destinata alla protezione ecologica, le altre due zone anche al controllo della pesca. Contestualmente, viene dichiarato il diritto della Slovenia (contestato dalla Croazia con nota ufficiale dell’8 luglio 2004) ad avere ed esercitare tutti i poteri riconosciuti dal diritto internazionale allo Stato costiero sulla piattaforma continentale. Benché si affermi da parte slovena trattarsi di iniziativa temporanea, in attesa di pervenire a una soluzione concordata con la Croazia, è palese tuttavia che le pretese slovene sono esorbitanti (v. figure 13 e 14). La Slovenia, Stato “geograficamente svantaggiato” secondo l’espressione dell’art. 70 della CNUDM, non ha un accesso diretto alle acque internazionali, essendo circondata interamente dalle acque territoriali di Italia e Croazia come definite, nel Golfo di Trieste, dal Trattato di Osimo del 1975. Tale accesso va senz’altro garantito, ma nei limiti del diritto di passaggio inoffensivo, ai sensi del diritto consuetudinario e della CNUDM. Nella protesta slovena contro la zona croata (in una nota ufficiale del 7 novembre 2003), sembra tuttavia adombrarsi l’idea, più difficile a nostro avviso da sostenere, di un diritto dello Stato sloveno ad un corridoio diretto dal mare territoriale verso l’alto mare (v. figura 15). Sarà interessante, in particolare su quest’ultimo punto, vedere cosa decide-

rà, una volta nominati i giudici che ne faranno parte, il Tribunale arbitrale che, con accordo del 4 novembre 2009 firmato a Stoccolma dai rispettivi Capi di governo (e già approvato dai parlamenti di entrambi i Paesi), Croazia e Slovenia hanno deciso di investire del compito di determinare la linea di confine marittima e terrestre, di regolamentare l'utilizzazione delle aree marittime rilevanti, e, per l'appunto, disciplinare il rapporto che legherà la Slovenia all'alto mare. Il Tribunale, come previsto nell'accordo, potrà decidere infatti, sul punto specifico, oltre che applicando il diritto internazionale, sulla base dell'"equity and the principle of good neighbourly relations in order to achieve a fair and just result by taking into account all relevant circumstances".



Figura 13 (fonte: Ambasciata di Croazia in Spagna)



Figura 14



Figura 15 (fonte: Wikimedia)

*7. La legge italiana sull'istituzione di «zone di protezione ecologica oltre il limite esterno del mare territoriale»*

Sulla scorta dell'iniziativa francese di cui si è detto, e superando la tradizionale ritrosia verso tutte le ipotesi di estensione degli spazi di giurisdizione costiera nel Mediterraneo, l'Italia, con legge 8 febbraio 2006 n. 61, ha previsto l'istituzione di "zone di protezione ecologica oltre il mare territoriale" (v. figure 3, 4, 5). La legge, che si compone di due soli articoli, rinvia infatti a successivi provvedimenti l'istituzione di singole ZPE, da adottare mediante decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, da notificare agli Stati confinanti. La definizione dei confini di ciascuna ZPE avviene per accordo con questi Stati. Al riguardo l'art. 1, 3° comma, della legge prevede che fino alla data di entrata in vigore di detti accordi i limiti esterni delle zone di protezione ecologica seguono il tracciato della linea mediana, ciascun punto della quale è equidistante dai punti più vicini delle linee di base del mare territoriale italiano e di quello dello Stato interessato. Così disponendo, e non rinviando quindi ogni determinazione del confine esterno all'esito delle consultazioni con gli Stati confinanti, si viene in qualche misura a riprodursi la stessa situazione che l'Italia aveva contestato alla Croazia e alla Spagna in occasione dei provvedimenti di estensione unilaterale delle zone di giurisdizione esclusiva da parte di questi due Stati.

Mentre la ZPE francese si occupa esclusivamente degli scarichi illeciti, ai sensi dell'art. 2 la giurisdizione italiana nelle zone si eserciterà anche in materia di protezione dei mammiferi, di biodiversità, nonché di patrimonio archeologico e storico. Quest'ultima materia, a stretto rigore, rientrerebbe nella categoria dei "diritti residuali" di cui alla normativa sulla ZEE, poiché nella CNUDM non esiste una espressa previsione che la faccia rientrare tra i poteri esclusivi dello Stato costiero o tra i poteri il cui esercizio va concesso agli Stati terzi. Tuttavia la Convenzione UNESCO del 2001 recentemente entrata in vigore, alla quale la legge ha fatto rinvio, legittima tale competenza.

Sempre ai sensi dell'art. 2, 2° comma, all'interno delle zone di protezione ecologica si applica la disciplina interna, internazionale e dell'Unione europea relativa alle materie di cui si è detto. L'ultimo comma dell'art. 2 esclude invece l'applicazione della legge alle attività di pesca. È però difficile distinguere in molti casi tra regolamentazione della pesca e disciplina della conservazione dell'ambiente marino. Inoltre, l'integrazione tra politica di tutela ambientale e politica della pesca è diventata ormai un dato acquisito nell'ambito delle iniziative che fanno capo all'Unione europea. Potrebbe mai l'Italia non applicare le norme di conservazione delle risorse ittiche emanate dalle istituzioni dell'Unione che risultino complementari alle norme di tutela dell'ambiente marino? Sicuramente no. Ecco quindi perché, come giustamente osservato in dottrina, è lecito ritenere che siamo di fronte all'istituzione di zone che si porranno a metà strada tra una zona ecologica ed una zona di pesca, implicando una riserva statale di esclusività per la conservazione ma non per lo sfruttamento delle risorse ittiche. Gli Stati stranieri non saranno estromessi dalla pesca nelle zone ma non potranno godere di tutta la libertà di pesca riconosciuta negli spazi di alto mare. Ciò comporta anche un altro problema: il controllo delle navi straniere in zone oggi oggetto di riserva di sfruttamento della pesca da parte di altri Stati (esempio, come si vedrà, la Tunisia). Si tratta, in altri termini, della difficoltà, in molti casi, a ragione della sovrapposizione delle due zone rispettive, di esercitare un potere di controllo incompatibile con la giurisdizione esclusiva in materia di pesca di un altro Stato. Ciò, ovviamente, in mancanza di accordo ed applicando provvisoriamente, come stabilisce la legge, la linea mediana. È pertanto auspicabile che già prima dell'adozione dei decreti di attuazione si raggiungano delle intese con gli Stati adiacenti o frontisti.

A tal proposito è il caso di rilevare che l'adozione della legge ha prodotto la violazione del *gentlemen's agreement* del 29 settembre 2003 tra Italia e Tunisia con il quale si era stabilito che nessuna delle due parti avrebbe proceduto ad iniziative unilaterali tali da modificare lo *status*

delle acque senza previa consultazione. Successivamente, d'altra parte, anche la Tunisia ha violato l'impegno in questione avendo istituito senza preavviso la sua ZEE, con legge del 27 giugno 2005.

Non è chiaro infine, a proposito delle competenze in materia di biodiversità, quale sarà poi la definizione che verrà accolta di tale principio. Se si ragiona sulla base della Convenzione di Rio sulla diversità biologica (adottata il 5 giugno 1992, entrata in vigore il 29 dicembre 1993, ratificata dall'Italia con legge 14 febbraio 1994 n. 124), dobbiamo propendere, alla luce degli articoli 6 e 8, per l'adozione di misure di conservazione e gestione razionale delle risorse marine, e quindi non di una protezione in senso specifico dell'ambiente marino, ma di una protezione "filtrata" dal concetto ampio di "biodiversità". Norme invece puntuali e rigorose sono quelle emanate dall'Unione europea, spesso contestate proprio perché "non corrispondenti agli standard internazionali".

Al momento, in mancanza dei decreti di attuazione, la legge è sicuramente importante come titolo giuridico da far valere nei negoziati con gli Stati confinanti.

#### *8. La ZEE tunisina e la delimitazione nel Canale di Sicilia*

Molto complessa resta la situazione nel Canale di Sicilia, trattandosi di un'area di limitata estensione nella quale si incontrano le pretese di ben quattro Stati (Italia, Libia, Malta e Tunisia). Tre sono gli accordi internazionali di delimitazione della piattaforma continentale in quest'area: quello tra Italia e Tunisia del 1971, quello tra Libia e Malta del 1986, adottato in esecuzione della sentenza del 1985 della Corte internazionale di giustizia, e quello tra Tunisia e Libia del 1988, che non si discosta sostanzialmente dalla delimitazione effettuata dalla Corte nel 1982 nella controversia tra i due Stati. Esiste il già ricordato *modus vivendi* tra Italia e Malta del 1970, che riguarda in particolare il Canale di Malta. C'è poi un contenzioso che riguarda la pesca, dal momento che la legittimità delle zone di pesca esclusiva istituite da Malta e dalla Tunisia è contestata dall'Italia, anche se, nel caso di Malta, l'appartenenza all'Unione europea gioca a favore di una sdrammatizzazione della questione.

In questo contesto la Tunisia, come già accennato, ha previsto con legge del 27 giugno 2005 la ZEE nel Mediterraneo. Tale legge è intervenuta significativamente dopo la conclusione dell'accordo provvisorio di delimitazione con l'Algeria dell'11 febbraio 2002, già citato, che stabilisce regole provvisorie per la delimitazione degli spazi marittimi mediante una linea unica di delimitazione basata sull'equità. Si tratta, come è

chiaro, di un'interessante applicazione del par. 3 degli articoli 74 e 83 della CNUDM. L'art. 4 della legge rinvia a successivi decreti la concreta attuazione dei diritti in essa affermati, affermando esplicitamente la possibilità di creazione di zone "ridotte" (di pesca, ecologiche, etc.).

Sempre nell'art. 4, al 2° comma, viene ribadita l'esistenza della zona di pesca esclusiva contestata dall'Italia (il cd. "Mammellone"). È da ricordare a tal proposito che la Tunisia ha da tempo dichiarato una zona di pesca nel Canale di Sicilia (delimitata in maniera singolare, e cioè con un criterio batimetrico), e che tale zona, in alcuni punti distante 75 miglia dalla costa tunisina e solo 16 miglia dall'isola di Lampedusa, è contestata dall'Italia, che considera la zona come alto mare (zona di ripopolamento ittico, istituita con decreto ministeriale del 25 settembre 1979). La Tunisia, da parte sua, ritiene che l'Italia non possa contestare la legittimità di questa zona, avendo nel passato concluso accordi che riconoscevano il diritto esclusivo di pesca delle navi battenti bandiera della Tunisia. Questi accordi tuttavia prevedevano un termine temporale, ed erano collegati ad altre concessioni reciproche di diversa natura che i due Stati si attribuivano.

Per quanto riguarda i limiti spaziali della ZEE, l'art. 3 stabilisce che essa possa estendersi "fino ai limiti concessi dal diritto internazionale e da determinare per accordo". È evidente che un negoziato con l'Italia per la delimitazione degli spazi rispettivi di giurisdizione non sarà certo facile. Sicuramente è da escludere, contrariamente a quanto spesso affermato da parte tunisina, che un punto di partenza (ed eventualmente... di arrivo) possa essere l'accordo bilaterale concluso il 20 agosto 1971 sulla delimitazione della piattaforma continentale. Tale accordo adotta il criterio dell'equidistanza "en tenant compte des îles, îlots et hauts-fonds découvrants à l'exception de Lampione, Lampedusa, Linosa et Pantelleria" (art. I). A queste quattro isole italiane non viene attribuito quindi nessun effetto o semi-effetto nel tracciato; la linea di delimitazione si interrompe e, ai sensi dell'art. II, ad ognuna di esse è riconosciuta una porzione di piattaforma continentale. Tale porzione consiste, per le isole Lampedusa, Linosa e Pantelleria, in 13 miglia, appena un miglio in più del mare territoriale attuale, mentre per Lampione, isola disabitata, non c'è nemmeno quello perché la piattaforma è di 12 miglia. All'epoca dell'accordo, infatti, sia l'Italia che la Tunisia riconoscevano al mare territoriale un'estensione massima di sei miglia (v. figura 16).



Figura 16

Si tratta quindi di un accordo sfavorevole per l'Italia, che lo ratificò nel 1978, nonostante le proteste riportate da una parte della stampa, per tenere conto di considerazioni politiche ed economiche non collegate a questioni marittime o di pesca, e che appare ancor più sfavorevole oggi. Esso corrisponde praticamente *in toto* alla proposta originaria fatta dalla Tunisia, caratteristica singolare nella storia delle delimitazioni marittime. Inoltre, in esso non è previsto che per i tratti di delimitazione coinvolgenti eventuali interessi di terzi la soluzione adottata debba considerarsi provvisoria. In effetti sia l'Algeria che Malta hanno nel passato protestato, dichiarando l'inopponibilità del tracciato ad essi, in particolare per quanto riguarda i punti estremi della linea. Naturalmente, non è certo il caso di insistere sul carattere iniquo della soluzione contenuta nell'Accordo del 1971, poiché, equo o iniquo che sia, un accordo internazionale, finché in vigore, va rispettato. È lecito tuttavia chiedersi come sia possibile ipotizzare che una linea di delimitazione tracciata per ragioni politiche ed economiche contingenti, in un momento storico nel quale il mare territoriale dei due Stati in questione era di sei miglia e la ZEE ancora non si era ancora affermata nel diritto consuetudinario, linea per di più contestata dagli Stati terzi interessati, possa ora costituire la delimitazione "*all purposes*". Valgano in proposito i principi ricavabili dalla giurisprudenza internazionale, che provo a sintetizzare:

a) ogni criterio da utilizzare è funzionale alla *solution équitable*, obiettivo di ogni delimitazione;

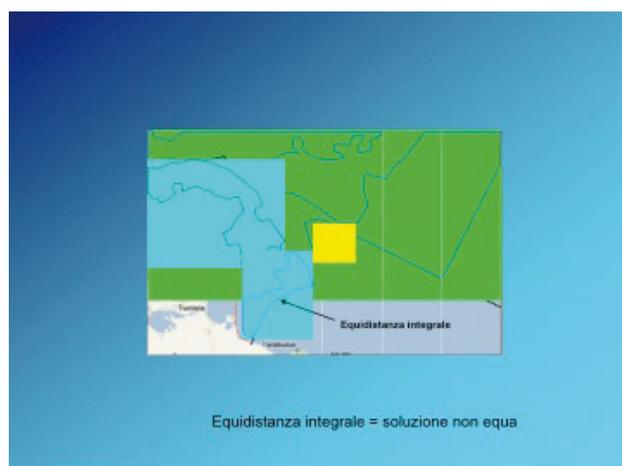
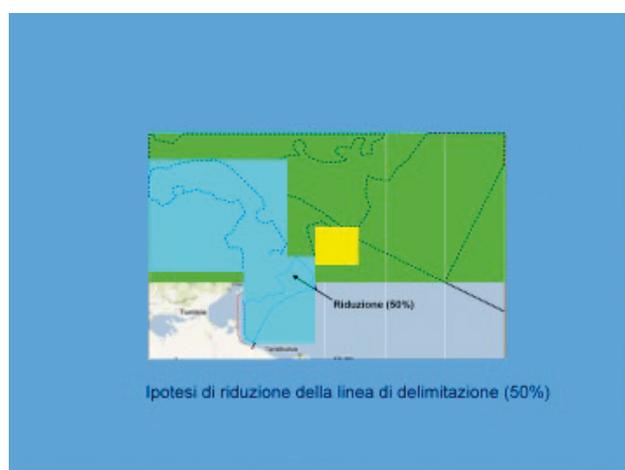
b) ogni delimitazione è un *unicum*, nel senso che essa è strettamente collegata alle circostanze del caso, dando luogo ad una soluzione pressoché irripetibile alle divergenti pretese degli Stati frontisti o adiacenti e quindi come tale non suscettibile di automatica applicazione in altro contesto;

c) ogni accordo di delimitazione soggiace al principio di stabilità; è legge fra le parti come ogni altro accordo, sfugge all'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*, è inefficace nei confronti dei terzi. Nella decisione *Qatar c. Bahrein* del 2001, la CIG ha chiarito che la delimitazione non può avere luogo nella parte in cui essa investa spazi marittimi di Stati estranei al processo;

d) le isole, a meno che non siano disabitate, hanno effetto sulla delimitazione così come ogni altra porzione di territorio terrestre;

e) la prassi precedentemente adottata in materia dagli Stati in controversia ha un valore relativo: nel caso *Jan Mayen*, in particolare, la CIG ha affermato che da un atto normativo interno con il quale uno Stato (la Norvegia, nella specie) abbia applicato il criterio della linea mediana non può desumersi l'acquiescenza a tale criterio, tale da far presumere il riconoscimento tacito della necessità di applicazione dello stesso criterio in altri contesti, e che soprattutto non ha alcun rilievo la condotta precedente dello Stato in regioni, tratti di costa (e, a maggior ragione, interessi, sembra il caso di aggiungere) diversi rispetto agli spazi da delimitare. La stessa conclusione vale per gli accordi precedentemente conclusi tra le stesse parti ma relativi a spazi marini differenti (o ad interessi differenti). La CIG, sempre nella sentenza *Jan Mayen*, ha affermato l'impossibilità di attribuire ad un accordo concluso tra le parti nel 1965 un valore espansivo per il futuro.

Naturalmente, soluzione altrettanto iniqua sarebbe quella di optare per la linea di equidistanza tra la costa tunisina e le isole italiane del Canale di Sicilia, attribuendo effetto pieno a queste ultime (v. figura 17). Pertanto, occorrerà cercare di tracciare il confine optando per una riduzione concordata della linea di equidistanza (v. figura 18). Ciò sempre che non si voglia optare per una diversa soluzione, e cioè rinunciare alla delimitazione a favore della cooperazione. La fissazione esatta di un confine è importante infatti quando si delimitano comunità (e quindi specialmente nel caso di delimitazione terrestre) non quando si tratta dello sfruttamento di risorse o di protezione dell'interesse comune alla salvaguardia dell'ambiente.

**Figura 17****Figura 18**

### *9. La zona esclusiva libica di pesca e la questione del Golfo della Sirte*

Un altro provvedimento recente di estensione della giurisdizione costiera nelle acque adiacenti è costituito dal decreto governativo 24 febbraio 2005 n. 37 con il quale la Libia ha dichiarato una zona di protezione della pesca estesa fino a 62 miglia dalla linea di base, limite esterno ben al di qua della linea di equidistanza con gli Stati frontisti. Questa decisione è stata tuttavia contestata da Malta, che rivendica diritti storici di

pesca in gran parte degli spazi in questione. Come è noto, però, è da tempo che il diritto internazionale non attribuisce ai titoli storici di pesca un valore tale da rendere illegittima la decisione di uno Stato costiero di estensione della sua giurisdizione esclusiva negli spazi adiacenti. L'aver abitualmente esercitato la pesca in spazi successivamente chiusi per effetto della creazione di una zona esclusiva di pesca produce l'unico effetto, di cui all'art. 62, 3° comma, della CNUDM, di attribuzione di un diritto preferenziale (insieme ad altre categorie di Stati) per lo sfruttamento del cd. *surplus* (o "eccedenza di quota massima consentita").

Della decisione in questione (come della maggioranza, peraltro dei casi di estensione di giurisdizione esclusiva nel Mediterraneo) può essere quindi solo contestato il metodo "unilaterale", e cioè la mancata concertazione, soprattutto con gli Stati adiacenti. Tuttavia, l'aspetto più interessante è un altro, e cioè la riproposizione del problema della rivendicazione libica del Golfo della Sirte quale baia storica. È evidente infatti, che, sia pure (e forse non a caso) implicitamente, il decreto intende come linea di base la linea di chiusura del Golfo. Nel mutato contesto politico-internazionale alla questione non si è dato il peso che avrebbe avuto solo pochi anni orsono, pur restando ancora controverso il grado di "acquiescenza" della comunità internazionale alla pretesa libica (v. figure 19 e 20).



Figura 19



**Figura 20**

### 10. La controversia tra Regno Unito e Spagna sull'“Estrecho Oriental”

Una vicenda molto interessante è quella del contenzioso che oppone attualmente il Regno Unito alla Spagna a causa della iniziativa di quest'ultimo Stato, avallata forse inconsapevolmente dalla Commissione dell'Unione europea, di creare un SIC (Sito di importanza comunitaria) ai sensi della cd. direttiva habitat (direttiva 92/43/CEE del 21 maggio 1992), coincidente in buona parte con le acque territoriali di Gibilterra. Con decisione del 12 dicembre 2008 la Commissione dell'Unione europea adottava un nuovo elenco aggiornato di SIC per l'area mediterranea, sulla scorta delle indicazioni degli Stati, nel quale compariva in allegato, tra gli altri, il cd. “*Estrecho Oriental*”, zona marina spagnola destinata alla conservazione della natura (v. figure 21, 22, 23. Da rilevare che prima della pubblicazione della decisione della Commissione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, in data 13 febbraio 2009, veniva pubblicato in Spagna, nel *Boletín Oficial de Estado* del 31 dicembre 2008, un decreto relativo alla creazione di un eliporto ad Algeciras dove appare una carta geografica in cui è delineata questa nuova zona protetta sotto giurisdizione spagnola). Il Regno Unito protestava immediatamente, investendo inoltre della questione la Corte di Lussemburgo. Nelle more, il

Commissario europeo all'ambiente tentava una mediazione proponendo un piano congiunto di gestione tra i due Stati che è stato però respinto dal Regno Unito nel dicembre del 2009. Il contenzioso rientra quindi nella più ampia disputa sulla sovranità di Gibilterra, che come è noto è esercitata dal Regno Unito fin dal Trattato di Utrecht del 1713, ma che è oggetto di contestazione da parte della Spagna.



Figura 21

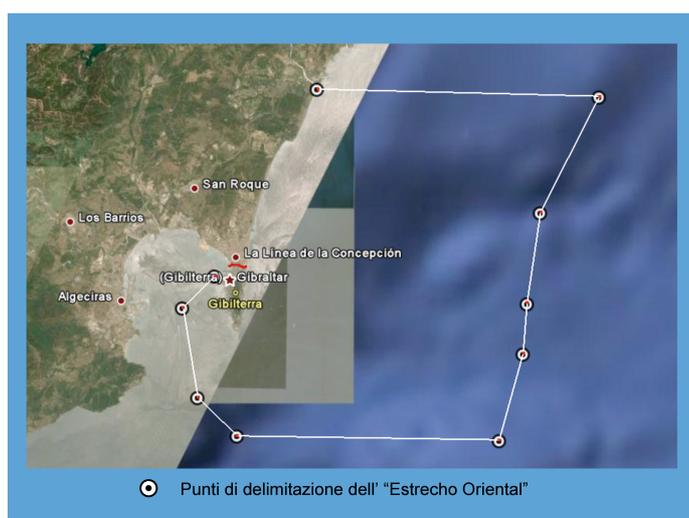
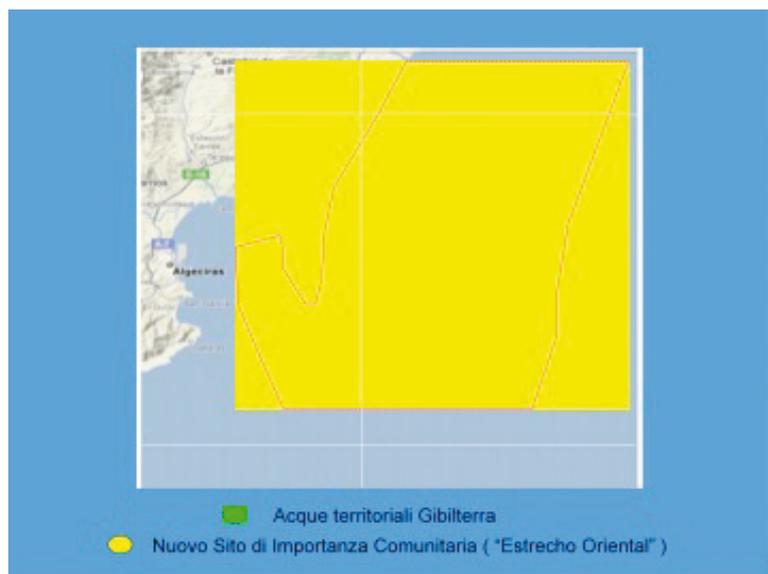


Figura 22



**Figura 23**

Quello che preme sottolineare è l'utilizzazione strumentale dell'esercizio di questa competenza attribuita agli Stati in sede di Unione europea per fini di comune interesse, e cioè la salvaguardia dell'ambiente.

*11. L'accordo tra Albania e Grecia del 27 aprile 2009 sulla delimitazione dei confini marittimi*

11. Altrettanto significativa dei problemi di delimitazione attualmente esistenti nel Mediterraneo è la vicenda dell'accordo tra Albania e Grecia del 27 aprile 2009 sulla delimitazione dei confini marittimi. La linea di delimitazione tra i due Stati risulta dall'unione di 150 punti; il primo coincide con il confine terrestre tra i due Stati e il punto 150 si va a collocare sulla linea che delimita la piattaforma continentale ai sensi degli accordi conclusi dall'Italia con la Grecia e con l'Albania, rispettivamente. La circostanza che sorprende nell'accordo del 2009 è l'aver preso in considerazione per la delimitazione laterale tra i due Paesi, nella zona dello Stretto di Corfù, da un lato la costa continentale albanese, e dall'altro l'isolotto greco di *Erikoussa* al quale è stato attribuito pieno effetto ai fini della delimitazione nonostante le sue dimensioni ridotte e la circostanza di essere sostanzialmente disabitato d'inverno (v. figure 24, 25, 26, 27). La CNUDM consente questa possibilità, ai sensi dell'art.

121, e la prassi è orientata nel senso di attribuire gli effetti più diversi (pieno, semipieno, nullo, etc.) alle isole. Tuttavia i partiti all'opposizione in Albania non hanno tardato a calcolare che l'accordo, concluso dai Ministri degli Esteri dei due Paesi, veniva sostanzialmente ad attribuire nella zona cd. "Ionio 5", ricca di idrocarburi, 225 KM di spazi marini alla Grecia che sarebbero spettati all'Albania alla luce di una più equa delimitazione (tra le accuse rivolte al Governo albanese quella di avere barattato gli spazi marini con l'appoggio greco ad un rapido ingresso dell'Albania nell'Unione europea).



Figura 24



Figura 25

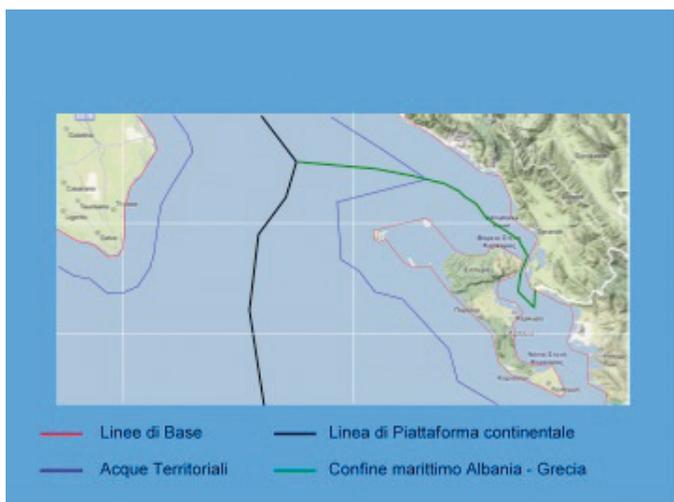


Figura 26



Figura 27

La ratifica dell'accordo da parte del Parlamento albanese è stata sospesa in attesa della sentenza della Corte costituzionale, adita dalle opposizioni. Quest'ultima, con decisione del 26 gennaio 2010 (al momento in cui scriviamo non ancora pubblicata), ha annullato l'accordo perché le sue disposizioni violano la Costituzione e la stessa CNUDM dal punto di vista sostanziale e procedurale. Sarà interessante leggere questa sentenza

anche per le conseguenze alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, dal momento che la Grecia ha già accusato le istituzioni albanesi di aver utilizzato importanti questioni di diritto internazionale a fini di lotta politica interna.

## 12. Cenni sul problema delle zone SAR (*Search and Rescue*) nel Mediterraneo

Una questione che a stretto rigore esula dai problemi di regime e delimitazione delle zone di giurisdizione esclusiva dello Stato costiero, ma che per il suo rilievo e la sua attualità merita di essere ricordata, è quella della divisione del Mediterraneo in zone di ricerca e soccorso (SAR, acronimo di *Search and Rescue*). L'obbligo di prestare soccorso a chi si trovi in mare in condizioni di pericolo è, come è noto, un'antica regola di diritto del mare, codificata all'art. 98 della CNUDM. Disposizioni specifiche in materia sono poi contenute nella cd. Convenzione SOLAS (*Convention for the Safety of Life at Sea*) del 1974, e nella Convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979 sulla ricerca e il salvataggio marittimo, che prevede anche la stipula di accordi regionali per la delimitazione tra Stati frontisti o contigui delle zone SAR. La delimitazione di queste zone non è legata a quella delle frontiere marittime esistenti né pregiudica il regime giuridico delle acque secondo la CNUDM. In materia, come è ovvio, esercita le sue competenze l'Organizzazione Marittima Internazionale (OMI), le cui *guidelines* sono generalmente seguite e che, per quanto riguarda il Mediterraneo, ha anche approvato nel 1997 un «General Agreement on a Provisional SAR Plan» in cui sono stabiliti i limiti delle zone SAR mediterranee.

Una prassi svincolata dalle regole concordate in sede OMI è quella seguita da Malta, che rivendica unilateralmente una zona SAR di enorme estensione (circa 250.000 chilometri quadrati, coincidente con la propria FIR, *Flight Information Region*, v. figura 28) rifiutando di assumersi le responsabilità che, sempre secondo l'OMI, sono collegate a tale zona, e affermando, soprattutto, di non disporre dei mezzi necessari per svolgere operazioni di soccorso in una zona grande 750 volte il suo territorio. Malta non ha infatti accettato quegli emendamenti alle convenzioni in materia, approvati in sede OMI, volti a precisare che lo Stato nella cui zona SAR è avvenuto il salvataggio di persone in pericolo è tenuto a fornire la disponibilità del "place of safety". Questo Stato difende invece l'idea che si debba fare riferimento sempre "al porto più vicino". La questione ha assunto una certa drammaticità e conflittualità in occasione del-

le recenti ondate migratorie. In particolare nel caso della nave turca *Pinar*, che in data 16 aprile 2009 aveva salvato 153 migranti nel Canale di Sicilia, è nato un caso diplomatico tra Malta e l'Italia, dal momento che il porto più vicino, e competente ad accogliere i migranti secondo Malta, era quello di Lampedusa, mentre secondo l'Italia, e in base alle regole internazionali comunemente accettate, era Malta a dover ricevere la nave in uno dei suoi porti in quanto Paese responsabile della zona SAR in cui era avvenuto il salvataggio.



Figura 28 (fonte: CAFFIO, *Glossario di diritto del mare*<sup>3</sup>, Roma, 2006)

È evidente che se un coordinamento e una prassi univoca in una materia così sensibile è auspicabile nel Mediterraneo, essa diventa irrinunciabile per quanto riguarda gli Stati Membri dell'Unione europea. Ed infatti al momento è *in itinere* un'iniziativa legislativa delle istituzioni al fine di pervenire ad un regime europeo per le operazioni di salvataggio in mare, anche sulla falsariga dell'esperienza di *Frontex* (Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea).

### 13. Conclusioni

È noto che con la risoluzione dell'Aja del 1976 i Paesi comunitari deliberarono una estensione nazionale congiunta in Atlantico delle proprie zone di giurisdizione fino a 200 miglia. È possibile un'azione concertata di questo tipo nel Mediterraneo? Certamente essa è ben più complicata, ed i tentativi in questo senso, come si è detto, sono finora tutti falliti. Forse sarebbe opportuno attribuire minore importanza alle questioni di delimitazione e concentrarsi sulla gestione, partendo da imperativi quali la protezione, la conservazione, l'utilizzazione razionale delle risorse, la lotta alle bandiere di convenienza, ecc. A tal fine però occorrerebbe anche che gli Stati attribuissero maggiori poteri di quelli finora riconosciuti agli organismi internazionali competenti.

“Delimitare per meglio cooperare”, come spesso si ripete, o piuttosto “cooperare per meglio delimitare”? È infatti evidente che una concertazione può anche condurre, come nel caso della risoluzione dell'Aja appena ricordata, all'attribuzione di compiti di interesse comune nelle diverse aree di giurisdizione costiera.

Si è anche ipotizzato che il Mediterraneo non si presti ad una regolamentazione unitaria. È stata pertanto proposta la suddivisione in sottoregimi corrispondenti a sottoregioni. Tuttavia l'armonizzazione di regole e principi generali è necessaria sulla scorta di una considerazione complessiva del bacino, come dimostra il pericolo attuale di adozione di standard differenti da Stato a Stato. Le statistiche, ad esempio, dimostrano che le navi immatricolate nella regione meridionale del bacino tendono a violare con più frequenza gli standard internazionali di sicurezza, anche perché diverso è il grado di accettazione, attraverso la ratifica e l'esecuzione, delle Convenzioni dell'OMI in materia. In conseguenza dell'adozione da parte dell'Unione europea di regole più rigide che lo Stato del porto è tenuto ad applicare nei confronti delle navi straniere (come reazione ai disastri ecologici delle petroliere *Erika*, nel 1999, e *Prestige*, nel 2002) si sta verificando un significativo e pericoloso fenomeno di creazione di “porti di convenienza” nel Mediterraneo, porti nei quali sono applicati standard molto meno rigidi di quelli adottati dall'Unione europea.

Appare comunque necessario, a nostro avviso, ed anche in questo è decisivo il ruolo dell'Unione europea, reagire al fenomeno dell'utilizzazione dell'estensione della giurisdizione costiera per fini diversi da quelli dichiarati. Ciò non fa che incrementare, in maniera negativa, la conflittualità nel Mediterraneo, danneggiando tutte le iniziative rivolte invece alla cooperazione. Crediamo che in tal senso siano illuminanti gli esempi

forniti della vicenda della ZPEP croata, del SIC spagnolo, dello stesso, ambiguo, accordo tra Albania e Grecia annullato di recente, nonché delle pretese, talvolta esorbitanti, che Malta rivendica sotto varie forme in un'area di notevole interesse per la presenza di giacimenti di idrocarburi.

#### Riferimenti bibliografici

- ANDREONE, *La zona ecologica italiana*, in *Il Diritto marittimo*, 2007, p. 3 ss.
- ANDREONE, *Observations sur la «juridictionnalisation» de la mer Méditerranée*, in *Annuaire du Droit de la Mer*, 2004, p. 7 ss.
- ANDREONE, *The Legal Regime of Fisheries in the Mediterranean: some issues concerning Italy*, in *The Italian Yearbook of Int. Law*, 2001, p. 231 ss.
- BEN ACHUR, *La proclamation d'une zone économique exclusive par la Tunisie*, in *Studi Leanza*, Napoli, 2008, III p. 1473 ss.
- BOU FRANCH, *Riflessioni sulle misure di prevenzione dell'inquinamento marino dopo l'incidente della Prestige*, in *La protezione del mare Mediterraneo dall'inquinamento* (a cura di Ciciriello), Napoli, p. 27 ss.
- CAFFIO, *Zona economica esclusiva: un punto di vista italiano*, in *I rapporti di vicinato dell'Italia con Croazia, Serbia-Montenegro e Slovenia* (a cura di Ronzitti), Milano, 2005, p. 154 ss.
- CAFFIO, *La controversia con la Tunisia per le zone di pesca*, in *Rivista marittima*, 1999, p. 29 ss.
- CASADO RAIGON, CATALDI (a cura di), *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruxelles, 2009.
- CASADO RAIGON, *El regime jurídico de la pesca en el Mediterráneo. La aplicación de la Política Pesquera de la Comunidad Europea*, Sevilla, 2008.
- CASADO RAIGON (a cura di), *L'Europe et la mer (pêche, navigation et environnement marin)*, Bruxelles, 2002.
- CATALDI, *La Conferenza di Creta sulla conservazione e la gestione delle risorse alieutiche nel Mediterraneo: verso l'istituzione di una politica comune della pesca da parte degli Stati costieri di questo mare?*, in *Com. int.*, 1995, p. 245 ss.
- CATALDI (a cura di), *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, 2002.
- CATALDI, *L'Italia e la delimitazione degli spazi marini. Alcune osservazioni relative alla prassi recente di estensione della giurisdizione costiera nel Mediterraneo*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 621 ss.
- CATALDI, *Mare (dir. int.)* in *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, p. 3583 ss.
- CONFORTI, *Problèmes spéciaux en matière de pêche dans la ZEE: point de vue*

- italien, in *Le Plateau continental et la Zone économique exclusive* (a cura di Pharand e Leanza), Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 303 ss.
- CONFORTI, *The Mediterranean and Exclusive Economic Zone*, in *Il regime giuridico internazionale del Mar Mediterraneo* (a cura di Leanza), Milano, 1987, p. 180 ss.
- DEL VECCHIO, *In maiore stat minus: a note on the EEZ and the zones of ecological protection in the Mediterranean sea*, in *Ocean Development and Int. Law*, 2008, p. 287 ss.
- DEL VECCHIO, *Verso un superamento nel diritto del mare dei principi di sovranità territoriale e di inefficacia dei trattati verso i terzi*, in *Comunicazioni e studi*, 2002, p. 205 ss.
- FERRI, *General Fisheries Commission for the Mediterranean*, in *Int. Journal of Marine and Coastal Law*, 2009, p. 163 ss.
- FRANCALANCI, PRESCIUTTINI, *Storia dei trattati e dei negoziati per la delimitazione della piattaforma continentale e del mare territoriale tra l'Italia e i Paesi del Mediterraneo 1966 -1992*, Genova, 2000, p. 133 ss.
- GARABELLO, *La Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, Milano, 2004.
- GESTRI, *I rapporti di vicinato marittimo tra l'Italia e gli Stati nati dalla dissoluzione della ex Jugoslavia*, in *I rapporti di vicinato dell'Italia con Croazia, Slovenia e Serbia-Montenegro* (a cura di Ronzitti), Milano, 2005, p. 177 ss.
- GAVOUNELI, *Functional jurisdiction in the law of the sea*, Leiden, 2007.
- GAVOUNELI, *Mediterranean Challenges: Between Old Problems and New Solutions*, in *Int. Journal of Marine and Coastal Law*, 2008, p. 477 ss.
- GIMÉNEZ, *El Mar Mediterraneo: régimen jurídico internacional*, Barcelona, 2007.
- GRBEC, *Extension of coastal state jurisdiction in the Mediterranean*, in *Serving the rule of international maritime law. Essays in honour of professor David Joseph Attard* (a cura di Martinez Guitierrez), London, 2010, p. 181 ss.
- GUTIERREZ CASTILLO, VAZQUEZ GOMEZ, *La zone de protection de la pêche établie par l'Espagne en Méditerranée*, in *Espaces et ressources maritimes*, 1999-2000, p. 207 ss.
- Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione*, atti del VI Convegno della Società italiana di Diritto internazionale, Napoli, 2007.
- LEANZA, *Il regime giuridico internazionale del mare Mediterraneo*, Napoli, 2008.
- LEANZA, *L'Italia e la scelta di rafforzare la tutela dell'ambiente marino: l'istituzione di zone di protezione ecologica*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 334 ss.
- LUCCHINI, *La zone de protection écologique française et son application en Méditerranée. Quelques brèves observations*, in *Annuaire du Droit de la Mer*, 2003, p. 433 ss.
- ODA, *Delimitation of a Single Maritime Boundary. The Contribution of Equidistance to Geographical Equity in the Interrelated Domains of the Conti-*

- mental Shelf and the Exclusive Economic Zone*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 349 ss.
- ORZAN, *La tutela del Mar Mediterraneo: il provvedimento croato di protezione della pesca e dell'ambiente marino*, in *Com. int.*, 2005, p. 487 ss.
- PAPANICOLOPULU, *Il confine marittimo: unità o pluralità?*, Milano, 2005.
- RONZITTI, *Le zone di pesca nel Mediterraneo e la tutela degli interessi italiani*, in *Rivista Marittima*, 1999, p. 21 ss.
- Round Table on Fisheries Policy in the Mediterranean and the Extension of Jurisdiction in the Adriatic Sea* (Zagreb, 14 October 2003), *Croatian Int. Relations Review*, 2003.
- SALVADOGO, *Le paragraphe 3 des articles 74 et 83 de la CMB: une contribution à l'Accord sur les arrangements provisoires relatifs à la délimitation des frontières maritimes entre la République tunisienne et la République algérienne démocratique et populaire*, in *Annuaire du droit de la mer*, 2002, p. 239 ss.
- SCOVAZZI, *The Mediterranean Marine Mammals Sanctuary*, in *Int. Journal of Marine and Coastal Law*, 2001, p. 138 ss.
- SCOVAZZI (a cura di), *Marine Specially Protected Areas*, The Hague, 1999.
- SCOVAZZI (a cura di), *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, Milano, 2004.
- SICO (a cura di), *Oltre Montego Bay: Nuove tendenze verso il controllo degli spazi marini adiacenti*, Napoli, 2009.
- SLIM, *Observations sur la loi tunisienne du 27 juin 2005 relative à la zone économique exclusive*, in *Annuaire du droit de la mer*, 2005, p. 223 ss.
- SLIM, *Les aires spécialement protégées en Méditerranée*, in *Revue de l'Indemer*, 2003, p. 121 ss.
- SLIM, *Questions de délimitation des zones maritimes en Méditerranée*, in *Seminar on the Law of the Sea, Panel on the Legal Aspects of Maritime Boundaries*, Genova, 2002, p. 25 ss.
- TAVARES DE PINHO, *La réforme de la Commission Générale des Pêches pour la Méditerranée*, in *Annuaire du droit de la mer*, 1997, p. 65 ss.
- TREVES, *Le zones maritimes en Méditerranée: compatibilité et incompatibilité avec la Convention sur le droit de la mer de 1982*, in *Revue de l'Indemer*, 2003, p. 22 ss.
- VIGNES, *Les zones de pêche en Méditerranée*, in *Revue de l'Indemer*, 2003, p. 115 ss.
- VUKAS, *State practice in the aftermath of the UN Convention on the Law of the Sea: the Exclusive Economic Zone and the Mediterranean Sea*, in *Unresolved issues and new challenges to the law of the sea* (a cura di Strati, Gavouneli, Skourtos), Leiden, 2006 p. 251 ss.

## LA DISCIPLINA APPLICABILE AL TRASPORTO MARITTIMO DI COSE TRA LE NOVITÀ DI ROMA I E DELLE *ROTTERDAM RULES*

Sergio M. CARBONE\*

SOMMARIO: 1. Il trasporto marittimo di merci e le diverse esigenze da soddisfare nei contratti di *charter-party* e nei *bill of lading*. – 2. La *proper law* applicabile ai *charter-party*: il rilievo del *closest connection test* e del *favor validitatis*. – 3. *Segue*: l'esperienza dei paesi di *civil law* e la conferma della svalutazione della legge della bandiera. – 4. La disciplina applicabile ai *charter-party* nell'evoluzione normativa di Roma I: il rilievo dello Stato del noleggiante e di destinazione delle merci trasportate. – 5. La rilevanza del luogo di destinazione delle merci, la sua esatta localizzazione e la c.d. clausola di eccezione. – 6. Il ruolo dell'autonomia privata nella determinazione della disciplina dei *charter-party*. – 7. I problemi, le esigenze ed i collegamenti rilevanti ai fini della scelta della disciplina applicabile ai trasporti marittimi di merci su traffici di linea. – 8. *Segue*: in particolare, l'autonomia privata. – 9. I conflitti di normative applicabili e la *lex fori*. – 10. La funzione integrativa e residuale della legge regolatrice del trasporto marittimo.

### *1. Il trasporto marittimo di merci e le diverse esigenze da soddisfare nei contratti di charter-party e nei bill of lading*

Come è noto, i più significativi modelli contrattuali relativi a trasporti marittimi di merci sono quelli riconducibili ai c.d. *charter-party* oppure ai c.d. *bill of lading*. Mentre i *charter-parties* soddisfano le esigenze del trasporto marittimo di merci relativo al traffico c.d. *tramp*, i *bill of lading* soddisfano le esigenze del trasporto marittimo di merci relativo al traffico c.d. *liner*. Quest'ultimo tipo di traffico (*liner transporta-*

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova.

tion) è servito in virtù dell'impiego di una nave destinata ad una linea regolare che opera tra due porti con specifiche soste in alcuni predeterminati porti intermedi secondo tempi prestabiliti ed in virtù di date prefissate provvedendo alla caricazione di merci di vari utenti nei limiti della sua capacità di spazio e di portata. Il traffico non di linea (*non liner transportation*), invece, ha per oggetto carichi totali (o più carichi parziali) nel controllo del *charterer* il quale ne provvede alla messa a disposizione del *disponent owner* della nave al fine di consentirne la caricazione nel porto e/o nei porti da esso indicati per farne effettuare il trasporto e la consegna sulla scorta della specifica disciplina contrattuale. Tale trasporto e consegna potranno essere previsti nell'ambito di uno specifico viaggio (*voyage-charter*) o di più viaggi da effettuare in un determinato ambito temporale (*time-charter*)<sup>1</sup>. Come accennato, il documento di questo tipo di trasporto è il *charter-party* anche se, in occasione della sua esecuzione, sulla scorta delle esigenze commerciali del *charterer*, vengono emesse polizze di carico al fine di consentire agli aventi diritto degli eventuali diversi carichi parziali, nei quali normalmente si scompone il carico originario, di ottenerne la consegna in virtù dei diritti al riguardo acquisiti dal *charterer*. Questo fenomeno è del tutto ricorrente e normalmente praticato allorché il carico è venduto a vari acquirenti e quindi sorge l'esigenza di consegnare ad ognuno di essi una polizza di carico che li legittimi al ritiro della merce da essi acquistata.

Sulla scorta di quanto ora indicato, nei contratti di trasporto di merci sul traffico di linea l'utente del servizio di trasporto si configura come soggetto nella posizione di «contraente debole» i cui diritti devono essere tutelati in virtù di norme inderogabili rispetto ad alcuni standard incomprimibili di responsabilità del vettore. Nel caso, invece, dei traffici *tramps*, i contraenti dei *charter-party* si trovano in una posizione di so-

<sup>1</sup> Il fatto che i *charter-parties* e i *bill of lading* mirino a soddisfare esigenze differenti del commercio è dimostrato dalle circostanze storiche nelle quali l'impiego del *bill of lading* è nato in ragione dell'evoluzione del commercio marittimo. In effetti, a partire dal XIX secolo, il ricorso al trasporto marittimo (e, più in generale, al commercio marittimo) non è avvenuto solo da parte dei grandi commercianti (in grado di sfruttare, con le merci da trasportare, l'intera capienza di una nave), ma anche dei piccoli commercianti. Allo stesso tempo cominciano a diffondersi i trasporti di linea, che hanno consentito anche ai piccoli commercianti di fare ricorso al trasporto marittimo per la consegna di colli individuali. Di qui, l'esigenza di creare un documento ed un regime giuridico particolare, da applicarsi soltanto ai trasporti marittimi determinati, vale a dire i *bill of lading*. TETLEY, *Marine Cargo Claims*<sup>3</sup>, Montreal, 1968, pp. 10 ss., 247 ss. e 298 ss.; RODIERE, DU PONTAVICE, *Droit maritime*<sup>11</sup>, Paris, 1991, p. 216 ss.; SCRUTTON, *On Charterparties and Bills of Lading*, London, 2008, p. 2 ss.; BONASSIES, SCAPEL, *Droit maritime*, Paris, 2006, spec. p. 476 ss.; RODIERE, *Traité Général du droit maritime. Affrètements et transports*, I, Paris, 1967, p. 30 ss.

stanziale parità<sup>2</sup>. Anzi, spesso il caricatore ha una posizione economicamente più forte rispetto al *disponent owner* della nave. Tali diverse caratteristiche dei rapporti contrattuali in esame, pur relativi ad operazioni tecnico-economiche sostanzialmente identiche, consistenti nel trasporto marittimo di merci, hanno comportato soluzioni a volte diversificate dei problemi di diritto internazionale privato ed in particolare in funzione del differente ruolo riconosciuto all'autonomia privata non solo rispetto alla scelta della legge applicabile al rapporto contrattuale, ma anche alle caratteristiche ed all'operatività della disciplina di diritto uniforme al riguardo adottata.

Infatti, per quanto riguarda i *charter-party*, la disciplina uniforme è prevalentemente realizzata attraverso la formulazione di contratti standardizzati elaborati in ambito internazionale in funzione della particolare tipologia di carico tra enti rappresentativi dei vari interessi coinvolti nel trasporto. A tale disciplina i contraenti dei *charter-party* fanno abitualmente riferimento attraverso l'ampio esercizio dell'autonomia privata loro riconosciuta da ogni ordinamento. Pertanto, la normativa di diritto uniforme relativa al trasporto marittimo di merci adottata in virtù di convenzioni internazionali risulta applicabile anche ai *charter-party* esclusivamente in virtù della volontaria adesione ad essa da parte dei contraenti nell'ambito di contratti standard formulati da associazioni di categoria. Solo in via residuale sarà rilevante la normativa di un ordinamento statale per quegli aspetti relativi al rapporto che non trovano un'adeguata disciplina o un adeguato inquadramento attraverso l'impiego delle fonti ora indicate. Al contrario, la normativa uniforme e la normativa statale volta a volta applicabile si impongono ai contraenti, entro limiti inderogabili, con riferimento ai contratti di trasporto relativi al traffico marittimo di linea con emissione di polizza di carico o documento equivalente, in funzione di determinati criteri di collegamento al riguardo considerati rilevanti e direttamente previsti nella stessa normativa.

<sup>2</sup> V. BERLINGIERI, *Il trasporto marittimo*, Genova, 1975, *passim*; CASANOVA, *No-  
leggi di nave e trasporto. Alcune considerazioni alla luce dell'autonomia contrattuale  
delle parti*, in *Il diritto marittimo*, 2005, p. 389 ss., spec. p. 391 ss.; TETLEY, *Internatio-  
nal Conflicts of Laws*, Montreal, 1994, spec. p. 248 s., specialmente in nota; BONASSIES,  
SCAPEL, *Droit maritime*, cit., p. 479 s.

## 2. La proper law applicabile ai charter-party: il rilievo del closest connection test e del favor validitatis

Con specifico riferimento ai conflitti di legge, nel XIX secolo la legge della bandiera sembra affermarsi come l'ordinamento statale più idoneo alla disciplina dei *charter-parties*. Peraltro, a ben vedere, già in tale periodo è evidente che la sua applicazione è giustificata solo se ed in quanto coerente con le intenzioni delle parti e coincidente con la legge regolatrice dei poteri rappresentativi del comandante (di cui si trattava di valutare gli effetti del suo esercizio relativamente alle merci trasportate)<sup>3</sup>, con la *proper law of the contract* oppure con la *lex fori*<sup>4</sup>.

Tale tendenza emerge in modo sempre più chiaro nel XX secolo, durante il quale si afferma l'impiego eccezionale del criterio della legge della bandiera. La sua applicazione, infatti, si giustifica solamente se ed in quanto coincidente con altri criteri di collegamento particolarmente significativi oppure in quanto gli altri criteri di collegamento utilizzabili sono sostanzialmente equivalenti. Nei Paesi di *common law* quanto ora indicato risulta proprio dalle stesse decisioni che ne legittimano l'applicazione. Un esempio. Nel caso relativo alla nave *Assunzione*<sup>5</sup> si trattava di decidere se applicare la legge italiana o quella francese a un trasporto da Dunkerque a Venezia. La Corte, non senza alcune incertezze, optò per la legge italiana (legge della bandiera della nave) piuttosto che per la legge francese (quale ordinamento del luogo di conclusione del contratto) in quanto ritenne che l'ordinamento italiano doveva ragionevolmente ritenersi la legge implicitamente scelta dalle parti per disciplinare il loro rapporto. In realtà, anche se doveva essere considerata particolarmente rilevante la circostanza della conclusione del contratto in Francia, l'impiego di tale criterio di collegamento non poteva essere adottato nel caso di specie in quanto tale circostanza era equilibrata dal fatto che il pagamento del nolo doveva essere effettuato in Italia ed in

<sup>3</sup> V., per tutti, BONASSIES, *La loi du pavillon et les conflits de droit maritime*, in *Recueil des cours*, t. 128, 1969, p. 505 ss., *passim*, spec. p. 638 ss.

<sup>4</sup> V., soprattutto, EHRENZWEIG, *Private International Law*, I, Leyden-Dobbs Ferry-N.Y., 1967-1977; ID., *Lex fori nel diritto internazionale marittimo*, in *Dir. int.*, 1968, p. 3 ss. Risulta, in effetti, che nell'ambito di svariate decisioni (cfr. *Egon Olendorff v. Liberia Corp.*, in *Lloyd's Law Reports*, 1, 1966, p. 380) si è affermato che «where the parties have chosen a particular forum, this may demonstrate with reasonable certainty that they wanted the law of the forum to govern the contract». A questo riguardo v., da ultimo, BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, New York, 2008, p. 179 ss.; BAATZ, *The Conflict of Laws, Southampton on Shipping Law*, London, 2008, spec. p. 36 ss.

<sup>5</sup> *The Assunzione*, in *All England Law Reports*, 2, 1954, p. 278.

valuta italiana, il luogo di destinazione della spedizione era l'Italia e la polizza di carico era stata emessa a favore di un destinatario della merce di cittadinanza italiana. In presenza di tali circostanze assumeva, così, rilevanza anche la nazionalità italiana della nave e del suo comandante. Pertanto sin d'allora si può affermare che, nei sistemi di *common law*, la legge della bandiera non ha importanza decisiva che nelle situazioni in cui le circostanze del caso di specie sono talmente equilibrate che, secondo le espressioni del giudice Hobson, si deve prendere in considerazione la legge della bandiera quale «*last resort*»<sup>6</sup>.

A favore dell'impostazione ora indicata, si esprime anche Lord Denning nel caso *Coast Lines Ltd. v. Hudig & Veder Chartering N.V.*<sup>7</sup> nel quale, anzi, si sposta l'attenzione ai fini della determinazione della legge applicabile ai contratti di *charter-party* dalla *implied intention* delle parti alla *closest and most real connection*. Infatti, in tale prospettiva – come già accennato – si conferma che soltanto allorché i vari criteri di collegamento sono sostanzialmente e qualitativamente distribuiti nell'orientare la scelta della legge applicabile nella direzione di due ordinamenti statali uniti da vincoli egualmente e particolarmente intensi con il rapporto contrattuale, si dovrà privilegiare tra essi l'ordinamento che coincide con la legge della bandiera, proprio perché «*other things being equal, the law of the ship shall govern*»<sup>8</sup>.

Tale soluzione è stata sostanzialmente confermata anche in altri casi, in occasione dei quali la *implied intention* delle parti o la *closest and most real connection* sono state valutate nella scelta della legge applicabile a un *charter-party* nella particolare prospettiva e sulla scorta del test basato «*on the ground of business efficacy*» prima di utilizzare il criterio di collegamento costituito dalla nazionalità della nave. Valutazione quest'ultima precisata anche nel senso che, in presenza di incertezza sulla scelta della legge applicabile, per garantire la «*business efficacy*» del rapporto, prima di ricorrere alla legge della bandiera (in funzione della rilevanza della nazionalità della nave), deve valere la preferenza per la legge maggiormente coerente con il c.d. *favor validitatis* del rapporto di *charter party* e delle sue clausole contrattuali, proprio per garantire il rispetto delle caratteristiche dell'operazione economica voluta dalle parti. Si è così precisato da parte di Lord Denning nel caso *Coast Lines* già citato che «A stipulation must be construed ut res magis valeat quam pere-

<sup>6</sup> *The Assunzione*, loc. cit.. In proposito v. TETLEY, *International Conflicts of Laws*, cit., spec. p. 262; BONASSIES, *La loi du pavillon*, cit., spec. p. 539.

<sup>7</sup> *Queen's Bench*, 2, 1972, p. 34 e *Lloyd's Law Reports*, 1, 1972, p. 53.

<sup>8</sup> *Ibidem*, *Queen's Bench*, 2, 1972, p. 39 s. e *Lloyd's Reports*, 1, 1972, p. 57 e gli ulteriori riferimenti citati alla nota 6.

at. Applying it here, the exemption clause in the charter-party is valid by English law, but invalid by Netherlands law. That is a pointer to English law as the proper law of the contract. For this simple reason: it cannot be assumed that the Dutch charterers put their signatures to a contract which they did not intend to honour»<sup>9</sup>.

### 3. Segue: l'esperienza dei paesi di civil law e la conferma della svalutazione della legge della bandiera

La tendenza ora indicata risulta ancora più evidente in quegli ordinamenti che tradizionalmente non hanno mai riconosciuto un ruolo particolarmente significativo alla legge della bandiera nella determinazione della disciplina applicabile ai contratti marittimi come, ad esempio, si verifica per il diritto tedesco. E nello stesso senso, decisamente svalutativo della nazionalità della nave al fine di determinare la legge applicabile ai *charter-party*, si sono espresse le disposizioni contenute nelle varie Convenzioni latino-americane di diritto internazionale privato che, come è stato ricordato ancora di recente, hanno rappresentato le prime codificazioni rivolte ad assegnare una specifica rilevanza ai problemi di diritto internazionale privato marittimo. In realtà, nonostante l'ambiente culturale dell'epoca desse in generale un particolare rilievo a criteri di collegamento riconducibili a qualsiasi tipo di nazionalità, ad esempio, il Trattato di diritto della navigazione commerciale internazionale di Montevideo del 1940, pur prevedendo specifiche norme sulla legge applicabile ai *charter-party*, non assegna alcuna rilevanza alla nazionalità della nave.

Infatti, nel trattato da ultimo citato si precisa (all'art. 14) che il contratto di *charter-party* «est régi et jugé par les lois et les tribunaux du pays où l'agence maritime avec la quelle l'affréteur a contracté est domiciliée». Anche nel Codice Bustamante de l'Avana (del 1928) si precisa che il contratto di *charter-party* «sera régi par la loi de l'endroit d'où partent les marchandises» e che «les actes d'exécution du contrat seront réglés par la loi de l'endroit où il sont réalisés». Ed al riguardo, per «endroit d'où partent les marchandises» la giurisprudenza e la dottrina si sono riferite non già allo Stato di origine o da cui provengono le merci, ma allo Stato del porto nel quale le merci sono caricate a bordo della nave

<sup>9</sup> *Ibidem*, loc. cit. Su questo punto la dottrina è unanime: v., da ultimo, COLLINS, *Dickey and Morris on the Conflicts of Law*<sup>14</sup>, II, London, 2006, p. 1768.

oggetto del *charter-party*<sup>10</sup>. Non vi è dubbio, quindi, che anche la normativa in esame non ha inteso dare alcuna rilevanza ad ogni ordinamento diverso da quello di imbarco, compreso quello della nazionalità della nave, al fine di determinare la legge regolatrice dei contratti di *charter-party*.

Emerge, pertanto, un quadro di soluzioni relative alla determinazione della legge applicabile ai *charter-party* comunque dominata, da un lato, dall'assoluta prevalenza del ruolo assegnato all'autonomia privata dei contraenti con ampia valorizzazione delle determinazioni da essi operate al riguardo, dall'altro, dalla scarsa rilevanza dell'impiego della nazionalità della nave nella valutazione della *closest and most real connection* del rapporto con un determinato ordinamento<sup>11</sup>. Peraltro, in quest'ultima prospettiva, non può non essere segnalata la decisa tendenza rivolta a valorizzare nella massima misura possibile i criteri di collegamento con la *lex fori* che, pertanto, in caso di incertezza, tende a prevalere su ogni altra legge eventualmente applicabile<sup>12</sup>.

#### 4. La disciplina applicabile ai *charter-party* nell'evoluzione normativa di Roma I: il rilievo dello Stato del noleggiante e di destinazione delle merci trasportate

Nessuno stupore, pertanto, nel rilevare che la recente normativa di diritto internazionale privato adottata in ambito europeo, in occasione della sostituzione della Convenzione di Roma del 1980 (da parte del regolamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, c.d. Roma I)<sup>13</sup> ha, anzitutto, confermato la regola relativa alla libertà della scelta della legge applicabile ai trasporti marittimi. In tal

<sup>10</sup> V., per i riferimenti normativi, TETLEY, *International Conflicts of Laws*, cit., p. 255 s. ed il commentario di GONZÁLEZ LAPEYRE, *Transport maritime et régime portuaire*, in *Recueil des cours*, t. 308, 2004, p. 253 ss., spec. p. 302 ss.

<sup>11</sup> *Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A.*, in *Law Reports, Appeal Cases*, 1971, p. 572, ove, in particolare, si è precisato che per determinare la volontà implicita delle parti «*the inquiry is as the parties*» «*commercial intentions*». In tale contesto, «*a set of presumption based upon common sense, upon business convenience and upon the comity of nations were utilized at common law*»: v. ATRILL, *Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?*, in *The Int. and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 549 ss., spec. p. 562 ss., con riferimento specifico a quanto sopra ed agli effetti che tale decisione ha prodotto nella determinazione della volontà delle parti nella scelta della legge applicabile ai contratti.

<sup>12</sup> V. EHRENZWEIG, *Private International Law*, cit.; ID., *Lex fori nel diritto internazionale*, cit., p. 3 ss.

<sup>13</sup> G.U.U.E. 4 luglio 2008 L 177, p. 6 ss.

senso, è possibile per le parti scegliere anche un «diritto non statale» nei limiti ed alle condizioni di cui in appresso (par. 5) attraverso modalità espressive anche implicite, ma tale «*implied consent*» non può essere dedotto dalla sola presenza di una clausola di giurisdizione esclusiva. Tale consenso implicito, pertanto, dovrà risultare secondo criteri inequivoci e certi ricavabili dall'insieme delle clausole del contratto e/o dalle circostanze del caso.

D'altro canto, il regolamento Roma I conferma l'esclusione di un qualsiasi ruolo alla legge della bandiera nella determinazione della legge applicabile al contratto di trasporto. In realtà, tale esclusione era già prevista nell'art. 4, par. 4, della Convenzione di Roma che, con riguardo ai *voyage-charter*, prevedeva che fosse lo Stato nel quale il noleggiante ha il suo stabilimento principale che doveva essere considerato come lo Stato con il quale il contratto di noleggio aveva i collegamenti più stretti; era, dunque, la legge dello Stato della sede principale del noleggiante a dover regolare il contratto a condizione, tuttavia, che in esso fosse localizzato il luogo di caricazione oppure quello di scaricazione della merce o, anche, il luogo dello stabilimento principale del caricatore/noleggiatore. In difetto di tali circostanze, come si verifica abitualmente nella pratica, oppure se risultava che il contratto di noleggio presentava dei criteri di collegamento più stretti con uno Stato diverso da quello della sede del noleggiante, si doveva fare ricorso all'applicazione dell'art. 4, par. 1, della Convenzione. Spettava, quindi, al giudice stabilire lo Stato con il quale il contratto di noleggio presentava i collegamenti più stretti presumendo al riguardo che il contratto presentasse tali collegamenti con lo Stato nel quale la parte che forniva la prestazione caratteristica aveva, al momento di conclusione del contratto, la sua residenza abituale o la sua amministrazione centrale (art. 4, par. 2, della Convenzione): e cioè il noleggiante, in quanto soggetto che forniva la «prestazione caratteristica». È dunque, in linea di principio, alla legge del noleggiante che bisognava riferirsi anche se era possibile al giudice utilizzare un differente criterio di collegamento in funzione del fatto che il contratto «presenti dei collegamenti più stretti con un altro Stato»<sup>14</sup>.

Nonostante queste chiare indicazioni, la norma si è prestata ad alcune incerte interpretazioni allorché lo Stato della sede del noleggiante non coincideva con lo Stato in cui si trovava il luogo di caricazione o di scaricazione della merce o la sede principale del noleggiatore. Tanto che al-

<sup>14</sup> V., da ultimo, BONASSIES, SCAPEL, *Droit maritime*, cit., spec. p. 487 s.; BOONK, *Charter-Parties and the Governing Law, English and Continental Maritime Law after 155 Years of Maritime Unification*, London, 2003, p. 105 ss., spec. p. 118 ss.; ESPINOSA CALABUIG, *El contrato internacional de transporte marítimo*, Granada, 1999, p. 251 ss.

cuni autori, di fronte a tale incertezza, non hanno esitato ad invocare un ritorno all'utilizzo del criterio di collegamento tradizionale costituito dal luogo di conclusione del contratto di trasporto che, pur nella sua variamente criticata casualità, ha almeno il vantaggio di essere un criterio di collegamento oggettivo e facilmente accertabile.

Tanto più che, secondo l'insegnamento della tradizione giurisprudenziale francese<sup>15</sup>, confortata da riscontri analoghi basati sull'analisi comparata<sup>16</sup>, ben poco spazio doveva essere riservato alla legge dello Stato dalla destinazione del trasporto marittimo in difetto di concorrenti criteri di collegamento. Essa, in realtà, secondo le stesse indicazioni riscontrabili nella Convenzione di Roma (in particolare nell'art. 10, par. 2), sembrava destinata a disciplinare esclusivamente «les modalités de exécution et les mesures à prendre en cas de défaut dans l'exécution»<sup>17</sup>. Per converso, a favore di un più ampio impiego di tale criterio di collegamento si è osservato che il luogo di destinazione del *charter-party* è quello che maggiormente si identifica con il luogo della sua esecuzione anche se, in realtà, l'enfasi a favore di tale criterio spesso è giustificata anche in funzione della sua coincidenza con lo Stato del foro<sup>18</sup>.

Peraltro, in senso contrario a quanto ora indicato, si è osservato che maggiormente caratterizzante per la prestazione dei servizi di trasporto è normalmente piuttosto lo Stato di consegna della merce al noleggiante in funzione dell'esecuzione del trasporto previsto nel contratto di *charter-party*. In tal senso, d'altronde – sempre con riguardo alla interpretazione dell'art. 4 della Convenzione di Roma – si è espresso, sia pure implicitamente, l'Avvocato generale Yves Bot nel caso C-133/08 (parr. 105-106 delle conclusioni) allorché ha indicato che il centro di gravità di un contratto relativo alla messa a disposizione di un mezzo di trasporto per una specifica spedizione deve essere localizzato nello Stato di caricazione della merce e di inizio della spedizione. Pertanto, la legge di tale Stato

<sup>15</sup> V. recentemente, su tale aspetto, LAGARDE, commento alla sentenza, nota 32, in *Revue critique de droit int. privé*, 2003, p. 289 ss., spec. p. 293.

<sup>16</sup> Cfr. BATIFFOL, *Conflit de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, spec. p. 247 ss.; più di recente TETLEY, *International Conflicts of Laws*, cit., spec. pp. 253-286; SADI-KOV, *Conflicts of Laws in International Transport Law*, in *Recueil des cours*, t. 190, 1985, p. 189 ss., spec. p. 232 s.

<sup>17</sup> Cfr. LAGARDE, commento, cit., p. 293.

<sup>18</sup> Il fatto che la legge francese sia stata applicata soprattutto a titolo di *lex fori* piuttosto che di legge dello Stato di destinazione del trasporto è messo in rilievo in particolare da LOPES PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di Regolamento Roma I*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 756 ss., spec. p. 766. Più in generale, nella medesima direzione, in particolare sul ruolo della *lex fori* nella scelta della legge applicabile ai contratti, cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato*, Milano, 1991, p. 245 ss.

deve essere considerata legge di esecuzione del trasporto quanto meno se coincidente con quella della sede di uno dei soggetti contraenti.

Infatti, si è ritenuto maggiormente significativo tale Stato di «*prise en charge*» della merce non tanto in quanto abitualmente coincidente con il luogo in cui si trova uno degli «*établissement*» dell'impresa del noleggiante, ma soprattutto in quanto ordinamento nel quale si è addivenuti alla conclusione del rapporto contrattuale e presso il quale avviene il pagamento del nolo<sup>19</sup>. Inoltre, si è fatto valere in tal senso che, comunque, l'operazione di «*prise en charge*» è tra le più significative del contratto di trasporto marittimo, in quanto è l'atto in virtù del quale il noleggiante accetta la merce in funzione del cui trasporto è stato concluso il contratto di *charter-party*. Infine, si è rilevato che l'attuazione della consegna della merce al noleggiante-trasportatore in funzione del cui trasporto è stato concluso il *charter-party* risulta dal concorso della volontà di entrambe le parti del rapporto contrattuale ed è, in ogni caso, la circostanza più significativa al fine di determinare l'inizio del periodo contrattuale riconducibile all'operazione di trasporto marittimo<sup>20</sup>. Tali osservazioni, peraltro, non sono state unanimemente condivise privilegiandosi altri criteri di collegamento tra i quali, come innanzi accennato, in particolare, quelli a favore dello Stato di destinazione del trasporto.

Ne è risultato, quindi, come già accennato nel precedente paragrafo, un quadro di riferimento che, se si prescinde dall'indubbia svalutazione del criterio di collegamento relativo alla nazionalità della nave, ha comportato esiti assai incerti nella determinazione della legge applicabile ai *charter-party*, in mancanza di una precisa scelta operata al riguardo dalle parti contraenti. Questa mancanza di chiarezza, pertanto, ha rischiato, ancora una volta, di favorire soluzioni rivolte a privilegiare l'applicazione della *lex fori* piuttosto che la legge più adatta a disciplinare i contratti di *charter-party*.

Tanto che, per superare tali inconvenienti, in sede di riformulazione della disciplina in esame nell'ambito del c.d. regolamento Roma I, non si è avuto esitazione a confermare espressamente che, con riferimento ai *charter-party*, è la legge dello Stato in cui si trova la sede del noleggiante quella che risulta particolarmente significativa al fine di stabilire la lo-

<sup>19</sup> V. VON HOFFMAN, *Commentario al B.G.B.* (ed. *Soergel-Kegel*), X, Berlino, 1996, spec. p. 1576.

<sup>20</sup> V., in particolare, in favore della legge del porto di caricazione, la decisione della *Fédéral Court of Canada*, 17 giugno 1991, in *Federal Courts Reports*, 1, 1992, p. 245 ss., ove si rileva che, nel considerare «*the law of the place of performances as proper law of the contract*», per quello che concerne i contratti di trasporto tale legge è quella del Paese in cui il carico «*was loaded and the voyage commenced*».

ro disciplina. Per converso, si deve piuttosto sottolineare che la localizzazione del noleggiante-vettore non è considerata, anche nel regolamento in esame, di per sé, e senza il concorso di qualche ulteriore circostanza, come idonea a determinare la legge regolatrice del trasporto come, invece, era stato proposto inizialmente da parte della Commissione.

Con la precisazione, peraltro, che, ai sensi dell'art. 19, par. 2, del c.d. regolamento Roma I, per residenza abituale, ai fini in esame, si deve intendere il luogo nel quale «un contrat est conclu dans la cadre d'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de toute autre établissement, le lieu de cette succursale, agence ou établissement». Si tratta, quindi, di una modalità di applicazione del criterio della residenza abituale idonea a garantire ad esso concretezza ed effettività di collegamento con il rapporto in esame, soprattutto nei casi in cui il noleggiante sia una società con sede in Stati c.d. paradisi fiscali o legali. Infatti, sulla scorta delle precisazioni di cui all'art. 19 in merito al ruolo assegnato ai fini in esame alla sede degli agenti ed agli stabilimenti secondari, il criterio di collegamento in esame, con riferimento ai *charter-party*, da un lato, conduce inevitabilmente a fornire maggiori certezze nella determinazione della legge applicabile e, dall'altro, fornisce nuova vitalità al criterio di collegamento costituito dal luogo di conclusione del contratto che, sulla scorta del ruolo e della localizzazione degli agenti e delle sedi secondarie, normalmente si identifica anche con lo Stato del luogo in cui è avvenuta la caricazione della merce o la conclusione del contratto di trasporto.

Qualora non sia riscontrabile la coincidenza di uno dei criteri di collegamento innanzi indicati con la sede principale o secondaria del vettore-noleggiante o dei suoi agenti-rappresentanti che hanno provveduto alla conclusione del contratto di trasporto, il regolamento c.d. Roma I all'art. 5, par. 1. ha ritenuto di privilegiare tra i vari criteri di collegamento quello dello Stato del luogo di «consegna» delle merci a destinazione, che ha sostituito l'espressione «luogo di scarico» utilizzato dalla Convenzione di Roma. Si è ritenuto, infatti, che tale criterio di collegamento, anche se non coincide con il luogo di conclusione del contratto o con la sede del vettore o dei caricatori, risulta essere il *locus executionis* più rilevante rispetto al luogo in cui la merce viene presa in carico da parte del vettore e/o del noleggiante per essere imbarcata<sup>21</sup>. In particolare, a favore dell'impiego del luogo di destinazione della merce sono state invocate soprattutto alcune considerazioni pratiche. Ad esempio, il danno o la

<sup>21</sup> V. SADIKOV, *Conflicts of Laws*, cit., spec. p. 209 ss. e p. 232 ss. nonché ESPINOSA CALBUIG, *El contrato internacional*, cit., spec. p. 234 ss.

perdita del carico sono accertati e determinabili solamente in tale Stato. Inoltre, sempre in questo ordinamento, i soggetti interessati alla consegna delle merci normalmente adottano le misure ed iniziano i procedimenti rivolti all'accertamento del danno ed all'ottenimento di adeguate garanzie da parte del vettore e/o noleggiante, o più in generale direttamente nei confronti della nave, attraverso procedimenti conservativi ed in particolare di sequestro. Tanto che si può affermare che «*the centre of gravity*» del rapporto contrattuale tra *shipowner* e soggetti interessati al carico si trasferisce dal porto in cui la merce è imbarcata al porto in cui essa viene consegnata risultando, quindi, prevalente rispetto al primo<sup>22</sup>.

##### 5. La rilevanza del luogo di destinazione delle merci, la sua esatta localizzazione e la c.d. clausola di eccezione

L'art. 5, par. 1, del regolamento c.d. Roma I, inoltre, nell'evidenziare la particolare rilevanza del luogo di consegna delle merci a destinazione in occasione del trasporto marittimo ai fini della determinazione della legge ad esso applicabile, si preoccupa giustamente di precisare che come tale si deve intendere non già quello in cui, per ragioni accidentali, la merce è effettivamente sbarcata e/o la spedizione è considerata conclusa, bensì quello convenuto tra le parti, anche se non si precisa se al riguardo si debba intendere il luogo della messa a disposizione o della consegna effettiva della merce. La scelta al riguardo deve essere quella che meglio garantisce sin dall'inizio del trasporto la prevedibilità e la certezza della disciplina applicabile alla stessa stregua di quanto si verifica per stabilire se un trasporto marittimo deve essere considerato oggettivamente internazionale ai fini dell'applicazione ad esso della rilevante normativa di diritto uniforme. In ogni caso, una parte della dottrina rileva che l'articolo in esame avrebbe dovuto precisare ancora meglio i criteri di applicazione per la determinazione del luogo di consegna anche sotto un altro profilo; e cioè, per quanto riguarda i casi in cui si deve decidere «se le merci sono effettivamente consegnate in un luogo diverso da quello convenuto, debbano essere considerate come non consegnate oppure debbano essere consegnate in luoghi differenti»<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. ESPINOSA CALBUIG, *El contrato internacional*, cit., spec. p. 236 ss.

<sup>23</sup> Questa considerazione è condivisa unanimemente dalla dottrina. V., per tutti, COLLINS, *Dacey and Morris*, cit., spec. p. 1773 ss. (par. 33-273) ove si osserva che «if by subsequent agreement the parties to the contract agree to change either or both these places (in particolare il porto di destinazione), that change will not affect the application of the presumption as such, though the change may be taken into account in determining

Peraltro, il luogo di consegna delle merci in funzione del cui trasporto è stato concluso il contratto di *voyage* o *time charter-party* presenta l'inconveniente di condurre alla possibile applicazione di leggi diverse allo stesso rapporto contrattuale qualora, come spesso si verifica, nell'ambito della stessa spedizione, ci si trova in presenza di un contratto di *voyage-charter* che comprende una pluralità di trasporti separati e/o successivi relativi a più porti di consegna delle merci eventualmente imputabili a diversi vettori. Si esclude in tal modo, ad esempio, che questo *voyage-charter party* sia retto da una stessa ed unitaria disciplina con riferimento ai vari trasporti relativi alle merci destinate ai differenti Stati nei quali la nave fa scalo per la relativa consegna. Peraltro, lo stesso inconveniente sarebbe presente anche qualora si privilegiasse la legge dello Stato del porto di caricazione delle merci. Infatti, i porti di caricazione delle merci possono essere diversi pur nell'ambito dello stesso rapporto di *voyage-charter* e/o della stessa spedizione marittima con gli stessi inconvenienti ora indicati<sup>24</sup>. Al fine di evitare questo tipo di inconveniente si sarebbe dovuto precisare che il solo luogo che rileva nell'ottica della soddisfazione delle esigenze ora indicate è quello localizzato nello Stato dell'ultimo porto di destinazione finale della merce. Peraltro tale precisazione, anche se sollecitata, non è stata effettuata.

È proprio in funzione di tale situazione, e della consapevolezza dei limiti che, comunque, ha l'impiego dei criteri di collegamento e delle soluzioni adottati nel par. 1 dell'art. 5 del regolamento Roma I, che la norma in esame non esita ad indicare che le scelte relative alla legge applicabile al trasporto marittimo in tale sede precisate possono essere superate «where it is clear from all circumstances of the case that the contract, in absence of a choice of law, is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2». Esclusivamente in tal caso, infatti, «the law of that country shall apply». Si tratta della c.d. clausola di eccezione che, dopo alcune incertezze, è stata adottata nel regolamento c.d. Roma I secondo una formulazione più rigorosa rispetto a quella della Convenzione di Roma, proprio al fine di evitare gli abusi del suo impiego o anche semplicemente il ricorso ad essa con eccessiva facilità, in coerenza con le indicazioni avanzate da più parti in occasione dei lavori preparatori.

whether the presumption should be disregarded because it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country than it is with the country indicated by the presumption».

<sup>24</sup> Cfr. BRAEKHUS, *Choice of Law Problems in International Shipping (Recent Developments)*, in *Recueil des cours*, t. 164, 1979, p. 251 ss., spec. p. 324.

Tale chiara indicazione del regolamento c.d. Roma I sembra, così, definitivamente escludere, in particolare con riferimento al contratto di trasporto, che la c.d. clausola di eccezione possa essere trasformata in un'indicazione rivolta a favorire «*an open-textured closest connection test*». Circostanza quest'ultima che, d'altronde, almeno nelle originarie intenzioni, gli stessi redattori della Convenzione di Roma avevano inteso evitare. Tanto più che, se alla clausola di eccezione si dovesse conferire un significato ed una portata più ampi di quanto può derivare dalla presenza di una «manifesta» e «*overwhelming*» preponderanza di criteri di collegamento più intensi rispetto a quelli indicati nell'art. 5, par. 1, si pregiudicherebbe lo stesso obiettivo di «*promote clarity and certainty in the law*»<sup>25</sup>. In realtà, qualora la prescrizione di cui all'art. 5, par. 1, del regolamento Roma I dovesse essere intesa come una «*weak presumption*», sarebbe difficile prevedere non solo la disciplina applicabile al rapporto contrattuale, ma anche l'eventuale giurisdizione competente a risolvere le relative controversie allorché essa dipende dal luogo «in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita» ed in particolare dove i servizi (relativi all'esecuzione del trasporto) «sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto». Spesso, infatti, anche la determinazione del giudice competente ai fini ora indicati dipende proprio dalla disciplina applicabile al contratto. Tanto più che l'obiettivo di realizzare una prevedibile legge applicabile è più facilmente perseguibile «*by adopting a strong presumption theory, than by too readily disregarding the presumption*»<sup>26</sup>.

#### 6. Il ruolo dell'autonomia privata nella determinazione della disciplina dei charter-party

In ogni caso, è proprio con riferimento ai contratti di *charter-party* che la disciplina loro applicabile è determinata con particolare incidenza dell'esercizio dell'autonomia privata, rispetto alla quale l'importanza della determinazione della legge applicabile secondo criteri di collegamento oggettivi del tipo da ultimo indicato risulta marginale. Infatti, anzitutto, i modelli contrattuali abitualmente adottati nei contratti di *char-*

<sup>25</sup> In realtà soltanto un'assoluta predominanza degli elementi che permettono di derogare all'impiego di specifici criteri di collegamento può conferire un rilievo adeguato a tali criteri: v. HILL, *Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of UK Courts*, in *The Int. and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 325 ss., spec. p. 347 s.

<sup>26</sup> Cfr. HILL, *Choice of law*, cit., p. 325 ss., spec. p. 349.

*ter-party* si ispirano a criteri redazionali rivolti a costruire una regolamentazione del rapporto almeno tendenzialmente completa ed autosufficiente tale da non richiedere, in linea di massima, integrazioni o complementamenti in virtù di specifiche disposizioni di legge. Inoltre, la disciplina dei contratti di *charter-party*, proprio perché caratterizzata da un normale *equal bargaining power* di entrambe le parti, è considerata da tutti gli ordinamenti statali ampiamente disponibile e, pertanto, facilmente modellabile secondo le determinazioni delle parti i cui effetti non avranno difficoltà ad essere riconosciuti in ogni ordinamento nel quale potranno essere invocati e/o fatti valere.

A conferma del ruolo e degli effetti dell'autonomia privata, non si è avuto neppure esitazione nel riconoscere alle parti contraenti di un *charter-party* il potere di prevedere l'applicabilità ad esso della disciplina di diritto uniforme della Convenzione di Bruxelles relativa alla polizza di carico. Si tratta, infatti, di un contratto rispetto al quale le disposizioni del sistema normativo dell'Aja/Visby si rivelano sicuramente idonee a disciplinare gli effetti, in modo adeguatamente compiuto, quanto meno con riferimento agli obblighi ed alle responsabilità del soggetto che si è assunto i rischi relativi alla caricazione, alla custodia ed al trasferimento delle merci trasportate in funzione dei quali è stato concluso il contratto di *charter-party*.

Pertanto, allorché le parti hanno inteso richiamare la Convenzione di Bruxelles/Visby quale «legge regolatrice della fattispecie negoziale», essa risulta idonea a legittimarne ed integrarne la disciplina con i conseguenti limiti che essa prevede all'esercizio dell'autonomia privata in senso sostanziale. Ed in questa prospettiva appare sicuramente condivisibile la soluzione da tempo adottata dalla giurisprudenza francese in virtù della quale allorché «les parties conviennent de soumettre le contrat qu'elles concluent à une convention internationale ne peuvent écarter celles ou ses prescriptions auxquelles, si la convention internationale était applicable de plein droit, il ne saurait être dérogé à peine de nullité»<sup>27</sup>. Infatti, come accennato nei precedenti paragrafi, le determinazioni delle parti non possono non subire l'operatività delle norme imperative del sistema giuridico designato di cui esse intendono utilizzare le proprietà normative.

Alle stesse conclusioni, peraltro, se pur in virtù di altri argomenti, si giunge anche allorché si intenda interpretare le specifiche «*paramount clauses*» in un'ottica di mero «recepimento negoziale» della normativa

<sup>27</sup> Cfr. Cass. Comm. (F), 4 febbraio 1992, in *Le droit maritime français*, 1992, p. 289 ss. ed App. Rouen, 8 febbraio 1994, *ivi*, 1994, p. 568 ss.

uniforme. Anche in tale prospettiva, infatti, si ritiene che debbano prevalere i contenuti di tale disciplina rispetto alle eventuali difformi clausole contrattuali, se non espressamente formulate in senso derogatorio a tale normativa, in virtù delle specifiche caratteristiche del rinvio ad essa e delle specialità della relativa disciplina rispetto alle altre disposizioni contrattuali. Anche in tale prospettiva, peraltro, potranno essere sempre fatte valere specifiche clausole contrattuali derogatorie della normativa uniforme se formulate a favore degli interessati alla merce secondo quanto previsto da tale normativa<sup>28</sup>.

Né in senso contrario a quanto ora indicato può invocarsi che la normativa di diritto uniforme non si identifica con un vero e proprio ordinamento statale. Infatti, tale circostanza non osta al riconoscimento che le norme internazionalmente uniformi ora indicate sono dotate del carattere di «sistema giuridico positivo» proprio in funzione della loro idoneità a legittimare ed a integrare in modo tendenzialmente compiuto la disciplina dei trasporti riconducibili ad esse ed a quelli ai quali la loro disciplina può essere volontariamente estesa. Tanto che lo stesso regolamento Roma I, pur prevedendo norme di diritto internazionale privato tendenzialmente rivolte a rendere applicabili disposizioni riconducibili ad un ordinamento statale, si preoccupa di precisare che «this Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention» (*considerando* n. 13).

Ed in tale prospettiva un'autorevole dottrina<sup>29</sup> non ha esitato addirittura ad osservare che «si le choix des parties portait sur une convention internationale de droit matériel, comme par exemple en matière de connaissance la Convention de Bruxelles non révisée de 1924 qui ne prévoit pas une telle désignation et qui ne serait pas applicable la cause en vertu de ses propres dispositions, ce choix devrai l'emporter sur les dispositions impératives de la loi objectivement applicable». Naturalmente, «se il richiamo alla normativa uniforme non varrà ad esaurire tutta la disciplina del contratto [...], gli aspetti non coperti dalla legge uniforme» resteranno regolati dalla legge applicabile in virtù delle norme di diritto internazionale privato che in tal modo, peraltro, è destinata ad o-

<sup>28</sup> V. App. Genova, 5 giugno 2000, in *Il diritto marittimo*, 2001, p. 1118 ss.

<sup>29</sup> Cf. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2006, p. 331 ss., spec. p. 336. Nella stessa prospettiva CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 891 ss., spec. p. 907; ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho marítimo y derecho internacional privado: algunos problemas básicos*, Vitoria, 2000, spec. p. 184.

perare quale ordinamento residuale ed accessorio rispetto alla normativa in esame<sup>30</sup>.

*7. I problemi, le esigenze ed i collegamenti rilevanti ai fini della scelta della disciplina applicabile ai trasporti marittimi di merci su traffici di linea*

In un'ottica completamente diversa si collocano i problemi e le soluzioni relative alla disciplina del trasporto marittimo di merci allorché si tratti di rapporti relativi ad un traffico di linea normalmente documentati in virtù dell'emissione di una polizza di carico. Infatti, come già accennato, tali rapporti, diversamente da quelli riconducibili ai *charter-party*, sono caratterizzati dalla posizione sperequata a svantaggio dei caricatori rispetto a quella del/i vettore/i. Appare così naturale, da un lato, che il ruolo e la funzione dell'autonomia privata risultino largamente ridotti rispetto a quanto avviene per i *charter-parties* e, dall'altro, che l'operatività della normativa di diritto uniforme sia specificamente prevista con portata e contenuti «imperativi» comunque non modificabili in senso riduttivo con specifico riguardo alla protezione dovuta nei confronti dei soggetti interessati al carico. Tanto che, al fine di garantirne gli effetti, è la stessa normativa di diritto uniforme che legittima al riguardo, in via diretta ed immediata, un proprio ambito normativo di applicazione incompressibile e necessario.

In tal senso, infatti, sono formulate le rispettive disposizioni previste sia nella Convenzione di Bruxelles del 1924 e successive integrazioni adottate in virtù del Protocollo di Visby del 1968 sia nella Convenzione relativa alle c.d. Regole di Amburgo del 1978. E parimenti, analoghe caratteristiche presentano corrispondenti norme previste nell'ambito della Convenzione di recente adottata ed elaborata, sempre a questo riguardo, in sede UNCITRAL: e cioè, le c.d. *Rotterdam Rules*.

Pertanto, con riferimento alla disciplina applicabile ai trasporti ora indicati, i problemi interpretativi di diritto internazionale privato più delicati riguardano piuttosto, da un lato, l'esatta determinazione dei criteri di collegamento rilevanti rispetto alla definizione dell'ambito di applicazione della normativa di diritto uniforme, dall'altro, gli effetti e le conseguenze di eventuali sovrapposizioni dei rispettivi ambiti di applicazione,

<sup>30</sup> V. App. Genova, 17 novembre 1990, in *Il diritto marittimo*, 1991, p. 1027 ss., che è stata criticata e riformata sotto altri profili rispetto a quelli di cui al testo da Cass., 28 ottobre 1994, n. 8922, ivi, 1996, p. 353 ss.

tenendo conto dell'ordinamento giuridico statale nel quale tale situazione assume, volta a volta, rilevanza.

Al riguardo, l'originaria formulazione dell'art. 10 della Convenzione di Bruxelles, successivamente modificata in senso estensivo dal Protocollo di Visby come meglio precisato in appresso, si limitava ad indicare quale criterio di collegamento il solo luogo di emissione della polizza di carico che, pertanto, doveva trovarsi in uno Stato contraente per garantirne l'applicazione.

Inoltre, si è osservato che è necessaria anche la presenza di sufficienti elementi oggettivi di internazionalità del trasporto marittimo da non consentire di esaurirne gli effetti nell'ambito di un solo ordinamento giuridico statale<sup>31</sup>. In mancanza di questi ultimi elementi, infatti, si è ritenuto che l'operatività della normativa uniforme non potesse ritenersi in alcun modo giustificata<sup>32</sup>. Questa soluzione, d'altronde, è stata apertamente confermata anche dalla disciplina dell'art. 10, adottata a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo di Visby. Infatti, anche in tale sede non si è esitato a precisare che l'applicazione della normativa uniforme è condizionata all'esistenza di un trasporto marittimo «tra due Stati diversi». Nessun dubbio, quindi, che l'internazionalità oggettiva del trasporto marittimo deve essere presa in considerazione, di per sé, quale presupposto per dare rilevanza ai criteri di collegamento dello specifico rapporto con il sistema di diritto uniforme.

Per converso, nel Protocollo di Visby si esclude definitivamente qualsiasi rilevanza alla c.d. internazionalità soggettiva del trasporto<sup>33</sup>. Quanto ora indicato, peraltro, non arriva sino ad escludere la rilevanza della prospettazione soggettiva delle parti contraenti ai fini della valutazione dei caratteri oggettivi del trasporto marittimo. Infatti, alla stessa stregua di quanto si verifica con riguardo alla disciplina di altre forme di trasporto, la valutazione delle caratteristiche oggettive del rapporto rilevanti ai fini dell'applicazione della normativa di diritto uniforme deve essere operata secondo «le previsioni contrattuali»<sup>34</sup> volute dalle parti in

<sup>31</sup> V. MALINTOPPI, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 116, 1965, p. 43 ss.; IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milano, 1990, spec. p. 97 ss. e, da ultimo, KARAN, *The Carrier's Liability under International Maritime Conventions: The Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules*, Lewiston-New York, 2004, spec. p. 62 ss.

<sup>32</sup> V., in generale, sulla rilevanza dell'internazionalità di un rapporto ai fini di giustificare l'applicazione di un regime di diritto uniforme, CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, p. 2 ss.

<sup>33</sup> V., per tutti, CARVER'S, *Carriage by Sea*<sup>13</sup>, I, London, 1982.

<sup>34</sup> Tale soluzione è da lungo tempo adottata al fine di accertare l'internazionalità di un rapporto per determinare l'ampiezza dell'autonomia privata nella scelta della legge

occasione della conclusione del trasporto marittimo e/o dell'emissione della polizza di carico. Non rileva, pertanto, ciò che si verifica nell'effettiva esecuzione del trasporto; ad esempio, allorché l'esecuzione di un trasporto marittimo, prevista come internazionale, si interrompe per cause accidentali e si esaurisce esclusivamente in ambito nazionale, il relativo rapporto contrattuale deve continuare ad essere considerato internazionale ai fini dell'applicazione della normativa in esame<sup>35</sup>.

In sintesi, quindi, l'accertamento del luogo di caricazione della merce e del luogo di sua consegna al fine di stabilire se il trasporto marittimo è internazionale e se la polizza di carico è stata emessa (o quanto meno il porto di caricazione si trova) in uno Stato contraente, dovrà avvenire non già secondo quanto si è effettivamente verificato nella realtà, bensì secondo quanto è stabilito, previsto e consentito in polizza di carico, essendo questo documento non solo rappresentativo della volontà delle parti interessate all'esecuzione del rapporto, ma anche opponibile (con riguardo a tutti gli elementi essenziali che lo caratterizzano) nei confronti di chiunque ne divenga legittimo titolare.

Inoltre, il Protocollo di Visby consolida anche i risultati espressi da una parte della dottrina e della giurisprudenza sensibili ad una più ampia operatività della normativa in esame, garantendo al riguardo anche una maggiore certezza e prevedibilità. Si precisa, infatti, in termini inequivoci che, in presenza dell'internazionalità obiettiva del trasporto marittimo, sia sufficiente che esso abbia un sicuro collegamento oggettivo con almeno uno Stato contraente della Convenzione di Bruxelles, o con quest'ultima direttamente, per legittimarne l'operatività. In particolare, così, oltre alla circostanza che (i) il luogo di emissione della polizza si trovi in uno Stato contraente, altri due possibili criteri di collegamento rispettivamente rivolti ad uno Stato contraente o direttamente allo stesso sistema di diritto uniforme, di per sé, ne giustificano la concreta applicazione. E cioè, allorché (ii) il luogo di inizio del trasporto si trovi in uno Stato contraente oppure (iii) il contratto di trasporto, riportato in polizza di carico, preveda un volontario rinvio diretto (oppure mediato, attraverso l'individuazione dell'ordinamento di uno Stato contraente) al regime di diritto uniforme.

applicabile. V. LANDO, *The E.C. Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations: Introduction and Contractual Obligations*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und int. Privatrecht*, 1974, p. 9 ss.; CARBONE, *L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni*, in *Dir. com. scambi int.*, 1982, p. 15 ss., spec. pp. 21-22.

<sup>35</sup> V. TREITEL, REYNOLDS, *Carver on Bill of Lading*, London, 2001, spec. p. 454 ss.; IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti*, cit., spec. p. 113 ss.

Nessun residuo dubbio, quindi, che, *uno qualsiasi di questi criteri* di collegamento con il sistema di diritto uniforme, compreso anche il criterio relativo alla manifestazione di volontà delle parti, è sufficiente a garantire la necessaria applicazione della disciplina di diritto uniforme. Inoltre, secondo quanto già previsto nell'originaria redazione del sistema normativo della Convenzione di Bruxelles del 1924, resta salva la facoltà di ogni ordinamento statale di estenderne ulteriormente l'operatività sino a comprendervi anche trasporti esclusivamente nazionali e gli altri tipi di trasporto marittimo di beni esclusi dal suo ambito di applicazione quali, in particolare, i trasporti di animali vivi e di merci caricate sopra coperta.

#### 8. Segue: in particolare, l'autonomia privata

Tale esigenza di valutare anche la sola autonomia privata come sufficiente, al fine della determinazione dell'ambito di applicazione della normativa di diritto uniforme, è stata ulteriormente confermata anche in occasione della Convenzione di Amburgo del 1978. Non si è avuta, infatti, incertezza nel riconoscere, soprattutto all'art. 2, par. 1, lett. e), da un lato, la diretta ed immediata rilevanza del rinvio operato dall'autonomia privata alla disciplina di diritto uniforme e, dall'altro, l'idoneità di tale rinvio a garantire, di per sé, l'operatività della normativa uniforme in presenza di un trasporto oggettivamente internazionale, anche a prescindere da qualsiasi suo collegamento con almeno uno Stato contraente<sup>36</sup>.

Per quanto riguarda gli altri criteri di collegamento che rilevano, in alternativa rispetto al rinvio delle parti alla normativa di diritto uniforme, ai fini di determinare l'ambito di operatività di tale disciplina, la Convenzione di Amburgo sostanzialmente precisa, e porta a compimento, il lavoro di revisione operato in occasione dell'approvazione del Protocollo di Visby. Infatti, non solamente sono confermati tutti i criteri di collegamento già previsti nel Protocollo di Visby secondo una formulazione sostanzialmente identica a quella in tale sede adottata, ma rispetto ad essi se ne opera il completamento da più parti auspicato nel senso di estendere ulteriormente l'ambito di applicazione della normativa di diritto uniforme anche ai trasporti in entrata in uno Stato contraente, come d'altronde già avviene pur nel vigore delle Regole dell'Aja per scelta au-

<sup>36</sup> V., in giurisprudenza, Cass., 28 ottobre 1994, n. 8922, in *Il diritto marittimo*, 1996, p. 353 ss. e Cass. Comm. (F), 5 luglio 1988, in *Le droit maritime français*, 1989, p. 227 ss. a proposito della quale cfr. ACHARD, *Transport en pontée, «Paramount clause» et art. 2 para 1 de la C.M.R. à propos de l'arrêt de cassation «Anna-Oden»*, ivi, 1989, p. 325 ss.

tonomamente operata da parte di alcuni Stati (come ad esempio gli Stati Uniti d'America). Infatti, l'art. 2 delle Regole di Amburgo prevede l'assoggettamento alla disciplina convenzionale di tutti i trasporti marittimi dotati di un elemento di internazionalità obiettiva, con riferimento ai quali sia previsto contrattualmente, in entrata o in uscita, un qualche collegamento con il territorio di uno Stato contraente, oppure sia stata emessa una polizza di carico in uno Stato contraente. Ed altrettanto naturale pare la conferma in tale sede operata dell'irrilevanza dei c.d. criteri di collegamento soggettivi del trasporto marittimo.

D'altronde che quest'ultima soluzione normativa sia considerata, di per sé, la più adeguata ad individuare l'ambito incomprimibile e necessario della disciplina di diritto uniforme, risulta confermato dalla circostanza che, anche in sede di elaborazione da parte dell'UNCITRAL delle c.d. *Rotterdam Rules*, sono stati puntualmente ripresi i risultati innanzi indicati. Non si è, pertanto, avuta alcuna esitazione ad indicare (all'art. 5) che un qualsiasi collegamento oggettivo con uno Stato contraente (rappresentato, alternativamente, dal luogo di presa in carico della merce o dal luogo di sua riconsegna oltreché dal porto di imbarco o di quello di scaricazione) è sufficiente per garantire anche l'applicazione della normativa uniforme ora indicata ai trasporti marittimi internazionali. Tanto che non si è ritenuto di attribuire espressamente rilevanza autonoma al solo rinvio alla normativa uniforme in virtù di specifiche clausole contrattuali, essendo considerato sufficiente, per un ampio esercizio dell'autonomia privata, il rilievo assegnato alle determinazioni convenzionali relative a criteri di collegamento innanzi indicati anche in considerazione della pluralità di tali criteri.

#### 9. I conflitti di normative applicabili e la *lex fori*

Problemi più complessi si pongono, invece, con riferimento all'inevitabile sovrapposizione ed ai conseguenti conflitti che l'impiego alternativo dei criteri di collegamento innanzi indicati è in grado di provocare tra ambiti di applicazione delle varie normative di diritto uniforme descritte nei precedenti paragrafi<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Sui problemi che risultano dalla coesistenza di plurimi regimi di diritto uniforme in materia di trasporto marittimo in vigore nel medesimo ordinamento giuridico v., *ex multis*, BERLINGIERI, *Coexistence entre la Convention de Bruxelles et la Convention de Hambourg*, in *Il diritto marittimo*, 1993, p. 354 ss.; STURLEY, *Uniformity in the Law Governing the Carriage of Goods by Sea*, in *The Journal of Maritime Law and Commerce*,

Anzitutto, nell'ambito dello stesso sistema normativo della Convenzione di Bruxelles del 1924, si pone il problema dei rapporti intercorrenti tra l'originaria disciplina e quella successivamente intervenuta a seguito del Protocollo di Visby, allorché si tratti di determinare la disciplina applicabile ad un trasporto marittimo il cui luogo di emissione delle polizze di carico si trova in uno Stato contraente della sola Convenzione di Bruxelles del 1924, mentre la controversia deve essere risolta nell'ambito dell'ordinamento di uno Stato che ha ratificato il Protocollo di Visby del 1968. In realtà, nel sistema in esame manca una norma *ad hoc* rivolta a stabilire che, quanto meno in questi ultimi Stati, l'operatività delle originarie disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 1924 è limitata o addirittura esclusa dall'entrata in vigore di successivi emendamenti anche con riguardo a rapporti in occasione dei quali la polizza di carico è stata emessa in Stati che tali emendamenti non hanno ratificato.

Ancora più complessi sono i problemi che si pongono con riferimento a trasporti marittimi che per loro caratteristiche presentano criteri di collegamento che giustificano l'applicazione nei loro confronti sia della normativa della Convenzione di Amburgo sia della disciplina del sistema relativo alla Convenzione di Bruxelles. Si pensi, ad esempio, al caso di un trasporto con emissione di polizza di carico in uno Stato contraente del sistema di Bruxelles e con destinazione in uno Stato contraente della Convenzione di Amburgo. In tale situazione, la soluzione più ragionevole è quella per cui ogni ordinamento applica a tali trasporti la normativa uniforme alla quale ha aderito. In entrambi gli ordinamenti, infatti, la normativa uniforme di cui ognuno di essi non è Stato contraente deve essere valutata nel loro ambito alla stregua di una fonte normativa estranea rispetto alla quale prevale necessariamente la disciplina di diritto uniforme vigente nella *lex fori*, a prescindere dai collegamenti internazionali del rapporto con l'ordinamento in cui opera tale fonte normativa estranea. Pertanto, il giudice è tenuto ad applicare la Convenzione internazionale di diritto uniforme in vigore nel suo Paese.

Per converso, nella stessa prospettiva ora indicata, le Regole di Amburgo risultano sicuramente applicabili anche in quegli ordinamenti che non le hanno ratificate allorché (a) non ricorra alcuno dei criteri che giustificano l'applicazione della normativa della Convenzione di Bruxelles ed al tempo stesso (b) le Regole di Amburgo risultino applicabili sulla scorta dei criteri da esse previsti e siano parte dell'ordinamento giuridico in-

dicato come applicabile al trasporto marittimo in virtù delle norme di diritto internazionale privato della *lex fori*.

Maggiori incertezze, invece, si pongono al riguardo allorché le Regole di Amburgo – in prospettiva le Regole di Rotterdam – sono in vigore nell'ordinamento giuridico dello Stato di imbarco o di destinazione del trasporto marittimo mentre non sono adottate né dalla *lex fori* né dalla legge da tale ordinamento considerato applicabile al rapporto. In tal caso, secondo l'originaria formulazione della Convenzione di Roma del 1980, la loro applicazione poteva essere sicuramente giustificata quanto meno con specifico riferimento a quelle disposizioni della Convenzione di Amburgo dotate del particolare carattere di imperatività di cui all'art. 7, par. 1 di tale Convenzione. Esse, infatti, in quanto vigenti nell'ordinamento dello Stato di partenza o di destinazione del trasporto, sicuramente presentano uno stretto legame con il rapporto e hanno caratteristiche da risultare applicabili quale che sia la sua legge regolatrice. Peraltro, come è noto, la portata di tale disposizione è stata ridimensionata in virtù della nuova formulazione che di essa ha accolto l'art. 9 del regolamento c.d. Roma I, in virtù del quale la disciplina (anche di diritto uniforme) vigente negli ordinamenti ora indicati potrà essere applicata nella misura in cui «renda illegale l'adempimento del contratto» secondo le regole pattuite tra le parti e/o secondo la legge ad essa applicabile. La soluzione, peraltro, a mio avviso non muta poiché, a sensi della Convenzione di Amburgo – e parimenti, in prospettiva, nelle *Rotterdam Rules* – la disciplina che risulti a qualsiasi titolo applicabile in senso riduttivo della sua portata normativa a favore dei soggetti interessati alle merci deve considerarsi «illegale».

#### *10. La funzione integrativa e residuale della legge regolatrice del trasporto marittimo*

In ogni caso, allorché risulta applicabile la normativa di diritto uniforme ai contratti di trasporto marittimo, proprio perché non è esaustiva di tutti gli aspetti ad essi relativi, la loro disciplina deve essere completata ed integrata in virtù della legge statale da individuarsi sulla scorta dell'impiego dei criteri di collegamento di cui ai precedenti paragrafi.

È comunque normale che il documento contrattuale relativo a tali rapporti, e cioè la polizza di carico, contenga una clausola espressa relativa alla scelta della legge applicabile e della giurisdizione designata per la risoluzione delle relative controversie. A volte, peraltro, tale scelta non è operata direttamente nella polizza di carico, bensì attraverso il rinvio

alla corrispondente clausola del contratto di *charter-party* nell'esecuzione del quale la nave è impiegata nel traffico marittimo di linea con emissione di polizze di carico. Si tratta, allora, di valutare in presenza di quali circostanze tale rinvio è in grado di produrre i suoi effetti.

Anzitutto, bisogna verificare se tale rinvio sia formulato ed adottato in modo da consentire di riscontrare la presenza di un effettivo consenso sulla scelta della legge applicabile secondo la clausola prevista nel contratto di *charter-party* da parte dei caricatori e degli eventuali giratari della polizza di carico. Infatti, come è noto, tale documento è per sua natura un atto unilaterale che non contempla la sottoscrizione (o altra manifestazione di volontà) da parte del caricatore.

In particolare, con riferimento agli effetti del rinvio operato dalla polizza di carico al *charter-party* ai fini della scelta della legge applicabile al trasporto marittimo di linea, la tendenza è nel senso che, nei casi in cui la polizza di carico specificamente indica che il rinvio opera nei confronti della clausola sulla legge applicabile al *charter-party*, non vi sono dubbi sull'adeguatezza della portata e degli effetti di tale rinvio ai fini di determinare la legge applicabile. Ma non soltanto. Si è anche osservato che, in presenza di un espresso rinvio alla clausola sui conflitti di legge del *charter-party*, esso opera con gli stessi effetti ora indicati pur nel caso in cui quest'ultima clausola sia formulata in modo da voler limitare i suoi effetti al contratto di *charter-party*. Infatti, in tal caso, «the English court will probably be prepared to manipulate the wording in the charter-party to apply to the bill of lading»<sup>38</sup>. Parimenti, in altri casi, in virtù della teoria della c.d. «infection», è stata considerata sufficiente, al fine di produrre gli effetti ora indicati, la presenza in polizza di carico di un rinvio alla clausola arbitrale del *charter-party* con previsione di sede a Londra per consentire di ritenere che la legge inglese fosse scelta anche dalle parti del contratto di trasporto documentato dalla polizza di carico<sup>39</sup>. Anzi, a volte, è stato addirittura ritenuto a tal fine adeguato anche il generico rinvio contenuto nella polizza di carico a «all the terms, conditions and exceptions of the charter-party».

Più incerte sono le indicazioni sulla scelta della legge applicabile al trasporto marittimo di cose allorché la clausola adottata si riferisce «alla

<sup>38</sup> Cfr. GASKELL, ASARIOTIS, BAATZ, *Bills of Lading: Law and Contracts*, London, 2000, spec. p. 561.

<sup>39</sup> Cfr. la decisione relativa al caso *The «Njegos»*, in *Lloyd's Law Reports*, 53, 1936, p. 286. Più in generale, sulla dottrina della «infection», v. *Wahda Bank v. Arab Bank*, in *Lloyd's Law Reports*, 1, 1996, p. 470, spec. p. 472.

legge della sede [o della nazionalità] del vettore»<sup>40</sup> a causa delle note difficoltà che spesso si verificano nella stessa individuazione del vettore. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui in uno specifico traffico di linea la relativa gestione ed esecuzione è effettuata da più compagnie marittime con modalità ed in circostanze che rendono difficile l'identificazione del vettore che ha effettivamente assunto lo specifico trasporto marittimo. Tanto più che, a causa dell'esigenza di fornire un'adeguata protezione agli affidamenti che i terzi titolari della polizza di carico assegnano ai suoi contenuti, si è estesa la nozione di vettore a soggetti che possono anche non aver effettivamente voluto assumere l'obbligazione di trasportare la merce e, pertanto, più soggetti possono a vario titolo essere considerati tali relativamente allo stesso trasporto marittimo.

<sup>40</sup> V., per esempio, la clausola 24 del *P. & O. Containers Bill* o la clausola 26 del *Cunard Ellerman Mediterranean Container Bill* dove si precisa che «*law and jurisdiction*» devono essere stabilite «*by the courts of the Country where the Carrier, or the defendant if not the carrier, has his principal place of business according to the laws of that country*». Per altri esempi v. GASKELL, ASARIOTIS, BAATZ, *Bills of Lading*, cit., p. 559 ss.



# **LO SMUGGLING NEL MEDITERRANEO TRA STRUMENTI INTERNAZIONALI ED EUROPEI DI PREVENZIONE E DI CONTRASTO**

Mario CARTA\*

SOMMARIO: 1. Le varie componenti dell'approccio globale al fenomeno migratorio via mare. – 2. Brevi cenni sul dispositivo di contrasto disegnato nel Protocollo contro il traffico di migranti allegato alla Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale. – 3. Diritto di visita e «misure appropriate» sulla nave dedita allo *smuggling* secondo il diritto internazionale ed interno. – 4. L'ambito di applicazione del diritto penale quale misura di contrasto secondo la normativa internazionale. – 5. Considerazioni conclusive.

## *1. Le varie componenti dell'approccio globale al fenomeno migratorio via mare*

Il ruolo svolto dalle misure di contrasto al traffico di migranti via mare nel controllo e nella gestione dei flussi migratori, per essere correttamente inquadrato e consentire così di delinearne i relativi limiti, richiede una brevissima ma necessaria premessa: qualsiasi loro esame impone di considerare tali azioni quale una delle componenti di quell'approccio integrato o globale o coordinato di governo del fenomeno migratorio che, tra gli altri strumenti fondamentali, annovera le attività di prevenzione, la conclusione di accordi di cooperazione, anche a carattere economico, con i Paesi vicini di provenienza o di transito, l'assistenza alle vittime, la tutela dei diritti fondamentali, solo per citarne alcune; la stretta relazione ed interazione esistente tra tali elementi, che rende il feno-

\* Professore aggregato di diritto dell'Unione europea, Università di Roma UniTelma-Sapienza.

meno migratorio un fenomeno «complesso», è d'altronde un fattore ricorrente negli atti e nelle convenzioni internazionali in materia<sup>1</sup>. Il dato forse più significativo a tal riguardo è fornito da quelle disposizioni che, pur preordinate ad affrontare gli aspetti specificamente «repressivi» o di contrasto del fenomeno, e quindi di azioni che hanno un impatto nel breve termine<sup>2</sup>, non tralasciano per questo di dedicare un'attenzione più ampia al fenomeno considerato nella sua globalità ed in una prospettiva di medio/lungo termine. È il caso, ad esempio, del Protocollo contro il traffico di migranti allegato alla Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale<sup>3</sup> dove nel Pream-

<sup>1</sup> Tale impostazione appare in maniera particolarmente evidente nel contesto dell'Unione europea dove l'approccio globale all'immigrazione è stato definito nel Programma dell'Aja (in *G.U.U.E.* 3 marzo 2005 *C* 53) e nel relativo Piano di azione del Consiglio e della Commissione (10 giugno 2005) che delineano gli obiettivi principali della politica di immigrazione ed asilo per gli anni dal 2004-2009. Lo sviluppo dei punti individuati con l'Aja è ora garantita dal Programma di Stoccolma per gli anni 2010-2014 (Consiglio europeo, 11 dicembre 2009 Bruxelles, DOC/09/6) ove la dimensione esterna della politica migratoria dell'UE è assicurata, tra l'altro, dal dialogo e dal partenariato con i Paesi terzi, sulla base di interessi comuni.

<sup>2</sup> Sull'argomento vedi: SCOVAZZI, *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Dir., imm.*, 2003, p. 48 ss.; RONZITTI, *Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea*, in *Liber Amicorum Judge Siregu Oda* (a cura di Ando), The Hague, 2002, p. 1271 ss.; PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti clandestini dal punto di vista del diritto internazionale*, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali* (a cura di Benvenuti), L'Aquila, 2008, pp. 75-99; SICO, *Contrasto internazionale all'immigrazione clandestina*, in *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (a cura di Leanza), Napoli, 2005, p. 133 ss.; SALAMONE, *La disciplina giuridica transnazionale dell'immigrazione clandestina via mare*, in *Il Diritto marittimo*, 2007, p. 70 ss.; Infine sia consentito il richiamo a CARTA, *Misure di contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Il contrasto a traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno* (a cura di Palmisano), Milano, 2008, p. 81 ss.

<sup>3</sup> *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*: la Convenzione ed i Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale adottati dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001 sono stati ratificati dall'Italia, che vi ha altresì dato esecuzione, con legge 16 marzo 2006 n. 146 (pubblicata in *G.U.* 11 aprile 2006 n. 85, Suppl. ord. n. 91). In particolare il Protocollo, aperto alla firma a Palermo dal 12 al 15 dicembre 2000 e poi nella sede ONU di New York fino al 12 dicembre 2002, in applicazione dell'art. 22 è entrato in vigore il 28 gennaio 2004; al dicembre del 2009 vincola 122 Stati. Esso è stato approvato anche dall'UE con la decisione 2006/617/CE del 24 luglio 2006, nella quale è precisato che, nel contesto del diritto dell'UE, esso si applica nella misura in cui le sue disposizioni rientrano nell'ambito di applicazione della Parte III, titolo IV, del TCE. Sul Protocollo vedi DELICATO, *Il Protocollo sul traffico dei migranti*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo* (a cura di Rosi), Milano, 2007, p. 402, e SICO, *Misure di contrasto all'immigrazione clandestina via mare*, in *Immigrazione, frontiere esterne, diritti umani* (a cura di Carta), Roma 2009.

bolo si afferma che un'«efficace azione di prevenzione richiede un approccio internazionale globale che include la cooperazione, lo scambio di informazioni ed altre misure adeguate, comprese misure di carattere socio-economico al fine di affrontare le cause che ne sono alla base, specialmente quelle connesse alla povertà ed a massimizzare i vantaggi della migrazione internazionale per gli interessati». Un approccio assai simile è presente persino negli strumenti operativi di diritto interno espressamente ed esclusivamente dedicati al contrasto all'immigrazione clandestina: il decreto interministeriale del 14 luglio 2003<sup>4</sup> con il quale sono dettate le direttive e le linee d'azione per il controllo della frontiera marittima individua, quale prima delle tre fasi nelle quali articolare tale intervento, l'attività di prevenzione nei «Paesi di origine dei flussi o interessati al transito, tramite attività di carattere prevalentemente diplomatico con l'obiettivo di prevenire il fenomeno alla 'fonte'»<sup>5</sup>. Solo successivamente vengono disciplinate e prese in considerazione le modalità di intervento nelle acque internazionali ed interne ed i relativi poteri esercitabili in concreto dalle forze militari e di polizia abilitate a svolgere l'azione tipica di interdizione.

Non può tuttavia ignorarsi come le specificità legate al traffico di migranti diretti verso l'Italia ed i Paesi dell'Unione Europea che si realizza nel Mar Mediterraneo<sup>6</sup>, quale ulteriore componente essenziale di tale approccio integrato, contempla il rispetto degli obblighi internazionali di tutela e salvaguardia della vita umana in mare, che rappresentano un limite a tutte le azioni di contrasto, e di sicurezza della navigazione. Gli obblighi di prestare assistenza ad ogni persona in pericolo in mare senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali la persona viene trovata, vigenti nei confronti di tutti gli Stati a prescindere dalla condizione giuridica del tratto di mare dove si realizza l'intervento e quindi, possiamo dire, con una connotazione tale da attraversare le zone marittime in maniera trasversale, a differenza dei poteri coercitivi, sono declinati in maniera completa e detta

<sup>4</sup> Il decreto, pubblicato sulla *G.U.* 22 settembre 2003 n. 220, è stato specificato da due protocolli tecnici del 6 luglio 2004 e del 14 settembre 2005.

<sup>5</sup> Art. 2, par. 1, lett. a).

<sup>6</sup> Per le problematiche relative alle azioni di contrasto nel contesto del diritto dell'UE vedi PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Le migrazioni*, cit. p. 345 ss.; PASQUETTI, *L'azione dell'UE nel campo dell'immigrazione legale: principi e obiettivi*, ivi, p. 309 ss.; TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: Frontex e diritto internazionale in Dir. un. eur.*, 2008, pp. 367-388.

gliata nella convenzione SOLAS<sup>7</sup>, SAR<sup>8</sup> e Montego Bay<sup>9</sup> e poi adattati dal Protocollo alla Convenzione di Palermo alle specifiche esigenze di tutela del migrante. In quest'ultimo strumento troviamo alcune vere e proprie clausole di salvaguardia<sup>10</sup> a carattere generale, richiamanti il rispetto dei diritti fondamentali, della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, ed il principio di non discriminazione dei migranti, accanto ad altre disposizioni che invece rappresentano un limite specifico all'azione coercitiva sulle navi e comprendono l'obbligo di assicurare l'incolumità ed il trattamento umano delle persone a bordo nonché il dovere di tener in debito conto della necessità di non mettere in pericolo la sicurezza della nave o del suo carico.

Non dovrebbe essere sottovalutata l'influenza che l'insieme di tali norme svolge e potrebbe svolgere in relazione al fenomeno dell'immigrazione clandestina via mare. Innanzitutto perché una volta dichiarato l'evento SAR, ipotesi questa assai frequente, tutta l'azione ad esso correlata, fino alla dichiarazione di conclusione dell'evento, non deve essere considerata nel contesto dell'immigrazione clandestina bensì come soccorso con importanti riflessi sugli obblighi che gravano sulle autorità interne chiamate ad intervenire, sulle rispettive competenze nonché sulla disciplina applicabile alle operazioni in corso; in secondo luogo in quanto gli obblighi di salvaguardia della vita umana in mare presuppongono il rispetto, da parte dello Stato di bandiera della nave, di quelle prescrizioni necessarie ad assicurare che la stessa sia in condizioni di navigabilità tali da non costituire un pericolo per sé stessa o per altre navi<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> *Convention for the Safety of Life at Sea*, Londra, 1° novembre 1974, entrata in vigore il 25 maggio 1980.

<sup>8</sup> *The International Convention on Maritime Search and Rescue* conclusa ad Amburgo il 27 aprile 1979 ed emendata nel 2004. Con legge n. 147 del 1989 l'Italia ha ratificato la Convenzione e con D.P.R. n. 662 del 1994 ha dato ad essa attuazione, individuando nel Ministero dei Trasporti e della Navigazione – ora Infrastrutture – l'Autorità nazionale responsabile e nel Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto, l'organismo nazionale che deve assicurare il coordinamento dei servizi di soccorso marittimo ed i contatti con gli altri Stati. Sul punto vedi SCOVAZZI, *La tutela della vita in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 106 ss.

<sup>9</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea*, (UNCLOS), Montego Bay, 10 dicembre 1982, entrata in vigore il 16 novembre 1994.

<sup>10</sup> Art. 9 del Protocollo.

<sup>11</sup> La Convenzione di Montego Bay, art. 92 ss., infatti pone obblighi dettagliati per lo Stato, alla giurisdizione del quale è sottoposta la nave, in tema di sicurezza sulla navigazione obbligando, tra l'altro, lo Stato di bandiera ad adottare tutte le misure necessarie a salvaguardare la sicurezza in mare per quanto attiene la costruzione, le attrezzature e la navigabilità della nave, la composizione, le condizioni di lavoro e addestramento degli equipaggi, il buon funzionamento delle comunicazioni, tutti elementi che dovrebbero

Come è stato giustamente rilevato per impedire la consumazione delle condotte connesse al traffico di migranti potrebbe essere utile ricorrere all'adozione, a titolo di contromisure (nei confronti dello Stato che persista nella violazioni di tali obblighi) del fermo, dell'ispezione, e del sequestro della nave battente la bandiera dello Stato responsabile del loro mancato controllo e in grado, per tali mancanze, di costituire un effettivo pericolo per la sicurezza della navigazione e della vita umana in mare<sup>12</sup>.

## *2. Brevi cenni sul dispositivo di contrasto disegnato nel Protocollo contro il traffico di migranti allegato alla Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*

Il sistema delle misure di contrasto al traffico di migranti disegnato nel Protocollo allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, ratificato dall'Italia solo nel 2006 e vincolante quasi tutti i paesi del Mediterraneo ad eccezione del Marocco, della Grecia e di Israele, dedica un'intera sezione alle modalità secondo le quali deve svilupparsi la cooperazione internazionale (artt. da 7 a 9) per il contrasto via mare. Dopo aver stabilito un consueto obbligo di cooperazione e di assistenza nella maniera più ampia tra gli Stati<sup>13</sup>, viene facilitata la possibilità di intervenire sulla nave coinvolta in tali traffici subordinando non più ai fondati sospetti, come nell'UNCLOS, ma al più flessibile criterio dei «ragionevoli motivi di sospetto» (*reasonable grounds for suspecting*) che una nave sia coinvolta in tali traffici, l'adozione delle misure necessarie.

È chiaro, peraltro, che il limite insito in ogni singola misura di contrasto in concreto esperibile, così come la sua natura, varia in funzione dei rapporti che intercorrono tra lo Stato che interviene e la posizione giuridica della nave. Così il criterio alla base di ogni intervento su di una

essere verificati in seguito ad ispezioni periodiche; viene altresì previsto l'obbligo di affidare la nave ad un comandante ed a ufficiali che posseggano le necessarie qualifiche e che siano a conoscenza e rispettino le norme internazionali applicabili relative alla salvaguardia della vita umana in mare.

<sup>12</sup> Per un'interpretazione «estensiva» delle conseguenze che scaturiscono dalla violazione di tali obblighi secondo il diritto internazionale, sino a ricomprendere l'adozione delle misure citate vedi SCOVAZZI, *La lotta all'immigrazione clandestina*, cit. pp. 55-56. Nello stesso senso vedi PALMISANO, *Smuggling via mare e responsabilità internazionale degli Stati*, in *Le migrazioni*, cit., p. 218 ss.: secondo l'autore gli obblighi per lo Stato di bandiera di adottare tutte le misure necessarie a salvaguardare la sicurezza in mare «garantirebbe infatti un livello adeguato nel controllo e nella prevenzione del fenomeno dell'immigrazione clandestina via mare», p. 224.

<sup>13</sup> Art. 7.

nave straniera sospettata di essere coinvolta nel traffico di migranti è basato sul consenso dello Stato di bandiera, che dovrà eventualmente autorizzare il fermo e l'ispezione della nave e l'adozione delle misure opportune in relazione alla nave stessa, alle persone ed al carico a bordo<sup>14</sup>.

Riguardo invece alle imbarcazioni prive di nazionalità in alto mare e dedite al traffico di migranti, ipotesi che nello *smuggling* è assai frequente in quanto i natanti utilizzati nel Mediterraneo spesso sono privi di qualsiasi segno di riconoscimento, del nome, della documentazione richiesta, il Protocollo prevede che lo Stato «sospettante» possa fermare e ispezionare la nave. Solo se il sospetto è confermato da prove, lo stesso Stato può prendere le misure appropriate, conformemente al relativo diritto interno ed internazionale<sup>15</sup>.

In buona sostanza il regime disegnato per questi aspetti appare conforme a quanto prevede la Convenzione di Montego Bay rappresentando, volendo utilizzare le parole del Prof. Sico che proprio su questi temi fornì uno degli ultimi contributi scientifici, una forma di sviluppo o meglio una sorta di opportuna specificazione delle regole di Ginevra e Montego Bay in rapporto alle circostanze particolari che formano oggetto della loro disciplina<sup>16</sup>.

### 3. Diritto di visita e «misure appropriate» sulla nave dedita allo smuggling secondo il diritto internazionale ed interno

Le regole che presiedono all'esercizio del diritto di visita, e delle attività ad esso conseguenti, sulla nave senza nazionalità e dedita al traffico di migranti, al di là dei profili che sollevano in merito al rispetto dei principi della Convenzione di Ginevra sui rifugiati e dell'attività svolta in evento SAR che esulano dall'esame del presente contributo, non possono tuttavia considerarsi del tutto soddisfacenti. Il punto, in relazione al quale ci si sarebbe potuto attendere un contributo maggiore, sembra essere quello della reale estensione del potere di ingerenza riconosciuto allo Stato che interviene nel caso in cui, a seguito dell'esercizio del potere di visita, i sospetti sul coinvolgimento nel traffico di migranti si rivelino

<sup>14</sup> Solo in caso di necessità per allontanare un pericolo imminente per la vita delle persone di una nave straniera, è giustificata una deroga a tale principio potendosi intervenire anche senza il consenso dello Stato di bandiera.

<sup>15</sup> Art. 8, par. 7.

<sup>16</sup> SICO, *Contrasto internazionale all'immigrazione clandestina*, cit., p. 141. Con una valutazione più positiva del dispositivo predisposto dal Protocollo nel suo complesso, ID. *Misure di contrasto all'immigrazione clandestina via mare*, cit., p. 147 ss.

fondati; in particolare se, in questi casi, possa essere ammessa la cattura ed il dirottamento della nave dedita a tali traffici. La questione assume rilievo non secondario in relazione all'ambito di applicazione degli obblighi in materia di protezione dei diritti umani, in particolare di quelli previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che interessano più da vicino il contesto geografico del quale ci stiamo occupando, dei quali sono destinatari gli Stati che esercitano i sopra menzionati poteri coercitivi. Non vi è dubbio infatti che nel caso di cattura e dirottamento della nave senza nazionalità dedita allo *smuggling* da parte di una nave militare, o di Stato, sussista la giurisdizione dello Stato che interviene pur trattandosi di operazione svolta in alto mare. È infatti evidente che il controllo effettivo così esercitato sulla nave dedita allo *smuggling* vale a costituire quel legame giuridico idoneo ad integrare la nozione di giurisdizione, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea. E dunque, una volta ammessa l'applicabilità della Convenzione, è alla luce dei diritti in essa enunciati che potrebbe essere contestata la legittimità del potere di ingerenza in concreto esercitato dallo Stato che interviene. Nel caso di cattura e dirottamento illegittimi, ad esempio, ben si potrebbe ipotizzare la violazione del diritto alla libertà e sicurezza, di cui all'art. 5 CEDU, dei trasportati. Pertanto assume rilievo centrale la individuazione dei limiti entro i quali devono contenersi tali poteri. Dinanzi a tale esigenza l'unico criterio previsto dal Protocollo nel determinare la natura delle «misure appropriate», che lo Stato avente le prove del coinvolgimento della nave senza nazionalità nel traffico di migranti, dopo averla fermata ed ispezionata potrebbe adottare, è il richiamo al diritto interno ed internazionale. Il rinvio al diritto internazionale da un punto di vista sistematico non può che essere apprezzato, se non altro perché nessun regime legale «speciale» è da esso isolato e pertanto non lo sono né il diritto del mare né i diritti umani, ma occorre verificare quale sia nel caso specifico il suo contributo alla definizione di tali strumenti. Quale considerazione preliminare pare difficile confutare l'assenza di una norma a carattere consuetudinario che definisca lo *smuggling* un crimine internazionale, dato questo che priva lo Stato che interviene degli strumenti coercitivi ad esso invece in tali casi riconosciuti. Inoltre secondo l'UNCLOS, che vincola la gran parte degli Stati che si affacciano sul Mediterraneo con alcune rilevanti assenze che riguardano la Libia, la Turchia ed Israele, il principio del divieto generale di visita in alto mare da parte di una nave da guerra su di una nave straniera sancito dall'art. 110 non conosce, tra le sue eccezioni, il traffico di migranti. Deroga invece riconosciuta, tra le altre, per la nave «semplicemente» priva di nazionalità a conferma della scarsa gravità che assumono, anche sul piano pattizio, le violazioni legate allo *smuggling*.

Il riferimento potrebbe allora essere inteso ad alcuni istituti classici del diritto internazionale del mare in grado, tramite una loro applicazione, di giustificare una qualche forma di ingerenza nei confronti delle navi in alto mare anche quando dedite al traffico di migranti. Potrebbe essere questo il caso del diritto di inseguimento e della presenza costruttiva, disciplinati dall'art. 111 della Convenzione di Montego Bay. Per la verità, volendo rimanere all'esperienza italiana se in relazione ad altre tipologie di illeciti commessi via mare, ad esempio il contrabbando, l'applicazione di tali istituti ha trovato una precisa conferma da parte degli organi giurisdizionali nazionali<sup>17</sup>, più problematica appare la loro applicazione alla fattispecie in esame. In effetti nelle non frequenti pronunce sul punto le giurisdizioni nazionali, come ad esempio nel caso del *Cemil Pamuk*<sup>18</sup>, hanno preferito procedere ad una applicazione, diciamo «estensiva», della normativa interna relativa al favoreggiamento all'immigrazione clandestina per giustificare un potere di ingerenza implicante la visita, il fermo e la cattura dell'imbarcazione in acque internazionali, che difficilmente si sarebbe potuto giustificare in ragione della sola mancanza di nazionalità della nave pur sospettata di essere dedita al traffico di migranti, piuttosto che avvalersi dell'art. 111 della convenzione di Montego Bay e quindi del diritto di inseguimento e della presenza costruttiva. A tale prudenza contribuisce indubbiamente anche la «flessibilità» dei contorni che tali nozioni ed il loro campo di applicazione hanno nel diritto internazionale, sol che si consideri, ad esempio, come la presenza costruttiva, che consentirebbe di intervenire sulla nave madre in acque internazionali in presenza di un legame o contatto con lo Stato costiero, da una parte autorevole della dottrina è ritenuta una pura finzione<sup>19</sup>. Al di fuori di tale casistica nel caso di nave straniera, anche in alto mare, la definizione delle misure appropriate dipende ovviamente dalla decisione dello Stato di bandiera della nave: è dunque da escludere l'esistenza di una regola in forza della quale, una volta «visitata» la nave straniera in alto mare, ed emerso il suo coinvolgimento nel traffico di migranti, si possa intervenire per sequestrarla, dirottarla e condurla in un porto nazionale a prescindere dal consenso dello Stato di bandiera della

<sup>17</sup> Vedi il caso della motonave *Sea Wave* prima pronuncia in Italia, Tribunale di Locris con sentenza del 14 agosto 1996, nella quale si è fatto ricorso ad entrambi gli istituti, diritto di inseguimento e presenza costruttiva per legittimare l'inseguimento, l'abbordaggio, il fermo e la cattura della nave madre rifornitrice stazionante in acque internazionali.

<sup>18</sup> Tribunale di Crotone, sent. del 27 settembre 2002, Per un commento alla sentenza SCHIANO DI PEPE, *Diritto internazionale e traffico di migranti per mare: alcune brevi note*, in *Il diritto marittimo*, 2003, p. 906 ss.

<sup>19</sup> Vedi CONFORTI, *Diritto internazionale*<sup>7</sup>, p. 259, Napoli, 2006.

nave<sup>20</sup>. Ma nel caso di nave senza nazionalità il problema rimane aperto poiché l'art. 110 che disciplina il diritto di visita fa riferimento, in questi casi, solo ad attività che si debbono svolgere sulla nave sospettata in aderenza, peraltro, alla natura dell'istituto che contempla solo poteri di verifica e di accertamento. Prendendo spunto proprio dalla sentenza del Tribunale di Crotone nel caso *Cemil Pamuk* appare emblematico che i giudici, pur correttamente invocando l'applicazione nella fattispecie del diritto di visita, per giustificare invece la cattura ed il dirottamento oltre a non richiamare la disciplina del diritto di inseguimento abbiano evitato di dare una lettura estensiva ai poteri di polizia marittima conseguenti alla visita tale da ricomprendere anche la cattura dell'imbarcazione, probabilmente in quanto tale interpretazione non veniva ritenuta conforme al diritto internazionale<sup>21</sup>, preferendo il rinvio a tal fine, come già detto, alla disciplina puramente nazionale.

Vi è chi sostiene che se, a seguito della visita, i sospetti si rivelino fondati, la nave priva di nazionalità in alto mare può essere condotta, per gli ulteriori accertamenti o opportuni provvedimenti, in un porto nazionale o in un porto estero ove risieda un'autorità consolare e che pertanto in questo caso il provvedimento sarebbe giustificato, oltre che dalla

<sup>20</sup> Di ordine chiaramente diverso rispetto a quelle esaminate nel presente contributo sono le problematiche sollevate nel caso di intervento finalizzato al respingimento: in tale ipotesi è l'ambito di applicabilità dell'obbligo di *non refoulement*, di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra qualora a bordo della nave vi siano rifugiati e richiedenti asilo, ad essere elemento assai controverso sia in dottrina che nella prassi (ad esempio vedi sul punto NASCIBENE, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra l'Italia e Unione europea*, IAI, in [www.affarinternazionali.it](http://www.affarinternazionali.it)). Maggiore uniformità di orientamenti si registra invece in merito all'obbligo più generale che grava sugli Stati nei confronti di ogni migrante, in virtù degli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo, secondo il quale nessun individuo può essere espulso o respinto verso un luogo in cui rischia di subire torture o trattamenti inumani e degradanti, in particolare art. 3 Convenzione europea diritti dell'uomo; cfr. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo* (in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 800-807), per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo circa la giurisdizione dello Stato, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione europea, sulla nave in alto mare con «semplici» migranti clandestini a bordo. I giudici di Strasburgo, il 18 novembre del 2009, hanno deciso di trasmettere al governo italiano il ricorso n. 27765/09 presentato in favore di 24 somali ed eritrei, intercettati in mare aperto il 6 maggio 2009 e respinti verso la Libia, per la presunta violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>21</sup> È appena il caso di ricordare che la disciplina della Convenzione di Montego Bay sul diritto di visita non è unanimemente ritenuta aderente al diritto internazionale consuetudinario. In particolare, per le ipotesi della tratta degli schiavi e delle emissioni non autorizzate, il diritto di visita stabilito dalla Convenzione in quanto non conforme al diritto internazionale consuetudinario, secondo autorevole dottrina, rende la visita illegittima «se lo Stato la cui nave vi procede e lo Stato della bandiera non sono Parti contraenti della Convenzione», CONFORTI, *ivi*, p. 258.

manca di giurisdizione di altri Stati, in ragione dell'interesse dello Stato che interviene a prevenire o reprimere la violazione di proprie leggi e, qualora sussista, un interesse ad adottare eventuali provvedimenti giuridici.

Nel caso di traffico di migranti, tuttavia, occorre considerare che non è facile configurare ipotesi penalmente perseguibili per condotte consumate in alto mare tali da giustificare provvedimenti repressivi così estesi. A meno che non si voglia riconoscere anche per il traffico di migranti l'esistenza di un limite a carattere funzionale, e non spaziale, al potere di intervento dello Stato costiero che potrebbe così prevenire e reprimere quelle condotte che si realizzano anche al di là delle 24 miglia, qualora sussista un qualche contatto tra la nave e la costa, in analogia a quanto si sostiene in buona sostanza per la vigilanza doganale nel caso di contrabbando. Tuttavia una prassi in tal senso per il traffico di migranti in alto mare è ancora tutta da dimostrare ed in ogni caso non dovrebbe essere ignorato quel bilanciamento tra attività permesse e attività vietate allo stato costiero che varia, a vantaggio naturalmente di queste ultime, man mano che ci si allontana dalla costa. E quindi, anche alla luce di tale criterio, pare difficile permettere una capacità di intervento così ampia in alto mare quando per casi di navi o imbarcazioni dedite al trasporto di migranti clandestini in semplice transito in acque addirittura territoriali di uno Stato e dirette però verso un altro Stato, al di fuori naturalmente di vere e proprie ipotesi di pericolo alla vita umana, non vi sono dati significativi che inducano a ritenere che lo Stato costiero possa o debba intervenire con azioni ad hoc. A differenza di quanto accade naturalmente per la nave impegnata nel mare territoriale in attività di carico e scarico di persone in violazione di leggi o regolamenti in materia di immigrazione vigenti nello Stato costiero<sup>22</sup> che, secondo l'UNCLOS, integrano, per definizione, una delle ipotesi di passaggio non inoffensivo e dunque giustificano il potere di ingerenza dello Stato costiero<sup>23</sup>.

Inoltre la disciplina contenuta nel Protocollo pare essere il frutto di

<sup>22</sup> In questo caso, per il mare territoriale, non è contestato il diritto dello Stato costiero di esercitare la propria giurisdizione poiché trattasi di passaggio «non inoffensivo», in quanto come è noto, il traffico di migranti è ritenuto, almeno per gli Stati parti della UNCLOS, una pratica di per sé incompatibile con i requisiti che legittimano il passaggio inoffensivo il quale non deve arrecare, per definizione, pregiudizio alla pace al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero (art. 19, par. 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay).

<sup>23</sup> A conferma di ciò sembra deporre anche la circostanza che, quando un potere di cattura e dirottamento in alto mare è stato ammesso, a fondamento dello stesso è stato posto un accordo esistente tra gli Stati interessati, come ad esempio il trattato tra Italia e Spagna per la repressione del traffico illecito di droga in mare del 23 marzo 1990.

una scelta consapevole maturata in sede di sua negoziazione in quanto il progetto iniziale contemplava, a favore degli Stati contraenti, la possibilità di dirottare le navi dedite al traffico illegale di migranti, quale misure repressiva, verso il porto di partenza o verso quello di uno Stato contraente, essendo poi questa opzione stata abbandonata per dar vita ad una stesura finale del testo che prevede un orientamento, come si è visto, ben diverso.

Infine anche il riferimento alle norme di comportamento interne, che dovrebbe contribuire a delineare i limiti delle misure appropriate, contenute nel D.M. del 14 luglio 2003, per le ipotesi prese in considerazione pare escludere un potere di ingerenza comprensivo della cattura e del dirottamento nei confronti di navi prive di nazionalità e dedite al traffico di migranti in acque internazionali. Se infatti l'esercizio del potere di visita in acque internazionali su navi battenti bandiera straniera, (secondo l'art. 7 al punto 3) sarà richiesto formalmente dal Ministro dell'Interno una volta acquisito, tramite il Ministero degli affari esteri, l'autorizzazione del Paese di bandiera, analoga richiesta formale dal Ministro dell'Interno sarà necessaria per procedere all'esercizio del diritto di visita da effettuarsi su natanti privi di bandiera e dei quali non si conosce il porto di partenza.

Non solo dunque non viene contemplata la possibilità di dirottare la nave priva di bandiera e dedita all'immigrazione clandestina, ma la stessa disciplina dell'esercizio del diritto di visita, preliminare all'adozione di qualsiasi altra misura, appare più restrittiva di quella vigente a livello internazionale, ove non occorrono autorizzazioni di alcun genere per procedervi<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> L'attività di prevenzione e contrasto, secondo il decreto, si sviluppa nelle acque internazionali tramite il dispositivo aeronavale della Marina militare, della Guardia di finanza, del Corpo delle capitanerie di porto e delle altre unità navali o aeree in servizio di polizia. L'intervento si estrinseca nell'esercizio dei poteri di polizia dell'alto mare diretti al monitoraggio, alla sorveglianza, all'individuazione, al controllo degli obiettivi navali in navigazione ed all'accertamento dei flussi migratori clandestini. Nelle acque territoriali, tramite le unità ed i mezzi navali in servizio di polizia, con il concorso, ove necessario, delle navi della Marina militare ai sensi dell'art. 12, comma 9-ter, del testo unico. L'intervento è finalizzato all'attività istituzionale delle Forze di polizia diretta alla repressione dei reati ed alla scoperta delle connessioni con le organizzazioni transnazionali che gestiscono l'illecito traffico, al fine di sequestrare e confiscare i patrimoni d'illecita provenienza.

#### 4. L'ambito di applicazione del diritto penale quale misura di contrasto secondo la normativa internazionale

Infine occorre esaminare le disposizioni del Protocollo, con le relative limitazioni, che utilizzano le norme a carattere penale in funzione di contrasto. La loro finalità è di intervenire sulle attività delle organizzazioni criminali transnazionali che agiscono, soprattutto via mare, con logiche imprenditoriali e, contestualmente, rafforzare il rispetto dei diritti delle persone oggetto di traffico clandestino, considerate merce fonte di ingenti guadagni.

L'elenco delle fattispecie con gli obblighi di criminalizzazione dei comportamenti perseguiti è, per questo, tipizzato in maniera molto dettagliata<sup>25</sup>: per contro un limite alla penalizzazione delle condotte, che rivela l'altra finalità del Protocollo ovvero la protezione dei diritti del migrante in quanto «vittima» del traffico, è stabilito dall'art. 5 secondo il quale i migranti non diventano assoggettati all'azione penale fondata sul Protocollo per il fatto di essere stati oggetto di tali traffici. L'interpretazione e la portata della norma deve essere armonizzata con il contenuto del successivo articolo 6, par. 4, ove si stabilisce che «nessuna disposizione del presente Protocollo impedisce ad uno Stato parte di adottare misure nei confronti di una persona la cui condotta costituisce reato ai sensi del suo diritto interno». Al di là della possibile tesi che vede nell'introduzione di tale disposizione il frutto del compromesso raggiunto nel Comitato *ad hoc* incaricato di elaborare il testo della Convenzione e dei Protocolli, e dunque una formula introdotta per bilanciare l'orientamento di fondo volto ad assicurare al migrante la non punibilità penale per il fatto di essere oggetto di traffico, rimane da chiarire il significato da attribuire a tale «combinato disposto» soprattutto in relazione alla eventualità che le legislazioni nazionali di natura penale possano

<sup>25</sup> Tale disegno si realizza attraverso un'anticipazione delle condotte penalmente rilevanti, grazie alla previsione della punibilità anche del tentativo di organizzazione del traffico di migranti. E dunque accanto all'ipotesi principale dello *smuggling*, individuata nell'attività di «procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente» (art. 3 del Protocollo) è perseguito anche il tentativo di organizzare un traffico simile (art. 6, par. 2, lett. a)). Considerato che sono «penalizzate» una serie di condotte precedenti e successive, o in altro modo collegate all'ipotesi principale sopra descritta, riferibili non solo all'ingresso ma anche alla presenza del migrante sul territorio dello Stato ospite, e che la punibilità del tentativo è riferibile anche a tali comportamenti, ne consegue una significativa estensione della perseguibilità delle attività in qualche modo riconducibili alla organizzazione del traffico di migranti. Inoltre sono ritenuti penalmente responsabili anche i complici che non siano pienamente integrati nell'organizzazione criminale (art. 6, par. 2, lett. b)).

prevedere e punire come reato l'ingresso illegale e l'attraversamento illecito delle frontiere nazionali. Qualsiasi interpretazione volta a dare la prevalenza ad una disposizione rispetto all'altra non pare soddisfacente e soprattutto non giustifica la loro coesistenza all'interno dello stesso strumento convenzionale. In questa ottica affermare semplicemente che gli Stati, in virtù dell'art. 6, par. 4, sono liberi di sanzionare penalmente la condotta dell'ingresso irregolare impone poi di spiegare la *ratio* della previsione, a carattere generale, della non punibilità del migrante contenuta nell'art. 5. Ciò in considerazione soprattutto del fatto che se è vero che l'art. 5 esclude la perseguibilità del migrante in quanto oggetto di traffici solo per le fattispecie previste dal Protocollo, è altrettanto vero che tra le condotte disciplinate dal Protocollo stesso, e dunque «scriminate», vi potrebbe rientrare in virtù del richiamo che l'art. 5 opera in favore delle condotte descritte dall'art. 6, l'ingresso illegale nel territorio di un altro Stato, come ritiene d'altronde parte della dottrina<sup>26</sup>.

D'altra parte il tenore della disposizione di cui all'art. 6, par. 4, è sicuramente nel senso di lasciare ampi margini di discrezionalità agli Stati nell'utilizzare lo strumento penale, anche nelle materie disciplinate dal Protocollo. Ed allora per fornire una risposta al quesito posto, occorre in primo luogo considerare che tra gli obblighi di criminalizzazione posti dal Protocollo a carico degli Stati, non vi è alcun obbligo di criminalizzazione del migrante, oggetto delle condotte criminose dei trafficanti, in virtù del suo ingresso illegale nel territorio di un altro Stato. La principale finalità del Protocollo, come detto, rimane quella di intervenire nei confronti delle organizzazioni criminali responsabili di tali traffici, non considerandosi pertanto l'apparato sanzionatorio predisposto sulla sua base come rivolto invece ai migranti, come si dice, «contrabbandati». Nella prospettiva di intervenire prioritariamente nei confronti della criminalità organizzata transnazionale il mero ingresso illegale non è cioè considerato come una manifestazione ed una espressione tipica e ricollegabile necessariamente a forme di criminalità organizzata, potendosi realizzare ad esempio per ragioni che non sono necessariamente quelle di trarne profitto o benefici finanziari, come accade per coloro che facilitano l'ingresso dei propri familiari con comportamenti che hanno, quindi, carattere individuale, episodico e non organizzato o come anche accade

<sup>26</sup> Cfr. SICO, *Misure di contrasto all'immigrazione clandestina*, cit. «Alle norme incriminative si contrappone logicamente e funzionalmente l'art. 5, che esclude la perseguibilità dei migranti con riferimento al fatto di essersi rivolti ad un'organizzazione criminale per trasferirsi illegalmente in un altro paese, di aver fruito del trasporto offerto da tale organizzazione, di aver richiesto la produzione di documenti di identità o di trasporto falsificati (e di essere illegalmente entrati nel territorio di un altro Stato)», p. 159.

per le associazioni che operano ed assistono i rifugiati o i richiedenti asilo. Per tali motivi la penalizzazione delle condotte del migrante esula dall'ambito di applicazione del Protocollo e dunque, le scelte nazionali di ricorrere allo strumento penale per sanzionare il mero ingresso illegale se non vengono escluse dal Protocollo, qualora operate, avrebbero un carattere puramente interno, ponendosi in ogni caso al di là degli obiettivi che lo strumento convenzionale si propone di raggiungere.

Una simile lettura delle due disposizioni citate, avvalorata non solo, e non tanto, dai lavori del Comitato *ad hoc* quanto dalla guida legislativa predisposta nel 2004 dall'ufficio delle Nazioni Unite «On Drugs and Crime» per l'implementazione della Convenzione di Palermo e dei suoi Protocolli<sup>27</sup>, implica che la eventuale scelta normativa interna di sanzionare penalmente, accanto alle persone che traggono profitto dallo *smuggling*, il migrante stesso, proprio perché posta al di là delle finalità del Protocollo e dunque dell'ambito di applicazione dei suoi strumenti di contrasto, non consentirebbe, per tali ipotesi delittuose, di attivare il meccanismo di cooperazione e assistenza giudiziaria e di polizia contemplato nella Convenzione principale; tanto meno di far valere gli obblighi di cooperazione incombenti sugli Stati i quali saranno semmai liberi di attivarsi in tal senso a loro discrezione e su base volontaria. Pertanto la non punibilità del migrante stabilita dall'art. 5, in presenza della legittima scelta legislativa nazionale, almeno secondo il Protocollo, di sanzionare penalmente l'ingresso illegale opera quasi come una sorta di clausola volta a definire l'ambito di applicazione delle misure di contrasto previste nel Protocollo e nella Convenzione. Per quelle condotte la cui penalizzazione, in funzione di contrasto al traffico di migranti, non è ritenuta necessaria dal Protocollo, come appunto per il reato di ingresso illegale, non sarà possibile ricorrere agli strumenti della cooperazione internazionale di polizia e giudiziaria predisposti dallo stesso Protocollo e dalla Convenzione. Al contrario, naturalmente, si potranno utilizzare tali strumenti per le fattispecie criminalizzate dal Protocollo. In definitiva, per il Protocollo, il reato di ingresso illegale, non rientrando tra queste ultime ipotesi, non rappresenta una misura di contrasto al traffico di migranti e all'immigrazione clandestina che tramite tali traffici si realizza.

<sup>27</sup> *United Nations Office on Drugs and Crime Division for Treaty Affairs, Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, disponibile in [www.unodc.org](http://www.unodc.org), in particolare pp. 340-351.

### 5. Considerazioni conclusive

L'azione di contrasto al traffico di migranti, con le relative limitazioni, è quindi contrassegnata più che da un singolo strumento dalla combinazione di diversi regimi giuridici, che vanno dagli strumenti di protezione internazionale dei diritti dell'uomo alla disciplina di salvaguardia della vita umana prevista dal diritto del mare.

La notevole diversità dell'efficacia delle misure in questione, ad esempio particolarmente incisive per la pirateria e assai meno per il traffico di migranti, pare corrispondere alla prevalente preoccupazione degli Stati di salvaguardare la sicurezza dei traffici marittimi e dunque di intervenire specialmente nei confronti di quei comportamenti che costituiscono un attentato ad essa; in fondo, in tale prospettiva, le pratiche illecite, come la tratta degli schiavi o lo stesso traffico di migranti, non vengono percepite come un serio pericolo alla libertà di navigazione ed agli interessi economici e commerciali degli Stati.

Quanto questa concezione corrisponda ancora oggi alla prassi ed alla reale natura e portata del fenomeno in questione è un interrogativo che vale la pena di sollevare anche al fine di rimodulare la gravità e le conseguenze delle condotte poste in atto. Ciò sia alla luce della rilevanza assunta nella comunità internazionale dalle norme poste a tutela dei diritti umani, che interessano in misura sempre maggiore anche i migranti oggetto di tali traffici, sia in considerazione degli attuali rischi per la vita umana legati allo *smuggling* che, nel Mediterraneo, sebbene sia fenomeno di antichissima data, a fronte di un *trend* degli ingressi via mare in percentuale decrescente rispetto al totale degli ingressi irregolari<sup>28</sup>, registra un aumento invece dei rischi connessi a tali traversate; sia da ultimo in ragione della stessa rilevanza economica del fenomeno che costituisce una delle principali fonti di profitto per le organizzazioni criminali dedite a tali traffici<sup>29</sup>. A tali valutazioni occorre aggiungere che è sempre più difficile distinguere in concreto la condizione del migrante nello *smug-*

<sup>28</sup> Come è noto, solo una assai ridotta percentuale dei migranti irregolari arriva in Italia via mare (circa 20.000 l'anno dal 2004 al 2007, con un picco nel 2008 con più di 34.500 arrivi, ed una diminuzione sensibile nel 2009 registrandosi al maggio circa 6.500 arrivi), essendo la gran parte del fenomeno dell'irregolarità nel nostro paese legato agli *overstayers*. Per quanto riguarda il bacino del Mediterraneo l'arrivo dei migranti irregolari via mare in Europa (in particolare Spagna, Italia e Grecia), dall'Asia, dall'Africa e dal Medio Oriente ha rappresentato la «via o porta di ingresso» principale allo spazio comunitario sino all'anno 2000, non essendolo più oggi.

<sup>29</sup> Sul punto vedi di recente DELICATO, *I traffici di migranti nel mediterraneo e gli accordi internazionali per la cooperazione di polizia*, in *Immigrazione.it* n. 110, del 15 dicembre 2009, disponibile in [www.immigrazione.it](http://www.immigrazione.it).

gling da quella della vittima nella tratta di essere umani e nella contigua fattispecie della schiavitù. Il peso degli ingenti e gravosi debiti ed obblighi, di natura patrimoniale e non, che vengono contratti per pagarsi il trasporto, per l'adempimento dei quali spesso non è da sola sufficiente la propria vita lavorativa e che costringe la persona a prestare la propria opera in uno stato di coercizione fisica e psicologica e sfruttamento materiale anche dopo l'ingresso nel territorio dello Stato di destinazione, pongono il migrante in una situazione di grave sfruttamento o addirittura asservimento nei confronti dei trafficanti prima, durante e dopo il trasporto, tale da poter essere assimilata alla posizione della vittima nella tratta degli esseri umani e nella schiavitù.

In questi casi, ed in presenza di tali presupposti, pare pertanto opportuno applicare gli stessi strumenti repressivi previsti per il *trafficking* e la tratta degli schiavi. Ciò consentirebbe di superare la prudenza con la quale sono stati codificati i poteri coercitivi da esercitarsi sulla nave dedita al traffico di migranti, compresa la visita, sia nella Convenzione di Montego Bay che nel Protocollo. La definizione delle misure appropriate da adottarsi, qualora in seguito all'esercizio del diritto di visita dovessero emergere un coinvolgimento in tali traffici, risulterebbe allora più agevole e sicuramente più efficace. La disciplina internazionale di carattere convenzionale, che regola gli interventi sulla nave che pratica la tratta degli esseri umani e la schiavitù prevista nella Convenzione di Montego Bay<sup>30</sup> e nel Protocollo alla tratta degli esseri umani, allegato anch'esso alla Convenzione di Palermo<sup>31</sup>, contiene infatti disposizioni più precise ed incisive nel delineare, per queste ipotesi, quali misure di contrasto via mare da adottare. Inoltre il rinvio alla disciplina di diritto interno, sulla base del Protocollo, nel caso della legislazione italiana determinerebbe l'applicazione dell'art. 202 codice della navigazione dedicato alla tratta degli schiavi che consente alla «nave da guerra italiana, che incontri in alto mare o anche in mare territoriale estero una nave nazionale sospetta di attendere alla tratta di schiavi», di «catturarla e condurla in un porto dello Stato o nel porto estero più vicino, in cui risiede un'autorità consolare»<sup>32</sup>.

Dall'altra la posizione dei migranti considerati non «clienti» ma vit-

<sup>30</sup> Sempre all'art. 110, par.1, lett. b).

<sup>31</sup> *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, entrato in vigore il 25 dicembre 2003.

<sup>32</sup> In conformità a tale articolo possono essere interpretate le disposizioni di cui all'art. 11, 1° comma, lett. d), legge 30 luglio 2002 n. 189, che aggiungono i commi 9 *bis* e *quater* al D.L.vo 25 luglio 1998, n. 286.

time di tali attività criminose, ricorrendone le condizioni, permette di garantire ad essi una tutela ancor più ampia e rinforzata poiché consente l'applicazione di specifici strumenti internazionali di tutela dei diritti umani quali la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla tratta degli esseri umani, sottoscritta a Varsavia il 16 maggio 2005<sup>33</sup>.

Un passo in questa direzione può derivare anche dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009 che, all'art. 79 del TFUE, opera un'opportuna separazione tra il contrasto rafforzato all'immigrazione illegale dalla politica di prevenzione e contrasto alla tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori<sup>34</sup>.

Infine il Protocollo sullo *smuggling* suggerisce un'altra modalità di risposta all'esigenza di chiarire l'ampiezza dell'azione di contrasto esperibile nel caso di traffico di migranti. In effetti l'art. 17 facilita la conclusione di intese ed accordi, anche regionali, finalizzati a istituire e rafforzare le misure necessarie per prevenire e combattere il traffico di migranti, accordi tramite i quali si potrebbero dar vita a forme di cooperazione tra Stati nel settore e rimodulare così la natura degli interventi richiesti e delle stesse misure «appropriate». Anche in questo caso la complessità del fenomeno del controllo e della gestione dei flussi migratori e la necessità di un approccio integrato allo stesso, inducono, nella logica che ispira il Protocollo, ad assegnare un'importanza prioritaria alla prevenzione del fenomeno «alla fonte» rispetto alle fasi segnatamente repressive: tale azione se correttamente attuata e sostenuta da adeguate risorse finanziarie rappresenterebbe indubbiamente la risposta in grado di incidere sul fenomeno migratorio via mare nel medio e lungo termine, e se coronata da successo, consegnerebbe l'azione di contrasto in mare, come è auspicabile, ad una funzione meramente residuale.

<sup>33</sup> La Convenzione, entrata in vigore il 1° febbraio 2008, non è ancora stata ratificata dall'Italia.

<sup>34</sup> Articolo di tenore analogo ricorre all'art. 5, par. 3 della, oramai vincolante, Carta dei diritti fondamentali che proibisce la tratta degli esseri umani.



# LA TUTELA DEI RICHIEDENTI ASILO TRA POLITICHE RESTRITTIVE E GARANZIE PROCEDURALI

Eugenio ZANIBONI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte di cassazione italiana. – 3. La protezione sussidiaria e i suoi potenziali riflessi nell'ordinamento italiano. – 4. Gestione dei flussi migratori e politica dei respingimenti. – 5. *Segue*: le operazioni di *interception*. – 6. Primi risultati dell'indagine. – 7. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Il contenuto materiale del regime di protezione di cui sono beneficiari i richiedenti asilo<sup>1</sup> si configura come il prodotto di una continua in-

\* Ricercatore di diritto internazionale, Università degli Studi di Foggia.

<sup>1</sup> Nel contesto del presente contributo l'espressione «asilo» è utilizzata, laddove non è affrontata specificamente la questione relativa al riconoscimento del diritto d'asilo costituzionale (v. il par. 2), per designare un generico regime di protezione, conformemente al testo della risoluzione dell'*Institut du Droit International* dell'11 settembre 1950, *L'Asile en Droit International Public*: «[...] le terme asile désigne la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la chercher». A tutt'oggi l'asilo resta l'esercizio di un atto sovrano dello Stato che apre, a discrezione, il territorio a determinate categorie di stranieri (per esempio, in Italia, coloro ai quali siano state denegate «le libertà democratiche garantite dalla Costituzione», secondo l'art. 10, 3° comma, Cost. it.), mentre la concessione dello status di rifugiato attiene a impegni pattizi, primo dei quali è la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati (ratificata dall'Italia con la legge 24 luglio 1954 n. 722, G.U. n. 196, 27 agosto 1954). Circa la distinzione tra le nozioni, la definizione di rifugiato contenuta nell'art. 1, A di tale Convenzione prevede, quale fattore determinante per l'individuazione del rifugiato, l'esistenza del c.d. «*well-founded fear of persecution*», mentre tale requisito non è considerato necessario dal disposto dell'art. 10, 3° comma, Cost. it. V. già Corte d'Appello di Milano, sent. n. 127, 27 novembre 1964, in *Foro it.*, 1965, II, c. 127: «Lo status di rifugiato ai termini della Convenzione di Ginevra e quello

terazione tra norme appartenenti ad almeno tre diversi ordinamenti – l'ordinamento internazionale, quello interno e quello dell'Unione europea – i quali, nelle rispettive sfere di operatività, che spesso vanno a sovrapporsi, avanzano pretese di regolamentazione del diritto in questione. Da questa peculiare «multicentricità», da non sottovalutare, deriva una certa difficoltà nel procedere di volta in volta nell'attività interpretativa, tanto più che le caratteristiche assunte da tale regime nella sua dinamica materiale subiscono ordinariamente l'influenza dell'attività di numerosi attori in gioco<sup>2</sup>, i quali sono, a loro volta, frequentemente portatori di interessi di difficile sintesi, eppure in grado di incidere rapidamente sull'assetto giuridico complessivo del regime del diritto d'asilo<sup>3</sup>.

Si può avere un esempio tangibile di quanto affermiamo anche solo focalizzandosi su quanto accade nel nostro Paese, interessato peraltro da significativi mutamenti nella composizione qualitativa e quantitativa dei flussi migratori<sup>4</sup>.

Basti pensare ad una cornice giuridica di riferimento variegata come

dello straniero avente diritto all'asilo politico in virtù della disposizione costituzionale non vanno mai identificati concettualmente»; TAR del Lazio I, 15 maggio 1986, n. 659, in PICONE, CONFORTI, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico. Repertorio 1960 – 1987*, p. 898, n. 5, secondo cui la formulazione dell'art. 10, 3° comma, Cost. «accorda rinnovato rilievo a qualsiasi condizione di *deminutio* dei diritti civili e politici subita nel Paese di provenienza dello straniero».

<sup>2</sup> È questo il caso dei Governi e più in generale, degli apparati amministrativi; delle diplomazie; degli organi giurisdizionali interni e internazionali; delle organizzazioni internazionali e delle organizzazioni non governative.

<sup>3</sup> La difficoltà di ricostruire una condizione giuridica unitaria di straniero è sottolineata da GROSSO, voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, 1999, p. 156. Sui conflitti di norme scaturenti da ordinamenti diversi nelle fattispecie di afflussi massicci di stranieri v. già PLENDER, *The Exodus of Asians from East and Central Africa. Some Comparative and International Law Aspects*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1971, p. 287.

<sup>4</sup> Le vicende dei Paesi europei con le coste che si affacciano sul Mediterraneo negli ultimi anni testimoniano una modificazione del quadro socio-politico internazionale che emerge analizzando i dati sui tentativi di ingresso operati da cittadini di Paesi terzi. Per quanto concerne l'Italia, in particolare, si registra un flusso migratorio proveniente soprattutto dalla Libia, la cui meta principale è divenuta la minuscola isola di Lampedusa, nel canale di Sicilia (v. *infra*, par. 4). Si tratta di afflussi di tipo per così dire «strisciante», caratterizzati cioè da una certa regolarità, non sempre immediatamente riconducibili a situazioni di pericolo ben identificabili (guerre civili e/o violenze generalizzate, disastri naturali, ecc.) e spesso composti da soggetti di più nazionalità. Nella terminologia adottata dall'Alto Commissariato per i rifugiati questa categoria di flussi migratori è stata definita «mista» (*mixed flows*) poiché non può essere esclusa la presenza al loro interno di potenziali richiedenti asilo. Cfr. *Ministerial Meeting of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Chairperson's Report on Roundtable 3 «Upholding Refugee Protection in the Face of Contemporary Challenges involving Mixed Flows (inter alia asylum systems)»*, 13 December 2001.

non mai, sia che finiscano sotto la lente le condizioni-presupposto in base alle quali la protezione, o meglio, *le protezioni* possono essere invocate e concesse (si pensi al progressivo trasferimento di competenze in materia di asilo dagli Stati membri all'Unione europea in attuazione della «politica comune in materia di asilo», ai sensi dell'art. 67, 2° comma, del Trattato di Lisbona, il cui portato più originale e rilevante sembrerebbe proprio la *segmentazione* delle forme di tutela in diversi livelli la cui articolazione materiale – che emerge già nel testo dell'art. 78 – è al centro di un processo ad oggi non del tutto compiuto<sup>5</sup>), sia che si prenda in considerazione il profilo della delimitazione materiale del contenuto della protezione offerta dalle norme a garanzia dell'individuo.

L'interazione degli indicati fattori può determinare, come tenderemo di mostrare poco oltre, variazioni significative del livello di protezione accordato in un dato momento storico. In questo senso, le recenti iniziative di contrasto agli sbarchi di immigrati via mare, al di là della effettiva consistenza numerica di questi ultimi<sup>6</sup>, possono essere considerate un interessante banco di prova della *reale* struttura e tenuta del sistema<sup>7</sup>.

Assumeremo nel presente contributo il punto di osservazione offerto dall'analisi della prassi italiana recente, soprattutto giurisprudenziale e governativa, per tentare di offrire qualche riflessione sul «diritto vivente» nella materia in esame.

L'obiettivo è quello di fare emergere alcune contraddizioni, ma soprattutto «l'ambiguità» insita nel «sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo», che con fatica promuove la salvaguardia e lo sviluppo di tali diritti dovendo altresì fare i conti con la circostanza che gli Stati membri non intendono facilmente «rinunciare alla propria sovranità, né astenersi dal prendere misure discrezionali»<sup>8</sup>, magari adducendo al ri-

<sup>5</sup> ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 669 ss.

<sup>6</sup> V. *infra*, par. 4.

<sup>7</sup> Secondo la riflessione dell'ex Alto Commissario per i rifugiati Ogata (cit. in HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Human Rights and Refugees*, Facts Sheet No. 20), «[...] the refugee issue must be put to all governments and peoples as a test of their commitment to human rights»<sup>7</sup>. In questa affermazione leggiamo non soltanto un richiamo al rigoroso rispetto dei diritti umani, ma una precisa consapevolezza della centralità che il tema ha assunto (e assumerà sempre più stante il permanere di forti squilibri demografici, economici e di altro genere) nel contesto della vita di relazione internazionale. L'idea che la tutela offerta ai rifugiati debba essere un test per valutare l'applicazione dei diritti umani all'interno degli ordinamenti statali è ripresa e sviluppata in varie direzioni da EDWARDS, *Asylum Seekers and Human Rights*, in *Res Publica*, 2001, n. 7, p. 159 ss.

<sup>8</sup> In questi termini già DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat*, Paris, 1989, p. 17 (nostra traduzione).

guardo interessi di carattere generale, come proprio la *policy* italiana dei respingimenti sembra dimostrare<sup>9</sup>.

## 2. La giurisprudenza della Corte di cassazione italiana

L'articolazione in diversi livelli della protezione accordata ai richiedenti asilo prevista in ambito europeo non dovrebbe di per sé implicare necessariamente una caduta dei livelli medesimi. Invero, se da un lato i criteri e gli *standards* minimi adottati in materia sono da molti ritenuti piuttosto bassi, resta per ciascuno Stato aperta almeno in via teorica l'applicazione di «disposizioni più favorevoli»: com'è noto, una delle principali opzioni tecnico-politiche adottate per il conseguimento dell'obiettivo dell'armonizzazione delle legislazioni negli Stati dell'Unione in materia di asilo, è quella del c.d. *minimum standard*, che consente espressamente agli Stati di conservare eventuali forme di tutela interna più elevate<sup>10</sup>.

Non è facile tuttavia appurare quali e quante siano le possibilità di sviluppare in concreto un regime giuridico proteso verso l'estensione degli ambiti di tutela, posto il rischio, evidentemente molto sentito dagli Stati, che ogni eventuale *favor* nei confronti del richiedente asilo si traduca in un potenziale sovraccarico delle richieste di protezione per alcu-

<sup>9</sup> Sull'influenza delle norme di provenienza internazionalistica nel condizionare nei modi più diversi la condotta statale, KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*<sup>2</sup>, Cambridge, 2007, spec. pp. 171-182.

<sup>10</sup> Ognuna delle direttive in materia di asilo contiene una clausola che salvaguarda la libertà degli Stati membri in tal senso. A titolo di esempio, si veda il *considerando* n. 15 della direttiva 2003/9/CE del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri: «Discende dal concetto stesso di norme minime che gli Stati membri hanno facoltà di stabilire o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli per i cittadini di paesi terzi e gli apolidi che chiedano la protezione internazionale in uno Stato membro». Il concetto è ribadito poi nell'art. 4 della medesima direttiva, come pure nell'art. 4 della direttiva 2004/83 (su cui v. *infra*). Peraltro in entrambe le norme citate si precisa che le «disposizioni più favorevoli» in parola debbono essere «compatibili» con la direttiva stessa. Secondo l'interpretazione offerta dal servizio giuridico del Consiglio (doc. 14083/02 JUR 449 ASILE 63) la precisazione avrebbe lo scopo di non «annientare» il processo di armonizzazione: «[...] [I]n order not to annihilate the objective of harmonization, this possibility cannot be unlimited. More favourable standards must remain within the limits laid down in those acts» (par. 5). Si aggiunge inoltre, al par. successivo che: «The question as to whether a particular Member State's law or regulation providing for more favourable standards is compatible with the proposed directive cannot be answered definitively in abstract terms, as it requires a careful case-by-case analysis».

ni di essi<sup>11</sup>. Invero, secondo alcuni, questa tecnica di armonizzazione avrebbe favorito, per evitare gli eventuali rischi al riguardo, un trasferimento di contenuti «al ribasso», e generato progressivamente una vera e propria *race to the bottom*<sup>12</sup>.

Sta di fatto che nel nostro ordinamento le disposizioni e le tecniche interpretative atte a consentire il mantenimento delle peculiarità nazionali – faticosamente affermatesi attraverso l'intervento «pretoriano» dei giudici ordinari<sup>13</sup> in applicazione di una celebre decisione della Cassazione del 1997<sup>14</sup> – sono state ignorate e dal legislatore e, negli ultimi an-

<sup>11</sup> Il problema della mancanza di uniformità di trattamento delle domande di protezione ha rilevi pratici di non poco conto. Secondo un rapporto di Amnesty International pubblicato il 23 marzo 2010, disponibile sul sito [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org), una richiesta di protezione avanzata nel 2008 in Grecia aveva solo lo 0,05 per cento di possibilità di successo, contro una media europea di circa il 20 per cento. Il severo trattamento riservato ai richiedenti asilo dalla Grecia, al centro di forti polemiche e di denunce da parte del Consiglio d'Europa e dell'Alto Commissariato per i rifugiati, ha fatto prendere in considerazione alla Commissione una modifica del sistema di determinazione dello Stato competente per l'esame delle richieste di asilo creato dal regolamento 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, (c.d. regolamento Dublino II, in GU L 050, 25 febbraio 2003).

<sup>12</sup> Cfr. tra gli altri ZAGATO, *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una costituzione per l'Europa*, in *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo* (a cura di Zagato), Padova, 2006, spec. pp. 180 ss. Secondo BENVENUTI, *In attesa di una nuova stagione per la politica europea in materia di asilo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. XIII ss., «[l]a regola dell'unanimità, che ha caratterizzato il processo di armonizzazione, ha fatto sì che, invece di un rafforzamento e di una condivisione delle migliori esperienze degli Stati europei, abbia prevalso spesso, quale *minimum standard* comunitario, il massimo comune denominatore, delle legislazioni e delle prassi degli Stati membri: cosicché, con il placet comunitario ora è permessa l'esportazione in tutti gli Stati membri delle peggiori esperienze nazionali».

<sup>13</sup> Tra gli altri: Tribunale di Roma del 12 giugno 2000, in *Diritto imm.*, 2001, n. 1, p. 78; Tribunale di Torino, 28 maggio 2001, *ivi*, 2001, n. 3, p. 96; Tribunale di Bologna, 11 dicembre 2001, *ivi*, 2002, n. 1, p. 137; Tribunale di Torino, 6 ottobre 2001, *ivi*, 2002, n. 1, p. 144; Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2003, n. 47, *ivi*, 2004, n. 1, p. 123; Tribunale di Milano 14 gennaio 2004, n. 426, *ivi*, 2005, n. 1, p. 105; Tribunale di Catania, n. 4010, 15 dicembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1119. V. *amplius* il volume a cura del Consorzio Italiano di Solidarietà, *L'Utopia dell'Asilo. Il diritto di asilo in Italia nel 2005*, Torino, 2006, p. 76.

<sup>14</sup> Cassazione (Sezioni Unite) 26 maggio 1997, n. 4674, in *Riv. dir. int.*, 1997, 845 ss. Con questa sentenza, allineandosi alle tesi maggioritarie (v. *ex multis*: ESPOSITO, voce *Asilo* (diritto costituzionale), in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, p. 222; BARI-LE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 34; ZIOTTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento italiano*, Padova, 1988, p. 94; NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano. Appendice di aggiornamento: le nuove norme sull'ingresso soggiorno e asilo*, Milano, 1990; D'ORAZIO, voce *Asilo* (diritto costituzionale), in *Enciclopedia giuri-*

ni, dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte, determinando in tal modo la fine di una stagione nella quale la protezione offerta dal diritto d'asilo costituzionale si era affermata in perfetta coesistenza con la procedura amministrativa azionabile dai richiedenti lo *status* di rifugiato<sup>15</sup>.

La stessa Corte Suprema è stata al centro di roventi critiche per una serie di sentenze che negli ultimi anni hanno tentato di svilire, se non di cancellare, le menzionate prerogative costituzionali, nel solco di percorsi logici e argomentativi tesi a ricostruire una cornice normativa indebolita e frutto di un appiattimento su posizioni in gran parte solo *apparentemente* dettate dall'ordinamento comunitario<sup>16</sup>. In una delle pronunce di questo nuovo corso, di cui il principale portato è la progressiva sovrapposizione, fino alla totale confusione, delle due nozioni di asilo e rifugio, si arriva a dichiarare: «Stante tale lacuna [l'assenza di una legge di attuazione del precetto costituzionale] il diritto di asilo, che può essere esercitato alle condizioni stabilite dalla legge, in realtà non c'è»<sup>17</sup>.

*dica*, Roma, 1991; CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Diritto, imm.*, 2004, n. 2, p. 25; BONETTI, NERI, *Il diritto*, cit., p. 1139. BENVENUTI (M.), *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2007), la Corte aveva sancito, in sostanza, che l'articolo 10 della Carta fondamentale, senza necessità di ulteriori norme di attuazione, attribuisce allo straniero in possesso dei necessari requisiti – individuati nell'impedimento dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche – a un vero e proprio diritto soggettivo all'ingresso sul territorio dello Stato e dunque al non respingimento.

<sup>15</sup> C.d. meccanismo di riconoscimento della protezione a «doppio binario» (cfr. CHIEFFI, *La tutela costituzionale*, cit., p. 35; PASSAGLIA, nota a Corte di cassazione, sentenza n. 25028 del 25 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 2851), attuato sul presupposto che la normativa convenzionale non fosse applicabile anche agli asilanti, dal momento che «la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo» (Cassazione n. 4674, cit.).

<sup>16</sup> FURLAN, *Diritto di asilo in base all'art. 10, 3° comma, Cost. e status di rifugiato*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 1095; GRAMOLA, *La tutela giurisdizionale del diritto d'asilo e del riconoscimento dello status di rifugiato: il persistente conflitto di competenza tra la giustizia ordinaria e la giustizia amministrativa*, in *Verso una disciplina*, cit., p. 251; MELICA, *La Corte di Cassazione e l'asilo costituzionale: un diritto negato? Note alle recenti sentenze della prima sezione della Corte di Cassazione*, in *Dir. imm.*, 2006, n. 4, p. 57; CAVASINO, *Un passo indietro nell'interpretazione dei rapporti fra diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza it.*, 2007, p. 320; RUOTOLLO, *Diritto d'asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1819; se si vuole, il nostro *La (reversibile?) crisi del diritto d'asilo costituzionale, tra giurisprudenza restrittiva e norme di derivazione comunitaria*, in *Il processo di integrazione europea, tra crisi di identità e prospettive di ripresa* (a cura di Chieffi), Torino, 2009, p. 381. *Contra*, DEL CORE, *Diritto d'asilo e status di rifugiato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia civile*, 2007, pt. II, p. 136.

<sup>17</sup> Cassazione, sent. 1 settembre 2006, n. 18941. Da alcuni si è individuata una certa intenzionalità anche da parte del legislatore nell'introdurre nella congerie della disciplina «tutti i possibili elementi per indurre una confusione terminologica tra asilo e rifugio». V.

Orbene, se i dati normativi non sembrano evidenziare significativi ostacoli giuridici in ordine al mantenimento di quelle prassi, tra cui la nostra<sup>18</sup>, espressione di un sistema di tutela diversificato, senza dubbio i differenti aspetti presentati dalla nozione di asilo e di rifugiato rivelano notevole importanza anche sul piano pratico allorché si prendano in esame i profili che investono l'accesso ai differenti tipi di protezione esistenti e in particolare l'accertamento dei presupposti che ne legittimano il riconoscimento.

### 3. La protezione sussidiaria e i suoi potenziali riflessi nell'ordinamento italiano

Si è posto spesso l'accento sulla differente intensità dell'*onus pro-*

CAVASINO, *Un passo indietro*, cit.; nello stesso senso, BONETTI, NERI, *Il diritto d'asilo*, in *Diritto degli Stranieri* (a cura di Nascimbene), Padova, 2004, p. 1139. Ciò è avvenuto ad esempio nel D. Lgs. 30 maggio 2005, n. 140, recante *Attuazione della direttiva 2003/09/CE che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, il quale, all'art. 2, definisce «richiedente asilo», lo straniero richiedente il riconoscimento dello status di rifugiato. In proposito, e a parte le considerazioni già svolte in precedenza nel par. 1, è doveroso registrare la presenza di una corrente che, seppure minoritaria, ha sostenuto l'identità di fattispecie e di condizione giuridica tra il destinatario del diritto di asilo secondo il precetto costituzionale e il rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra: tra gli altri CASSESE, *Articoli 10-11*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca), Bologna-Roma, 1975, p. 462, con ampi riferimenti ai lavori preparatori; ID. *Sul soggiorno del rifugiato politico in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 655; CONETTI, *Norme di conflitto uniformi sullo statuto personale di rifugiati e apolidi e diritto internazionale privato italiano*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, Milano, 1975, p. 971; DEL CORE, *Diritto d'asilo*, cit.

Più di recente, LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, pp. 167-168, pur rilevando che in alcuni ordinamenti, tra i quali quello italiano, asilo e rifugio «seppure connessi, [...] sono ben distinti l'uno dall'altro anche per quanto riguarda l'applicazione concreta», sulla base di un approccio «pragmatico» non individua elementi sufficienti che «giungano a differenziare concretamente i due istituti in questione nei presupposti o negli effetti da essi prodotti». Sicché, sottolineandone «la coincidenza sostanziale» l'autore opta per «l'irrelevanza delle differenze "concettuali" esistenti tra i due istituti» (p. 171). Di tale impostazione, sulla quale si tornerà poco oltre per tentare una rilettura del contenuto della protezione alla luce dei dati offerti dall'ordinamento dell'Unione europea, è possibile trovare anche un (limitato) riverbero in alcune sentenze emanate nei primi anni novanta dai Tribunali amministrativi regionali, competenti al tempo ad esaminare i ricorsi avverso le richieste di concessione dello status di rifugiato conclusesi con esito negativo. V. ad es.: T.A.R. Lazio, sez. I, 12 febbraio 1992, n. 152. Id., sentenze del 13 febbraio 1992, n. 154; del 25 febbraio 1992, n. 269; del 15 aprile 1992 n. 534; dell'8 maggio 1992 n. 659.

<sup>18</sup> Mette conto osservare che il citato meccanismo a «doppio binario» trova qualche analogia in altri Paesi europei. Cfr. COSIMO, *Il diritto di asilo in Francia: tra passato e futuro*, in *Dir. imm.*, 2004, n. 1, p. 46.

*bandi* posto a carico dell'asilante dalla norma convenzionale e da quella costituzionale: maggiore per quanto riguarda lo *status* di rifugiato, meno intenso per quanto concerne il diritto d'asilo, non rendendosi necessario in tale ultimo caso dimostrare «il presupposto del fondato timore di essere perseguitato»<sup>19</sup>.

La disciplina dei profili in questione rientra nella competenza dell'Unione, i cui interventi in materia, come si è accennato, mostrano alcuni elementi di novità soprattutto per quanto concerne l'articolazione dei livelli di protezione offerti.

Si tratta di un complesso di norme che, pur incidendo nella configurazione di istituti rilevanti per il diritto internazionale e per gli ordinamenti dei singoli Stati membri, è complessivamente ritenuto idoneo a soddisfare in maniera flessibile le esigenze umanitarie, senza necessariamente ricorrere in ogni circostanza all'applicazione della Convenzione sullo *status* dei rifugiati<sup>20</sup>.

Un primo elemento nella direzione indicata lo si rinviene già nella direttiva 2001/55/CE<sup>21</sup>, che prevede l'uso dell'istituto della «protezione

<sup>19</sup> Così la Cassazione, sent. 5055, 9 aprile 2002. Nello stesso periodo (sent. n. 2091 del 2 febbraio 2002), in un caso concernente due cittadini iracheni, la stessa Corte aveva peraltro statuito che «non spetta il riconoscimento *de quo* a qualunque soggetto che si allontani da un paese nel quale, notoriamente, sussista grave e diffusa compressione dei diritti civili, lo status spettando solo a colui che versi nel fondato timore di essere personalmente perseguitato in ragione delle proprie idee o della propria condizione». Il problema è rilevante anche in relazione ai criteri utilizzati per l'assunzione delle prove e per la valutazione della documentazione fornita dal richiedente nell'ambito dell'opposizione ai provvedimenti di espulsione: cfr. ad es. Cassazione, sent. 26278, 2 dicembre 2005.

<sup>20</sup> Tale *status* è di particolare favore e tende, in ultima analisi, ad avvicinarsi nel tempo e con gradualità a quello del cittadino. Si è parlato in proposito di un «system of incremental entitlement established by the Refugee Convention». HATHAWAY, *What's in a Label*, in *European Journal of Migration & Law*, 2003, p. 2. Ciò sempre che non ricorrano le condizioni di cessazione dello *status* previste dalla stessa Convenzione (art. 1 (F), art. 9, nonché art. 32). Sulle clausole di esclusione, *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause* (a cura di Van Krieken), The Hague, 1999; CARELLA, *Lotta al terrorismo e protezione dei diritti umani*, in *Le migrazioni una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno. Atti del Convegno annuale della Società italiana di Diritto internazionale*, Roma 17-18 giugno 2004 (a cura di Leanza), Napoli, 2005, p. 177.

<sup>21</sup> Direttiva del Consiglio del 20 luglio 2001, norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, *G.U.C.E.* 7 agosto 2001 L 212. GIBNEY, *Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Europe*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2000, p. 693; KALIN, *Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism*, in *German Yearbook of International Law*, 2001, p. 202; KERBER, *The Temporary Protection Directive*, in *Eur. Journal of Migration and Law*, 2002; NASCIBENE, MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, in *Dir. imm.*, 2002, n. 1, p. 13.

temporanea»<sup>22</sup> adottata allo scopo di garantire «una tutela immediata e transitoria» alle persone «che non possono ritornare nel loro Paese d'origine». La procedura elaborata per l'accertamento «dell'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati» prevede una decisione del Consiglio, adottata a maggioranza qualificata su proposta della Commissione<sup>23</sup>. L'esercizio di questo potere discrezionale del Consiglio è da esercitarsi solo in via sussidiaria, e cioè dopo aver verificato la possibilità di attuare interventi di altra natura<sup>24</sup>.

Tale originale meccanismo non è, tuttavia, mai stato attuato finora. Sicché la direttiva più interessante ai fini del discorso che stiamo svolgendo è senz'altro la 2004/83/CE<sup>25</sup>, dal momento che introduce la c.d. protezione sussidiaria, ovvero una forma di tutela da riservare a persone non in possesso dei requisiti per essere riconosciute rifugiate ma nello stesso tempo esposte in caso di ritorno nel Paese di origine al rischio effettivo di subire «un danno grave»<sup>26</sup>. Quest'ultimo è da intendere in una accezione allargata rispetto al rischio di tortura e di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3, conformemente ai parametri interpretativi e-

<sup>22</sup> La protezione temporanea è «la procedura di carattere eccezionale che garantisce, nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate» (art. 2, lett. a).

<sup>23</sup> L'iniziativa presa dalla Commissione può essere autonoma oppure stimolata da «qualsiasi richiesta» presentata in tal senso dagli Stati membri (1° comma); cfr. l'art. 5, par. 2 della direttiva, secondo il quale: «La proposta della Commissione contiene almeno i seguenti elementi: a) la descrizione dei gruppi specifici di persone cui si applicherà la protezione temporanea; b) la data di decorrenza della protezione temporanea; c) una stima della portata dei movimenti degli sfollati». L'eventuale decisione positiva del Consiglio determina per gli sfollati cui si riferisce l'applicazione in tutti gli Stati membri della protezione temporanea, la cui durata massima non può superare i due anni.

<sup>24</sup> V. in proposito il disposto dell'art. 4, lett. b), per il quale: «La decisione del Consiglio si fonda [...] sulla valutazione dell'opportunità di istituire la protezione temporanea, tenuto conto della possibilità di attuare aiuti urgenti e interventi sul posto o dell'insufficienza di queste misure» (corsivo aggiunto). *Contra*, NASCIMBENE, MAFROLA, *Recenti sviluppi*, cit., p. 31, n. 41, secondo i quali la direttiva prevedrebbe «meccanismi di solidarietà che si attivano automaticamente in caso di afflusso massiccio di profughi». Sul punto v. anche *infra*, nota 41.

<sup>25</sup> Direttiva del Consiglio 2004/83/CE del 29 aprile 2004, norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione, *G.U.C.E.* 30 settembre 2004 *L* 304, p. 12.

<sup>26</sup> Consistente, ai sensi dell'art. 15, nella «condanna a morte o all'esecuzione; o b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale».

laborati in seno alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani relativamente alla nozione accolta della Convenzione europea.

Il significato concreto da attribuire all'art. 15, lettera c) della direttiva non è apparso subito chiaro. Sono stati rilevati, tra l'altro, delicati problemi di coordinamento tra i principi enunciati nella direttiva, tra cui ad esempio il significato da attribuire al principio espresso nel Considerando 26, secondo cui «[r]isks to which a population of a country or a section of the population is generally exposed do normally not create in themselves an individual threat which would qualify as serious harm' in support of one interpretation of Article 15 (c)»<sup>27</sup>.

La questione dell'interpretazione da accordare all'art. 15 della direttiva in esame è stata sollecitata in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>28</sup>, di cui sono state evidenziate le recenti aperture in materia di tutela dei diritti fondamentali<sup>29</sup>. Queste ultime sembrano trovare una conferma anche nel caso in esame.

In tal senso, pur avendo lasciato agli Stati «un ampio spazio di apprezzamento discrezionale e possa prestarsi nella prassi ad interpretazioni restrittive», l'orientamento accolto dalla Corte di Giustizia, come è stato osservato, rafforza «l'ambito applicativo di tale forma di protezione prescindendo dall'esigenza che sia dimostrato un "rischio soggettivo"; ciò valorizza il contributo che la Comunità fornisce all'estensione della

<sup>27</sup> Cfr. l'opinione dell'avvocato generale Poiares Maduro del 9 settembre 2008 nel caso *Elgafaji* (v. nota successiva). La posizione assunta dall'Italia in ordine all'interpretazione di tale considerando della direttiva «qualificazioni», come emerge dalle conclusioni dell'avvocato generale (par. 28), è stata quella di avallare l'attribuzione alla parola «normally» di un significato più ampio rispetto a quella di altri Paesi: «[T]he Italian Republic concedes that the word "normally" implies that in other circumstances, that is to say, exceptional circumstances which go beyond the "normal", the risk to which a population or a section of a population is generally exposed may be described as an "individual threat"».

<sup>28</sup> Sent. 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Meki Elgafaji, Noor Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie*. La Corte (par. 43) ha affermato l'interessante principio secondo cui la concessione della protezione sussidiaria non è subordinata alla condizione che colui che ne fa richiesta fornisca la prova che una minaccia grave e individuale lo interessi «in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale»; l'esistenza di una tale minaccia può essere in via eccezionale «provata qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti [...] raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la detta minaccia». Per un primo commento al caso, CASTELLANETA, *Basta l'esistenza di una violenza indiscriminata per dimostrare il pericolo in caso di rimpatrio*, in *Guida al diritto*, n. 11, 14 marzo 2009, p. 78 ss.

<sup>29</sup> TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 644.

protezione internazionale riguardo a rischi ulteriori rispetto a quelli coperti dalla Convenzione di Ginevra e dalla Convenzione europea dei diritti umani»<sup>30</sup>.

A ben vedere, un corretto raccordo tra le norme di diritto materiale dell'Unione e quelle specificamente poste a presidio dei diritti umani, sia di derivazione interna che internazionale, dovrebbe indirizzare l'interprete verso conclusioni leggermente diverse, proprio sotto il profilo della discrezionalità interpretativa. Sia consentito al riguardo ricordare l'importanza rivestita dal metodo della «sussidiarietà costituzionale» (o al rialzo) sancita dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, che richiama altresì gli Stati a salvaguardare il livello più elevato di protezione, ivi compreso quello garantito dalla Costituzione dello Stato in cui sorge la controversia<sup>31</sup>.

Invero, nell'ottica indicata, ci sembra di poter affermare che l'obbligo del giudice interno di interpretare il diritto nazionale in modo da garantire il pieno raggiungimento del risultato voluto dalle direttive comunitarie, alla stregua della nozione di protezione sussidiaria fornita dalla Corte di Giustizia nella pronuncia *Elgafaji*, concretizza, se si pone l'accento più che sul piano formale su quello dell'effettività nel godimento del diritto, una tutela equiparabile, quanto meno «im wesentlichen»<sup>32</sup>, al contenuto essenziale del diritto garantito dall'art. 10, 3° comma, Cost.; quasi che la più volte menzionata direttiva, nell'interpretazione offertane in questa importante sentenza, consenta, per così dire, il reingresso per il tramite dell'ordinamento comunitario di un *quid pluris* nel contenuto della tutela di questi soggetti che si può considerare assimilabile a quello del precetto costituzionale.

Sicché, in una prospettiva più generale, il caso *Elgafaji* può essere annoverato tra i primi esempi, per quanto concerne strettamente la tutela degli stranieri bisognosi di protezione internazionale, di un processo che

<sup>30</sup> ADINOLFI, *Riconoscimento*, cit., p. 686.

<sup>31</sup> «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione» dal diritto dell'UE, dal diritto internazionale, dalla CEDU, e «dalle Costituzioni degli Stati membri». La centralità della disposizione in parola, è stata ribadita dal Parlamento europeo in una recente Risoluzione (*Résolution du Parlement européen du 14 janvier 2009 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne 2004-2008* (2007/2145(INI)), P6\_TA (2009)0019) nella quale è definita «essentiel dans le perspective du développement du droit de l'Union». Nella risoluzione si afferma tra l'altro «[...] que les États membres ne peuvent arguer du fait que la Charte offrirait un niveau de protection plus faible pour certains droits que les garanties offertes dans leur propre Constitution pour abaisser le niveau de ces dernières» (par. 6).

<sup>32</sup> Così il Bundesverfassungsgericht nella nota decisione *Solange II*, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 73, p. 378 ss., p. 387.

potremmo definire di *osmosi* di materiali normativi in forma biunivoca, il cui esito appare suscettibile di riconfigurare continuamente la struttura degli stessi<sup>33</sup>.

In determinati settori, tra cui quello dell'immigrazione, l'impatto ultimo della giurisprudenza della Corte europea di Giustizia e della Corte europea dei diritti umani provocherebbe, secondo alcuni Autori, una sorta di *denazionalizzazione* del diritto Costituzionale, «a dynamic form of constitutionalism beyond the state». In virtù di tale processo «[...] the set of normative and political commitments embodied in the agreements are debated, interpreted, and ultimately reintroduced into national legal orders, triggering a process of reopening, reconsideration, and justification of local practices»<sup>34</sup>.

Tale interpretazione sembrerebbe, trovare conferma dall'esame degli interventi più recenti ad opera, ancora una volta, della Cassazione italiana. In una decisione a Sezioni unite<sup>35</sup>, ad esempio, utilizzando al meglio il principio dell'interpretazione conforme<sup>36</sup>, la Corte ha inteso precisare mediante ampi riferimenti all'art. 4, 3° comma, della direttiva 2004/83, nonché al decreto legislativo di recepimento<sup>37</sup> in che modo l'interessato debba dimostrare i fatti alla base della sua richiesta di protezione, e qual sia il ruolo svolto dai giudici (ma prima ancora dalla Commissione Territoriale) nell'accertamento di tali fatti. Nella sua ricostruzione la Corte non ha attribuito solo allo straniero il compito di presentare gli elementi necessari per l'ottenimento della protezione internazionale<sup>38</sup>: alla Commissione competente, e poi eventualmente al giudice,

<sup>33</sup> Ad ulteriore conferma di quanto affermiamo, v. anche la recente ordinanza a Sezioni unite della Cassazione n. 19393 del 13 gennaio 2009, depositata il 22 settembre 2009, che interviene sul tema ribadendo l'importanza del principio della «attenuazione dell'onere della prova richiesto dalla direttiva 2004/83».

<sup>34</sup> DE BÚRCA, GERSTENBERG, *The Denationalization of Constitutional Law*, in *Harvard Int. Law Journal*, 2006, p. 258.

<sup>35</sup> Sent. n. 27310, 21 ottobre 2008.

<sup>36</sup> La direttiva in parola è entrata in vigore nelle more del giudizio di appello e il termine per il suo recepimento è intervenuto in un momento successivo alla pronuncia della sentenza impugnata.

<sup>37</sup> Si tratta dell'art. 3 del decreto legislativo n. 251 del 19 novembre 2007, in *G.U.* 4 gennaio 2008 n. 3.

<sup>38</sup> Allo straniero richiedente asilo si riconosce nella sentenza in parola «un limitato e attenuato onere probatorio in ragione del ridotto grado di disponibilità delle prove» e «tenendo conto delle difficoltà determinate da un allontanamento sovente forzato e segreto, tali da rendere normalmente necessario il ricorso allo strumento presuntivo» Tuttavia, secondo la Corte, non è sufficiente «il richiamo al notorio circa la situazione politico-economica di dissesto del paese di origine o circa la persecuzione nei confronti di non specifiche etnie di appartenenza». Ne consegue che «il richiedente deve provare, quanto

«spetta il compito di *cooperare*» nell'accertamento della situazione del richiedente. Ne deriva «una forte valorizzazione dei poteri istruttori ufficiosi» dell'autorità giudicante, tenuta ad acquisire «*anche d'ufficio* le informazioni necessarie a conoscere l'ordinamento giuridico e la situazione politica del paese di origine»<sup>39</sup>.

In definitiva, il *favor* nei confronti dell'individuo bisognevole di protezione ma non in grado di accedere allo status di rifugiato, espresso nella pronuncia *Elgafaji*, e le sue possibili ricadute positive nell'ordinamento italiano non devono, a nostro parere, essere sottovalutati, data la possibilità di recuperi tangibili dell'area di tutela degli asilanti per effetto dell'entrata in vigore di norme extra-ordinamentali, suscettibili in certi casi, in virtù dell'introduzione di nuovi istituti, di rivitalizzare, quanto meno indirettamente e in via fattuale, quelli più tradizionali. Torneremo sul punto in sede di conclusioni.

#### 4. Gestione dei flussi migratori e politica dei respingimenti

Dopo aver disegnato, ancorché sinteticamente, alcuni dei tratti assunti dalla disciplina per effetto delle dinamiche cui si è fatto cenno, almeno con riguardo ai primi segnali disponibili offerti dalla Corte di Giustizia e dalla Corte di Cassazione italiana, intendiamo ora di dedicare qualche riflessione alla «politica dei respingimenti», con ogni probabilità il punto più basso di una parabola che descrive la *policy* governativa in ordine alla gestione dei flussi migratori.

La questione dei respingimenti verrà affrontata conformemente al metodo di indagine secondo cui, una più proficua comprensione degli effetti provocati da un «*international incident*» sull'assetto di una determinata disciplina può essere conseguita più che cercando di stabilire correlazioni in termini di (in)compatibilità tra le fattispecie in questione e le valutazioni che le molteplici norme applicabili ad esse annettono, indagine che esula dagli scopi del presente lavoro, analizzando altresì i fatti con particolare riguardo al contegno tenuto dalle «*functional elites whose behavior determined the outcome*» e costruendo su questa base «*inferences about International law*»<sup>40</sup>. Senza dunque un adeguato sforzo di

meno in via presuntiva, il concreto pericolo cui andrebbe incontro con il rimpatrio, con preciso riferimento all'effettività e all'attualità del rischio».

<sup>39</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>40</sup> In questi termini la proposta metodologica di REISMAN, *International Incidents: Introduction to a New Genre in the Study of International Law*, in *Yale Journal of Int. Law*, 1984, pp. 1-20, riprodotto in *International Incidents. The Law that Counts in World*

contestualizzazione la stessa comprensione degli episodi recenti risulterebbe, a nostro avviso, fortemente penalizzata.

Sicché le radici per così dire «ideologiche» dei respingimenti verso la Libia, non vanno ricercate nei fatti dell'estate del 2009 ma più indietro, nell'ambito di un disegno ormai giunto in questi mesi alla sua più brutale esplicitazione.

Altrove – sulla base di fattori quali, ad esempio, l'effetto delle dinamiche restrittive nella tutela dei diritti umani dopo i fatti dell'11 settembre 2001 e le proposte avallate dal nostro Paese in ambito europeo per rafforzare il contrasto all'immigrazione clandestina – avevamo rilevato come questa tendenza stesse conducendo, in via di fatto, alla «erosione dell'elemento territoriale dell'asilo», e ne individuavamo il momento qualificante nello sforzo di «spostare in avanti il confine esterno dell'Unione» al fine di limitare i flussi migratori in entrata<sup>41</sup>.

Ricordiamo anzitutto che già nella sua accezione internazionalistica l'istituto del respingimento trova la sua *raison d'être* – in virtù della quale va tenuto distinto dall'espulsione e dall'allontanamento –, nella circostanza che la sua attuazione tende, da un punto di vista logico e temporale, ad *evitare in radice* l'instaurazione di un effettivo contatto dello straniero con il territorio dello Stato<sup>42</sup>. Si può concordare, dunque, con la tesi che tende ad assimilarlo ad una mera attività di carattere «materiale» dell'autorità di pubblica sicurezza, in quanto caratterizzato dall'inde-

*Politics* (a cura di Reisman, Willard), Princeton, 1988, p. 15. In sintesi, la tecnica esplorativa in oggetto consente all'interprete, secondo tale Autore, di disporre di «more reliable barometers of prevailing conceptions of law and the realities of the applications of norms. Increased realism may aid [...] those attempting to identify pathological features of the international legal system in order to develop alternatives» (ivi, loc. ult. cit.). V. anche WILLARD, *Incidents. An Essay in Method*, in *International Incidents* (a cura di Reisman, Willard), cit., p. 25 ss.

<sup>41</sup> V. il nostro *Verso l'erosione dell'elemento territoriale dell'istituto dell'asilo nel diritto internazionale?*, in *Le migrazioni* (a cura di Leanza), cit., p. 291. In estrema sintesi, avevamo osservato come il fulcro dell'azione organizzata degli Stati tenda rapidamente a concentrarsi sull'assistenza umanitaria *in loco* ogni qual volta una crisi suscettibile di generare massicci spostamenti di profughi (anche quelle che un tempo sarebbero state considerate di natura interna) sia in atto o imminente. Contestualmente, si è assistito alla predisposizione nel giro di pochi anni di un embrionale regime di tutela per le cosiddette *internally displaced persons*, predisposto sotto l'egida di vari organismi delle Nazioni Unite. Sul punto, già HAKATA, *Vers une protection plus effective des «personnes déplacées» à l'intérieur de leur propre pays*, in *Revue général de droit int. public*, 2002, p. 619; PHUONG, *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge, 2004.

<sup>42</sup> Cfr. CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p. 9 (peraltro utilizzando il termine, ormai in disuso, di repulsione).

terminatezza delle modalità di esecuzione e dalla scarsa effettività delle forme di tutela giurisdizionale<sup>43</sup>

Nella prospettiva indicata andrebbe preliminarmente fatto riferimento alle operazioni condotte dalle Autorità italiane negli ultimi mesi del 2004 (per la precisione dal 29 settembre al 2 ottobre 2004), allorché in risposta all'intensificazione nell'isola di Lampedusa degli sbarchi di migranti provenienti dalla Tunisia e dalla Libia, con conseguente grave sovraccarico delle strutture dell'isola, fu deciso di procedere all'immediato rimpatrio degli immigrati attraverso un ponte aereo con la Libia<sup>44</sup>. In tali episodi si scorgono le prime tracce rivelatrici di uno *shift* concettuale intorno al quale l'Esecutivo ha progressivamente adeguato il proprio indirizzo politico in materia.

Si tratta di un cambio di paradigma che affonda le radici in una indimostrata equazione di partenza<sup>45</sup>, secondo cui l'immigrazione irregolare via mare costituisce una grave minaccia all'ordine pubblico. Di qui, quasi come una forma di sintesi consequenziale di due impulsi convergenti, il dichiarato obiettivo prioritario di pervenire all'azzeramento dell'immigrazione via mare.

Una significativa manifestazione di quanto andiamo affermando si rinviene proprio esaminando gli atti parlamentari di quel periodo. Nella informativa sulle modalità di rimpatrio degli immigrati sbarcati nell'isola di Lampedusa resa in Parlamento nell'ottobre del 2004 dal Ministro dell'interno, gli sbarchi furono interpretati come il frutto di un «disegno preordinato» configurante «un vero e proprio assalto organizzato alle nostre coste». In particolare, il Ministro affermò che: «Quella che rischiava

<sup>43</sup> CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà fondamentali*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 817.

<sup>44</sup> Secondo quanto riferito in Parlamento dallo stesso Ministro dell'interno, nel giro di una settimana furono trasferite in Libia 1153 persone su un totale di 1787 arrivi. *Camera dei Deputati, Informativa urgente in ordine alle modalità del rimpatrio degli immigrati sbarcati nell'isola di Lampedusa*, Intervento del Ministro dell'interno, seduta dell'8 ottobre 2004. Cfr. anche *Senato della Repubblica, XIV Legislatura, Resoconto stenografico della 675ª Seduta*, 14 ottobre 2004, p. 4.

<sup>45</sup> Osserva PALMISANO, *Il contrasto al fenomeno dei migranti clandestini dal punto di vista del diritto internazionale*, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali* (a cura di Benvenuti), 2008, p. 76, «[S]arebbe poco corretto e fuorviante presentare il traffico di esseri umani come l'aspetto cruciale [...] nazionale o internazionale dei flussi migratori. Nondimeno [...] viene avvertito [...] come una vera e propria emergenza sia sul piano dell'ordine pubblico, sia su quello socio-economico». Certe iniziative sono giudicate da alcuni tecnici del settore addirittura controproducenti: v. SALAMONE, *La disciplina giuridica transnazionale dell'immigrazione clandestina via mare*, in *Il diritto marittimo*, 2007, p. 70 ss. V. anche le considerazioni del Rapporto presentato il 22 dicembre 2004 dal Gruppo di esperti sulla tratta degli esseri umani nominato dalla Commissione, disponibile sul sito ec.europa.eu.

di essere una vittoria dei trafficanti può invece diventare una importante tappa di avvicinamento al vero obiettivo, che è l'azzeramento o, quanto meno, la drastica riduzione dell'immigrazione clandestina via mare e dei rischi che essa comporta per gli immigrati, per l'ordine pubblico e per la sicurezza nazionale». E subito dopo aggiunge: «Naturalmente, sappiamo bene che questa forma rappresenta, tutt'al più, il 15 per cento del flusso totale di immigrazione clandestina e che, di conseguenza, anche quando l'avremo sostanzialmente eliminata ci troveremo ancora di fronte il grosso del problema della immigrazione clandestina»<sup>46</sup>. L'ultima parte della relazione parlamentare evidenzia un dato reale del fenomeno migratorio<sup>47</sup>, di cui non si troverà più traccia a commento di episodi analoghi. «Il controllo delle frontiere è uno dei simboli della sovranità nazionale, che in tempi di incertezza generalizzata», come da altri osservato, «viene caricato di significati e di attese ... Tenere sotto i riflettori gli sbarchi consente di concentrare gli sforzi su un segmento limitato e relativamente controllabile della questione, disegnando un'immagine di fermezza e lasciando in ombra gli aspetti meno confessabili e più difficili da contrastare»<sup>48</sup>.

In particolare i respingimenti via mare, nella misura in cui consentono di evitare in radice o rendere complessa l'attuazione di qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale, diventano «a useful way to address problems of mixed flows»<sup>49</sup>.

Merita osservare che le modalità di attuazione dei rimpatri del 2004 sono state oggetto di ricorso innanzi alla Corte europea dei diritti umani<sup>50</sup>. La pronuncia sul caso, ottenuta dopo che il Collegio aveva provveduto ad inoltrare, sulla base dell'articolo 49 del proprio regolamento, una

<sup>46</sup> *Camera dei Deputati, Informativa urgente*, cit.

<sup>47</sup> Invero, l'immigrazione irregolare più consistente attraversa le frontiere terrestri in modo regolare per lo più servendosi di visti turistici (spesso ottenuti attraverso addetti consolari compiacenti). «L'immigrazione via mare rappresenta solo un 10 per cento rispetto a quella che avviene attraverso i confini terrestri (il 15 per cento) e a quella costituita dai c.d. *overstayers*, il 75 per cento circa, ossia da coloro che, entrati regolarmente nel nostro Stato, vi permangono anche dopo la scadenza del visto o dell'autorizzazione al soggiorno». Così PANSÀ, *Politiche comunitarie dell'immigrazione e sicurezza delle frontiere nel Mediterraneo*, relazione tenuta in occasione della Conferenza europea sulla cooperazione giudiziaria e sul mandato di arresto europeo, Palermo, 24 giugno 2005, disponibile sul sito [www.poliziadistato.it](http://www.poliziadistato.it).

<sup>48</sup> AMBROSINI, *L'immigrato che venne dal mare*, *Lavoce.info-newsletter*, 6 luglio 2009, disponibile sul sito [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info).

<sup>49</sup> *Ministerial Meeting of States Parties to the 1951 Convention*, cit.

<sup>50</sup> Un gruppo di immigrati giunti a Lampedusa e respinti ha lamentato la violazione degli artt. 2, 3, 13 e 34 della Convenzione e dell'art. 4 del Protocollo n. 4. *Hussun e altri c. Italia* (ricorsi n. 10171/05, 10601/05, 11593/05 e 17165/05).

formale richiesta al Governo italiano di fornire informazioni concernenti le procedure poste in essere per l'identificazione personale di ciascun richiedente e lo sviluppo attuale delle stesse, solleva perplessità, basandosi in parte su vizi formali (alcuni ricorsi sono stati firmati – secondo una perizia grafologica – da una stessa persona) in parte sulla circostanza che «les représentants ont perdu tout contact avec l'ensemble de ces requérants», sicché «il est en effet impossible d'approfondir la connaissance d'éléments factuels concernant la situation particulière de chaque requérant»<sup>51</sup>.

I giudici di Strasburgo, ai sensi dell'articolo 37 della Convenzione, hanno ritenuto di dover cancellare il ricorso dal ruolo<sup>52</sup>. Probabilmente, essi avrebbero potuto assumere nel caso di specie un atteggiamento più *future-oriented*, e affrontare, almeno in parte, il merito della questione – visto, tra l'altro, che a breve la Corte sarà chiamata a confrontarsi con questioni simili<sup>53</sup> –, se non altro al fine di evitare o almeno ridurre nei riguardi dell'Italia il rischio di incorrere in una violazione della Convenzione per aver posto in essere condotte che, *prima facie*, sembrano incompatibili con gli obblighi derivanti dalla Convenzione di garantire una tutela effettiva dei diritti dell'uomo. Un orientamento nel senso indicato sarebbe potuto discendere dal ricorso alla disposizione contenuta nella seconda metà del medesimo articolo: «In ogni momento della procedura, tuttavia, la Corte prosegue l'esame del ricorso qualora il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli lo imponga»<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> «Notamment, en ce qui concerne les requérants expulsés», prosegue la Corte, «il n'est pas donné à la Cour d'acquérir des renseignements concernant, d'une part, le lieu où, en Libye, ces requérants ont été renvoyés et, d'autre part, les conditions d'accueil de ceux-ci de la part des autorités libyennes». Valgano in proposito le pertinenti osservazioni di FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, disponibile sul sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it): «Risulta raccapricciante che il Governo non sia stato in grado di riferire sulla loro sorte: se siano stati espulsi, respinti, trattenuti o rilasciati... Come è noto, gli Stati parti della CEDU sono responsabili di fronte alla Corte anche quando si tratti di allontanamento verso uno Stato nel quale vi è un serio rischio di violazione di un diritto sancito dalla Convenzione [...] E quale responsabilità è quella di uno Stato che dichiara di non sapere cosa sia accaduto a trentacinque persone?».

<sup>52</sup> Ciò è possibile quando le circostanze permettono di concludere che il ricorrente non intende più mantenerlo; oppure che la controversia è stata risolta; oppure che per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, la prosecuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata.

<sup>53</sup> Ricorso n. 27765/09 presentato il 26 maggio 2009.

<sup>54</sup> Nella giurisprudenza italiana vi è un precedente costituito dalla sentenza resa dal Tribunale di Roma relativa alla richiesta di asilo avanzata dall'esponente politico curdo Abdullah Oçalan. In quella decisione, la circostanza di doversi pronunciare quando

### 5. Segue: le operazioni di interception

È questa dunque la cornice di fondo in cui vanno inserite le operazioni che hanno preso il via a partire dal maggio 2009<sup>55</sup>. Il disegno prefigurato di realizzare lo spostamento in avanti delle frontiere dell'Unione quanto ai controlli sull'immigrazione irregolare, trova qui realizzazione, «in forme particolarmente aggressive»<sup>56</sup>, mediante atti, quali i respingimenti via mare, che presentano caratteristiche parzialmente diverse da quelle illustrate nel corso del precedente paragrafo<sup>57</sup>.

Come affermato in precedenza, non rientra tra gli scopi della presente indagine – finalizzata a fornire spunti di riflessione su alcune delle dinamiche che incidono sull'attuale assetto del regime di protezione dei ri-

l'attore da tempo non era più in territorio italiano fu considerata irrilevante e non idonea a produrre l'effetto di rendere la domanda inammissibile per difetto di collegamento con il territorio dello Stato. Tribunale di Roma sent. del 1-4 ottobre 1999, *Abdullah Oçalan v. Repubblica italiana*, in *Dir. imm.*, 1999, n. 3, p. 101. Cfr. PISILLO MAZZESCHI, *Il Caso Oçalan. Profili di Diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 1999, p. 364; V. anche il nostro commento in *The Italian Yearbook of Int. Law*, IX, 1993-1999, p. 157.

<sup>55</sup> Per la ricostruzione dei fatti si veda A. S., XVI Legislatura, *Informativa del Ministro dell'interno su questioni connesse all'immigrazione*, Seduta del 25 maggio 2009, res. somm. e sten. (da ora in poi *Informativa del Ministro*).

<sup>56</sup> GROSSO, *I respingimenti in mare: quando i governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. XV.

<sup>57</sup> Nella terminologia mutuata da alcuni Paesi di diritto anglosassone tali operazioni sono definite di *interception*. Sebbene non abbia una collocazione giuridica precisa nell'ordinamento internazionale, tale nozione viene frequentemente utilizzata in contesti diversi (spesso anche con il sinonimo di *interdiction*, peraltro meno usato dalle organizzazioni umanitarie in quanto considerato non neutrale). In proposito, si può fare riferimento ad un documento elaborato alcuni anni fa dal Comitato esecutivo dell'Unhcr. Dopo aver precisato che «its meaning has to be derived from an examination of past and current State practice» il Comitato esecutivo ha affermato che «interception is defined as encompassing all measures applied by a State, outside its national territory, in order to prevent, interrupt or stop the movement of persons without the required documentation crossing international borders by land, air or sea, and making their way to the country of prospective destination» Cfr. *Executive Committee of the High Commissioner's Programme Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, EC/50/SC/CRP.17, 9 giugno 2000. V. *ex multis*, PALLIS, *Obligation of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, in *Int. Journal of Refugee Law*, 2002, p. 329; VON HEINEGG, *The Legality of Maritime Interception/Interdiction Operations Within the Framework of Operation Enduring Freedom*, in *Int. Law Studies*, 2003, p. 255; MILTNER, *Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception*, in *Fordham Int. Law Journal*, 2006, p. 75; JIMENEZ KWAST, *Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction in an International Legal Perspective*, in *Netherlands Yearbook of Int. Law*, 2007, p. 163; TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2008, p. 205.

chiedenti asilo – effettuare una puntuale ricostruzione dei principi e delle norme che potenzialmente presentano profili di incompatibilità con le fattispecie in esame<sup>58</sup>. Procederemo perciò a qualche breve valutazione di carattere generale, da intendersi come funzionale ai rilievi che saranno svolti nelle conclusioni.

La lunga sequenza di operazioni di *interception* per effetto delle quali dal maggio al settembre 2009 oltre 13000 immigrati diretti verso l'Italia sono stati intercettati in acque internazionali e respinti a bordo di navi italiane verso la Libia<sup>59</sup>, integra gli estremi di un illecito imputabile all'Italia nella misura in cui, come già accaduto nel 2004<sup>60</sup>, in una situazione in cui le autorità italiane esercitavano la loro giurisdizione<sup>61</sup>, è stata

<sup>58</sup> Ma v. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 800; TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2009, p. 591; TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, *ibid.*, p. 591; BENVENUTI (M.), *Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, disponibile sul sito [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>59</sup> Dati diffusi in un comunicato stampa del *Consiglio italiano per i rifugiati* il 14 settembre 2009, disponibile sul sito [www.cir-onlus.it](http://www.cir-onlus.it).

<sup>60</sup> Cfr., ad esempio, il comunicato del *Consiglio italiano per i rifugiati* del 4 ottobre 2004, «Respingimenti di massa da Lampedusa: calpestato il diritto di chiedere asilo»; il comunicato n. CS135-2004 del 7 ottobre 2004 di *Amnesty international*; quello dell'8 ottobre 2004 dei *Giuristi Democratici* sui *Respingimenti verso la Libia dei migranti sbarcati a Lampedusa*; l'intervento del Commissario per i Diritti umani del Consiglio d'Europa seguito alla sua visita in Italia, per il quale: «Pur essendo innegabile che i paesi hanno non solo il diritto, ma il dovere di controllare efficacemente gli ingressi sul loro territorio, è essenziale che le misure adottate in tal senso garantiscano ai nuovi arrivati un accesso alle procedure di asilo e un trattamento degno e umano, dal loro ingresso, fino al loro eventuale respingimento». Comm. DH(2005)9, 14 dicembre 2005, par. 126, disponibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>61</sup> L'art. 4 del Codice della navigazione, prevede che «le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano». Più in generale, nel caso *Issa and Others v. Turkey*, n. 31821/96, 30 marzo 2005, la Corte europea dei diritti umani ha ribadito che: «the concept of “jurisdiction” within the meaning of Article 1 of the Convention is not necessarily restricted to the national territory of the High Contracting Parties» dato che: «in exceptional circumstances the acts of Contracting States performed outside their territory or which produce effects there (“extra-territorial act”) may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention» (par. 68. V. già *Loizidou v. Turkey*, 8 dicembre 1996, par. 52). La Corte ha poi ulteriormente specificato (par. 71) che: «Moreover, a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State [...] Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of an-

sottratta ai migranti respinti la possibilità di accedere liberamente alle procedure di eleggibilità alla protezione internazionale.

Si può individuare, infatti, un «contenuto minimo» del c.d. diritto d'asilo di origine prevalentemente convenzionale che, prima ancora che imponga in capo agli Stati precisi obblighi materiali di tipo positivo in ordine alla concessione del beneficio, non consente loro comportamenti che possano costituire una limitazione della libertà di accesso alle procedure, a meno di non svuotare di significato la partecipazione alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati<sup>62</sup>. Analogamente e in conformità ai dettami della Convenzione europea dei diritti umani e degli altri strumenti internazionali di protezione dei diritti umani che contengono previsioni dello stesso tenore, agli Stati è fatto divieto di tenere contegni il cui potenziale effetto sia quello di comprimere, attraverso atti di *refoulement*,

other State, which it could not perpetrate on its own territory» (*ibid.*). Sul punto, che non può essere sviluppato in questa sede, v. già le utili riflessioni di DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

<sup>62</sup> Il Comitato Esecutivo dell'Unhcr ha ribadito in numerose occasioni che il rispetto del principio del divieto di *refoulement*, contenuto nell'art. 33 della Convenzione sui rifugiati del 1951, «includes no rejection at frontiers without access to fair and effective procedures for determining their status and protection needs». Cfr. ad es. *Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Conclusion on International Protection*, No. 85 (XLIX) – 1998, lettera (q). Sempre secondo il medesimo organismo, il principio deve restare di stretta applicazione anche nelle operazioni di «interception at sea». Cfr. il documento *Global Consultation on International Protection, Background Note on The Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea*, 18 marzo 2002.

Come afferma PLENDER: «The right to advance a claim has little practical content if States are entirely at liberty to determine, in their absolute discretion, how that claim must be advanced and how it may be considered. One must be cautious in asserting that international law imposes limitations on the freedom of States to select the appropriate procedure for the determination of claims, according to their own conditions and in view of their own legal systems; but it appears possible to identify some minimal restrictions on the latitude enjoyed by States in this matter...». PLENDER, *The Present State of Research Carried out by the English Speaking Section of the Centre for Studies and Research*, in *Academie de droit international de La Haye, Le droit d'asile/The Right of Asylum*, Leiden-Boston, 1990, p. 82. L'autore identifica un obbligo di istituire una procedura di eleggibilità che dovrebbe garantire che la disamina delle domande sia «impartial and equitable». Pertanto, una forma di «semi-judicial machinery should be created, with appropriate constitution, procedure and terms of reference».

In un *dictum* reso in un caso simile a quelli qui in esame dalla Commissione interamericana dei diritti umani, relativo alle operazioni di *push-back* operate dagli Stati uniti nei confronti dei «boat-people» provenienti da Haiti, la Commissione, accertando che tale condotta aveva comportato una violazione della Convenzione interamericana sui diritti umani, affermò: «The Commission finds that the United States summarily interdicted and repatriated Haitian refugees to Haiti without making an adequate determination of their status, and without granting them a hearing to ascertain whether they qualified as "refugees"». *Haitian Center for Human Rights e a. c. United States of America*, caso 10.675, 13 marzo 1997.

direttamente o indirettamente, il godimento dei diritti contemplati in tali Convenzioni. Nelle situazioni di *mixed flows*<sup>63</sup>, nelle quali non è certo da escludere la presenza di soggetti in possesso dei requisiti per ottenere una qualche forma di protezione, il rispetto di questo contenuto procedurale minimo assume una fondamentale rilevanza, essendo i richiedenti asilo per definizione sprovveduti di protezione da parte dello Stato di cittadinanza in caso di abusi<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> V. *supra*, nota 4.

<sup>64</sup> *Amplius* sul punto PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 695. Per questo motivo la tesi difensiva del Governo italiano (v. il doc. CPT/inf (2010)15 del 28 aprile 2010) fornita in risposta ai gravi rilievi mossi in un rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti del Consiglio d'Europa (CPT), in base alla quale non vi sarebbe stato alcun illecito nelle contestate operazioni di respingimento perché non vi sarebbe stata esplicita richiesta di protezione da parte dei diretti interessati, non ha convinto gli ispettori del Comitato. Nel rapporto si afferma perentoriamente (v. il par. 30) che: «As a result of the principle of *non-refoulement*, States are obliged to screen intercepted migrants with a view to identifying persons in need of protection, assessing those needs and taking appropriate action» e che: «the absence of an explicit request for asylum does not necessarily absolve the Italian authorities of their *non-refoulement* obligations under Article 3 of the ECHR. This is particularly the case when [...] the persons concerned are not in a position to express such a request [...] persons surviving a sea voyage were clearly not in a condition in which they should be expected to declare their wish to apply for asylum. In particular, such persons were often dehydrated, physically and mentally exhausted and their sole preoccupation at the time of rescue was to be brought to safety» (par. 32). La difesa in parola è stata altresì smentita dalle indagini svolte dal CPT in cui tra l'altro è stato accertato che «[...] between May and July 2009, out of the 632 boat returnees screened by the UNHCR, 97 were found to be seeking international protection. As regards, more particularly, a push-back operation on 30 August 2009, the UNHCR has stated that Somali migrants on the intercepted boat had expressed their wish to apply for asylum to Italian military officials» (CPT/Inf (2010)14, 28 aprile 2010, par. 13). Entrambi i documenti citati sono disponibili sul sito [www.cpt.coe.int](http://www.cpt.coe.int).

Ricordiamo in proposito anche il considerando n. 13 della direttiva 2005/85/CE del 1 dicembre 2005: «Ai fini di una corretta individuazione delle persone bisognose di protezione in quanto rifugiati a norma dell'articolo 1 della Convenzione di Ginevra, è opportuno che, fatte salve talune eccezioni, ciascun richiedente abbia un accesso effettivo alle procedure, l'opportunità di cooperare e comunicare correttamente con le autorità competenti per presentare gli elementi rilevanti della sua situazione nonché disponga di sufficienti garanzie procedurali per far valere i propri diritti in ciascuna fase della procedura». In senso analogo, la comunicazione della Commissione al Consiglio del 30 novembre 2006 dal titolo: *Rafforzare la gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea*, COM(2006)733 def., (par. 10): «Poiché l'immigrazione irregolare via mare alle frontiere esterne marittime meridionali dell'Unione europea è un fenomeno misto, comprendente al tempo stesso immigranti illegali che non richiedono particolare protezione e rifugiati che necessitano di protezione internazionale, la risposta dell'Unione va orientata di conseguenza. L'asilo deve costituire un elemento di rilievo di tale risposta e un'opzione efficace per le persone che necessitano di protezione internazionale. A tale scopo, occorre assicurare che gli Stati membri applichino con coerenza ed efficienza gli obblighi di protezione, per quanto riguarda l'intercettazione e il salvataggio in mare di

La tesi qui accolta sembra essere condivisa dalla Procura della Repubblica di Siracusa, che in riferimento ad un'operazione di *push-back* effettuata la notte tra il 30 e il 31 agosto 2009<sup>65</sup> ha rinviato a giudizio due alti esponenti delle Forze dell'ordine con l'accusa di aver ricondotto «in territorio libico, contro la loro palese volontà 75 stranieri, non identificati, alcuni sicuramente minorenni». In particolare, attraverso una «condotta violenta [...] con abuso delle rispettive qualità di pubblici ufficiali [...] e in aperto contrasto con le norme di diritto interno e di diritto internazionale recepite nel nostro ordinamento» fu «impedito loro l'accesso effettivo alle procedure di tutela dei rifugiati e più in generale di avvalersi dei diritti loro riconosciuti in materia di immigrazione»<sup>66</sup>.

#### 6. Primi risultati dell'indagine

La valutazione che consegue ad una disamina del modo di essere e dei contenuti in cui, allo stato, trova garanzia sul piano pratico la tutela dei richiedenti asilo, presenta, come si è tentato di mostrare, elementi contrastanti e segnali non univoci. Avendo anzitutto riguardo a dati forniti da recenti decisioni giurisprudenziali, abbiamo visto come l'interpretazione resa in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia nel caso *Elgafaji* può rappresentare un'importante precedente che, in piena applicazione dell'istituto della protezione sussidiaria introdotto dalla direttiva 2004/83, dovrebbe consentire (si badi, *in via di fatto*) un certo recupero di quei margini di tutela che, con riguardo alla prassi italiana, gli orientamenti della Cassazione su cui ci siamo brevemente soffermati sembravano voler circoscrivere.

D'altro canto, le operazioni di interdizione dei migranti via mare

persone che possano necessitare di protezione internazionale e la sollecita identificazione di queste persone dopo lo sbarco, presso i luoghi di accoglienza».

Secondo, infine, quanto statuito di recente dalla Cassazione, sent. n. 26253, 15 dicembre 2009, «l'assenza di alcuna formalità nella proposizione della istanza e di alcun obbligo della allegazione di documentazione a sostegno (chiare essendo le previsioni del d.P.R. 303 del 2004 e dei vigenti decreti 251 del 2007 e 25/159 del 2008), determinano nell'Autorità esaminante l'obbligo di *svolgere un ruolo attivo nella istruzione della domanda*» (corsivo nostro).

<sup>65</sup> V. nota precedente.

<sup>66</sup> Corsivo aggiunto. Il comunicato stampa è disponibile sul sito: [www.ansa.it/web/notizie/rubriche/cronaca/2010/04/22/visualizza\\_new.html\\_1765342675.html](http://www.ansa.it/web/notizie/rubriche/cronaca/2010/04/22/visualizza_new.html_1765342675.html). Appare interessante evidenziare come la Procura di Siracusa abbia sottolineato che «l'imputazione non concerne la cosiddetta "politica dei respingimenti", e non attiene alla legittimità in sé degli accordi sottoscritti tra l'Italia e la Libia» ma «al mancato rispetto della normativa italiana».

senza previamente effettuare un vaglio, ancorché *prima facie*, delle situazioni individuali, rappresentano un *vulnus* dell'ordinamento, nonché un indubbio segnale di involuzione che stride ancor più se posto in relazione alle menzionate tendenze giurisprudenziali recenti.

Ci siamo dunque interrogati sul sostrato di condotte finalizzate, come si è visto, ad impedire il radicamento della giurisdizione in situazioni nelle quali, a tacer d'altro, tale comportamento rischia di ingenerare una responsabilità per la violazione dei diritti contemplati dalla Convenzione europea per i diritti umani.

Non è facile alla luce di quanto osservato fin qui trovare una correlazione tra segnali così discordanti e tra orientamenti apparentemente inconciliabili. Senza dunque pretese di fornire una risposta esaustiva, proviamo ad avanzare qualche ipotesi interpretativa.

Il portato della Convenzione europea nella materia dell'ammissione e dell'allontanamento degli stranieri si contraddistingue per aver determinato una progressiva «erosione dell'autonomia procedurale»<sup>67</sup> degli Stati. Da questo punto di vista, la *policy* dei respingimenti può essere letta come una sorta di *reazione* di fronte all'espansione di una disciplina che si è progressivamente irrobustita, attraverso un processo per così dire *top-down*, proprio dal punto di vista in esame relativo cioè al consolidamento dei vincoli di natura procedurale incombenti sugli Stati.

Le norme in questione che, come abbiamo osservato, tendono a contenere l'autonomia statale, si sono altresì sviluppate e coagulate in gran parte nell'alveo dell'ordinamento internazionale. In taluni casi, dunque, esse possono essere avvertite quasi come il frutto di una «imposizione», dal momento che operano in un'area del diritto interno dove invece, come la vicenda dei respingimenti dimostra, restano ancora vive le tradizionali resistenze offerte dagli Stati ad accettare supinamente limitazioni nel proprio contegno. Con la conseguenza che se, da un lato le modificazioni in *pejus* provenienti da sentenze internazionali o scaturenti da interpretazioni restrittive di fonti extra-ordinamentali hanno una celere risonanza, i *trend* decisionali caratterizzati dall'estensione delle forme di tutela risultano lenti ed irti di ostacoli<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> FLAUSS, *Les nouvelles frontières du procès équitable*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996, p. 81; SAROLEA, *Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, p. 143.

<sup>68</sup> Risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali (v. *supra*, n. 31) rilevando «que la protection des droits fondamentaux implique des actions à plusieurs niveaux (international, européen, étatique, régional et local)», il Parlamento europeo «regrette que les États membres continuent à se soustraire à un contrôle au niveau de l'Union de leurs

## 7. Conclusioni

Dai dati offerti dalla prassi e sin qui rilevati si intravede la fisionomia di un regime normativo che, per la sua stratificazione nel tempo, in quanto frutto dell'interazione tra norme poste da ordinamenti diversi – e stante la menzionata caratteristica di lasciare agli Stati margini di discrezionalità operativa lentamente, ma progressivamente, più ridotti – sembra perfettamente conformarsi a dei tratti distintivi dell'odierna fase di sviluppo dell'ordinamento internazionale.

Come autorevolmente messo in evidenza, una delle principali caratteristiche assunte dalla «morfologia» attuale del diritto internazionale sembra proprio la crescente *procedimentalizzazione* e in molti campi, tra cui precipuamente l'asilo, la sovrapposizione dei livelli di regolamentazione (*regulatory layer*)<sup>69</sup>.

Senza per questo rimettere in causa l'esistenza di un ordine gerarchico tra le fonti, e nel permanere di procedimenti di produzione giuridica distinti, come distinte restano le rispettive garanzie di accertamento e di esecuzione<sup>70</sup>, il contenuto «vivente» di istituti di antica tradizione come l'asilo, la cui rilevanza – come abbiamo visto – perdura sia per l'ordinamento dell'Unione che per quello di ciascuno Stato membro, sembra riconfigurarsi e dispiegarsi attraverso una sorta di *osmosi* tra i diversi ordinamenti, o se si vuole di «transito di materiali»<sup>71</sup>, incoraggiata dagli apporti concorrenti di una pluralità di *conditores juris* operanti in ambiti diversi.

Abbiamo visto come tra gli esiti prodotti da tale processo vi sia, in ambito europeo, una ricerca di flessibilità nell'articolazione dei livelli di tutela dei richiedenti asilo, da valutare come una risposta funzionale alle mutate esigenze ordinamentali e sociali<sup>72</sup>.

propres politiques et pratiques en matière de droits de l'homme, et essaient de limiter la protection de ces droits à un cadre purement national, ce qui nuit au rôle actif joué par l'Union européenne dans le monde en tant que défenseur des droits de l'homme».

<sup>69</sup> WEILER, *The Geology of International Law. Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, p. 550.

<sup>70</sup> Per ulteriori riflessioni sul punto v. ad es. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006, p. 108 ss.; RADUCU, LEVRAT, *Le Métissage des ordres juridiques européens*, in *Cahiers de droit eur.*, 2007, p. 111 ss.

<sup>71</sup> RUGGERI, *Riconoscimento e tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, disponibile sul sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>72</sup> Data la particolare struttura delle norme sul diritto d'asilo, la cui interpretazione ultima, soprattutto per quanto concerne la Convenzione di Ginevra del 1951, è lasciata ai singoli Stati, l'indagine sullo sviluppo di tali apporti può essere ulteriormente arricchita

La compresenza di interessi diversi e spesso fortemente contrastanti, tuttavia, nell'attuazione di misure di garanzia dei diritti umani sul piano sostanziale, dovrebbe trovare una primissima forma di composizione, anche nelle circostanze in cui l'afflusso di immigrati sia più consistente<sup>73</sup>, proprio sul piano del riconoscimento procedurale delle stesse<sup>74</sup>. Come correttamente osservato, il «momento più delicato del sistema di protezione» è quello «che precede la presentazione della domanda»<sup>75</sup>.

Vale, in questo contesto, l'osservazione che «[l]aw, far from being authority battling against power, is the interlocking of authority with power»<sup>76</sup>. E invero, se la piena operatività dei meccanismi di protezione dei diritti umani, irrobustita dalle pronunce dei vari consessi internazionali, trova nell'ambito in oggetto la sua piena realizzazione *in primis* at-

laddove si prenda in rassegna l'uso del diritto degli altri Paesi membri ad opera dei giudici nazionali. Secondo LAMBERT, *Transnational Judicial Dialogue, Harmonizations and the common European Asylum System*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 519, nell'ambito di un dibattito «traditionally focused on a three-dimensional dialogue: between National judges and European judges [...], between European judges themselves, and between national judges of the different Member States» proprio quest'ultima dimensione, nonostante le implicazioni che può avere in ordine alla realizzazione di un «sistema comune europeo di asilo» (su cui v. già il quinto considerando del citato regolamento 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003), è stata finora la più trascurata.

<sup>73</sup> V. ad esempio un rapporto presentato all'Assemblea generale delle Nazioni Unite dal Comitato esecutivo dell'Unhcr sul tema *Protection of Refugees in Mass Influx Situations*, doc. A/AC.96/961, 27 giugno 2002. Tale documento, nella parte in cui si tratta il tema della «Prima facie determination on a group basis», secondo le osservazioni presentate dalle delegazioni statali evidenzia che: «Several States felt that individual processing to identify and exclude persons not deserving of international protection under the refugee instruments should begin as soon as possible after arrival» (par. 10).

<sup>74</sup> Il tema del rispetto delle garanzie procedurali, soprattutto con riguardo alle operazioni di *interception* qui in discussione è, con ogni evidenza, strettamente legato all'attuazione di un'altra fondamentale garanzia, ovvero l'accesso alla giustizia. Quest'ultimo principio si configura abitualmente come una «prerogativa esercitabile soltanto in seguito al perfezionamento dell'evento lesivo a danno del titolare di un diritto». Nella peculiare situazione degli stranieri asilanti il problema si pone diversamente: «[I]l richiedente asilo deve essere messo in condizione di usufruire di un mezzo di accesso alla giustizia anteriormente al verificarsi della violazione». In caso contrario, sarebbe «vanificata la *ratio* stessa dell'azione, posta in essere al fine di rivendicare» una prerogativa il cui scopo è proprio «di prevenire la lesione dei diritti fondamentali» dell'interessato. LENZERINI, *Asilo*, cit., p. 433: L'autore propende (v. p. 435) per l'attribuzione del carattere di norma consuetudinaria all'obbligo procedurale di fornire un rimedio effettivo in opposizione agli atti di respingimento. In senso analogo, PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Le migrazioni* (a cura di Leanza), cit., p. 383.

<sup>75</sup> ADINOLFI, *Riconoscimento*, cit., p. 695.

<sup>76</sup> Così HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, 1995, p. 4.

traverso il libero ed effettivo accesso alle procedure<sup>77</sup>, accade invece che anche le norme più garantiste, nonché i mezzi di tutela più raffinati posti a presidiarle, vengano disinnescati e resi innocui da contestate scelte di *governance* tese alla limitazione degli interessi, allo stato consentite da una perdurante, minuscola e residuale zona grigia nella regolamentazione della materia<sup>78</sup>, destinata con ogni probabilità ad essere colmata, forse ancora una volta attraverso gli interventi delle giurisdizioni nazionali ed internazionali.

Una prima soluzione al problema potrebbe consistere nell'estendere la possibilità di presentare la richiesta di protezione internazionale già a bordo delle navi, consentendo la partecipazione alle procedure di *screening* del personale delle Organizzazioni umanitarie<sup>79</sup>.

Peraltro, anche laddove, come prospettato da più parti<sup>80</sup>, i processi in via di svolgimento accertassero eventuali violazioni, resta comunque la necessità di por mano alle indispensabili riforme atte a consentire un rapido svolgimento dei procedimenti, la cui eccessiva durata comincia ad essere un problema non solo tipicamente italiano<sup>81</sup>.

Come amano ripetere i giuristi francesi, la procedura è sorella della libertà. L'Europa, che già storicamente «invented and led the way in regularly revising refugee law to meet new circumstances» ha oggi «an extraordinary opportunity to prove not only that it is firmly committed to respect for international refugee law obligations, but more important

<sup>77</sup> Tenendo presente le considerazioni svolte *supra*, nota 74. Nella stessa direzione, ancorché in contesti diversi da quelli qui in esame in LASSWELL, *The Bond Between Prescriptive Content and Procedure*, in *The Human Right to Individual Freedom* (a cura di Kutner), Coral Gables-Miami, 1970, p. 94 ss., e MCDUGAL *A Practicable Measure for Human Rights*, ivi, p. 91 ss. V. anche MARCHESI, *Diritto di asilo e procedure di riconoscimento del diritto di asilo. Brevi considerazioni*, in *Flussi migratori* (a cura di Benvenuti), cit., p. 167.

<sup>78</sup> «Queste azioni evidenziano comunque delle zone d'ombra nella normativa esistente [...] la situazione attuale permette agli Stati una maggiore discrezionalità nelle azioni di polizia in mare». TREVISANUT, *Immigrazione*, cit., p. 591.

<sup>79</sup> Va in questa direzione una proposta di legge, presentata dal Consiglio italiano per i rifugiati al Ministro degli esteri in data 7 gennaio 2010: «La domanda di asilo può essere presentata al momento dell'ingresso nel territorio dello Stato di fronte agli organi di polizia di frontiera o presso la Questura, alla Rappresentanza diplomatica dell'Italia, oppure al comandante di nave o aeromobile italiano in navigazione» (art. 11, 1 comma). Il progetto di legge è disponibile sul sito [http://www.cir-onlus.org/Proposta\\_CIR\\_LeggeAsilo.pdf](http://www.cir-onlus.org/Proposta_CIR_LeggeAsilo.pdf).

<sup>80</sup> V. ancora GROSSO, *I respingimenti*, cit., p. XXII.

<sup>81</sup> Come dimostrato, ad esempio, dalla circostanza che la menzionata pronuncia della Corte europea dei diritti umani nel caso *Hussein e altri c. Italia* è stata resa a circa 6 anni dai fatti.

once again to pioneer the practical implementation of those duties»<sup>82</sup>. Tali doveri, va ribadito, non possono che configurarsi come il prodotto di *applicazioni convergenti* delle norme che compongono i differenti sistemi di protezione esistenti in Europa, «vers l'objectif d'assurer une protection des être humains aussi complète que possible»<sup>83</sup>.

In questo senso, la strada maestra per il superamento delle menzionate difficoltà in direzione della costruzione del «sistema comune europeo di asilo» sembra emergere dalle valutazioni espresse dall'avvocato generale Poiares Maduro nella citata opinione resa sul caso *Elgafaji*: «[T]he protection of fundamental rights in the Community legal order exists alongside other European systems of protection of fundamental rights. These include both systems developed within the national legal systems and those stemming from the ECHR. Each of those protection mechanisms certainly pursues objectives which are specific to it and the mechanisms are certainly constructed from legal instruments particular to them, but sometimes they apply none the less to the same facts. In such a context, it is important, for each existing protection system, while maintaining its independence, to seek to understand how the other systems interpret and develop those same fundamental rights in order not only to minimise the risk of conflicts, but also to begin a process of informal construction of a European area of protection of fundamental rights».

<sup>82</sup> HATHAWAY, *What's in a Label*, cit., p. 6. V. già il par. 3 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere. Mette conto osservare che l'avvenuto inserimento del tema dell'espulsione degli stranieri nei lavori della sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite dimostra ulteriormente come sia avvertita da parte degli Stati l'esigenza di diradare le incertezze che ancora circondano l'attuazione di siffatta misura. È auspicabile che ciò avvenga rafforzando la tutela offerta ai singoli e ai gruppi, in senso conforme all'impegno espressamente richiesto agli Stati dal Patto internazionale sui diritti civili e politici di sviluppare all'interno di ciascun ordinamento «le possibilità di ricorso in sede giudiziaria» (art. 2, par. 3, lett. b).

<sup>83</sup> CONFORTI, *L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme*, in Société française de droit international, *Colloque de Strasbourg*, Parigi, 1998, p. 121.



TERZA SESSIONE

**IMMIGRAZIONE FRA ACCOGLIENZA E SICUREZZA**  
**IMMIGRATION BETWEEN RECEPTION AND SECURITY**

PRESIDENZA

Prof. Giuseppe TESAURO



## **RICONOSCIMENTO DELLO *STATUS* DI RIFUGIATO E DELLA PROTEZIONE SUSSIDIARIA: VERSO UN SISTEMA COMUNE EUROPEO?**

Adelina ADINOLFI\*

SOMMARIO: 1. Le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona ai fini della realizzazione del «sistema europeo comune di asilo». – 2. La fase attuale di realizzazione. – 3. Il meccanismo di determinazione dello Stato responsabile dell'esame della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato: la questione della compatibilità con la Convenzione di Ginevra e con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani. – 4. L'incidenza del sistema comune europeo dell'asilo rispetto allo *standard* di protezione internazionale e alle normative nazionali. – 5. *Segue*: le ulteriori forme di protezione internazionale: la protezione temporanea e la protezione sussidiaria ed il loro rapporto con il diritto di asilo. – 6. Le caratteristiche della «procedura comune» di esame delle domande di riconoscimento della protezione internazionale secondo i progetti di riforma.

### *1. Le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona ai fini della realizzazione del «sistema europeo comune di asilo»*

A seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, è stata attribuita all'Unione europea la competenza a sviluppare una «politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea»; si prevede a tal fine la realizzazione di un «sistema europeo comune di asilo» che includa, in particolare, «uno *status* uniforme» per l'asilo e la protezione sussidiaria, nonché procedure comuni per il riconoscimento del relativo *status* (art. 78 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, di seguito TFUE). La nuova

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze.

disposizione si differenzia nettamente da quella previgente, in base alla quale era affidato alla Comunità il compito di adottare soltanto «norme minime» in merito sia all'attribuzione della qualifica di rifugiato che alle procedure di riconoscimento. L'obiettivo politico di realizzare una politica comune dell'asilo era, tuttavia, già da tempo delineato nell'ambito dell'Unione. L'espressione «sistema comune europeo dell'asilo» era già stata spesso utilizzata in conclusioni e programmi del Consiglio europeo<sup>1</sup> nonché in atti normativi<sup>2</sup> e in documenti<sup>3</sup> comunitari al fine di designare uno degli obiettivi della realizzazione dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» previsto dal Titolo IV del Trattato CE. La costruzione di tale «sistema», prospettata per la prima volta nelle conclusioni del Consiglio europeo straordinario di Tampere del 1999<sup>4</sup>, era infatti ritenuta parte integrante della politica dell'immigrazione in quanto connessa al controllo degli ingressi dei cittadini di Stati terzi. L'interesse manifestato dall'Unione europea – inizialmente, nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione – nei confronti della politica dell'asilo si è sviluppato, quindi, in ragione dell'esigenza di instaurare un controllo

<sup>1</sup> Nel programma dell'Aja (rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, in *G.U.C.E.* 3 marzo 2005 *C* 53, p. 1), adottato dal Consiglio europeo nel 2004, si prevede come «obiettivo della seconda fase del regime europeo comune in materia di asilo» la «instaurazione di una procedura comune al riguardo e di uno *status* uniforme per coloro che hanno ottenuto l'asilo o la protezione sussidiaria».

<sup>2</sup> Il regolamento (CE) 323/2003 che stabilisce i criteri di determinazione dello Stato membro competente all'esame delle domande di asilo prospetta la «progressiva realizzazione di un regime europeo comune in materia di asilo che potrebbe portare, a termine, all'introduzione di una procedura comune [...]» (preambolo, par. 5). Nelle direttive sull'asilo (sulle quali cfr. *infra*) si indica nel preambolo che una politica comune nel settore dell'asilo costituisce uno degli elementi fondamentali della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>3</sup> Già una comunicazione della Commissione del 2000 recava il titolo «Verso una procedura comune per l'asilo e uno *status* uniforme valido in tutta l'Unione» (COM(2000)755). Cfr. anche la comunicazione della Commissione sulle priorità per la realizzazione del programma dell'Aia (COM(2005)184 def., punto 2.3). Nel Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo (COM(2007)301) è meglio definita l'idea di rendere l'Unione europea uno spazio di protezione unico, basato sull'applicazione della Convenzione di Ginevra e sui valori umanitari comuni agli Stati membri; si enuncia l'obiettivo di stabilire una procedura comune e uno *status* uniforme validi in tutta l'Unione. Sul Libro verde cfr. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2008, pp. 135-137.

<sup>4</sup> Programma di Tampere: verso un'Unione di libertà, sicurezza e giustizia, Conclusioni della presidenza del 15-16 ottobre 1999, consultabile nel sito [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu). Ivi si afferma che nel «lungo periodo, le norme comunitarie dovrebbero indirizzarsi verso una procedura comune in materia di asilo e uno *status* uniforme, valido in tutta l'Unione, per coloro che hanno ottenuto l'asilo» (par. 15).

rigoroso delle frontiere esterne, a sua volta funzionale alla libertà di circolazione delle persone tra gli Stati membri, con l'obiettivo di evitare che il canale della protezione internazionale potesse essere utilizzato per aggirare i requisiti restrittivi posti ai fini dell'ingresso<sup>5</sup>. Benché a tale motivazione si siano costantemente accompagnate sul piano politico considerazioni relative alla volontà di riconoscere «il rispetto assoluto del diritto di chiedere asilo [...], garantendo in tal modo che nessuno venga esposto nuovamente alla persecuzione», tuttavia gli aspetti relativi alla sicurezza delle frontiere esterne risultano senza dubbio prioritari e caratterizzano il contenuto delle normative finora adottate. Il nesso della politica di asilo con la sicurezza delle frontiere esterne emerge anche a seguito delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona, è tuttavia ora enunciato l'obiettivo di «offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento» (art. 78, par. 1, del TFUE). Inoltre, sulla base della Carta dei diritti fondamentali, alla quale è ora conferito «lo stesso valore giuridico dei Trattati» (art. 6, par. 1, del TUE), il «diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra» e «a norma del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea» (art. 18). La rilevanza effettiva del riconoscimento del diritto di asilo da parte della Carta dipenderà sia dal contenuto degli atti normativi adottati nell'esercizio delle competenze che sono ora attribuite (in modo peraltro

<sup>5</sup> Tale orientamento era assai evidente in origine; cfr., ad esempio, il documento della Commissione sui rapporti tra la salvaguardia della sicurezza interna e il rispetto degli obblighi internazionali di protezione, COM(2001)743 def. del 5 dicembre 2001. V. anche, più recentemente, la comunicazione della Commissione riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di Paesi terzi (COM(2006)402 def.) nella quale si legge che, in considerazione dei «flussi migratori misti, nei quali sono molteplici i motivi che inducono singoli individui a tentare di entrare nell'UE, incluso lo scopo di ottenere tutela internazionale», occorre «una politica efficace in materia d'immigrazione clandestina» che garantisca «al tempo stesso il pieno rispetto degli obblighi internazionali inerenti ai diritti fondamentali, incluso il diritto di chiedere asilo» (par. 9). Si veda JUSS, *The Decline and Decay of European Refugee Policy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, p. 749 ss. il quale nota come «the current aims are less to do with the establishment of a common European asylum system and more to do with reducing immigration pressure». Cfr. anche TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: An illusion of protection*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1503 ss., che rileva che, se al momento dell'adozione del Trattato di Maastricht la questione dell'asilo non era «dissociated from that of immigration and the crossing of the external borders» (p. 1507), il Trattato di Amsterdam «did not abandon the perspective of control of migration flows, which provided the context for the issue of asylum right from the beginning [...]» (p. 1509).

assai generico)<sup>6</sup> dal TFUE, sia anche dalla invocabilità delle disposizioni della Carta da parte delle persone<sup>7</sup>.

Le caratteristiche che il «sistema europeo comune di asilo» dovrebbe concretamente assumere sono, al momento, ancora indefinite. Neppure a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona le disposizioni del TFUE precisano tali caratteristiche, ma si limitano, richiamata l'esigenza di conformità alla Convenzione di Ginevra e agli altri trattati pertinenti, a porre obiettivi che dovranno essere realizzati mediante l'esercizio dei poteri conferiti alle istituzioni. Peraltro, il riferimento all'esigenza che sia offerto agli stranieri che necessitano di protezione «uno *status* appropriato» (art. 78, par. 1) evidenzia lo spazio di apprezzamento discrezionale lasciato alle istituzioni, alle quali compete adottare gli atti volti a realizzare tale obiettivo mediante la procedura legislativa ordinaria (art. 78, par. 2). Alcune indicazioni in merito alla scansione temporale della riforma risultano dal Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo adottato dal Consiglio europeo nell'ottobre 2008<sup>8</sup> nel quale si precisa che la realizzazione del sistema europeo dell'asilo dovrebbe prevedere in una prima fase – quella attualmente in corso – l'adozione di norme comuni, per poi stabilire, entro il 2012<sup>9</sup>, una procedura uniforme di esame delle domande di riconoscimento. Si delinea così, a livello politico, quale punto di arrivo di tale sistema comune, un risultato assai ambizioso per l'Unione europea, per la cui realizzazione si è fornito con il Trattato di Lisbona il necessario

<sup>6</sup> Sull'ampia discrezionalità lasciata dal Trattato alle istituzioni legislative cfr. *infra*.

<sup>7</sup> In una recente pronuncia la Corte di giustizia ha già avuto occasione di fare riferimento alla Carta ai fini della interpretazione della direttiva 2004/83/CE sull'attribuzione della qualifica di rifugiato e della protezione internazionale affermando che questa deve essere interpretata «nel rispetto della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti» nonché «nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti segnatamente nella Carta» (sent. 2 marzo 2010, *Abdulla e al.*, cause riunite C-175, 176, 178 e 178/08, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punti 52 e 53). Sulla base di tali criteri interpretativi la Corte ha inteso in modo rigoroso le condizioni che possono giustificare una misura di revoca del riconoscimento dello *status* di rifugiato.

<sup>8</sup> Ove si legge, tra l'altro, che «il Consiglio europeo ritiene che sia giunto il momento di prendere ulteriori iniziative per completare l'istituzione, prevista dal programma dell'Aja, del sistema europeo comune di asilo» (par. IV). Cfr. sul Patto BERTOZZI, *European Pact on Migration and Asylum: A stepping stone towards Common European Migration Policy*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 79 ss.

<sup>9</sup> Si fa così slittare la data di realizzazione del sistema comune che era in precedenza prevista entro il 2010 (dal già ricordato programma dell'Aja, punto 1.3). Il programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo l'11 dicembre 2009, ribadisce l'obiettivo di raggiungere il sistema comune di asilo entro il 2012 (punto 31 delle conclusioni, D/09/6). Un piano d'azione per la realizzazione del programma di Stoccolma dovrà essere presentato dalla Commissione entro il giugno 2010.

fondamento giuridico; l'attività legislativa così prospettata interessa, peraltro, un ambito caratterizzato da una particolare difficoltà dell'azione normativa in ragione della presenza di obblighi internazionali (e, per taluni Stati membri, anche di vincoli costituzionali), sia attinenti alla specifica condizione dei richiedenti asilo, sia derivanti da norme sulla tutela dei diritti umani.

## 2. La fase attuale di realizzazione

Un regime fortemente integrato è già da tempo realizzato per quanto concerne la determinazione dello Stato responsabile dell'esame delle domande di asilo; tale regime era infatti stato posto in essere con la Convenzione di Dublino del 1990<sup>10</sup>, ben prima che alla Comunità fossero attribuite competenze in tale materia attraverso le innovazioni apportate dal Trattato di Amsterdam. Ciò spiega perché con tale Trattato la Comunità si sia vista attribuire a questo riguardo non una competenza ad adottare norme minime, come per gli altri aspetti sopra indicati, bensì il potere di stabilire «criteri e meccanismi» per determinare quale sia lo Stato membro responsabile dell'esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato (art. 63, par. 1, lett. a)). In virtù di tale competenza, le disposizioni enunciate dalla Convenzione di Dublino riguardo all'asilo sono state sostanzialmente trasfuse in un regolamento del 2003<sup>11</sup> – il cd. regolamento «Dublino II» – che ne riprende, con alcuni adattamenti, i contenuti. Il TFUE mantiene all'art. 78, par. 2, lett. e) la stessa formulazione della disposizione del Trattato CE sopra citata aggiungendo, però, la competenza dell'Unione a stabilire criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame anche della domanda di quella di protezione sussidiaria. In relazione alla protezione sussidiaria è presumibile che saranno previsti

<sup>10</sup> Sulla quale cfr., fra gli altri, HAILBRONNER, THIERY, *Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum Applications in Europe*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1047 ss.

<sup>11</sup> Regolamento (CE) 343/2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo, *G.U.C.E.* 25 febbraio 2003 L 50. Cfr. anche il regolamento applicativo della Commissione 1560/2003, *G.U.C.E.* 5 settembre 2003 L 222. Per una valutazione sull'applicazione del regolamento cfr., la relazione della Commissione COM(2007)299 def. Il meccanismo di determinazione della responsabilità previsto dal regolamento è applicato anche da alcuni Stati terzi; cfr. gli accordi tra la Comunità europea e, rispettivamente, Islanda e Norvegia (*G.U.U.E.* 3 aprile 2001 L 93) e la Confederazione svizzera (*G.U.U.E.* 27 febbraio 2008 L 53).

criteri di attribuzione delle competenze analoghi a quelli già previsti ai fini dell'esame delle domande di asilo; si può peraltro prospettare l'opportunità che l'esame sia condotto dalle stesse autorità dello Stato membro competente affinché, qualora non sussistano i requisiti per il riconoscimento dell'asilo, possa essere valutata la ammissibilità dello straniero ad altre forme di protezione internazionale<sup>12</sup>.

La circostanza che non sia ancora realizzato un sistema europeo di asilo determina una incoerenza di fondo dell'attuale assetto normativo, in quanto per un aspetto – la individuazione dello Stato responsabile all'esame della domanda di riconoscimento – è realizzata un'integrazione molto significativa, mentre per gli altri profili del diritto di asilo è stabilito soltanto un livello minimo di armonizzazione delle normative nazionali. Benché tale integrazione «a scacchiera» sia tipica del sistema dell'Unione – e può, del resto, ancora ricondursi alla concezione originaria di «Europa funzionale» – tuttavia l'applicazione di tale metodo risulta assai problematica nel settore dell'immigrazione in quanto pregiudica il corretto funzionamento dei meccanismi che in tale ambito vengono stabiliti. Infatti, la politica dell'immigrazione, ivi compresa quella dell'asilo, non può essere adeguatamente realizzata in modo frammentario – aggiungendo nel tempo ulteriori tasselli al quadro normativo – ma deve rispondere ad una strategia complessiva, coerentemente posta in essere, che consideri le interrelazioni tra le diverse misure. È infatti evidente che stabilire un meccanismo attraverso il quale un solo Stato membro è responsabile dell'esame di una domanda di asilo dovrebbe avere alla sua base un'armonizzazione effettiva dei criteri e delle procedure di riconoscimento. In assenza di tale armonizzazione permane l'interesse del richiedente a ricercare la soluzione maggiormente favorevole, eventualmente presentando la propria domanda di riconoscimento in più Stati membri (attraverso il cd. «*asylum shopping*»).

Al fine di evitare tale situazione, occorrerebbe un meccanismo, per il raggiungimento del quale solo con il Trattato di Lisbona si sono poste le premesse, idoneo ad assicurare che la presentazione della domanda nell'uno o nell'altro Stato membro sia sostanzialmente indifferente per lo straniero. Si è invece sinora cercato, per evitare la conseguenza sopra indicata, di introdurre strumenti di controllo tendenti ad impedire al richiedente di presentare la propria domanda in più Stati membri. Si è perciò stabilito il sistema Eurodac, che attraverso il raffronto delle impronte digitali consente di accertare se lo straniero abbia già

<sup>12</sup> Cfr. in merito *infra*.

presentato domanda di riconoscimento in un altro Stato membro<sup>13</sup>, al quale si è aggiunta la rete informativa DubliNet, diretta a favorire la circolazione delle informazioni tra le autorità nazionali competenti all'applicazione del regolamento «Dublino II»<sup>14</sup>. Il meccanismo di controllo così stabilito sembra scarsamente efficace nella prassi giacché l'obbligo degli Stati membri di rilevare le impronte digitali degli stranieri che abbiano fatto ingresso irregolarmente<sup>15</sup> è spesso disatteso<sup>16</sup>; si può ritenere, del resto, che uno Stato membro abbia scarso interesse ad un puntuale rispetto di tale obbligo anche al fine di evitare di risultare designato (in base al criterio residuale stabilito dal regolamento «Dublino II»)<sup>17</sup> quale responsabile all'esame delle domande di riconoscimento in quanto Stato in cui il richiedente ha irregolarmente fatto ingresso<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Regolamento (CE) 2725/2000 che istituisce l'Eurodac per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino, *G.U.C.E.* 15 dicembre 2000 *L* 316. Precisazioni sono state fornite con il regolamento (CE) 407/2002 che definisce talune modalità di applicazione del regolamento (CE) 2725/2000, in *G.U.C.E.* 5 marzo 2002 *L* 62. Una proposta della Commissione tende ad apportare alcune modifiche al regolamento Eurodac (COM(2008)825 def.).

<sup>14</sup> Prevista dal regolamento «Dublino II», articoli 21-23, e operativa dal settembre 2003.

<sup>15</sup> Il regolamento istitutivo di Eurodac sopra citato prevede che «ciascuno Stato membro procede tempestivamente [...] al rilevamento delle impronte digitali [...] di stranieri di età non inferiore a 14 anni che siano fermati dalle competenti autorità di controllo in relazione all'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della propria frontiera in provenienza da un paese terzo e che non siano stati respinti» (art. 8, par. 1).

<sup>16</sup> La Commissione «giudica sorprendentemente basso» il numero di ingressi irregolari registrati attraverso le impronte digitali e perciò prospetta «un dubbio sull'efficace applicazione dell'obbligo di rilevare le impronte digitali di tutti coloro che attraversano clandestinamente le frontiere dell'Unione», sottolineando che, invece, queste informazioni «sono fondamentali per l'applicazione efficace di una delle condizioni di Dublino». Al fine di indurre gli Stati membri ad adempiere a tale obbligo la Commissione afferma che essa potrebbe prenderne in considerazione l'inosservanza sistematica in sede di riesame dell'attuazione del programma quadro di solidarietà «[...] in particolare riguardo ai criteri di distribuzione dei “diversi fondi”» (comunicazione sulla valutazione del sistema di Dublino, COM(2007)742 def.).

<sup>17</sup> *Infra*, par. 3.

<sup>18</sup> A ciò si aggiunge che sussistono notevoli divergenze tra il numero dei richiedenti che vengono indirizzati dallo Stato membro nel quale si trovano verso un diverso Stato membro ritenuto competente e il numero delle richieste effettivamente trattate (relazione della Commissione sulla valutazione del sistema di Dublino, COM(2007)299 def.). La Commissione imputa tale divergenza a ragioni essenzialmente statistiche, ma è facile immaginare che vi siano anche altri motivi – in particolare, la circostanza che il richiedente si renda irreperibile – che possono contribuire a determinarla. Nella stessa comunicazione la Commissione riferisce, del resto, che gli Stati membri «spiegano il fenomeno con il fatto che i richiedenti asilo spesso diventano irreperibili dopo aver ricevuto una decisione di trasferimento».

Se si considerano le normative attualmente in vigore – quattro direttive adottate tra il 2001 e il 2005<sup>19</sup> – si rileva che esse, benché tocchino tutti gli aspetti rilevanti del diritto di asilo, presentano tuttavia una formulazione talmente generica – e spesso oscura a seguito delle varie modifiche intervenute nell'*iter* di approvazione<sup>20</sup> – da lasciare spazio ad interpretazioni difformi nei vari Stati membri. Sono inoltre numerose e rilevanti le opzioni e le deroghe<sup>21</sup>, attraverso le quali si consente, in definitiva, agli Stati membri di mantenere le soluzioni già operanti nei rispettivi ordinamenti. Non è preclusa agli Stati membri neppure la possibilità di stabilire condizioni meno favorevoli di quelle in precedenza previste sul piano nazionale<sup>22</sup> giacché tali atti non contengono una clausola di «non regresso» – come quella che è invece ormai comunemente inserita nelle direttive di armonizzazione in materia di politica sociale – che stabilisca che l'attuazione della direttiva «non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori» nell'ambito oggetto della direttiva<sup>23</sup>. Si potrebbe

<sup>19</sup> Direttiva 2001/55/CE sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (*G.U.U.E.* 7 agosto 2001 *L* 212); direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (*G.U.U.E.* 30 settembre 2004 *L* 304); direttiva 2003/9/CE recante norme minime sull'accoglienza dei richiedenti asilo (*G.U.U.E.* 6 febbraio 2003 *L* 31); direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato (*G.U.U.E.* 13 dicembre 2005 *L* 326).

<sup>20</sup> Come l'art. 15 della direttiva 2004/83/CE di cui si dirà più avanti.

<sup>21</sup> È lasciato, ad esempio, un ampio spazio discrezionale agli Stati membri circa l'accesso al mercato del lavoro dei richiedenti asilo; la direttiva 2003/9/CE sull'accoglienza dei richiedenti si limita infatti a prevedere che, se entro un anno dalla presentazione della domanda di riconoscimento non è stata assunta una decisione a motivo di un ritardo non imputabile al richiedente, gli Stati membri «decidono a quali condizioni è concesso al richiedente asilo l'accesso al mercato del lavoro» (art. 11).

<sup>22</sup> Tale rischio era stato prospettato dall'UNHCR che, in una nota del 2 dicembre 2005 adottata in occasione dell'adozione della direttiva sulle procedure di riconoscimento, aveva rivolto un appello agli Stati membri «affinché, al momento di recepire nella propria legislazione nazionale le norme concordate, essi non tendano al livello minimo permesso dalla direttiva, ma si impegnino al fine di assicurare ai rifugiati adeguate garanzie e un elevato standard di protezione».

<sup>23</sup> Così, ad esempio, la direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (*G.U.C.E.* 2 dicembre 2000 *L* 303). La Corte di giustizia ha in parte attenuato la rilevanza di tali clausole affermando che da queste non può trarsi il divieto di una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori; d'altra parte, la Corte ha dichiarato che il divieto «non riguarda la sola iniziale trasposizione della direttiva [...], ma copre ogni misura nazionale

perciò manifestare la tendenza da parte degli Stati membri ad abbassare il livello di protezione previsto nell'ordinamento nazionale per allinearlo a quello meno elevato comunque consentito dalla direttiva, anche al fine di conseguire una riduzione degli oneri derivanti dall'accoglienza dei richiedenti asilo.

Un dato particolarmente emblematico delle divergenze di interpretazione ed applicazione delle direttive attualmente in vigore consiste nelle marcate variazioni, rilevate dalla Commissione<sup>24</sup>, nel tasso di riconoscimento delle domande di protezione che, in applicazione delle stesse regole procedurali minime, è accordato nei vari Stati membri a stranieri provenienti dai medesimi Paesi terzi<sup>25</sup>. Può altresì ricordarsi che è tuttora lasciata agli Stati membri, in mancanza di un elenco stabilito dall'Unione, la individuazione dei «paesi sicuri», benché questa sia assai rilevante ai fini dell'applicazione uniforme delle procedure di riconoscimento<sup>26</sup>.

intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate» (sent. della Corte del 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04, in *Raccolta*, 2005, p. I-9981 ss.). Tali norme, quindi, impediscono, in sostanza, al legislatore nazionale di «utilizzare» l'attuazione della direttiva al fine di introdurre disposizioni meno favorevoli di quelle già vigenti nell'ordinamento nazionale. Su tale aspetto della sentenza cfr. SCHMITT, *La portée de la clause de non-régression*, in *Revue du droit de travail*, 2006, p. 31 ss.

<sup>24</sup> Nella comunicazione sull'evoluzione del programma dell'Aja adottata il 10 giugno 2009 la Commissione osserva che la percentuale di riconoscimento a livello europeo è intorno al 25% delle domande, ma «cette moyenne cache des différences importantes: certains Etats membres ne reconnaissant la protection que dans très peu de cas, tandis que d'autres ont un taux de reconnaissance proche de 50%». Nel Piano strategico sull'asilo adottato dalla Commissione (COM(2008)360 def.) si nota che le norme minime comuni non hanno portato ad un'armonizzazione adeguata. Inoltre, nel documento di lavoro del 21 ottobre 2009 (SEC(2009)1377 def) si riferisce che il tasso di riconoscimento nei vari Stati membri per i richiedenti aventi la stessa cittadinanza è estremamente variabile e si reca l'esempio dei richiedenti asilo di origine cecena per il quali il tasso di riconoscimento delle domande presentate va dal 63% dell'Austria allo 0% della Slovacchia (p. 2).

<sup>25</sup> La relazione sull'applicazione della direttiva 2003/9 (COM(2007)745) mette in luce molte differenze tra le normative nazionali rispetto all'accesso al lavoro, alle condizioni di accoglienza e al regime applicato in attesa dell'espletamento delle procedure di esame della domanda. L'obiettivo della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato prospetta nel preambolo che il ravvicinamento delle norme da essa previsto «dovrebbe contribuire a limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo tra gli Stati membri, nei casi in cui tali movimenti siano dovuti alla diversità delle normative». Tale obiettivo, tuttavia, non può essere realizzato in presenza di norme minime di armonizzazione ma richiede una soluzione uniforme.

<sup>26</sup> Dalla qualificazione di uno Stato come «paese terzo sicuro» oppure «paese terzo europeo sicuro» o, ancora, «paese di origine sicuro» la direttiva 2005/85/CE collega,

La presenza di alcune regole comuni non consente quindi di affermare che sia oggi raggiunta una significativa armonizzazione degli *standards* di riconoscimento della protezione; occorre inoltre considerare, come verrà più avanti meglio indicato, che l'armonizzazione normativa difficilmente riesce ad eliminare la presenza di prassi diversificate, come è dimostrato dalla presenza di variazioni significative in merito al riconoscimento dello *status* di rifugiato anche all'interno di un medesimo Stato membro.

### *3. Il meccanismo di determinazione dello Stato responsabile dell'esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato: la questione della compatibilità con la Convenzione di Ginevra e con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani*

La incoerenza sopra evidenziata nella realizzazione della politica dell'asilo può sollevare, inoltre, dubbi circa la compatibilità del meccanismo di determinazione dello Stato responsabile dell'esame delle domande di protezione rispetto ad obblighi internazionali assunti dagli Stati membri in base a convenzioni concluse prima della loro adesione all'Unione europea. Occorre anzitutto rilevare che il meccanismo stabilito dal regolamento «Dublino II» presuppone che gli Stati membri si considerino reciprocamente sicuri<sup>27</sup>, attraverso una sorta di «mutuo riconoscimento» delle rispettive procedure per l'esame delle domande di protezione; è infatti su tale premessa che gli Stati membri fondano il trasferimento della propria responsabilità allo Stato ritenuto competente. A tal fine sono stabiliti vari criteri di attribuzione che privilegiano le

infatti, importanti conseguenze rispetto alle modalità di esame della domanda di asilo (tra l'altro, gli Stati membri possono, ricorrendo certe condizioni, ritenere non ricevibile una domanda proposta da uno straniero cittadino di un Paese terzo sicuro). Anche qualora sia adottato dalla Comunità un elenco dei Paesi sicuri (come previsto dalla direttiva 2005/85/CE) questo non escluderebbe, tuttavia, la possibilità per gli Stati membri di considerare come sicuri anche ulteriori Stati terzi. Si veda in proposito SHACKNOVE, BYRNE, *The Safe Country Notion in European Asylum Law*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1996, p. 185 ss. La Corte di giustizia ha annullato le disposizioni della direttiva 2005/85/CE che consentivano al Consiglio di adottare l'elenco dei Paesi sicuri in base ad un fondamento normativo disposto dalla stessa direttiva invece che ricorrendo al procedimento della codecisione: sent. della Corte del 6 maggio 2008, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-133/06, in *Raccolta*, 2008, p. I-3189.

<sup>27</sup> Il carattere di Paese sicuro degli Stati membri è infatti dato per scontato. Il Protocollo n. 24 sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea (allegato ai Trattati istitutivi) prevede, infatti, che gli Stati membri «si considerano reciprocamente paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l'asilo».

esigenze di unità familiare per poi designare, quale Stato membro responsabile, quello che ha concesso un titolo di soggiorno o un visto di ingresso ovvero, come il più delle volte avviene, lo Stato nel quale lo straniero abbia irregolarmente fatto ingresso.

Attraverso tale meccanismo uno Stato parte della Convenzione di Ginevra si libera, in sostanza, dai propri obblighi convenzionali trasferendo la richiesta di riconoscimento ad un altro Stato parte. La compatibilità di tale meccanismo con la Convenzione di Ginevra risulta quindi collegata all'esigenza che il richiedente ottenga, nello Stato individuato quale responsabile, un esame della domanda conforme a quanto richiesto dalla Convenzione.

Analoghi problemi di compatibilità sono emersi più recentemente rispetto alla Convenzione europea sui diritti umani: benché infatti la Convenzione non enunci disposizioni in merito al diritto di asilo, secondo una giurisprudenza ormai consolidata della Corte europea l'art. 3 della Convenzione comporta il divieto di espulsione verso Stati nei quali vi è il rischio che lo straniero sia sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti ovvero possa essere rinvioato verso Stati nei quali potrebbe essere soggetto a tali trattamenti<sup>28</sup>. Tale divieto risulta più ampio rispetto all'obbligo di *non-refoulement* enunciato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, nonché stabilito dalla regola di diritto internazionale generale che si ritiene abbia un analogo contenuto<sup>29</sup>.

È evidente, quindi, come il meccanismo attualmente operante sulla base del regolamento «Dublino II» rischi di incepparsi – dando luogo ad una «violazione a catena» di obblighi internazionali – allorché uno degli Stati membri non adempia in modo corretto a quanto richiesto dalla Convenzione di Ginevra o dalla Convenzione europea sui diritti umani. In tal caso, infatti, può essere prospettata la responsabilità anche dello Stato membro che, sulla base del regolamento, abbia trasferito l'esame della domanda di riconoscimento ad uno Stato competente che non dia puntuale adempimento agli obblighi posti da tali Convenzioni.

<sup>28</sup> Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 luglio 1989, *Soering c. United Kingdom*, in *Reports*, Serie A, n. 161; del 20 marzo 1991, *Cruz Varas e al. c. Sweden*, ivi, n. 201; del 17 dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*, ivi, p. 2206 ss. Sulla tutela *par ricochet* derivante dalla Convenzione europea riguardo all'ingresso e soggiorno dello straniero cfr. da ultimo NASCIBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani* (a cura di Carta), Roma, 2009, p. 33 ss.

<sup>29</sup> Cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 354; LAUTHERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement in Exception*, in *Refugee Protection in International Law* (a cura di Feller, Turk, Nicholson), 2003, p. 87 ss.

La concreta possibilità di una tale evenienza si è manifestata recentemente in relazione ad alcuni aspetti delle procedure stabilite nell'ordinamento greco ai fini del riconoscimento<sup>30</sup>, nonché a motivo di casi di espulsione verso la Turchia di stranieri, in particolare iracheni e afgani, che rischiavano di esservi soggetti a trattamenti vietati dalla Convenzione europea<sup>31</sup>. È significativo che l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati abbia inoltrato una nota agli Stati membri dell'UE<sup>32</sup> raccomandando di sospendere l'applicazione del meccanismo di Dublino nei confronti della Grecia, facendo ricorso alla «clausola di sovranità» enunciata dall'art. 3, par. 2, del regolamento. Tale clausola consente ad uno Stato membro di esaminare una domanda d'asilo «anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel [...] regolamento». Dalla nota dell'Alto Commissariato deriva una considerazione più generale secondo la quale dovrebbe essere in ogni caso esclusa l'applicazione automatica dei criteri di ripartizione delle competenze tra Stati membri giacché il carattere di Paese sicuro non potrebbe essere dato per scontato, ma andrebbe verificato in relazione a casi concreti. Quest'ultimo orientamento ha avuto qualche riscontro nella giurisprudenza interna anche italiana<sup>33</sup>, nonché in alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte europea già nel 2000 nel caso *T.I. v Regno Unito*<sup>34</sup> aveva affermato che, in applicazione di un sistema come quello di Dublino, lo

<sup>30</sup> In particolare, era ritenuta incompatibile con la Convenzione di Ginevra la normativa che stabiliva l'interruzione dell'esame della domanda di riconoscimento nell'ipotesi in cui lo straniero avesse lasciato il proprio luogo di residenza senza informarne le autorità greche.

<sup>31</sup> Una situazione analoga di violazione di obblighi convenzionali si potrebbe presentare anche rispetto ad altri Stati membri; si può tra l'altro considerare che nel rapporto del Consiglio d'Europa del 16 aprile 2009 è rilevato che sono state effettuate dall'Italia espulsioni verso la Tunisia di cittadini di tale Stato che nel loro Paese correvano grave rischio di essere sottoposti a tortura (rapporto del Consiglio d'Europa del 16 aprile 2009).

<sup>32</sup> Nota del 15 aprile 2008, Posizione dell'UNHCR sul rinvio di richiedenti asilo verso la Grecia in attuazione del regolamento di Dublino, consultabile nel sito [www.unhcr.it](http://www.unhcr.it).

<sup>33</sup> House of Lords, *R ex parte Yogathas*, del 17 ottobre 2002; T.a.r. Puglia, 24 giugno 2008 n. 1870. Cfr. in merito CELLAMARE, *In tema di limiti di carattere umanitario all'operare del regolamento Dublino II*, in *Sud in Europa*, 2009, aprile, pp. 5-6.

<sup>34</sup> Sent. *T.I. c. United Kingdom*, ricorso n. 43844/98. La Corte afferma che « [...] the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to censure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention. Nor the United Kingdom rely automatically in that context on the arrangements made in the Dublin Convention [...]».

Stato che trasferisce ad un altro la competenza all'esame della domanda resta comunque responsabile per le violazioni degli articoli 2 e 3 che eventualmente siano poste in essere. Ciò implica, quindi, che il trasferimento di un richiedente asilo da uno Stato membro verso un altro Stato membro potrebbe comportare una violazione della Convenzione europea qualora in quest'ultimo Stato sussista il rischio per lo straniero (direttamente o a motivo dell'ulteriore trasferimento in ulteriore Stato) di essere soggetto a trattamenti inumani o degradanti. Conseguenze da tale ragionamento che l'applicazione del meccanismo di ripartizione delle competenze non può essere automatica, ma richiede una valutazione nel caso concreto dei possibili rischi di violazione della Convenzione a motivo del comportamento dello Stato al quale è deferito l'esame della domanda di protezione (lo Stato «intermedio», come la Corte lo designa). Sulla base di tale orientamento, con un provvedimento d'urgenza la Corte europea ha ordinato nel novembre 2008 allo Stato italiano di sospendere il trasferimento verso la Grecia di un richiedente asilo afgano<sup>35</sup>.

Occorre tuttavia considerare che con una decisione di poco successiva, la Corte europea, pur ribadendo la soluzione di principio circa l'esigenza di una verifica del comportamento dello Stato al quale è trasferito l'esame della domanda, ha fornito indicazioni divergenti in merito alla valutazione di «affidabilità» dello Stato intermedio, anche in quel caso la Grecia<sup>36</sup>. La Corte, ribadito che il meccanismo di ripartizione delle competenze non può essere automatico, ha tuttavia affermato che il Regno Unito poteva lecitamente procedere ad inviare il richiedente asilo (un iraniano) verso la Grecia, che era lo Stato responsabile all'esame della domanda. A tal fine la Corte ha dato rilievo non solo alla circostanza che la Grecia è parte della Convenzione europea, ma soprattutto alla presunzione di conformità dell'ordinamento

<sup>35</sup> Provvedimento del 18 novembre 2008, *M. c. Italy*, ricorso n. 55240/08. La Grecia era stata indicata come Stato competente poiché dalla banca dati Eurodac risultava che lo straniero, che aveva presentato in Italia domanda di riconoscimento, era entrato irregolarmente in Grecia.

<sup>36</sup> Sent. 2 dicembre 2008, *K.R.S. c. United Kingdom*, ricorso n. 32733/07. Un esame della «affidabilità» dello Stato greco sotto il profilo della violazione dell'art. 3 a motivo di un'espulsione verso la Turchia è effettuato nella decisione dell'11 giugno 2009, *S.D. c. Grèce*, nella quale la Corte ammette che il ricorrente (un cittadino turco) «courrait un risque en cas de renvoi vers la Turquie, en raison de l'attitude des autorités de police», ma dichiara la domanda irricevibile poiché i mezzi di ricorso interni non sono esauriti giacché tale rischio «a cependant disparu lorsque le requérant a réussi à faire enregistrer sa demande d'asile politique». La Corte attribuisce, così, rilevanza all'effetto sospensivo della esecuzione del provvedimento di espulsione che discende dalla presentazione della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato.

greco ai requisiti minimi posti dalle direttive comunitarie sull'asilo, che prescrivono, tra l'altro, determinati obblighi procedurali in relazione all'esame delle domande<sup>37</sup>. Tale orientamento della Corte europea sembra ispirato ad una visione piuttosto ottimistica dell'attuazione delle direttive negli ordinamenti interni, trascurando l'eventualità – non certo rara – che uno Stato membro non adempia agli obblighi posti da norme dell'Unione. Nel caso in questione, del resto, erano state avviate nei confronti della Grecia due procedure per infrazione, concernenti, rispettivamente, l'inadempimento dell'obbligo di attuare la direttiva 2003/9/CE sulle procedure di esame della domanda di riconoscimento e la non corretta applicazione del regolamento «Dublino II»<sup>38</sup>. Si potrebbe ulteriormente osservare che, anche quando sia stata adottata una normativa nazionale di attuazione, ciò non significa che vi sia effettivo adempimento, specie riguardo a direttive che, per la loro formulazione generica, rendono assai arduo il controllo da parte della Commissione<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> «[...] the Dublin Regulation [...] is one of a number of measures agreed in the field of asylum policy at the European level and must be considered alongside Member States' additional obligations under Council Directive 2005/85/EC and Council Directive 2003/9/EC to adhere to minimum standards [...]. The presumption must be that Greece will abide by its obligations under those Directives».

<sup>38</sup> Con sent. 19 aprile 2007 nella causa C-72/06 (in *Raccolta*, 2007, p. I-57) la Corte di giustizia ha dichiarato l'inadempimento da parte della Grecia dell'obbligo di attuare la direttiva 2003/9/CE sull'accoglienza dei richiedenti asilo. Inoltre nei confronti della Grecia era allora pendente un ricorso per infrazione (poi radiato, per rinuncia della Commissione, con ordinanza del 22 ottobre 2008), proposto dalla Commissione il 31 marzo 2008, in merito alla normativa greca che prevede l'interruzione dell'esame della domanda di riconoscimento qualora il richiedente si allontani dal luogo di residenza ingiustificatamente e senza preavviso (causa C-130/08).

<sup>39</sup> Come la Commissione stessa ha notato affermando, ad esempio, di non essere in grado di controllare l'applicazione negli Stati membri della direttiva 2002/90 che definisce il reato di agevolazione all'ingresso irregolare, non disponendo dei dati statistici necessari da parte degli Stati membri (comunicazione sul monitoraggio e la valutazione dei Paesi terzi nel settore della lotta all'immigrazione clandestina (COM(2005)352 def.). Difficoltà di controllo si presentano anche in merito all'attuazione della direttiva del 2003/9, ad esempio rispetto all'obbligo di assicurare *standard* di vita «adeguati»; nella proposta di nuova direttiva la Commissione intende perciò definire l'adeguatezza ancorandola ad un preciso livello di reddito in relazione a quello dei nazionali. Al fine di agevolare il controllo la proposta prevede altresì che gli Stati membri stabiliscano i meccanismi di controllo e trasmettano i dati alla Commissione (COM(2008)815 def.). Un sostegno al ruolo della Commissione può giungere dalle segnalazioni dell'UNHCR; è significativo che il procedimento di infrazione contro la Grecia nella causa C-130/08 sia stato avviato (come risulta dal ricorso) proprio perché «l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati [...] ha richiamato l'attenzione della Commissione sulla questione della compatibilità della normativa ellenica relativa alla procedura di riconoscimento degli stranieri come rifugiati con le disposizioni del regolamento n. 343/2003» (*G.U.U.E.* 24 maggio 2008 C 128, p. 25).

L'orientamento seguito dalla Corte europea rischia di privare di significato il principio della verifica della affidabilità dello Stato intermedio, sul presupposto che le normative comunitarie alle quali gli ordinamenti nazionali devono conformarsi forniscano una garanzia sufficiente.

Un controllo effettivo circa il comportamento dello Stato al quale è trasferita la competenza ad esaminare la domanda può costituire uno strumento adeguato ad evitare che il meccanismo di Dublino determini una violazione a catena degli obblighi convenzionali con il rischio che lo straniero sia rinvio verso uno Stato nel quale (direttamente o per effetto di un successivo trasferimento) possa essere soggetto a trattamenti vietati dalla Convenzione europea. È tuttavia evidente come un elemento critico di tale approccio consista nella eventualità che la verifica del comportamento seguito da un altro Stato membro si presenti complessa, specie allorché debba essere condotta dalle autorità (anche giurisdizionali) nazionali; indicazioni dell'Alto Commissariato, come quelle sopra riferite, possono avere a tal fine utilità, benché esse siano dirette verosimilmente a segnalare il rischio di violazione di obblighi posti dalla Convenzione di Ginevra piuttosto che di quelli enunciati dalla Convenzione europea. La proposta di un nuovo regolamento sulla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda, che dovrebbe sostituire il regolamento «Dublino II» attualmente in vigore, intende conferire alla Commissione il potere di sospendere, anche a richiesta di uno Stato membro, i trasferimenti dei richiedenti verso uno Stato membro allorché ritenga che in quest'ultimo «il livello di tutela dei richiedenti protezione internazionale rischi di non essere conforme alla legislazione comunitaria»<sup>40</sup>. L'attribuzione alla Commissione di tale competenza prospetta una soluzione opportuna in ragione sia della sua coerenza con la funzione generale di controllo dell'adempimento degli obblighi dell'Unione che è affidata a tale istituzione, sia in quanto consentirebbe di assicurare una soluzione uniforme evitando il rischio di orientamenti divergenti da parte degli Stati membri<sup>41</sup>.

Occorre peraltro considerare che la sospensione del meccanismo di Dublino nei confronti di uno Stato membro che non garantisca il rispetto degli obblighi enunciati dalla Convenzione europea sui diritti umani trova fondamento anche nel diritto dell'Unione. Gli Stati membri devono, infatti, nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme

<sup>40</sup> COM(2008)820 def., 3 dicembre 2008, art. 31.

<sup>41</sup> Potrebbero infatti manifestarsi valutazioni non univoche da parte degli Stati membri circa la corrispondenza agli obblighi internazionali delle procedure di asilo seguite in uno Stato membro.

dell'Unione, assicurare il rispetto dei diritti fondamentali, che – in quanto principi generali – costituiscono parte integrante delle fonti comunitarie e sono ricostruiti, secondo una giurisprudenza codificata dall'art. 6, par. 3, del Trattato sull'Unione europea, sulla base anche della Convenzione europea sui diritti umani. Lo stesso obbligo si impone anche rispetto all'applicazione delle norme interne nel quadro della normativa dell'Unione, come risulta dalla giurisprudenza della Corte da tempo sviluppata in relazione all'applicazione dei principi generali<sup>42</sup>. A ciò si aggiunge che la Carta dei diritti fondamentali, che, come sopra ricordato, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati, si applica, ai sensi del suo art. 51, anche agli Stati membri «nell'attuazione del diritto dell'Unione»<sup>43</sup>. Perciò, come affermato dalla Corte in una recente sentenza, i principi enunciati dalla Carta assumono rilevanza rispetto a norme interne allorché una «fattispecie rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»<sup>44</sup>. Per l'aspetto che qui interessa, la circostanza che la Carta enunci il diritto di asilo non potrebbe essere trascurata ai fini dell'applicazione del regolamento<sup>45</sup>, portando eventualmente a sospenderne l'applicazione nei rapporti con uno Stato membro che non assicuri il rispetto di tale diritto.

<sup>42</sup> Cfr. tra le altre la sent. 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, 1987, p. 3719, e la sent. 26 aprile 1988, causa 316/86, *Krücken*, in *Raccolta*, 1988, p. 2233.

<sup>43</sup> Tuttavia la Carta, come risulta dal Protocollo n. 30 allegato ai Trattati, «non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma»; la stessa soluzione è stata da ultimo prospettata, al fine di agevolare la ratifica del Trattato di Lisbona da parte di tali Stati, anche in relazione all'Irlanda (Conclusioni del Consiglio europeo, 19 giugno 2009) e alla Repubblica Ceca (Conclusioni del Consiglio europeo, 30 ottobre 2009).

<sup>44</sup> Sent. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kucukdeveci*, punto 54, non ancora pubblicata nella *Raccolta*.

<sup>45</sup> Peraltro, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si poteva prospettare una rilevanza della Carta rispetto al regolamento «Dublino II» giacché questo precisa che esso «rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi che sono riconosciuti, segnatamente, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». La presenza di un tale richiamo è stata intesa dalla Corte di giustizia come un motivo sufficiente per riferirsi alla Carta in funzione interpretativa di un atto comunitario: cfr. la sent. concernente la direttiva sul ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi (sent. 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03, in *Raccolta*, 2006, p. I-5769) ove si indica che «se è pur vero che la Carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l'importanza affermando, al secondo "considerando" della direttiva, che quest'ultima rispetta i principi riconosciuti non solamente dall'art. 8 della CEDU, bensì parimenti dalla Carta».

#### 4. L'incidenza del sistema comune europeo dell'asilo rispetto allo standard di protezione internazionale e alle normative nazionali

Benché le direttive attualmente in vigore stabiliscano, come sopra rilevato, soltanto un livello minimo di armonizzazione, ciò non esclude che esse possano, in alcuni ordinamenti nazionali, comportare un innalzamento dello *standard* di tutela.

Peraltro, quanto più negli ordinamenti interni si affermano orientamenti restrittivi in tema di immigrazione, tanto più i livelli minimi di protezione richiesti dalle direttive comunitarie possono assumere rilevanza quali limiti al contenuto delle normative nazionali. Per alcuni aspetti le direttive dell'Unione possono segnare, in effetti, un progresso significativo nel livello di tutela rispetto sia ad alcune normative interne<sup>46</sup>, sia agli obblighi convenzionali. Un trattamento più favorevole di quello richiesto dalla Convenzione di Ginevra può risultare anche dall'applicazione di accordi dell'Unione, quale l'accordo di associazione con la Turchia, come risulta da una sentenza emessa dalla Corte in via pregiudiziale<sup>47</sup>.

Particolarmente significativa nel nuovo testo dei Trattati è a tale riguardo l'affermazione secondo la quale l'Unione sviluppa una politica volta «a garantire il rispetto del principio di non respingimento». Tale

<sup>46</sup> Come è ben evidenziato, ad esempio, da una recente sentenza della Corte di giustizia dalla quale risulta che un richiedente asilo, trattenuto in Bulgaria presso un Centro di permanenza temporanea, doveva essere immediatamente rilasciato in applicazione sia della citata direttiva 2005/85/CE, ai sensi della quale il richiedente non può essere considerato irregolare finché non sia stata adottata una decisione negativa riguardo alla sua domanda, sia della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio degli stranieri in situazione irregolare. Quest'ultima direttiva prevede, infatti, un periodo massimo di trattenimento al quale l'ordinamento bulgaro, nel quale non era in precedenza stabilito al riguardo alcun limite, doveva adeguarsi (sent. 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*). Per alcuni aspetti, un rafforzamento del livello di tutela deriverebbe qualora siano adottate le proposte della Commissione attualmente in corso di esame; ad esempio, la proposta di direttiva sulle procedure per il riconoscimento (COM(2009)554) esclude la possibilità di omettere il colloquio personale con il richiedente e rafforza la tutela giurisdizionale prevedendo, tra l'altro, l'effetto sospensivo del ricorso avverso le decisioni di primo grado sulle domande di protezione internazionale. Cfr. anche, da ultimo, la già ricordata sentenza del 2 marzo 2010 nel caso *Abdulla e al.* nella quale risultano chiarite le condizioni necessarie affinché uno Stato membro possa revocare il riconoscimento dello *status* di rifugiato a seguito di un cambiamento delle circostanze nello Stato di origine.

<sup>47</sup> Sent. 18 dicembre 2008, causa C-337/07, *Altun*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*. La Corte ha ivi affermato l'applicabilità rispetto ai rifugiati del trattamento, più favorevole di quello loro spettante sulla base della Convenzione di Ginevra, richiesto in applicazione della decisione 1/80 adottata in base all'Accordo di associazione con la Turchia.

affermazione sembrerebbe potersi intendere come riferita non solo al divieto di *refoulement* sancito dalla Convenzione di Ginevra (benché nel testo inglese e francese dell'art. 78, par. 1, del TFUE), ma, piuttosto, come diretta a vietare anche quei comportamenti che, impedendo l'ingresso degli stranieri, vanificano la possibilità di ottenere protezione, come il respingimento e l'interdizione in mare. La disposizione potrebbe, così, essere intesa come riferita al momento più delicato del sistema di protezione, cioè quello che precede la presentazione della domanda di riconoscimento. Se la Convenzione di Ginevra non considera tale profilo, può tuttavia ritenersi in via interpretativa che implicitamente richieda, affinché il meccanismo di protezione da essa stabilito sia applicato, la possibilità di presentare una domanda di riconoscimento. Così intesa la nuova disposizione del Trattato potrebbe quindi muovere nella direzione di assicurare la effettiva e non formale conformità agli obblighi posti dalla Convenzione garantendo uno *standard* di protezione più elevato di quello che da questa risulta espressamente. Il già ricordato riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali di un «diritto» all'asilo potrebbe fornire un elemento interpretativo a favore di tale orientamento.

*5. Segue: le ulteriori forme di protezione internazionale: la protezione temporanea e la protezione sussidiaria ed il loro rapporto con il diritto di asilo.*

L'aspetto per il quale si evidenzia con maggiore chiarezza il superamento degli *standards* convenzionali attiene al riconoscimento di forme di tutela ulteriori rispetto a quella stabilita dalla Convenzione di Ginevra, che vanno ad integrare le modalità di protezione internazionale talora già previste negli ordinamenti nazionali. Una estensione della tutela deriva dall'istituto della cd. protezione temporanea, introdotta dalla direttiva 2001/55/CE ed ora prevista dal TFUE che riguardo ad essa prospetta la realizzazione di un «sistema comune» volto alla protezione «degli sfollati in caso di afflusso massiccio» (art. 78, par. 2, lett. c)). Ai sensi della direttiva tale sistema si configura come una «procedura di carattere eccezionale» che, per la durata massima di un anno, tende a garantire «nei casi di afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate» (art. 2, lett. a)); possono beneficiare della protezione i cittadini di Stati terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro Paese di origine e «il cui rimpatrio in

condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel paese stesso»<sup>48</sup>. La procedura è soggetta alla adozione di una decisione del Consiglio al quale compete accertare – a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione – l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati (art. 5). Se tale istituto consente, quindi, di prevedere una forma di tutela in un'ampia gamma di situazioni nelle quali la condizione del Paese di origine non consenta il rientro, desta tuttavia perplessità la circostanza che non risulti sinora alcuna decisione applicativa da parte del Consiglio, benché si possano immaginare ipotesi nelle quali il meccanismo avrebbe potuto trovare utilmente applicazione. Inoltre, la direttiva si presta a un dubbio interpretativo in relazione al diritto d'asilo, a motivo del richiamo, tra i criteri che possono giustificare il riconoscimento della protezione temporanea, al «rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento [...]» (art. 2, lett. a)). Tale criterio non dovrebbe portare ad intendere la protezione temporanea come una forma di tutela alternativa rispetto al sistema dell'asilo nelle ipotesi in cui quest'ultimo non sia in grado di funzionare; essa, coerentemente con le finalità della direttiva, deve piuttosto essere intesa come una forma di tutela di emergenza da utilizzare, qualora lo straniero presenti domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, anche nel periodo di espletamento della relativa procedura<sup>49</sup>. È del resto precisato dalla direttiva che la protezione temporanea non pregiudica il riconoscimento dello *status* di rifugiato (art. 3, par. 1) e gli Stati membri devono consentire a coloro che beneficiano di tale forma di protezione di «presentare in qualsiasi momento una domanda d'asilo» (art. 17, par. 1).

Assai rilevante nella prassi attuale appare l'istituto della protezione sussidiaria, stabilito dalla direttiva 2004/83/CE quale forma di tutela complementare rispetto a quella derivante dal riconoscimento dello *status* di rifugiato<sup>50</sup>. Il carattere integrativo della protezione sussidiaria rispetto a quella offerta sulla base della Convenzione di Ginevra è reso

<sup>48</sup> Quali, in particolare, le «persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica» e quelle «soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni» (art. 2, lett. c)).

<sup>49</sup> In ogni caso, allo straniero che abbia presentato domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato e che benefici della protezione temporanea non potrebbe essere riservato un trattamento meno favorevole di quello previsto in base alla direttiva sull'accoglienza dei richiedenti asilo.

<sup>50</sup> Già nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere si affermava che il regime comune in materia di asilo «dovrebbe essere altresì completato da misure che prevedano forme complementari di protezione e offrano uno *status* adeguato alle persone che necessitano tale protezione».

ben evidente in quanto si prevede che la protezione sussidiaria sia concessa a chi «non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine [...], correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno» (art. 2, lett. e)<sup>51</sup>.

Tale nuovo istituto determina un'estensione da tempo auspicata del sistema di protezione, resasi necessaria, come la Commissione europea aveva rilevato in una comunicazione del 2000<sup>52</sup>, a seguito della crescente discrepanza tra la natura delle domande di riconoscimento presentate e i criteri della Convenzione di Ginevra, in ragione di situazioni di rischio non riconducibili alla definizione di persecuzione. Al fine di valutarne l'effettivo carattere innovativo occorre tuttavia chiedersi se tale forma di protezione si configuri come ulteriore anche rispetto a quella che, attraverso il meccanismo interpretativo sopra ricordato, deriva dalla Convenzione europea sui diritti umani.

Certamente l'espressione «grave danno» utilizzata dalla direttiva lascia intendere una nozione più ampia rispetto al rischio di tortura e di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3. Inoltre, l'art. 15 della direttiva chiarisce che tale espressione comprende «la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». Benché la formulazione sia tutt'altro che nitida – anche perché è il risultato della eliminazione, nel corso dell'*iter* di approvazione, di una parte della disposizione che si riferiva alla violazione dei diritti umani – essa sembra in effetti delineare un campo applicativo più esteso rispetto a quello derivante dalla Convenzione europea. Ciò appare confermato dalla circostanza che l'art. 15 riprende, in un suo diverso paragrafo, la definizione di cui all'art. 3 della Convenzione europea.

L'interpretazione di tale forma di protezione come un nuovo *genus* rispetto a quella fornita dalla Convenzione europea è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia nella sentenza del 17 febbraio 2009 nel caso

<sup>51</sup> Un tribunale ungherese ha recentemente posto alla Corte di giustizia una domanda in via pregiudiziale volta a chiarire il rapporto tra l'attribuzione della protezione sussidiaria e il riconoscimento dello *status* di rifugiato (causa C-31/09, *Bolbol*; le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston sono state presentate il 4 marzo 2010).

<sup>52</sup> L'esigenza di una protezione che vada oltre il sistema di Ginevra è molto ben evidenziata da due comunicazioni adottate dalla Commissione nel 2000 (COM(2000)757 def. e COM(2000)755 def.) nelle quali si sottolinea l'esigenza di fornire tutela anche in considerazione della proliferazione di conflitti armati che generano situazioni di generalizzata insicurezza e violazioni dei diritti umani che sono difficili da ricondurre alla definizione di persecuzione nella sua interpretazione tradizionale.

*Elgafaji*<sup>53</sup>; la Corte ha affermato che l'art. 15, lett. c), della direttiva «è una disposizione con un contenuto diverso da quello dell'art. 3 della CEDU e deve pertanto essere interpretata autonomamente, salvo restando però il rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU» (par. 28). Riguardo al contenuto della protezione, la Corte ha accolto un'interpretazione estensiva del concetto di «minaccia individuale» affermando che questa non è subordinata alla condizione che lo straniero «fornisca la prova che egli è interessato in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale», ma tale minaccia «può essere considerata, in via eccezionale, provata quando il grado di violenza indiscriminata che caratterizza un conflitto armato in corso» raggiunge «un livello così elevato» da ritenere che un civile che rientri nel paese in questione «correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio [...], un rischio effettivo di subire la detta minaccia» (par. 43). In sostanza, quindi, la mancanza di un rischio specifico derivante dalla situazione personale dello straniero non esclude la necessità di protezione, ma richiede un livello particolarmente elevato di violenza indiscriminata che solo «in via eccezionale» potrebbe presentarsi. Benché la valutazione di tale criterio implichi un ampio spazio di apprezzamento discrezionale e possa prestarsi nella prassi ad interpretazioni restrittive, l'orientamento accolto dalla Corte di giustizia rafforza, comunque, l'ambito applicativo di tale forma di protezione prescindendo dall'esigenza che sia dimostrato un «rischio soggettivo»<sup>54</sup>; ciò valorizza il contributo che l'Unione europea fornisce all'estensione della protezione internazionale riguardo a rischi ulteriori rispetto a quelli coperti dalla Convenzione di Ginevra e dalla Convenzione europea dei diritti umani.

È significativo, peraltro, che nella prassi tale nuova forma di protezione si stia affermando come quantitativamente prevalente rispetto a quella fornita sulla base della Convenzione di Ginevra<sup>55</sup>. Tale dato può

<sup>53</sup> Sent. 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*. La Corte afferma che è, invece, l'art. 15, lett. b), della direttiva (ai sensi del quale configurano un danno grave «la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente») a corrispondere nel contenuto all'art. 3 della Convenzione europea.

<sup>54</sup> La Corte non ha ritenuto determinante il principio enunciato nel preambolo della direttiva secondo il quale non possono «di norma» dare luogo a un danno grave ai sensi dell'atto «i rischi a cui è esposta in generale la popolazione o una parte della popolazione». Tale principio potrebbe tuttavia aver indotto la Corte a sottolineare il carattere eccezionale dell'ipotesi da essa enunciata.

<sup>55</sup> Come la Commissione indica nel piano strategico sull'asilo (COM(2008)360 def.), si registra un numero in costante aumento di stranieri che ottengono la protezione sussidiaria invece che lo *status* di rifugiato.

verosimilmente avere contribuito a determinare un atteggiamento di cautela da parte dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati che, con una nota del gennaio 2008, ha paventato il rischio che la nozione di protezione sussidiaria, se intesa ampiamente, finisca con il sovrapporsi a quella enunciata dalla Convenzione di Ginevra, svuotando così quest'ultima del proprio significato<sup>56</sup>; ha perciò sottolineato l'esigenza che si ricorra a forme complementari di protezione soltanto dopo aver assicurato la piena applicazione della Convenzione del 1951.

Non è escluso, in effetti, che nella prassi la protezione sussidiaria possa assorbire quella convenzionale, sia per la difficoltà che in concreto può presentarsi nel differenziare in modo puntuale le diverse situazioni di pericolo, sia per l'eventualità che siano soddisfatti allo stesso tempo i requisiti necessari per ottenere diverse forme di tutela. Occorre altresì considerare che l'ambito applicativo della protezione sussidiaria dipende, a motivo del suo carattere integrativo rispetto al regime posto dalla Convenzione di Ginevra, dall'interpretazione di quest'ultima, per cui un'interpretazione più estensiva delle norme convenzionali determina una corrispondente contrazione dell'ambito della protezione sussidiaria<sup>57</sup>.

L'esigenza di una ripartizione rigorosa tra le varie forme di protezione è al momento rafforzata dalla diversità di trattamento prevista rispetto a coloro che ne beneficiano. La direttiva 2004/83/CE consente

<sup>56</sup> Nota dell'UNHCR, La protezione sussidiaria secondo la «Direttiva Qualifiche» nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata, gennaio 2008, disponibile nel sito [www.unhcr.it](http://www.unhcr.it). Nella nota si richiama uno studio dell'UNHCR sulla «Direttiva Qualifiche» dal quale risulta che alcuni Stati membri hanno «riconosciuto la protezione sussidiaria a richiedenti provenienti da situazioni di violenza generalizzata che avevano allo stesso tempo un fondato timore di persecuzione per i motivi indicati dalla Convenzione del 1951»; si rileva che tale «approccio svuota di significato la Convenzione del 1951 e va pertanto evitato» (p. 4).

<sup>57</sup> Nella nota dell'UNHCR sopra richiamata si osserva che gli Stati europei, a differenza di quanto avviene in altre regioni, «non utilizzano collettivamente una definizione di rifugiato estesa al punto da includere persone in fuga da violenza indiscriminata» e perciò il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha raccomandato che a tali persone venga riconosciuta la protezione sussidiaria» (p. 7). Possono, del resto, sussistere interpretazioni non uniformi negli Stati membri circa i requisiti enunciati, ai fini del riconoscimento, dalla Convenzione di Ginevra; una posizione comune del 1996 (96/196/GAI, in *G.U.C.E.* 13 marzo 1996 *L* 63) detta alcuni criteri che, tuttavia, per il loro carattere talora generico e talora meramente ripetitivo del contenuto della Convenzione, non delineano un preciso indirizzo interpretativo per gli Stati membri. La presenza, in uno Stato membro, di un'interpretazione rigorosa dei requisiti per il riconoscimento dovrebbe correlativamente implicare una più ampia nozione di protezione sussidiaria determinando, quindi, un'applicazione non uniforme di tale istituto negli Stati membri.

infatti, per alcuni profili<sup>58</sup>, un trattamento meno favorevole per i beneficiari della protezione sussidiaria giacché rispetto a questi ultimi non operano gli *standard* di trattamento richiesti a favore dei rifugiati dalla Convenzione di Ginevra<sup>59</sup>.

Al fine di limitare l'eventualità prospettata dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite, potrebbe essere opportuno stabilire un'unica procedura di esame nel corso della quale siano accertati i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e, qualora questi non sussistano, quelli per la protezione sussidiaria<sup>60</sup>; andrebbe perciò previsto che in caso di diniego del riconoscimento dello *status* di rifugiato l'autorità competente valuti comunque se sussistono i presupposti per la protezione

<sup>58</sup> Come riguardo all'assistenza sanitaria (art. 29) e alla durata del permesso di soggiorno (art. 24). Per questo la protezione sussidiaria appare come «a second-class protection»; così TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum*, cit., p. 1543.

<sup>59</sup> Riguardo al trattamento di coloro che beneficiano della protezione sussidiaria la Commissione ha proposto una varietà di soluzioni. Con una prima proposta di direttiva (COM(2007)298 def.) si intendeva modificare la direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornati di lungo periodo, estendendone l'applicazione ai beneficiari di protezione internazionale. Con un'altra proposta di direttiva (COM(2008)815 def.) si mirava ad estendere il campo applicativo della direttiva 2003/9/CE sul trattamento dei richiedenti asilo includendovi i beneficiari della protezione sussidiaria. Secondo l'orientamento più recente seguito nella proposta di direttiva sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona bisognosa di protezione internazionale si tende invece a «ravvicinare i diritti riconosciuti alle due categorie di beneficiari di protezione» (COM(2009)551 def., relazione della Commissione che accompagna la proposta, par. 6). In una recente pronuncia (4 giugno 2009, cause riunite C-22/08 e C-23/08, *Vatsouras e al.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*) la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 12 del Trattato CE (ora art. 18 del TFUE), che enuncia il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, non osta ad una normativa nazionale in base alla quale al richiedente asilo sia riservato un trattamento più favorevole di quello spettante ai cittadini di Stati membri; veniva in considerazione una normativa tedesca che prevedeva l'erogazione a favore dei richiedenti asilo di prestazioni di assistenza sociale concesse agli immigrati irregolari cittadini di Stati terzi. Il ragionamento della Corte, benché porti ad un esito che può apparire sorprendente, si inquadra, tuttavia, in una linea interpretativa ben consolidata secondo la quale l'art. 12 del TCE (ora art. 18 del TFUE), vietando le discriminazioni in base alla nazionalità, concerne soltanto una disparità che svantaggi il cittadino di un altro Stato membro rispetto al nazionale. Un analogo ragionamento circa la portata dell'art. 12 ha in precedenza indotto la Corte ad escludere che il diritto comunitario vieti le discriminazioni a rovescio che si determinano a motivo dell'applicazione di norme comunitarie (ad esempio nella sentenza 14 luglio 1988, *Zoni*, in *Raccolta*, p. 4285 ss.). Per rilievi critici circa l'ambito di applicazione dell'art. 12 secondo la giurisprudenza comunitaria cfr. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009, p. 78 ss.

<sup>60</sup> Una proposta di regolamento presentata dalla Commissione nel 2008 (COM(2008)820 def.) tende a stabilire un'unica procedura per la determinazione dello Stato membro responsabile ad esaminare la domanda di protezione in modo tale che le domande siano considerate sulla base di entrambe le forme di protezione internazionale.

sussidiaria<sup>61</sup>. Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona agevolano tale soluzione – già prospettata in una recente proposta di direttiva<sup>62</sup> – attribuendo all'Unione, come sopra segnalato, la competenza a stabilire i criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame «di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria» (art. 78, par. 2, lett. e) del TFUE).

#### *6. Le caratteristiche della «procedura comune» di esame delle domande di riconoscimento della protezione internazionale secondo i progetti di riforma*

La Commissione europea ha recentemente avviato un ampio progetto di riforma, a seguito anche di consultazioni pubbliche, per realizzare il passaggio alla prevista «fase due» del sistema europeo comune dell'asilo, prospettando l'abrogazione o la modificazione sostanziale di tutte le normative sinora adottate. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona fornisce ormai, come sopra indicato, una più adeguata base giuridica per l'adozione di atti che stabiliscano un sistema comune. L'attività propositiva della Commissione precedente all'entrata in vigore del nuovo Trattato sembrava già fondarsi, peraltro, sul nuovo quadro da questo stabilito.

Tuttavia, anche in ragione della mancanza sopra rilevata di precisazioni nel TFUE, la connotazione che tale sistema dovrebbe assumere risulta al momento assai incerta. Nel piano d'azione presentato dalla Commissione nel 2008<sup>63</sup> coesistono, infatti, strategie assai diverse,

<sup>61</sup> Un elemento a sostegno di questa soluzione si è di recente manifestato nell'ordinamento italiano a seguito di una pronuncia resa dalla Corte di cassazione (sez. un.) il 19 maggio 2009 (n. 11535/09) nella quale si afferma che le commissioni territoriali competenti ad esaminare la domanda di asilo dispongono «di tutte le competenze valutative della posizione del richiedente asilo, da quella diretta all'ottenimento della protezione maggiore [...] a quella generante una protezione sussidiaria [...] sino a quella residuale e temporanea». Ciò comporta una valorizzazione del ruolo delle commissioni ed una correlativa limitazione dei poteri del questore al quale residua «nulla più che un compito di mera attuazione dei deliberati assunti sulla posizione dello straniero dalla Commissione stessa».

<sup>62</sup> La proposta di direttiva sull'attribuzione della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, presentata dalla Commissione il 21 ottobre 2009, intende eliminare la presenza di due *status* di protezione anche al fine di ridurre i costi e gli oneri amministrativi che derivano dall'attuale sistema.

<sup>63</sup> Cfr. il Piano strategico sull'asilo (Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea) presentato dalla Commissione il 17 giugno 2008 (COM(2008)360

che non sembra possano essere ragionevolmente cumulate. In particolare, non è ancora chiaro se saranno stabilite ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato delle regole comuni dalle quali gli Stati membri non potranno discostarsi o se sarà invece previsto un trattamento centralizzato delle domande di riconoscimento affidato ad un'autorità europea; in quest'ultima prospettiva la Commissione ha recentemente disposto la realizzazione di uno studio di fattibilità per valutare la possibilità di un esame congiunto a livello dell'Unione. Se venisse stabilito un esame centralizzato delle domande, ciò porterebbe a passare alla seconda fase senza avere previamente realizzato l'adozione di norme comuni; non vi è, del resto, l'esigenza di un'attuazione graduale<sup>64</sup>, sempre che si manifesti il necessario consenso politico da parte degli Stati membri.

Varie ragioni inducono i Governi ad accettare un livello di integrazione più elevato e, dunque, a ricercare il compromesso politico a tal fine necessario; tali ragioni spingono, però, ad individuare soluzioni diverse e talora discordanti. Il nesso tra la politica d'asilo e la sicurezza – in particolare, l'esigenza di evitare che la richiesta di asilo sia utilizzata per vanificare le rigorose disposizioni sull'ingresso nonché l'esigenza di contrastare il terrorismo<sup>65</sup> – porta a sostenere soluzioni ispirate ad una logica repressiva, con il rischio che non sia garantita una protezione internazionale effettiva e che siano poste in essere violazioni degli obblighi convenzionali. Alcuni Stati membri sono indotti a favorire l'adozione di norme comuni poiché, come nel caso dell'Italia, sono soggetti, specialmente per ragioni geografiche, ad una forte pressione migratoria, e risultano essere il più delle volte responsabili dell'esame

def.). Sulla base del Piano d'azione sono state presentate, nel dicembre 2008, proposte di modifica della direttiva 2003/9/CE sul trattamento dei richiedenti (COM(2008)815 def.), del regolamento Dublino II (COM(2008)820 def.) e del regolamento Eurodac (COM(2008)825 def.). Cfr. per una valutazione critica di tali progetti di riforma NASCIBENE, *Il futuro della politica europea di asilo*, ISPI, *working paper* n. 25, giugno 2008. Più recentemente sono state presentate (il 21 ottobre 2009) due proposte di direttiva volte a modificare, rispettivamente, la direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure di riconoscimento e revoca dello *status* di rifugiato (COM(2009)554 def.) e la direttiva 2004/83/CE sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona bisognosa di protezione internazionale (COM(2009)551 def.).

<sup>64</sup> Benché il già ricordato programma dell'Aia preveda che il sistema comune europeo dell'asilo sarà basato «su una valutazione approfondita e completa degli strumenti giuridici adottati nella prima fase» (punto 1.3).

<sup>65</sup> In particolare, è stata assai evidente l'incidenza degli attentati terroristici sul contenuto assunto dalle direttive sull'asilo che erano in corso di approvazione; mi permetto di rinviare al riguardo al mio scritto *Politica dell'immigrazione dell'Unione europea e lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2008, p. 483 ss.

della domanda di riconoscimento allorché il criterio applicabile – come assai spesso avviene – sia quello dello Stato membro nel quale lo straniero abbia irregolarmente fatto ingresso<sup>66</sup>. Tali Stati hanno un forte interesse a realizzare una ripartizione degli oneri che non si sostanzia soltanto, come sinora è avvenuto, in strumenti di co-finanziamento di programmi nazionali, quale il Fondo europeo per i rifugiati<sup>67</sup>.

È significativo dell'attenzione di recente dedicata a tale aspetto la circostanza che il TFUE preveda che l'Unione sviluppi una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne «fondata sulla solidarietà tra Stati membri» (art. 78, par. 1, del TFUE). È altresì rilevante che il nuovo programma di priorità per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (programma di Stoccolma), presentato dalla Commissione il 10 giugno 2009<sup>68</sup> e adottato dal Consiglio europeo nella riunione del 10-11 dicembre 2009, si ponga quale obiettivo della politica di asilo quello di rafforzare la solidarietà tra gli Stati membri nell'accoglienza dei rifugiati e dei richiedenti il riconoscimento; non sono tuttavia precisate le modalità attraverso le quali tale solidarietà dovrebbe essere realizzata. Occorre considerare che il regolamento «Dublino II» non dà alcun rilievo, nella enunciazione dei criteri per la determinazione dello Stato responsabile, alla ripartizione degli oneri tra gli Stati membri. Deve essere altresì rilevato che tali oneri, insieme a ragioni politiche, possono determinare atteggiamenti di

<sup>66</sup> In Italia sono state presentate nel 2008 oltre 30.000 domande di riconoscimento di protezione internazionale (circa il doppio di quelle presentate nel 2007) delle quali circa 10.000 sono ancora in attesa di esame; quasi 1.700 richiedenti hanno ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato e poco più di 7.000 la protezione sussidiaria (dati della Commissione nazionale per il diritto d'asilo, in *CIR Notizie*, 2009, n. 5-6, p. 9). Sempre nel 2008 i trasferimenti, in base al meccanismo del regolamento «Dublino II», da altri Stati membri verso l'Italia sono stati 1.300, quelli dall'Italia verso altri Stati membri soltanto 126 (dati del Ministero dell'interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, *ibidem*, p. 10); tale discrepanza tra i trasferimenti in entrata e quelli in uscita è verosimilmente dovuta alla frequente applicazione del criterio residuale previsto dal regolamento, che individua come responsabile lo Stato membro nel quale lo straniero ha irregolarmente fatto ingresso.

<sup>67</sup> Cfr. la decisione 573/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 maggio 2007 che istituisce il Fondo europeo per i rifugiati per il periodo 2008-2013 nell'ambito del programma generale «Solidarietà e gestione dei flussi migratori» (in *G.U.U.E.* 6 giugno 2007 L 144, p. 1 ss.). La decisione stanza, per un periodo di 6 anni, 628 milioni di euro e aggiunge al meccanismo del cofinanziamento una riserva finanziaria per misure d'emergenza nel caso di protezione temporanea per un afflusso massiccio di sfollati a norma della direttiva 2001/55, prevedendo altresì un importo fisso per ciascuno Stato membro oltre alla quota da ripartire in proporzione all'onere sopportato. Una proposta di modifica della decisione istitutiva del Fondo è stata presentata dalla Commissione il 2 settembre 2009 (COM(2009) 456).

<sup>68</sup> V. IP/09/894 del 10 giugno 2009.

aperta violazione degli obblighi internazionali, come nel caso del «respingimento» verso la Libia di migranti irregolari (una parte dei quali avrebbe con tutta probabilità presentato domanda di protezione sussidiaria o di riconoscimento dello *status* di rifugiato)<sup>69</sup> tenuto dalle autorità italiane<sup>70</sup>. Nel contrasto manifestatosi tra Italia e Malta circa quale sia lo Stato responsabile per il salvataggio in mare dei migranti è stata più volte invocata l'esigenza di una ripartizione degli oneri tra gli Stati membri ed è peraltro emersa la situazione di debolezza dell'Unione europea nel definire soluzioni sulla base degli atti normativi attualmente in vigore<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Tale presunzione si fonda sulla circostanza che nel 2008 circa il 75% degli immigrati arrivati irregolarmente via mare in Italia ha presentato domanda di riconoscimento di protezione internazionale e, di questi, il 50% circa l'ha ottenuta (tali dati sono riferiti nella notizia stampa dell'UNHCR del 7 maggio 2009, in [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)). Peraltro, non essendo la Libia parte della Convenzione di Ginevra «there is no assurance that persons in need of international protection may find effective protection in Libya»: così la lettera inviata al governo italiano dall'UNHCR in data 12 maggio 2009, disponibile nel sito [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org).

<sup>70</sup> Si veda, per una ricostruzione di tale prassi, *Amnesty International*, sezione italiana, Rapporto di aggiornamento del Rapporto annuale sui diritti umani in Italia, «Diritti e incolumità di migranti e richiedenti asilo a rischio», in [www.amnesty.it](http://www.amnesty.it) e il comunicato stampa dell'UNHCR del 7 maggio 2009 (*UNCHR deeply concerned over returns from Italy to Libya*). Sugli aspetti relativi al soccorso in mare cfr. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 800 ss.

<sup>71</sup> Nelle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo del 18 e 19 giugno 2009 si riconosce che «i recenti avvenimenti verificatisi a Cipro, in Grecia, in Italia e a Malta sottolineano l'urgenza di potenziare gli sforzi per prevenire e contrastare efficacemente l'immigrazione irregolare alle frontiere marittime meridionali dell'UE» attraverso una «risposta europea determinata, ispirata ai principi di fermezza, solidarietà e responsabilità condivisa...»; in concreto ci si limita però a sollecitare «il coordinamento delle misure volontarie per la redistribuzione interna dei beneficiari di protezione internazionale presenti negli Stati membri» e la istituzione di un ufficio europeo di sostegno per l'asilo (11225/09, 19 giugno 2009, paragrafi 36-37). La Commissione ha, peraltro, dedicato attenzione al problema dei respingimenti in mare; si segnala, in particolare, uno studio (*Commission staff working document, Study on the International law instruments in relation to illegal migration by sea*, SEC(2007)691, 23 maggio 2007) nel quale si afferma che «all the Member States are bound vis-à-vis the persons rescued or intercepted at sea by the principle of non refoulement» e che «it would therefore be necessary to analyse the conditions under which a Member State can be obliged to assume responsibility for asylum claims introduced on grounds of this principle» (par. 5); è tuttavia al momento prospettata a livello dell'Unione europea solo l'adozione di «guidelines» con l'obiettivo di «clarify further the implementation by Member States of their international law obligations» (par. 6). Inoltre la già menzionata proposta di modifica del regolamento «Dublino II» presentata dalla Commissione nel dicembre 2008 prevede che gli Stati membri devono esaminare le richieste di asilo che sono state presentate al di fuori del territorio o delle zone di frontiera, come in alto mare. La direttiva 2005/85/CE recante norme minime sulle procedure applicate ai fini del

In considerazione della consistente pressione migratoria nei confronti di alcuni Stati membri, tra le proposte recentemente elaborate dalla Commissione si delinea l'eventualità che sia sospesa temporaneamente l'applicazione del sistema di Dublino verso uno Stato membro che non è in grado di assorbire il flusso dei richiedenti, determinando – senza tuttavia precisare sulla base di quali criteri – la competenza di un altro Stato membro<sup>72</sup>; a ciò si aggiunge la decisione di istituire un «ufficio di sostegno»<sup>73</sup>, con la funzione, tra l'altro, di fornire assistenza pratica agli Stati membri per il trattamento delle decisioni di riconoscimento, in particolare a favore degli Stati membri che sono competenti all'esame di un elevato numero di domande. Ciò risponde a quanto indicato dal già ricordato Piano strategico sull'asilo adottato dalla Commissione nel quale, evidenziata l'esigenza di un'equa ripartizione degli oneri, si afferma che «spetta all'Unione trovare una risposta comune, basata sul principio di solidarietà, alle sfide che i singoli Stati membri devono affrontare»<sup>74</sup>. La Commissione prospetta altresì una modifica radicale dell'attuale meccanismo di ripartizione delle competenze che verrebbe sostituito da un sistema di scelta dello Stato competente da parte del richiedente. È ragionevole ritenere che tale innovazione dovrebbe tuttavia presupporre la previa realizzazione di una piena uniformità dei criteri per il riconoscimento (ovvero di una procedura centralizzata di esame) al fine di evitare che le domande si concentrino verso gli Stati membri che seguono i criteri o le prassi più favorevoli all'accoglimento.

Nei documenti della Commissione si esplorano, in questa fase progettuale, anche ulteriori tecniche, in particolare incentrate sulla cd.

riconoscimento dello *status* di rifugiato si applica alle domande di asilo «presentate nel territorio, compreso alla frontiera o nelle zone di transito degli Stati membri» (art. 3, par. 1). La proposta diretta a modificare tale direttiva (COM(2009)554) precisa che essa si applica alle domande presentate «nelle acque territoriali degli Stati membri».

<sup>72</sup> COM(2008)820 def., 3 dicembre 2008, art. 31.

<sup>73</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (COM(2009)66 def.). L'istituzione di tale ufficio era già stata prospettata dal programma dell'Aja in base al quale dovevano essere create delle «strutture appropriate» per garantire la cooperazione tra le autorità nazionali competenti e, una volta istituita la procedura comune in materia di asilo, tali «strutture dovrebbero trasformarsi, sulla scorta di una valutazione, in un Ufficio europeo, incaricato di fornire sostegno a tutte le forme di cooperazione tra gli Stati membri attinenti al regime europeo comune in materia di asilo» (punto 1.3). Secondo l'accordo politico recentemente raggiunto l'ufficio avrà sede a Malta (Consiglio giustizia e affari interni del 1° dicembre 2009, 2979° sessione, doc. 16883/1/09 Rev.).

<sup>74</sup> Piano strategico sull'asilo (COM(2008)360 def.), par. 5.1.

«esternalizzazione» delle domande di protezione<sup>75</sup>. Le domande di riconoscimento verrebbero presentate nel territorio di Stati terzi, presso le rappresentanze diplomatiche di Stati membri o appositi uffici comuni; oppure, secondo una proposta britannica, potrebbero essere stabilite, d'intesa con alcuni Stati terzi, delle apposite zone per la presentazione delle domande (ad es. in Albania, Ucraina, Marocco)<sup>76</sup>. A ciò si aggiungono i piani di protezione regionale concordati con Stati terzi (già operanti con progetti-pilota in Tanzania, Ucraina e Bielorussia), che la Commissione prospetta di estendere ad altre regioni, come il Nord Africa<sup>77</sup>, rafforzando l'impegno della Comunità a garantire l'accoglienza di coloro che abbiano ottenuto in Stati terzi il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Tali soluzioni, oltre che presentare difficoltà pratiche notevoli anche sotto il profilo del trattamento dei richiedenti<sup>78</sup>, presuppongono anzitutto la disponibilità degli Stati terzi nei quali gli stranieri si trovano<sup>79</sup>; questa potrebbe essere ottenuta attraverso «incentivi», quali, ad esempio, regole di particolare favore rispetto all'ingresso per motivi di lavoro dei

<sup>75</sup> Tale strategia era già prospettata dalla Commissione nella Comunicazione relativa all'ingresso gestito nell'Unione europea delle persone bisognose di protezione internazionale e al rafforzamento della capacità di protezione nelle regioni di origine (COM(2004)410 def. del 4 giugno 2004). Ivi si esplorava la possibilità di stabilire «procedure di ingresso protetto, ovverosia la possibilità per un cittadino di un paese terzo di presentare una domanda d'asilo o di altra forma di protezione internazionale al potenziale paese ospitante, pur rimanendo fuori dal territorio di quest'ultimo, e di ottenere un'autorizzazione all'ingresso nel caso in cui la sua domanda sia accolta, provvisoriamente o definitivamente» (punto 14). Si veda anche la Comunicazione, Rafforzare l'approccio globale in materia di migrazione (COM(2008)611 def.). Cfr. in merito a tale tecnica CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: l'approccio dell'Unione europea, tra prassi degli Stati membri e competenze comunitarie*, in *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, (a cura di Zagato), Padova, 2006, p. 211 ss.

<sup>76</sup> Come riferisce TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum*, cit., p. 1564.

<sup>77</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione sui programmi regionali di protezione (COM(2005)388 def.). Sulla base di tali programmi si tende a favorire (attraverso specifici finanziamenti erogati nell'ambito di programmi di cooperazione già esistenti) l'accoglienza dei richiedenti asilo da parte degli Stati terzi di transito, stabilendo l'impegno dell'Unione europea a consentire il reinsediamento negli Stati membri di coloro che abbiano ottenuto protezione.

<sup>78</sup> Occorrerebbe, infatti, garantire l'applicazione in Stati terzi di *standard* di trattamento non meno favorevoli di quelli previsti dalla direttiva sull'accoglienza dei richiedenti asilo.

<sup>79</sup> Peraltro gli Stati terzi nei quali i richiedenti si trovano potrebbero (come, ad esempio, nel caso della Libia) non aver ratificato la Convenzione di Ginevra; nel Programma dell'Aja sul rafforzamento della libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea (G.U.C.E. 3 marzo 2005 C 53) il Consiglio europeo «esorta tutti i paesi terzi ad accedere e aderire alla convenzione di Ginevra relativa ai rifugiati» (punto 1.6.1).

cittadini di tali Stati, oppure essere collegati a diversi aspetti delle politiche di cooperazione, non diversamente da quanto avviene attraverso le clausole di condizionalità. Sotto il profilo dell'adeguatezza della tutela, le prospettive di «esternalizzazione» sollevano, tra l'altro, l'esigenza della individuazione dei mezzi di ricorso per l'ipotesi in cui la domanda non sia accolta e, più in generale, pongono l'esigenza che tale meccanismo non si trasformi in un espediente per giustificare il respingimento di coloro che si spostano in uno Stato membro per ricercare asilo. L'esame delle domande in Stati terzi può infatti produrre effetti positivi evitando gli elevati rischi dei viaggi (che, peraltro, solo una parte dei potenziali richiedenti è in grado di affrontare) e semplificando la ripartizione degli oneri tra gli Stati membri; tale soluzione richiederebbe, però, un puntuale controllo presso gli Stati terzi interessati, che potrebbe essere opportunamente affidato all'Alto Commissariato delle Nazioni Unite, circa la presentazione delle domande e l'accoglienza dei richiedenti.

La già più volte segnalata mancanza nel TFUE di una strategia volta a perseguire gli obiettivi da esso enunciati comporta che il concreto assetto che assumerà il sistema comune di protezione internazionale dipenderà dal punto di equilibrio che sul piano politico sarà stabilito tra le diverse e talora contrapposte esigenze sopra evidenziate. Potrà al riguardo produrre un'incidenza significativa la procedura di delibera ora prevista ai fini dell'adozione degli atti normativi concernenti la politica dell'asilo; se infatti in precedenza, come sopra rilevato, il requisito dell'unanimità ha certamente contribuito all'affermazione di soluzioni molto rispettose di quanto già stabilito negli ordinamenti nazionali, il ricorso alla procedura legislativa ordinaria – che prevede di regola la delibera a maggioranza qualificata da parte del Consiglio<sup>80</sup> ed attribuisce un ruolo determinante al Parlamento europeo – potrebbe consentire l'adozione di atti con un contenuto maggiormente innovativo.

<sup>80</sup> Salvo per il caso in cui il Consiglio intenda adottare emendamenti del Parlamento rispetto ai quali la Commissione abbia espresso un parere negativo (art. 294 del TFUE). Sulla nuova procedura legislativa cfr. tra gli altri BEST, *Legislative procedures after Lisbon: fewer, simpler, clearer?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, pp. 85-96.

## **CONTROLLO DEI FLUSSI MIGRATORI TRA OBBLIGHI DELL'UNIONE EUROPEA E RAPPORTI BILATERALI DELL'ITALIA**

Francesco MUNARI\*

SOMMARIO: 1. Impostazione dell'indagine: il riparto delle competenze tra Stati membri e Unione europea in tema di flussi migratori nella nuova prospettiva determinata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 2. La disciplina di rango primario oggi vigente: norme del TFUE e trattati internazionali... – 3. *Segue*: e i condizionamenti sull'azione esterna degli Stati membri già risultanti dalle norme di diritto derivato adottate dall'Unione europea e dai principi in tema di diritti fondamentali dei migranti in situazioni particolari. – 4. Gli ulteriori atti di *soft law* provenienti dalla sfera dell'Unione e il loro impatto sulle competenze degli Stati membri. – 5. Le competenze in tema di flussi residuanti in capo agli Stati membri: la disciplina positiva riguardante le condizioni di immigrazione legale nel territorio dello Stato e la sua origine consuetudinaria. – 6. *Segue*: i limiti posti al diritto degli Stati membri di gestire i flussi migratori in provenienza da altri Stati dalla loro appartenenza all'Unione europea. – 7. I differenti criteri di accesso dei migranti negli Stati membri e i loro effetti sulla circolazione degli stranieri. – 8. Gli accordi bilaterali tra Stati membri e Paesi terzi: dalla mera gestione dei flussi ad una collaborazione a più ampio spettro. I trattati bilaterali tra Italia e Paesi del Maghreb e il contributo dell'Unione europea alla loro attuazione. – 9. Pragmatismi e convergenze tra iniziative europee ed esercizio di competenze statali nella gestione dei flussi. – 10. Osservazioni conclusive: il nuovo art. 80 del TFUE e i possibili scenari che esso individua per realizzare forme obbligatorie di collaborazione a livello europeo nella gestione dei flussi.

\*Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova.

*1. Impostazione dell'indagine: il riparto delle competenze tra Stati membri e Unione europea in tema di flussi migratori nella nuova prospettiva determinata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*

Punto di partenza dell'indagine oggetto del presente contributo sono le norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – e cioè, quello che fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era noto come Trattato CE – e dal sistema delle competenze tra Unione e Stati membri, inclusa ovviamente l'Italia.

Al riguardo, vengono quindi in rilievo le norme di cui agli articoli da 77 a 80 del TFUE. Sotto questo profilo, giova premettere che, sulle disposizioni in precedenza previste dai rilevanti articoli del «vecchio» titolo IV del TCE, e sulle loro implicazioni negli ordinamenti degli Stati membri, la dottrina è numerosa, chiara, e soprattutto largamente condivisibile, e costituisce altresì un evidente quanto imprescindibile punto di partenza per ogni ragionamento riguardante il regime come modificato dal Trattato di Lisbona<sup>1</sup>. Per contro, mi pare più utile affrontare gli argomenti oggetto del lavoro proprio alla luce della disciplina sull'immigrazione appena entrata in vigore, in particolare di quella relativa al controllo dei flussi; tanto più perché essa viene meglio sistematizzata nel nuovo capo 2 del titolo V del TFUE, il quale sembra offrire una disciplina assai più organica, chiara e compiuta rispetto a quella precedente.

Ciò posto, il Trattato di Lisbona non ha determinato una rottura con la disciplina del pregresso titolo IV del TCE e quindi, e innanzitutto, le norme di diritto derivato già adottate dalla Comunità in attuazione delle disposizioni di tale titolo IV, che sono tante, non saranno influenzate dal nuovo regime dei Trattati: anzi, l'attuale programma pluriennale per lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014, adottato nel secondo semestre del 2009 e denominato «Programma di Stoccolma»<sup>2</sup>, si pone come obiettivo quello della continuità col prece-

<sup>1</sup> V., tra gli altri, e per riferimenti, ALENI, *La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e rispetto dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, p. 585 ss.; CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Torino, 2006; BELLAGAMBA, CARITI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*<sup>2</sup>, Milano, 2008; NASCIBENE, *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 433 ss. Cfr. peraltro anche gli autori indicati in nota 5.

<sup>2</sup> Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, doc. n. 17024/09 (register.consilium.europa.eu, reperibile *on line*)

dente Programma dell'Aja (2004-2009)<sup>3</sup> e come una naturale evoluzione del medesimo, sia pur con un accento sul rafforzamento dell'efficacia dei controlli alle frontiere europee, secondo le indicazioni del «Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo» adottato dal Consiglio europeo nell'ottobre 2008<sup>4</sup>.

In questo contesto, muoverò la mia indagine da due distinti angoli visuali: quello delle norme primarie e cioè, come detto, il TFUE, e quello delle disposizioni già adottate a livello allora comunitario, inclusi atti atipici e accordi o programmi con Paesi terzi. Il tutto nell'ottica di misurare gli spazi effettivamente residuanti agli Stati membri nella materia, rispetto non solo alla natura concorrente delle competenze al riguardo previste, e confermate espressamente dall'art. 4, par. 2, lett. j), del TFUE, ma anche alla previsione contenuta nell'art. 79, par. 5, del TFUE, a norma del quale, com'è noto, «[i]l presente articolo [che tratta appunto dei flussi, n.d.r.] non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo», di cui tratteremo più diffusamente in appresso.

Quindi, cercherò sempre brevemente di verificare un altro importante aspetto della concorrenza di competenze, cioè quello volto a comprendere se, oltre ai limiti all'azione degli Stati membri, il quadro normativo del TFUE attribuisca loro dei diritti di pretendere alcunché dall'Unione e dagli altri Stati membri nell'attuazione delle politiche e delle azioni in materia di gestione dei flussi migratori.

Viceversa, per evidenti ragioni di spazio, esula dall'oggetto di questo contributo un'analisi sul merito delle misure e delle norme adottate sia a livello di Unione, che di Stati membri, in particolare l'Italia e i suoi diversi «pacchetti sicurezza»<sup>5</sup>, così come anche la trattazione del contra-

<sup>3</sup> Il Programma dell'Aja: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia, COM(2005)184 def., 10 maggio 2005, *G.U.U.E.* 24 settembre 2005 C 236.

<sup>4</sup> V. la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini, COM(2009)262 def., 10 giugno 2009.

<sup>5</sup> Si tratta, in particolare, della disciplina contenuta nella legge 15 luglio 2009 n. 94, *G.U.* 24 luglio 2009 n. 170; legge 30 giugno 2009 n. 85, ivi 13 luglio 2009 n. 160, Suppl. ord. 108; d.lgs. 3 ottobre 2008 n. 160 e d.lgs. 3 ottobre 2008 n. 159, entrambi ivi 21 ottobre 2008 n. 247; d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con l. 24 luglio 2008, n. 125, ivi 25 luglio 2008 n. 173. In tema, v. peraltro ANTEZZA, «Stranieri»: ingresso nell'Unione Europea e successione di leggi, in *Guida al diritto*, giugno 2007, p. 44 ss.; ANTONIELLO, *Le politiche sull'immigrazione e l'asilo nell'Unione Europea: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 21/2008 (reperibile on line); ADINOLFI, «Pacchetto sicurezza» e violazioni ... (sicure) di obblighi comunitari, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 1088 ss.; GOZZI,

sto all'immigrazione illegale, del quale si dirà solo per brevissimi cenni e con riguardo in particolare ad alcuni trattati bilaterali stipulati dal nostro Paese<sup>6</sup>.

## 2. La disciplina di rango primario oggi vigente: norme del TFUE e trattati internazionali...

Sotto il primo dei profili considerati, spetta all'Unione lo sviluppo di una politica atta, tra l'altro, a «garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne» (art. 77, par. 1, lett. *b*), del TFUE), nonché a «instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» (art. 77, par. 1, lett. *c*), del TFUE).

In aggiunta, rientra sempre nell'azione dell'Unione la serie di misure funzionali allo sviluppo di una politica «intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani» (art. 79, par. 1, del TFUE). E ai fini di cui sopra, com'è noto, l'Unione è competente ad adottare, tra le altre, misure in tema di condizioni di ingresso e soggiorno, di visti e titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare (art. 79, par. 2, lett. *a*), del TFUE); di definizione dei diritti dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri (art. 79, par. 2, lett. *b*), del TFUE); nonché di immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi allontanamento e rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare (art. 79, par. 2, lett. *c*), del TFUE).

Giova segnalare, al riguardo, che tutte le misure previste agli articoli 77 e 79 dianzi citati vengono oggi adottate dall'Unione secondo la procedura legislativa ordinaria. Si realizza, così, un'importante evoluzione rispetto al passato, rimuovendosi quelle cautele che, fino all'entrata in

*Circolazione e soggiorno nell'Unione Europea (D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 e successive modificazioni): la tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 175 ss.; LANG, *Le modifiche al decreto legislativo n. 30 del 2007 sui cittadini comunitari*, in *Dir. imm.*, 2008, p. 120 ss.; AMBROSINI, *Migranti irregolari: politiche, lavoro, diritti*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2009, p. 112 ss.

<sup>6</sup> In tema di contrasto all'immigrazione illegale, cfr. da ultimo il volume di G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008.

vigore del Trattato di Lisbona, avevano notevolmente rallentato l'adozione di regole comuni ai Paesi dell'Unione europea.

Di rilievo è anche la dimensione esterna delle competenze dell'Unione, cui è espressamente conferito il potere di concludere con i Paesi terzi accordi ai fini della riammissione di cittadini di Paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri (art. 79, par. 3, del TFUE). Di tale potere – la cui trattazione esula dall'oggetto della relazione – le istituzioni europee hanno peraltro già fatto ampio uso, sia con la stipulazione di numerosi accordi con Stati balcanici ed extraeuropei, sia con l'indicazione agli Stati membri di un modello standard di trattati bilaterali cui gli Stati membri sono invitati ad attenersi<sup>7</sup>. A ciò si devono poi aggiungere anche altri trattati stipulati con Paesi terzi, come è il caso di alcuni Accordi di associazione (Turchia, Marocco, Algeria)<sup>8</sup>, ovvero il Trattato SEE, nei quali la tematica della circolazione dei cittadini di questi Stati terzi – e quindi dei relativi flussi migratori – viene variamente contemplata.

### 3. Segue: *e i condizionamenti sull'azione esterna degli Stati membri già risultanti dalle norme di diritto derivato adottate dall'Unione europea e dai principi in tema di diritti fondamentali dei migranti in situazioni particolari*

Naturalmente, fino a quando non siano state adottate norme *ad hoc* di derivazione europea, gli Stati membri mantengono proprie prerogative: ma è noto che, in materia, ormai il *corpus* di disposizioni di diritto dell'Unione europea è cospicuo, e certamente influisce sulle stesse competenze statali sino in effetti a comprimerle pesantemente<sup>9</sup>.

Senza considerare le specifiche disposizioni sulla circolazione dei cittadini dell'Unione europea (la ben nota direttiva 2004/38/CE)<sup>10</sup>, e

<sup>7</sup> In tema, v. CELLAMARE, *Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2007, p. 497 ss., ma v. anche ID., *Gli accordi di riammissione*, ivi, 2010 nonché in questo volume.

<sup>8</sup> Vedili rispettivamente in *G.U.C.E.* 29 dicembre 1964 *L* 217, p. 3685 ss.; ivi *L* 70, 18 marzo 2000, p. 1; *G.U.U.E.* 10 ottobre 2005 *L* 265, p. 1.

<sup>9</sup> Per un recente *excursus* sulle principali norme adottate dall'Unione europea cfr. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *Dir. Un. eur.*, 2010.

<sup>10</sup> *G.U.U.E.* 30 aprile 2004 *L* 158, p. 77 ss. Al riguardo, v. l'esauritivo commento di LANG, NASCIBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea*, in *Dir. imm.*, 2007, p. 43 ss.

quelle – di cui diremo in seguito – che potremmo definire come istitutive di un modello di cooperazione tra Stati membri e tra essi e Unione nel comparto qui in esame, degni di nota appaiono almeno i seguenti atti di diritto derivato:

a) la disciplina relativa all'attraversamento delle frontiere esterne, da ultimo dettata col regolamento (CE) 562/2006<sup>11</sup> istitutivo del c.d. Codice frontiere Schengen, nel quale viene anche inserito il nuovo manuale comune per la gestione degli attraversamenti delle frontiere esterne;

b) l'istituzione, esercizio e uso dei sistemi di controllo e informazione relativi ai flussi migratori (c.d. SIS e SIS II), disciplinati, attualmente, dal regolamento (CE) 1987/2006<sup>12</sup> e soprattutto dalla decisione 2007/533/GAI<sup>13</sup>;

c) le disposizioni istitutive di un c.d. regime consolare comune, con particolare riferimento alla disciplina dei visti e dei permessi di soggiorno. In merito, nuovamente, sono molteplici le normative adottate a livello europeo, che variano dall'introduzione di modelli uniformi per i visti, permessi di transito e di soggiorno (regolamento (CE) 1683/1995<sup>14</sup> istitutivo di un modello uniforme per i visti; regolamento (CE) 333/2002<sup>15</sup> istitutivo di un modello uniforme di foglio per l'apposizione del visto; regolamento (CE) 693/2003<sup>16</sup> istitutivo di permessi di transito agevolato; regolamenti (CE) 1030/2002<sup>17</sup> e 380/2008<sup>18</sup> istitutivi di un modello uniforme di permesso di soggiorno per cittadini di Paesi terzi), all'Istruzione Consolare Comune, elaborata dapprima in seno alla cooperazione intergovernativa Schengen, e quindi incorporata come *acquis communautaire*<sup>19</sup>, all'individuazione di un elenco comune dei Paesi terzi per i quali sia necessario un visto di ingresso nel territorio dell'Unione europea e quelli per i quali il visto non è richiesto (regolamento (CE) 539/2001)<sup>20</sup>;

d) il regime dei cittadini di Paesi terzi residenti di lungo periodo, di cui alla direttiva 2003/109/CE<sup>21</sup>;

<sup>11</sup> G.U.U.E. 13 aprile 2006 L 105, p. 1 ss.

<sup>12</sup> G.U.U.E. 28 dicembre 2006 L 381, p. 4 ss.

<sup>13</sup> G.U.U.E. 7 agosto 2007 L 205, p. 63 ss.

<sup>14</sup> G.U.C.E. 14 luglio 1995 L 164, p. 1 ss.

<sup>15</sup> G.U.C.E. 23 febbraio 2002 L 53, p. 4 ss.

<sup>16</sup> G.U.U.E. 17 aprile 2003 L 99, p. 8 ss.

<sup>17</sup> G.U.C.E. 15 giugno 2002 L 157, p. 1 ss.

<sup>18</sup> G.U.U.E. 29 aprile 2008 L 115, p. 1 ss.

<sup>19</sup> Decisione del Comitato esecutivo del 28 aprile 1999 riguardante le versioni definitive del Manuale comune e dell'Istruzione consolare comune, SCH/Com-ex/99/13, G.U.C.E. 22 settembre 2000 L 239, p. 317 ss.

<sup>20</sup> G.U.C.E. 21 marzo 2001 L 81, p. 1 e ss.

<sup>21</sup> G.U.U.E. 23 gennaio 2004 L 16, p. 44 ss.

e) le norme riguardanti il ricongiungimento familiare, previste dalla direttiva 2003/86/CE<sup>22</sup>;

f) la disciplina relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi rispettivamente per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio o volontariato, ovvero a fini di ricerca scientifica (direttive 2004/114/CE e 2005/71/CE)<sup>23</sup>;

g) le più recenti disposizioni in tema di rimpatrio di stranieri irregolari, di cui alla direttiva 2008/115/CE<sup>24</sup>.

Quanto sopra senza contare l'altro insieme di regole che si applicano a situazioni che attengono più propriamente al rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo migrante (rifugiati, persone richiedenti asilo, vittime della tratta di esseri umani, soggetti bisognosi di protezione, ecc.), le quali esulano dall'oggetto della presente ricognizione, ma che sono nuovamente attratte da una disciplina comune di stampo europeo, oltretutto, ovviamente, dalle rilevanti regole previste a livello internazionale<sup>25</sup>.

Si tratta, è appena il caso di sottolineare, di un complesso di regole non soltanto di natura procedimentale od organizzativa, ma volte significativamente a dettare, per fasce crescenti di stranieri, un regime che non è più appannaggio degli Stati membri, e tende invece a configurare un quadro di riferimento europeo di tutto rilievo, peraltro complementare al modello che sta progressivamente completandosi all'interno del territorio dell'Unione europea (ad eccezione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito), che è quello di un ordinamento nel quale la circolazione – e almeno in parte il soggiorno – delle persone avvengono senza restrizioni.

#### *4. Gli ulteriori atti di soft law provenienti dalla sfera dell'Unione e il loro impatto sulle competenze degli Stati membri*

Accanto alla disciplina di diritto positivo derivato, vengono poi in rilievo ulteriori condizionamenti importanti, scaturenti sia da atti di c.d.

<sup>22</sup> G.U.U.E. 3 ottobre 2003 L 251 p. 12 ss.

<sup>23</sup> Rispettivamente in G.U.U.E. 23 dicembre 2004 L 375, p. 12 ss. e 3 novembre 2005 L 289, p. 15 ss.

<sup>24</sup> G.U.U.E. 24 dicembre 2008 L 348, p. 98 e ss.

<sup>25</sup> V., anche per riferimenti, CORTESE, *Esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, p. 63 ss.; MORRONE, *Sviluppi recenti dell'azione delle Nazioni Unite in materia di migrazioni internazionali: l'attività della Commissione globale sulla migrazione internazionale*, in *Com. int.*, 2006, p. 745 ss.

*soft law* rilevanti nella materia, sia dai programmi di partenariato che ne sono seguiti<sup>26</sup>.

Sotto tale ultimo profilo, va sottolineato che, negli ultimi anni, la politica europea dell'immigrazione ha subito una trasformazione nella sua dimensione esterna, passando da un'impostazione incentrata principalmente sulla sicurezza e sulla riduzione della pressione migratoria, ad un approccio più completo e comprensivo di tutti gli aspetti del fenomeno, attraverso il dialogo politico e la stretta cooperazione pratica con i Paesi terzi e, tra questi, in particolare, con i Paesi di origine dei flussi.

Si tratta del c.d. «Approccio globale», adottato dal Consiglio europeo del 15-16 dicembre 2005<sup>27</sup>, dopo le conclusioni del vertice informale di Hampton Court del 27 ottobre 2005 che aveva posto le tematiche migratorie tra le priorità del mondo globalizzato<sup>28</sup>. Questo nuovo Approccio si fonda sostanzialmente sullo strumento del partenariato con i Paesi terzi al fine di migliorare le misure di accompagnamento di gestione dei flussi, sfruttare i vantaggi dell'immigrazione regolare e gestire quella illegale in collaborazione con i Paesi di origine, creando un quadro inter-settoriale coerente per la gestione del fenomeno, che tenga conto di tutte le sue dimensioni, compresa quella legata allo sviluppo<sup>29</sup>.

Su tali linee guida si è quindi mossa anche la Commissione negli anni successivi, con l'adozione di diverse comunicazioni aventi ad oggetto, appunto, l'Approccio globale al fenomeno migratorio, tra le quali si possono inserire anche le iniziative in materia di c.d. immigrazione circolare, che costituisce un punto particolarmente qualificante della politica europea di gestione dei flussi.

Frutto visibile dell'applicazione pratica di tale Approccio è stata la

<sup>26</sup> Tra i più importanti documenti di consultazione cfr. le comunicazioni: Integrare le questioni connesse all'emigrazione nelle relazioni dell'Unione europea con i paesi terzi, COM(2002)703 def., 31 dicembre 2002; Migrazione e sviluppo: orientamenti concreti, COM(2005)390 def., 1° settembre 2005; quella relativa ai programmi di protezione regionale, COM(2005)388 def., 1° settembre 2005; Programma tematico di cooperazione con i paesi terzi nei settori dell'emigrazione e dell'asilo, COM(2006)26 def., 25 gennaio 2006, ma v. anche quelle rispettivamente indicate nelle note successive.

<sup>27</sup> Cfr. L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale della migrazione, COM(2006)735 def., 30 novembre 2006; applicazione dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e sudorientali vicine all'Unione europea, COM(2007)247 def., 16 maggio 2007; rafforzare l'approccio globale in materia di migrazione: aumentare il coordinamento, la coerenza e le sinergie, COM(2008)611 def., 8 ottobre 2008.

<sup>28</sup> V. Priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court, COM(2005)621 def., 30 novembre 2005.

<sup>29</sup> In merito, v. ancora NASCIBENE, *op. cit.* V. anche la comunicazione della Commissione – Migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i paesi terzi, COM(2007)248 def., 16 maggio 2007.

conclusione, da parte dell'Unione, di accordi di partenariato bilaterali contenenti specifiche disposizioni in materia di mobilità, occupazione e migrazione con alcuni Paesi dell'Europa orientale (Repubblica di Moldova), dell'Africa (Repubblica di Capo-Verde), nonché l'avvio di colloqui esplorativi e piattaforme di cooperazione sugli stessi temi con altri Paesi anche in altre aree geografiche (tra questi, Marocco, Senegal, Etiopia, Georgia), ma anche veri e propri accordi di partenariato omnicomprensivi, nei quali uno spazio specifico è garantito anche alla disciplina dei flussi migratori<sup>30</sup>.

Tali accordi e strumenti di dialogo costituiscono oggi un comparto in evoluzione della politica dell'Unione in materia di migrazioni, che mutua i propri mezzi operativi da strumenti propri della politica di vicinato, dalla politica di cooperazione allo sviluppo e in generale, dalle relazioni esterne dell'Unione.

A tale proposito, peraltro, va ricordato che proprio l'area geografica del Mediterraneo, soprattutto con riferimento ai Paesi dell'Africa settentrionale, si trova al centro di molteplici iniziative di cooperazione regionale in materia. A livello politico, infatti, con la conferenza ministeriale su migrazione e sviluppo svoltasi a Rabat nel luglio 2006 è stato avviato un'importante processo regionale che ha impostato il quadro per un'azione globale e ha dato il via a iniziative concrete, seminari e conferenze ministeriali sui temi in discussione. Ulteriori priorità politiche e iniziative di cooperazione sono state recentemente stabilite anche nell'ambito dello stesso partenariato Euromed.

In questo contesto si colloca anche la conclusione del partenariato strategico UE-Africa in materia di migrazioni, mobilità e occupazione, adottato a Lisbona al Vertice UE-Africa del dicembre 2007<sup>31</sup>. Ivi si prevede in particolare la creazione di osservatori africani sull'immigrazione, al fine di raccogliere, analizzare e diffondere i dati relativi ai flussi migratori fra i Paesi africani e fra l'Africa e l'Unione. Sul piano della mobilità, vengono incoraggiate la cooperazione tra le agenzie nazionali per l'occupazione e gli spostamenti della manodopera qualificata attraverso la conclusione di accordi fra le istituzioni europee e africane, come le università e gli ospedali. L'accordo è inoltre orientato alla creazione di posti di lavoro di migliore qualità in Africa, al fine di contribuire a ridur-

<sup>30</sup> Cfr. ad esempio il recentissimo Accordo di partenariato e di cooperazione che istituisce un partenariato tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Tagikistan, dall'altra, *G.U.U.E.* 29 dicembre 2009 *L* 350, p. 3 ss.

<sup>31</sup> Cfr. *The Africa-EU Strategic Partnership A Joint Africa-EU Strategy*, doc. n. 16344/07 (Presse 291) del 9 dicembre 2007 ([www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu), reperibile *on line*).

re gli effetti, gravemente pregiudizievoli per lo sviluppo del continente africano, determinati dalla c.d. fuga di cervelli verso l'Europa.

*5. Le competenze in tema di flussi residuanti in capo agli Stati membri: la disciplina positiva riguardante le condizioni di immigrazione legale nel territorio dello Stato e la sua origine consuetudinaria*

A fronte di una tale massa di norme positive e atti quanto meno di indirizzo politico, peraltro espressione di competenze condivise e quindi in larga misura condizionanti l'azione statale, e fatte salve le discipline concordate a livello bilaterale, è più facile allora domandarsi cosa resta (per ora) escluso dalla normativa uniforme o armonizzata di derivazione comunitaria, e cosa è quindi compreso, invece, e conseguentemente, nelle potestà degli Stati membri.

A tale proposito, la lacuna più evidente è ovviamente costituita dalla mancanza di una disciplina europea sull'immigrazione legale, che implicherebbe a sua volta un regime europeo sui flussi di ingresso di stranieri nel territorio dell'Unione.

Un ostacolo rilevante e, in prospettiva, permanente sotto questo profilo è dato dalla già citata disposizione prevista all'art. 79, par. 5, del TFUE, la quale riserva agli Stati membri il «diritto [...] di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo».

È opportuno, quindi, soffermarci su questa disposizione. Essa, in primo luogo, conferma che, anche per l'ordinamento dell'Unione europea, vige la norma di diritto internazionale che riserva agli Stati, appunto, il «diritto» di decidere le condizioni di ammissione degli stranieri nel proprio territorio, e finanche di rifiutarne l'ingresso e il soggiorno<sup>32</sup>. È un dato importante e, direi, di sistema, quindi anche ben oltre la sua specifica collocazione come norma indicante un...«controlimite» a favore degli Stati membri rispetto alle competenze dell'Unione in materia di immigrazione e flussi.

Naturalmente, questo diritto presenta alcune restrizioni, che vengono in parte ricavate dalla stessa disposizione in esame, in parte ricostruite nel contesto europeo e internazionale: ad esempio, con riguardo agli stranieri che entrano nel territorio degli Stati membri per motivi umanita-

<sup>32</sup> V. già, in tema, e per una ricostruzione della norma, GIULIANO, *Lo straniero nel diritto internazionale*, in *Com. int.*, 1981, p. 329 ss.

ri, e non invece per cercare un «*lavoro dipendente o autonomo*». Con riguardo a tali soggetti, e al di là delle disposizioni di diritto derivato cui abbiamo accennato, esistono gli obblighi previsti dal diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, talora recepiti *per relationem* o comunque codificati anche a livello di norme primarie e principi generali di diritto dell'Unione europea.

Questi temi non possono essere trattati in modo approfondito in questa sede<sup>33</sup>. Mi limito tuttavia a porre una questione – o meglio un quesito – di fondo: le norme internazionali sull'immigrazione per motivi umanitari sono, non di rado, invocate nell'ottica di fatto di negare il diritto dello Stato di decidere se ammettere stranieri nel proprio territorio. Questo diritto è sorto a suo tempo in modo discutibile, fortuito e forse politicamente orientato da contenuti razzisti che oggi appaiono inaccettabili<sup>34</sup>. E non è neppure detto che non sia venuto il momento di cominciare una riflessione più avanzata sulla necessità di modernizzarlo, ritagliarne i contenuti in chiave funzionale, e finanche ipotizzare di individuare regimi differenziati in funzione delle tipologie e caratteristiche degli immigranti presi in considerazione: si tratta, ovviamente, di tematiche di difficile accertamento a livello consuetudinario, talora emergenti a livello pattizio, ma sintomatiche di una tendenza evolutiva sulla quale è doveroso impostare ragionamenti a più ampio respiro<sup>35</sup>.

Ciò posto, il diritto degli Stati di decidere se e a quali condizioni

<sup>33</sup> V. allora i contributi di ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*; PALMISANO, *Il trattamento del migrante clandestino*, in questo volume; v. anche DE PASQUALE, *op. cit.*

<sup>34</sup> Basti pensare che le sentenze della giurisprudenza americana di fine '800 e inizi '900 (v. NAFZIGER, *The General Admission of Aliens under International Law*, in *American Journal of International Law*, 1983, p. 804 ss.), sulle quali si sono poi attestati tribunali e dottrina europee per affermare l'esistenza di un «diritto naturale» degli Stati di condizionare l'accesso sul territorio degli stranieri, non solo hanno probabilmente travisato il pensiero di Emmerich de Vattel, allora considerato lo studioso più antico e autorevole nella materia, ma hanno anche adoperato tale «diritto naturale» per legittimare norme statali palesemente razziste, soprattutto nei confronti degli immigrati cinesi e giapponesi che, in quel periodo storico, affluivano in particolare verso le coste occidentali degli Stati Uniti. Per una ricognizione anche sulla giurisprudenza non americana, v. CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p. 23, ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>35</sup> Basti pensare, oltre ovviamente all'impatto dei diritti umani, che tuttavia, e come diremo a breve, non deve essere sopradimensionato, ai diversi regimi di immigrazione collegati alle capacità economiche del migrante, alle sue capacità professionali, e quindi ormai al diverso trattamento goduto dagli stranieri in possesso di qualificazioni professionali superiori, ma anche alle stesse norme di derivazione europea contenute nella citata direttiva 2004/38 che garantiscono allo straniero residente in uno Stato membro da lungo tempo una stabilizzazione nel territorio dell'Unione europea (su cui v. anche *infra* par. 6).

ammettere gli stranieri nel proprio territorio resta tuttora una norma consuetudinaria la cui esistenza mi pare sia tuttora difficilmente contestabile<sup>36</sup>. È vero che tale diritto risulta in parte inapplicabile per effetto delle norme in tema di diritti umani; si tratta tuttavia di un assunto non controverso nell'*an*, mentre lo è assai più nel *quantum* e nel *quomodo*. Ciò posto, non mi pare persuasivo erodere fino quasi ad azzerare il contenuto di tale diritto mediante l'applicazione delle norme in tema di asilo e rifugiati, poiché non mi pare persuasiva l'ipotesi che tutti gli immigranti siano *per se* potenziali rifugiati o richiedenti asilo: se così fosse, infatti, allora dovremmo verificare se nozioni di asilo o rifugio aventi una tale portata siano compatibili con l'attuale mondo delle migrazioni globali. Non solo: se esse possano essere coerenti col contenuto di un altro speculare diritto fondamentale di ogni individuo, quello di essere ammesso e poter restare nel territorio dello Stato di cui è cittadino, con conseguente obbligo dello Stato di provenienza di farlo rientrare e risiedere sul proprio territorio, e necessaria responsabilità degli Stati (falliti o meno) che non garantiscono il godimento di questi diritti fondamentali ai loro cittadini.

È essenziale, a mio avviso, ragionare intorno a questi concetti, proprio nell'ottica di tutelare al meglio gli stranieri che ne hanno bisogno, evitando pericolosi cortocircuiti che rischiano invece di produrre indesiderati effetti xenofobi o apertamente razzisti, talora indotti (benché certamente non giustificati) come fenomeno di reazione rispetto a impostazioni troppo radicali, nelle quali l'enunciazione indiscriminata della prevalenza dei diritti fondamentali rispetto ad altri valori tutelati dall'ordinamento internazionale appare spesso inversamente proporzionale all'effettivo godimento di tali diritti da parte delle persone interessate.

#### 6. Segue: i limiti posti al diritto degli Stati membri di gestire i flussi migratori in provenienza da altri Stati dalla loro appartenenza all'Unione europea

L'altra restrizione significativa al diritto degli Stati membri di stabilire il volume di ingresso nel territorio degli stranieri che vogliono entra-

<sup>36</sup> E come tale, nel contesto europeo, è stata anche confermata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui anche gli Stati contraenti della CEDU «have the right, as matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens» (sentenza *T.I. c. Regno Unito*, in *E.C.H.R. Reports of Judgments and Decisions*, 2000-III, p. 456). In tema, per un accurato *excursus* della giurisprudenza di questa Corte sul rapporto tra questo diritto e i diritti fondamentali dell'individuo cfr. ancora DE PASQUALE, *op. cit.*

re per motivi di lavoro è, invece, chiaramente disposta *a contrariis* dal citato art. 79, par. 5, del TFUE, e riguarda le ipotesi in cui gli stranieri non provengano da Paesi terzi ma da altri Stati membri dell'Unione europea. Per essi, infatti, vigono norme diverse, e già armonizzate, e sono soprattutto quelle previste per i residenti di lungo periodo, di cui abbiamo accennato sopra: al riguardo, le indicazioni provenienti dalla sfera comunitaria sono inequivocche nel senso di integrare progressivamente gli stranieri nella società, garantendo loro un trattamento via via sempre più uguale a quello riservato ai cittadini. Si tratta di disposizioni a loro volta espressione di valori talmente condivisibili da sembrare ovvi, benché di questi tempi sia importante sottolinearne l'esistenza e l'efficacia.

Per l'effetto, tuttavia, e quanto meno a livello di Stati membri dell'Unione europea, viene ad attuarsi un'erosione significativa del diritto di ammettere gli stranieri nel proprio territorio, che non solo non vale per i cittadini europei (i quali non possono più considerarsi stranieri in senso proprio, neppure se provenienti dagli Stati membri che per ultimi hanno aderito all'Unione), ma in prospettiva si affievolisce significativamente anche per i cittadini di Paesi terzi, nella misura in cui le stesse quote di ingresso previste unilateralmente da ciascuno Stato membro non possono comprendere gli stranieri già presenti (almeno da un certo numero di anni) nell'Unione, cui invece va riservato un trattamento molto simile a quello dei cittadini europei. Ed è appena il caso di rilevare che si tratta di un numero di stranieri non irrilevante, considerato che tra gli stranieri legittimamente residenti molti di essi sono immigrati illegalmente e sono stati successivamente regolarizzati attraverso le numerose sanatorie varate negli anni in non pochi Stati membri.

Non solo: ma anche con riferimento a taluni stranieri, in particolare quelli che intendono entrare nel territorio dell'Unione per svolgere lavori altamente qualificati, potrebbero presto determinarsi ulteriori restrizioni delle competenze degli Stati membri, quando dovesse diventare norma di diritto positivo la proposta di direttiva sul rilascio della c.d. carta blu per queste tipologie di lavoratori.

### *7. I differenti criteri di accesso dei migranti negli Stati membri e i loro effetti sulla circolazione degli stranieri*

Tutto quanto sopra considerato, e come si diceva, resta pur sempre materia degli Stati definire le condizioni per l'ingresso legale degli stranieri da Paesi terzi nel territorio dei medesimi, laddove per quanto concerne gli stranieri che entrano nel territorio per effetto del ricongiungi-

mento familiare, si è già ricordata la specifica normativa di armonizzazione comunitaria prevista dalla direttiva 2003/86/CE, che tuttavia lascia agli Stati membri non trascurabili margini di manovra, come traspare dall'esame del nostro d.lgs. n. 160/08<sup>37</sup> che si colloca nella gamma dei provvedimenti più restrittivi per l'esercizio del ricongiungimento.

È noto che, con riguardo all'ingresso e soggiorno degli stranieri, il modello cui si ispira l'Italia è quello del criterio numerico determinato con cadenza annuale (i c.d. decreti flussi) e con numeri riservati in quote a cittadini di diversi Stati terzi nominativamente individuati, ai quali è consentito l'accesso in presenza di taluni requisiti (*massime*, il possesso di un contratto di lavoro). Tra l'altro, e come vedremo anche con specifico riguardo a taluni Stati della sponda sud del Mediterraneo, il numero di ingressi può essere anche posto in relazione con la collaborazione, da parte di questi Stati, al contrasto dell'immigrazione illegale, in una logica quindi che potremmo definire premiante.

Ovvio che, pur presentando talune analogie, le norme sull'immigrazione legale vigenti nei diversi Stati membri non sono tra loro identiche, e certamente non coincidono né il numero degli immigrati che ciascuno Stato decide di ammettere nel proprio territorio periodicamente, né i criteri coi quali questi immigrati sono ammessi: è noto ad esempio che taluni Stati membri dispongono di legislazioni particolarmente incentivanti l'ingresso di migranti in possesso di specifiche qualificazioni professionali, idonee quindi, e a tacer d'altro, ad attrarre «cervelli» dall'estero e arricchire così il mondo del lavoro locale; in altri casi, la preferenza viene data rispetto a quelle capacità professionali o lavorative che risultano insufficienti nello Stato interessato, in modo da colmare con risorse umane straniere le carenze di offerta nazionale di particolari impieghi.

Il mosaico che tende a comporsi può quindi variare, determinando tutto sommato regimi diversi di ingresso nel territorio dell'Unione europea per persone in provenienza da Paesi terzi.

Peraltro, a differenza di quanto avviene in molti altri settori, nei quali le diversità nelle legislazioni nazionali determinano una sorta di concorrenza tra ordinamenti, nel settore dell'immigrazione questo fenomeno non pare rilevabile (ed è, a mio avviso, un peccato), essendo purtroppo sovrastante la tematica relativa all'immigrazione illegale, e quindi la percezione negativa che generalmente – e nuovamente erroneamente – si percepisce rispetto ai fenomeni migratori.

Anzi, se vogliamo parlare di «concorrenza tra ordinamenti», essa

<sup>37</sup> In *G.U.* 21 ottobre 2008 n. 247.

sembra aver luogo, piuttosto, proprio con riguardo a questa forma di immigrazione, e si determina per effetto di fenomeni (a) talora del tutto al di fuori del controllo degli Stati membri, come è il caso della loro collocazione geografica, (b) talaltra per motivi invece in qualche modo riconducibili ai medesimi, ed è il caso delle rispettive capacità di contrasto dell'immigrazione illegale, e di controllo degli immigrati che soggiornano senza titolo sul territorio stesso. Torneremo, in appresso, su ambedue questi profili, per comprenderne in qualche modo alcune ulteriori implicazioni.

*8. Gli accordi bilaterali tra Stati membri e Paesi terzi: dalla mera gestione dei flussi ad una collaborazione a più ampio spettro. I trattati bilaterali tra Italia e Paesi del Maghreb e il contributo dell'Unione europea alla loro attuazione*

L'attività e le competenze degli Stati membri non si esauriscono sul piano interno, mantenendo tuttora una dimensione anche internazionale e per quanto qui particolarmente interessa, bilaterale.

In questo contesto, però, gli accordi internazionali evidenziano una complementare e consequenziale competenza e comunque attività normativa degli Stati membri rispetto a quella di definire i flussi di immigrazione legale: infatti, il contenuto dei trattati bilaterali non è soltanto quello relativo ai flussi di immigrazione legale, essendo invece comprensivo di misure di contrasto di quella illegale.

Viene cioè perseguito un duplice obiettivo: favorire un'ordinata politica di integrazione dei lavoratori stranieri regolarmente entranti e quindi presenti sul territorio nazionale e combattere il fenomeno dell'immigrazione illegale.

A tal riguardo, data la loro rilevanza in questa sede, particolare attenzione deve porsi agli accordi che l'Italia ha stipulato coi Paesi del Maghreb. Giova infatti segnalare che, nell'ambito delle proprie relazioni internazionali, l'Italia svolge da anni una costante azione di sensibilizzazione volta, anche con altri Stati membri dell'Unione europea, a sottolineare l'esistenza di competenze – sia pur condivise con l'Unione, ma innanzitutto proprie del nostro Paese – in materia di gestione dei flussi migratori verso l'Europa. Tale azione di sensibilizzazione si traduce, nei confronti dei Paesi rivieraschi del Mediterraneo meridionale ed orientale, in una intensificazione della collaborazione per prevenire e contrastare l'immigrazione clandestina via mare.

Sul piano dei rapporti internazionali emerge, quindi, in modo nettis-

simo il legame che, nella gestione dei flussi migratori, esiste tra contrasto all'immigrazione illegale ed efficace gestione dell'accesso al mercato del lavoro degli Stati membri, e quindi anche dell'Italia, da parte dei cittadini degli stessi Paesi che affacciano sul Mediterraneo, e tra essi, in particolare, di quelli del Nord Africa.

L'Italia ha stipulato accordi bilaterali, di contenuto simile ma non identico, con tutti i Paesi del Maghreb, e cioè quelli dai quali è più forte, ormai da anni, la pressione migratoria verso le nostre coste.

Molto sinteticamente, con riguardo alla collaborazione tra Italia e Marocco, nel novembre 2005 è stato firmato un Accordo bilaterale per la gestione dei flussi migratori per ragioni di lavoro, che nel luglio 2007 è stato completato da un Protocollo esecutivo. È in fase di negoziato un Addendum all'Accordo, che dovrebbe rendere più efficace, anche attraverso un maggiore coinvolgimento delle Autorità marocchine, la gestione dei flussi di lavoratori marocchini verso l'Italia, creando maggiori possibilità di utilizzo delle quote riservate al Marocco dal c.d. decreto flussi. Nel 2007 e nel 2008 sono state riservate ai cittadini marocchini quote pari a 4.500 unità annue. Segnalo poi che, tra i due Paesi, è altresì pendente l'entrata in vigore di un Accordo di riammissione, firmato a Rabat il 27 luglio 1998 ma non ancora ratificato dal Marocco.

Meno compiuta appare tuttora la collaborazione tra Italia e Algeria: gli accordi bilaterali in vigore sono due, uno dei 2000 e l'altro del 2008, e si occupano rispettivamente di riammissione e di cooperazione in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione illegale. Il decreto flussi per l'ingresso di lavoratori non stagionali del 2007 ha previsto per la prima volta una quota privilegiata di 1.000 cittadini algerini, quota confermata anche dal decreto flussi del 2008.

Più strutturati e risalenti appaiono invece i nostri rapporti con la Tunisia: la collaborazione italo-tunisina in materia migratoria si è sviluppata secondo un approccio globale che prevede iniziative volte a favorire l'inserimento di cittadini tunisini nel nostro mercato del lavoro e a ottenere al tempo stesso la collaborazione di Tunisi nelle attività di prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina. Dal 1998 è in vigore un Accordo di riammissione, mentre da diversi anni è in corso di negoziato un Accordo in materia di lavoro. La volontà italiana di raggiungere, in materia, una soluzione soddisfacente per entrambi i Paesi è testimoniata dalle quote privilegiate riservate fin dal 1998 alla Tunisia nell'ambito del decreto flussi per lavoro subordinato (4.000 unità annue nel 2007 e nel 2008).

Il fronte da qualche tempo più delicato è quello con la Libia, dalle

cui coste, ormai da diversi anni, provengono crescenti e consistenti flussi di migranti illegali, la cui origine è, prevalentemente, quella di Stati dell'Africa sub-sahariana.

Con riguardo a questo fenomeno, lo sviluppo di rapporti bilaterali efficaci è stato più tortuoso e articolato, per diversi, e prevalentemente noti, motivi, su cui non è il caso di soffermarsi. In sintesi, il dialogo con le Autorità libiche in tema di prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina si è potuto avviare dopo la firma di un Accordo bilaterale di collaborazione nella lotta alla criminalità organizzata, al traffico illegale di stupefacenti e sostanze psicotrope e all'immigrazione clandestina, firmato a Roma nel 2002 ed entrato in vigore dal 2002. A seguito di tale Accordo, si è instaurata una collaborazione a livello intergovernativo dalla quale sono scaturiti diversi progetti di cooperazione, sfociati, per quel che qui interessa, in due Protocolli firmati a fine 2007 che prevedono la realizzazione di pattugliamenti marittimi congiunti per il contrasto dell'immigrazione clandestina.

Con la recente entrata in vigore (il 2 marzo 2009) del più ambizioso Trattato di Amicizia, partenariato e cooperazione tra Italia e Libia, firmato a Bengasi il 30 agosto 2008, la collaborazione varata coi suddetti Protocolli è stata perfezionata mediante una serie di iniziative, alcune delle quali meritevoli di particolare attenzione proprio ai fini del presente lavoro. Oltre ad un più generale impegno congiunto a collaborare, in sede bilaterale o multilaterale, alla definizione di progetti volti a prevenire il fenomeno dell'immigrazione illegale negli stessi Paesi di origine dei flussi migratori, di particolare interesse sono invece altri punti dell'Accordo, nel quale si evidenziano competenze sovrapposte tra Italia e Unione europea, o meglio, situazioni nelle quali lo Stato membro agisce in un contesto condiviso e «parallelo» a quello dei rapporti tra Unione e Stato terzo.

Così, sotto un primo profilo, si stabilisce l'impegno delle due Parti a realizzare un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, i cui costi saranno sostenuti per il 50% dall'Italia, mentre per il restante 50% si prevede che i due Stati chiedano all'Unione europea di farsene carico, nell'ambito di intese già intercorse tra la stessa Libia e la Commissione europea.

Sotto un secondo profilo, l'Italia (per il tramite del Ministero degli Interni) si impegna ad offrire alla Libia una collaborazione di natura tecnica sulla gestione dei controlli di frontiera e dei flussi di immigrazione irregolare provenienti dall'Africa sub-sahariana verso i confini meridionali della Libia, nell'ambito di programmi finanziati a livello internazionale e su mandato della Commissione europea. Inoltre, nel medesimo

quadro di cooperazione italo-libico, si inserisce anche l'attività di gestione delle frontiere e del contrasto dell'immigrazione clandestina, promossa d'intesa con l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM-OIM) e co-finanziata, nuovamente, dall'Unione europea.

#### *9. Pragmatismi e convergenze tra iniziative europee ed esercizio di competenze statali nella gestione dei flussi*

L'analisi di questa attività internazionale dell'Italia mette in luce alcuni elementi meritevoli di sottolineatura: da un lato, e nel merito, un contenuto delle iniziative bilaterali italiane che si sovrappone alle iniziative di respiro internazionale svolte dall'Unione: l'idea di «spostare» le frontiere dell'Europa oltre quelle reali creando accordi con gli Stati vicini per collocare, sui confini...esterni di questi ultimi, minacce o situazioni comunque delicate è un caposaldo radicato nella politica europea di vicinato anche prima dell'allargamento del 2004. Non solo: ma i contenuti degli accordi bilaterali di cui si è detto nel precedente paragrafo (ad eccezione di quelli con la Libia, Paese dal quale tuttavia non risultano pressioni migratorie esercitate dai cittadini di tale Stato), ricordano fortemente – e sono del tutto coerenti con – l'Approccio globale di derivazione europea cui abbiamo accennato in precedenza.

Dall'altro lato, e nel metodo, è evidente un uso anche promiscuo di strumenti e iniziative convergenti sul medesimo risultato, in una situazione in cui, non senza pragmatismo, si sceglie di dare attuazione a programmi di interesse comune senza porsi soverchi problemi di principio, per concentrarsi sul soggetto – Stato membro o istituzioni europee – meglio posizionato sul piano diplomatico per poter sviluppare programmi condivisi con Stati terzi.

Non è chiaro se e quanto gli scenari dianzi accennati individuino modelli generalmente replicabili delle relazioni esterne dell'Unione e dei suoi Stati membri. Tuttavia, nella materia dell'immigrazione, queste «convergenze parallele» non solo mi parrebbero opportune, ma risultano anche praticate sul piano operativo e concreto, al di là quindi di preventive forme di coordinamento.

Basti pensare, al riguardo, alla circostanza secondo cui, salva ogni valutazione con riferimento alla piena coerenza di queste misure coi diritti umani, che esula dai contenuti di questo contributo, i recentissimi respingimenti coi quali la marina italiana ha reindirizzato le navi di immigrati verso le coste libiche non sembrano particolarmente diversi da quanto è stato fatto da diversi Stati membri (inclusa l'Italia) in occasione

delle operazioni HERA II ed HERA III compiute negli anni 2006 e 2007 sotto l'egida del Frontex al largo delle coste spagnole (Isole Canarie), e ai quali i nostri media – a differenza di quanto attenta dottrina ha fatto – non hanno prestato comparabile attenzione<sup>38</sup>.

In questa prospettiva, potrebbero quindi essere ancora oggi confermate le conclusioni cui era giunta la dottrina a proposito della non applicazione della dottrina *AETS* alle competenze esterne in tema di immigrazione. Quanto sopra, si diceva, soprattutto nel contesto attuale, in cui già esiste una rete di accordi tra Stati membri e Paesi terzi con riferimento alle tematiche migratorie, i quali, essendo non di rado stipulati sulla scorta di «modelli» o indicazioni provenienti dall'Unione europea, pragmaticamente continuano a svolgere la propria funzione tanto più nell'attuale fase «grigia» di assestamento del quadro istituzionale, e in particolare delle relazioni esterne, scaturente dal Trattato di Lisbona.

Per contro, mi pare anche difficile immaginare che, in un contesto di continuo contatto e coordinamento delle questioni migratorie a livello di Unione e all'interno di organismi quali Frontex, possano instaurarsi conflittualità o veri e propri conflitti di competenze esterne nel settore considerato. Piuttosto, la concorrenza delle competenze esterne potrà, se ben indirizzata, essere usata come un valore aggiunto sul piano diplomatico, beninteso col limite del rispetto, da parte degli Stati membri, delle misure e delle iniziative poste in essere dall'Unione, anche nell'ambito delle politiche che questa andrà a sviluppare, soprattutto con riferimento alla politica di vicinato, com'è noto enfatizzata dall'art. 8 del NTUE. Ma anche l'azione esterna dell'Unione, a mio avviso, dovrebbe incontrare alcuni limiti nella nostra materia, che possono individuarsi nel principio di leale cooperazione e soprattutto in altre norme del capo 2 del titolo V del TFUE, e nel quadro degli obiettivi e dei criteri cui deve ispirarsi l'azione dell'Unione europea nel settore in esame.

Queste considerazioni ci conducono direttamente all'ultima parte delle considerazioni svolte nel presente lavoro.

*10. Osservazioni conclusive: il nuovo art. 80 del TFUE e i possibili scenari che esso individua per realizzare forme obbligatorie di collaborazione a livello europeo nella gestione dei flussi*

Segnatamente, all'inizio del presente contributo si è posto il quesito

<sup>38</sup> V. in particolare TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 367 ss.

se, accanto ai condizionamenti che le competenze dell'Unione europea determinano in capo agli Stati membri sulla gestione dei flussi, sia possibile individuare anche «diritti» di uno Stato membro verso gli altri e verso l'Unione.

Questo tema è particolarmente importante per il nostro Paese, la cui localizzazione geografica lo espone assai più di altri alle pressioni migratorie.

Nel contesto normativo ante-Lisbona, nulla di particolare viene disposto dagli articoli 61 e seguenti del Trattato CE. Vale quindi, in generale, il principio di leale cooperazione; esso viene poi, nei fatti, attuato all'interno dei diversi programmi congiunti che, nella fattispecie, vengono volta a volta costruiti in singole situazioni rilevanti, ad esempio sulla scorta delle iniziative congiunte sviluppate in seno al Frontex, la cui attività viene tuttavia ancora oggi percepita come meritevole di una maggiore intensificazione.

Sotto questo profilo, anche i recenti sviluppi della prassi di cooperazione tra Stati membri – di cui si è cominciato a parlare soprattutto a partire dal 2009, ad esempio a proposito della richiesta dell'Italia di suddividere proporzionalmente con gli altri partner dell'Unione l'accoglienza dei richiedenti asilo sbarcati sulle nostre coste – mostrano come sia tuttora largamente prevalente l'approccio «volontaristico», rispetto invece ad un sistema di regole nelle quali «obbligatoriamente» ci si deve fare carico, a livello europeo, del problema dei flussi non programmati. E questo nonostante l'adozione di regole che, in qualche misura, prevedono e finanziano misure comuni volte a fronteggiare l'immigrazione non programmata (v. ad esempio la decisione n. 574/2007/CE che istituisce il Fondo per le frontiere esterne per il periodo 2007-2013, nell'ambito del programma generale «Solidarietà e gestione dei flussi migratori»<sup>39</sup>).

È tuttavia evidente che, lasciando in sostanza la cooperazione e la solidarietà tra Stati membri (e Unione) alla «volontà» dei primi, da valutarsi caso per caso, si determinano situazioni difformi con riguardo a questi flussi e ciò, segnatamente, a seconda della localizzazione geografica degli Stati membri. Non solo: proprio per questo motivo, si rischia anche di spingere gli Stati membri, che non possono contare su meccanismi automatici di solidarietà e coesione a livello di Unione europea, a ricercare in modo indipendente e autonomo soluzioni *proprie* al problema di questi flussi, con conseguenze indesiderate e incoerenti rispetto

<sup>39</sup> G.U.U.E. 6 giugno 2007 L 144, p. 22 ss.

all'insieme di regole e principi che, comunque, l'Unione tende a darsi, e delle quali abbiamo trattato sopra.

In questa prospettiva, la situazione potrebbe – e anzi dovrebbe – mutare significativamente col quadro giuridico ordinamentale che si è venuto a creare con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: esso, infatti, ha introdotto un nuovo art. 80 del TFUE, a norma del quale «[l]e politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

A mio avviso, è necessario che questa nuova disposizione venga letta – come peraltro ritengo assolutamente doveroso – nell'ottica di uscire da approcci «volontaristici» in tema di solidale ripartizione di oneri, scelte e responsabilità con riguardo ai flussi non programmati, e passare invece a misure preventivamente concordate e coordinate, relativamente alle quali gli Stati membri possano contare, in via preventiva, su regole certe, strutture organizzative più definite, ed equa ripartizione di oneri e responsabilità. Ed è quindi appena il caso di segnalare, non solo come un mero auspicio, che questo art. 80 venga utilizzato come base giuridica per misure di diritto derivato idonee a riempire i principi da esso espressi in contenuti, norme e misure concrete, anche gestite dalle istituzioni europee già esistenti, come il Frontex, ovvero come i sistemi di controllo vigenti all'interno dell'Unione nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (ad esempio, il SIS II). Tutto ciò, com'è ovvio, al fine di dare corpo, in sostanza, ad una reale politica unitaria relativa alla gestione delle frontiere esterne, fermi comunque i poteri degli Stati membri con riferimento ai flussi programmati, come previsto dal citato art. 79, par. 5, del TFUE.

Solo in questo contesto, tra l'altro, e cioè in una situazione di preventiva condivisione delle conseguenze dei flussi non programmati, è possibile dar forma ad una reale ed efficace politica di respiro europeo del fenomeno, tra l'altro fondamentale al fine di far prevalere ragioni e assetti più equilibrati e rispettosi anche dei diritti delle persone, rispetto a logiche emergenziali che sembrano talora l'unica risposta possibile ad una sostanziale «assenza» di solidarietà e collaborazione concreta tra gli Stati membri e con le istituzioni dell'Unione europea.



## IL TRATTAMENTO DEL MIGRANTE CLANDESTINO

Giuseppe PALMISANO\*

SOMMARIO: 1. Premessa: il trattamento dei migranti irregolari tra interessi dello Stato al contrasto dell'immigrazione clandestina ed esigenze di rispetto di persone particolarmente vulnerabili. – 2. Oggetto e ambito dell'indagine: limiti e doveri dello Stato nel trattamento dei clandestini derivanti dagli obblighi internazionali sui diritti umani, con particolare riferimento alla situazione dell'Italia. – 3. Il rispetto del diritto alla vita e a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti. – 4. Il diritto a non subire una detenzione illegale o arbitraria. – 5. Il divieto di espulsioni collettive e le garanzie procedurali nell'espulsione. – 6. Il diritto al rispetto dell'unità familiare. – 7. L'estensione della protezione *par ricochet*. – 8. Il rispetto dei diritti economici, sociali e culturali. In particolare: il diritto alla salute; il diritto all'istruzione primaria; i diritti del clandestino in quanto lavoratore e la rilevanza del divieto di discriminazione. – 9. Casi di clandestini meritevoli di particolare protezione: i fanciulli non accompagnati e le vittime di traffico di esseri umani. – 10. I clandestini oggetto di *smuggling* e la tendenza a non «criminalizzare» i migranti in ragione della loro clandestinità. – 11. Rilievi critici sulla recente prassi e normativa italiana di trattamento dei migranti clandestini: a) il reato di clandestinità e il tentativo di evitare l'applicazione della direttiva «rimpatri». – 12. *Segue*: b) l'aggravante generica della clandestinità. – 13. *Segue*: c) l'esibizione del permesso di soggiorno per le dichiarazioni di nascita. – 14. *Segue*: d) i respingimenti in Libia e il rispetto della dignità umana.

«O straniero, tu non sembri un uomo malvagio  
o privo di senno: tu sai che Zeus Olimpio  
dà, quando vuole, felicità agli uomini,  
ai buoni e ai malvagi; a te diede dolori;  
e dolori tu devi soffrire. Ma ora sei nella mia terra,  
giungi alla mia città, e avrai certo una veste  
e ogni cosa che occorra a un infelice  
quando viene implorando qui da noi.

[...]

Gli stranieri come i mendicanti vengono da Zeus,  
e anche un piccolo dono è da essi gradito.  
Offrite, dunque, cibo e bevanda allo straniero,  
e fate che si bagni nel fiume a riparo dal vento.»

(OMERO, *Odissea*, libro VI,  
trad. S. Quasimodo, Milano, 1951)

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Camerino.

*1. Premessa: il trattamento dei migranti irregolari tra interessi dello Stato al contrasto dell'immigrazione clandestina ed esigenze di rispetto di persone particolarmente vulnerabili*

Alcune misure legislative e di attuazione concreta adottate nell'ultimo anno dalle istituzioni del nostro Paese per contrastare l'immigrazione clandestina hanno da più parti suscitato una serie di rilievi, contestazioni e proteste, riguardanti la problematica compatibilità di tali misure sia con gli obblighi internazionali sulla protezione di rifugiati e richiedenti asilo, sia con quelli sul rispetto dei diritti umani dei migranti<sup>1</sup>. Con particolare riferimento a quest'ultimo aspetto<sup>2</sup>, il «caso italiano» ha in effetti mostrato una volta di più – se mai ve ne fosse bisogno – come nell'ambito del contrasto dell'immigrazione clandestina e del trattamento dei clandestini convivano esigenze, sensibilità e interessi molto diversi, il cui confronto può dar luogo a contrasti non solo giuridici, ma anche politici e di civiltà, seri ed aspri.

Da una parte si pongono le esigenze che fanno capo all'interesse dello Stato di controllare le proprie frontiere e di determinare e realizzare la propria politica d'immigrazione, impedendo che la regolamentazione dei flussi immigratori venga aggirata in modo consistente. Si tratta dunque dell'interesse dello Stato a contrastare efficacemente l'immigrazione clandestina, e in particolare ad impedire che persone «senza titolo» entrino e rimangano nel territorio: interesse da perseguire, se necessario, mediante misure e provvedimenti coercitivi, idonei ad intercettare i clandestini in arrivo, ad identificare rapidamente quelli presenti nel territorio, a controllarli e ad allontanarli. Ciò al fine di evitare, tra l'altro, che un atteggiamento permissivo nei confronti dell'immigrazione clandestina determini un aumento sensibile del fenomeno, suscettibile a sua volta di causare problemi nel governo della comunità politico-territoriale statale:

<sup>1</sup> Per quanto riguarda le misure in questione, si pensi ad esempio alle norme del «Pacchetto sicurezza» sul reato di immigrazione clandestina, o sull'aggravante generica della clandestinità, nonché alla prassi dei c.d. respingimenti in Libia (v. in proposito *infra*, paragrafi 11-14). Quanto ai rilievi critici, oltre a quelli espressi da molti esponenti politici, mezzi di informazione e organizzazioni non governative, basti ricordare quelli provenienti dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, dalla S. Sede e dalla Conferenza episcopale italiana.

<sup>2</sup> È bene precisare che non ci occuperemo in questo lavoro dei problemi specifici riguardanti il trattamento di rifugiati, richiedenti asilo, o altre categorie di persone specialmente protette. Oggetto delle nostre riflessioni saranno i «meri clandestini», i migranti che non dispongano cioè di alcun diritto internazionalmente garantito all'ingresso o al soggiorno nello Stato. Sul punto v. anche *infra*, par. 2.

problemi, ad esempio, di sovrappopolazione, o connessi all'occupazione, o al mantenimento dell'ordine pubblico, o all'erogazione dei servizi sociali, nonché problemi dal punto di vista dell'omogeneità e delle caratteristiche socio-culturali della comunità politica governata.

Dall'altra parte si pongono le esigenze riguardanti le persone dei migranti clandestini e dei loro diritti fondamentali, da considerare alla luce della vulnerabilità intrinseca, strutturale, di questa tipologia di migranti. Si tratta infatti perlopiù di persone molto povere, alla ricerca in un Paese sviluppato di condizioni e opportunità che consentano, a loro stessi e alle loro famiglie, di sopravvivere o di vivere in maniera minimamente dignitosa; condizioni e opportunità che non sussistono nei Paesi di origine. Per tentare di soddisfare queste necessità basilari, masse di migranti sono disposte ad affrontare i rischi e i gravi disagi della clandestinità in Paesi di cui non conoscono la lingua, le abitudini e le istituzioni sociali (per non dire delle norme e dell'ordinamento giuridico); intraprendono viaggi di fortuna e del tutto insicuri; si espongono a gravi forme di sfruttamento del lavoro e ai ricatti e alle minacce delle reti criminali che controllano e gestiscono i flussi clandestini di immigrazione. Tutto ciò senza poter fare alcun affidamento sulla protezione delle istituzioni dello Stato di destinazione, proprio perché essi sono «clandestini», suscettibili in quanto tali di essere espulsi non appena scoperti dalle autorità di tale Stato<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Alla situazione di particolare vulnerabilità tipica dei clandestini, e al dovere per gli Stati di tenerne conto nell'attuazione delle politiche di controllo dell'immigrazione e nel trattamento dei clandestini, fanno sempre più spesso riferimento documenti e raccomandazioni elaborate da organi internazionali che si occupano specificamente, o hanno modo di occuparsi, dei problemi riguardanti i migranti. Per fare qualche esempio soltanto, un'attenzione preoccupata alla vulnerabilità dei migranti irregolari e dei loro diritti fondamentali emerge in termini espliciti dalla risoluzione *Protection of migrants* dell'Assemblea generale dell'ONU del 24 febbraio 2000 (ris. n. 54/166), così come dalle raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, del 12 ottobre 2001 (sui diritti degli stranieri che vogliono entrare in uno Stato membro e sull'esecuzione delle espulsioni) e dalle *Twenty guidelines on forced return*, adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, il 4 maggio 2005. La medesima attenzione anima i vari rapporti sottoposti, a partire dal 2000, alla Commissione e al Consiglio dei diritti umani dell'ONU dai Relatori speciali sui diritti umani dei migranti, nonché il documento intitolato *Multilateral Framework on Labour Migration*, adottato dall'ILO nel novembre 2005 e contenente le linee-guida per gli Stati «for a rights-based approach to labour migration» (il documento è consultabile in <http://www.ilo.org/publ/english/protection/migrant>). E ancora: estremamente sensibili al problema della vulnerabilità dei clandestini risultano sia il parere reso dalla Corte interamericana per i diritti umani nel 2003 (*Advisory Opinion* OC-18, del 17 settembre 2003), sulla condizione giuridica e i diritti dei migranti «undocumented», sia le proposte presentate alla Commissione per il Diritto Internazionale dell'ONU dal Relatore speciale sull'espulsione degli stranieri, Maurice Kamto, nel suo quinto rapporto, del marzo 2009 (KAMTO, *Fifth Report on the Expulsion of Aliens*, doc. A/CN.4/611, del 27 marzo 2009).

2. *Oggetto e ambito dell'indagine: limiti e doveri dello Stato nel trattamento dei clandestini derivanti dagli obblighi internazionali sui diritti umani, con particolare riferimento alla situazione dell'Italia*

Per quanto concerne la questione giuridica del trattamento dei migranti clandestini, la compresenza dei due tipi di interessi ora evidenziati – quello «statale» ad un contrasto efficace dell'immigrazione clandestina, e quello «umanitario» ad una considerazione dei diritti dei migranti adeguata alla particolare vulnerabilità della loro condizione – si traduce essenzialmente, sul piano internazionale, in una serie di limiti alla sovranità dello Stato (e in specie ai poteri coercitivi sui migranti che tentino di entrare clandestinamente nel suo territorio, o che vi siano entrati e vi risiedano clandestinamente), nonché nel dovere dello Stato di rispettare alcuni diritti fondamentali dei clandestini.

È opportuno chiarire subito che tali limiti e doveri non vanno nella direzione di negare, in linea di principio, il potere dello Stato – riconosciuto dal diritto internazionale generale – di impedire l'ingresso o il soggiorno agli stranieri clandestini, né tanto meno implicano *tout court* un obbligo per lo Stato di accoglierli per un tempo prolungato e in modo non provvisorio, o di «regolarizzarli», di considerarli cioè alla stregua di stranieri regolarmente presenti nel territorio. Al contrario, tali limiti e doveri presuppongono proprio l'esistenza del diritto dello Stato di contrastare l'immigrazione clandestina, corollario importante della sovranità territoriale e del diritto di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio statale<sup>4</sup>.

Piuttosto, si tratta di limiti e doveri derivanti dalla considerazione – fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>5</sup> – che la lotta contro l'immigrazione clandestina, pur costituendo esercizio di un diritto dello Stato previsto da un principio consolidato del diritto internazionale,

La rilevanza della questione della vulnerabilità dei clandestini è messa bene in risalto da GOODWIN-GILL, *Migrant Rights and Managed Migration*, in *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question* (a cura di Chetail), Bruxelles, 2007, p. 161 ss., specie pp. 172-187, BOSNIAK, *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants Under the International Migrant Workers' Convention*, in *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives* (a cura di Bogusz e al.), Leiden-Boston, 2004, p. 322 s.; KAMTO, *Fifth Report*, cit., par. 50.

<sup>4</sup> In tal senso v. per tutti CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 212, ma si vedano anche le stimolanti riflessioni di CHETAİL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états*, in *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, cit., p. 13 ss., specie pp. 70-75.

<sup>5</sup> Si veda, tra i tanti esempi, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga*, ricorso n. 13178/03, par. 81.

debba comunque essere attuata in modo compatibile con gli obblighi derivanti dallo stesso diritto internazionale, e in particolare con quelli sul rispetto dei diritti umani<sup>6</sup>. In effetti, il rispetto di tali diritti non solo rileva ai fini del trattamento dei migranti clandestini da parte dello Stato di destinazione, ma – come ha chiarito il Comitato dei diritti umani, sin dal *General Comment* del 1986 su *The Position of Aliens under the Covenant*<sup>7</sup> – può incidere finanche sull'esercizio del diritto dello Stato di decidere in ordine all'ingresso e al soggiorno di uno straniero, regolare o irregolare che sia.

Peraltro, nonostante la crescente attenzione dell'opinione pubblica internazionale ai diritti dei clandestini e alla loro particolare vulnerabilità, l'insieme dei limiti e doveri dello Stato di destinazione in ordine al trattamento dei migranti irregolari non ha ad oggi costituito – né sembra in procinto di costituire – oggetto di strumenti normativi internazionali (a carattere universale o regionale) dedicati appositamente a definire e disciplinare, in modo globale e sistematico, lo *status* del migrante clandestino<sup>8</sup>. Al riguardo possono segnalarsi soltanto due atti normativi importanti che prendono espressamente in considerazione la condizione peculiare dei migranti irregolari, pur sotto due profili specifici e, per così dire, parziali. Il primo, ormai datato, è la Convenzione n. 143 adottata nel 1975 dall'OIL, dedicata alle migrazioni in condizioni abusive e alla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti<sup>9</sup>. L'altro è la recente direttiva 2008/115/CE, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (c.d. direttiva «rimpatri»)<sup>10</sup>.

A parte le disposizioni contenute in questi due strumenti, esistono poi una serie di norme internazionali scritte, sparse in varie convenzioni dedicate ai diritti dell'uomo o ai diritti dei migranti, che rilevano *indirettamente* e *in negativo* per la situazione peculiare dei clandestini. Con ciò intendiamo

<sup>6</sup> Su questo concetto v. anche da ultimo KAMTO, *Fifth Report*, cit., par. 14.

<sup>7</sup> Comitato per i diritti umani, *General Comment n. 15 - The Position of Aliens under the Covenant*, doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, par. 5.

<sup>8</sup> Sul punto v. in particolare CHEMILLIER-GENDREAU, *Un régime juridique pour l'immigration clandestine*, in *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, cit., p. 319 ss. e BOSNIAK, op. cit., pp. 312-317.

<sup>9</sup> Tale Convenzione, in vigore dal 1978, è stata ad oggi ratificata soltanto da 23 Stati. L'Italia l'ha ratificata nel 1981 ed è l'unico Paese europeo d'immigrazione ad averlo fatto. Si veda il testo della Convenzione nel sito <http://www.ilo.org/ilolex>.

<sup>10</sup> A questa importante direttiva (pubblicata in *G.U.U.E.* 24 dicembre 2008 *L* 348, p. 98 ss.) avremo modo di fare riferimento spesso nel seguito delle nostre riflessioni. Per un attento esame della direttiva, specie sotto il profilo delle garanzie procedurali ivi previste, v. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati*, Napoli, 2008, pp. 163-178.

dire che tali norme *escludono* i clandestini dall'ambito della loro applicazione necessaria, attribuendo determinati diritti e garanzie o ai soli cittadini dello Stato, ovvero ai soli stranieri regolarmente residenti<sup>11</sup>.

In assenza di una apposita normativa internazionale destinata a disciplinare in modo sistematico e tendenzialmente completo lo *status* dei migranti clandestini, la questione del loro trattamento da parte dello Stato di destinazione va dunque posta, in buona sostanza, nel senso di vedere in che modo e in qual misura le norme internazionali sul rispetto dei diritti fondamentali della persona umana in quanto tale, e quelle sui diritti dello straniero, vadano riferite e applicate ai migranti clandestini e alla loro specifica condizione. In altre parole, si tratta di vedere cosa comporti per uno Stato l'obbligo internazionale di rispettare tali diritti quando le persone con cui esso abbia a che fare siano migranti clandestini.

Sarà per l'appunto questo l'oggetto delle nostre riflessioni, con l'avvertenza che esse si riferiranno non già in senso generico alla situazione di un qualsiasi Stato di destinazione di flussi migratori clandestini, bensì alla situazione specifica dell'Italia. Se è vero infatti che, per molti dei diritti di cui beneficiano i migranti clandestini, si tratta di diritti tutelati (anche) da norme internazionali non scritte, generalmente riconosciute da tutti gli Stati, è altrettanto vero che il contenuto specifico dell'obbligo internazionale di rispetto può variare sensibilmente a seconda degli impegni giuridici assunti pattiziamente da uno Stato in materia di diritti umani: a seconda cioè della quantità e del tipo di convenzioni internazionali rilevanti che lo Stato abbia ratificato. Per questo motivo il nostro discorso si riferirà essenzialmente alla peculiare situazione giuridica internazionale valevole per l'Italia, alla luce della sua partecipazione sia alla Convenzione europea

<sup>11</sup> Riguardo in particolare a quest'ultima possibilità, tra gli esempi degni di maggior attenzione, possono richiamarsi: l'art. 12, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che impone il rispetto della libertà di movimento e di scelta della residenza all'interno di uno Stato ai soli stranieri *legalmente presenti*; l'art. 13 del Patto stesso e l'art. 1 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, in caso di espulsione, impongono il rispetto di certe garanzie procedurali nei confronti dei soli stranieri *legalmente residenti*; gli artt. 36-56 della Convenzione dell'ONU del 1990 sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, che non impongono agli Stati parti di riconoscere certi diritti ai migranti clandestini: ad esempio, il diritto di formare associazioni di lavoratori o sindacati, di partecipare ai pubblici affari, di accedere a molti servizi sociali, di accedere alle indennità di disoccupazione o di licenziamento, di trasferire i guadagni del proprio lavoro all'estero, il diritto di accesso al mercato del lavoro. Riguardo a quest'ultima Convenzione, entrata in vigore nel luglio 2003, e di cui sono attualmente parti 42 Stati, va peraltro segnalato che essa non è stata ratificata da nessuno Stato europeo di immigrazione, neppure dall'Italia. In proposito v. BARATTA, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori?*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 765 ss.

dei diritti dell'uomo (e al Consiglio d'Europa), sia ai due Patti internazionali sui diritti umani del 1966, sia – ad esempio – alla Convenzione sui diritti del fanciullo o a quella contro la discriminazione razziale, sia infine alla sua partecipazione all'Unione europea.

Una volta fatta questa sintetica ricostruzione, riguardante la figura del migrante clandestino considerata nella sua genericità, aggiungeremo qualche considerazione sulla possibile rilevanza per l'Italia di ulteriori obblighi di protezione o di trattamento dei clandestini, connessi alla *particolare tipologia o situazione dei migranti in questione*. In particolare, prenderemo brevemente in considerazione il caso in cui il clandestino sia un fanciullo, specie non accompagnato, e quello in cui sia vittima di traffico di esseri umani (*trafficking in persons*), ovvero oggetto di mero contrabbando di migranti (*smuggling of migrants*).

Da ultimo, e alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, alcuni cenni di commento saranno rivolti alla recente, e molto discussa, legislazione e prassi italiana riguardante il trattamento degli stranieri clandestini.

Prima di cominciare con la questione del rispetto dei diritti fondamentali dei clandestini, è però necessario aggiungere ancora tre brevissime premesse metodologiche.

La prima riguarda l'ambito di umanità preso in considerazione dalla nostra indagine: ossia la delimitazione della categoria dei migranti clandestini. Precisamente, parlando di clandestini, intendiamo riferirci sia ai cittadini di Stati stranieri che tentino di entrare o entrino nel territorio di uno Stato (e che vi risiedano, se vi riescono) senza averne titolo in base alla normativa interna sull'ingresso e la residenza dei non cittadini, sia a quei cittadini stranieri che, pur entrati regolarmente nello Stato, perdano successivamente lo *status* di regolare: perdano cioè ogni titolo a restare nello Stato in base alla medesima normativa interna, e ciononostante vi restino egualmente. Includeremo tuttavia nella categoria dei clandestini soltanto i cittadini stranieri che *non* dispongano di alcun diritto internazionalmente garantito all'ingresso o al soggiorno nello Stato, a titolo di protezione speciale. Vi resteranno quindi esclusi, ad esempio, i rifugiati, i richiedenti asilo, o le persone bisognose di protezione in caso di conflitto armato<sup>12</sup>.

La seconda premessa è che i diritti umani rilevanti nel trattamento

<sup>12</sup> Per un'analoga delimitazione della categoria v. BARATTA, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali* (a cura di Benvenuti), Ripa Fagnano Alto (Aq), 2008, p. 10 s. Sulla nozione di *irregular migrant* si veda ampiamente GUILD, *Who Is An Irregular Migrant*, in *Irregular Migration and Human Rights*, cit., pp. 3-28.

del migrante clandestino, o le implicazioni derivanti dal loro rispetto, variano evidentemente a seconda della situazione e del momento della vicenda umana del clandestino presa in considerazione: a seconda che si tratti ad esempio di un'azione statale di interdizione delle frontiere o di respingimento alla frontiera, o invece della fase di identificazione e controllo propedeutica ad un provvedimento di espulsione, o ancora della fase di esecuzione di un provvedimento di espulsione o di c.d. rimpatrio; o che si tratti invece di questioni, esigenze, rapporti riguardanti la vita svolta dal migrante all'interno dello Stato, nel periodo (spesso tutt'altro che breve) della sua permanenza clandestina, prima cioè di venire scoperto dallo Stato e sottoposto a procedura di allontanamento (oppure prima di venire «regolarizzato» da qualche sanatoria legislativa).

Terza e ultima premessa è che l'analisi proposta non ha alcuna pretesa o presunzione di completezza: cercheremo soltanto di evidenziare le implicazioni del rispetto dei diritti fondamentali che risultino a nostro sommo avviso più significative per la peculiare situazione dei migranti clandestini<sup>13</sup>.

### *3. Il rispetto del diritto alla vita e a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti*

Cominciamo dunque dal diritto alla vita.

Il rispetto di tale diritto – sancito sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 2), sia dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 6), e ribadito all'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – comporta innanzitutto che lo Stato non sottoponga direttamente il clandestino a un trattamento o a condizioni che possano determinarne la morte, ovvero ad un rischio specifico, individuale, di perdere la vita. Ad esempio, la detenzione in un centro d'identificazione ed espulsione, senza sorveglianza o assistenza sanitaria adeguata, di un clandestino gravemente malato, cui consegua la morte della persona, potrebbe comportare una violazione diretta del diritto alla vita<sup>14</sup>. Egualmente, lo Stato non dovrebbe rimanere inerte di fronte a situazioni in cui si

<sup>13</sup> Per questo motivo e, ancor più, per la numerosità e la complessità dei diritti e degli aspetti problematici che saranno di seguito passati in rassegna, i riferimenti ai casi giurisprudenziali rilevanti (davvero numerosi) saranno necessariamente molto limitati e, per così dire, minimi. Lo stesso vale per le citazioni della sterminata letteratura riguardante i tanti argomenti trattati.

<sup>14</sup> Un caso del genere potrebbe purtroppo essersi verificato, nel maggio 2008, nel CPTA di Torino; si veda in proposito il Rapporto annuale (2009) di *Amnesty International*, nella parte dedicata all'Italia (consultabile nel sito <http://www.amnesty.it>).

manifesti in maniera conclamata, nel proprio territorio, un pericolo preciso e concreto per la vita o l'incolumità di determinati migranti (clandestini o regolari che siano), a causa di tensioni nei rapporti con la popolazione locale<sup>15</sup>.

Inoltre, il rispetto del diritto alla vita implica una protezione indiretta (o *par ricochet*), che può rilevare in particolare nell'esecuzione dell'espulsione di un clandestino. Precisamente, lo Stato è tenuto a garantire che il clandestino non venga espulso in un Paese in cui corra un rischio – non generico, ma specifico e individuale – per la propria vita<sup>16</sup>. Per quanto riguarda l'Italia, dal momento che il nostro Paese ha internazionalmente ripudiato la pena di morte<sup>17</sup>, ciò significa tra l'altro l'assunzione di un obbligo di non espellere il clandestino in uno Stato in cui rischi l'esecuzione di una condanna a morte, a meno di non ottenere precise assicurazioni da questo che la pena di morte, per quanto prevista dall'ordinamento e giudiziariamente decisa nei confronti della persona in questione, non sarà comunque applicata. Ma la protezione *par ricochet* del diritto alla vita può significare anche il divieto di espellere il clandestino in un Paese in cui corra un rischio di morte – specifico e non generico – per mano di privati, e il Paese di destinazione non fornisca alcuna adeguata garanzia di protezione da questo rischio specifico<sup>18</sup>.

Discorso analogo vale per il divieto di sottoporre il clandestino a tortura o a trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Anche in questo caso l'obbligo di rispetto – sancito, tra l'altro, dalla Convenzione europea e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, oltre che dalla apposita Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura<sup>19</sup> – ha una valenza sia diretta sia indiretta. Quanto alla prima, è importante ricordare che gli estremi del trattamento inumano o degradante possono variamente risulta-

<sup>15</sup> I recenti e noti fatti di Rosarno, in Calabria, del gennaio 2010, offrono un esempio di situazione in cui potrebbe darsi una manchevolezza da parte dello Stato, del tipo di quella indicata nel testo.

<sup>16</sup> Sul punto v. ampiamente da ultimo KAMTO, *Fifth Report*, cit., paragrafi 53-66.

<sup>17</sup> Com'è noto, l'Italia è parte sia del Protocollo n. 6 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, del 1983, sia del secondo Protocollo facoltativo al Patto sui diritti civili e politici, del 1989, entrambi riguardanti l'abolizione della pena di morte. Il nostro Stato si è inoltre reso meritoriamente promotore della moratoria della pena di morte, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con la ris. n. 62/149 del 18 dicembre 2007.

<sup>18</sup> Su questa protezione *par ricochet* riguardante il diritto alla vita, si vedano ad esempio, nella giurisprudenza di Strasburgo, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 settembre 2000, *Singh e altri*, ricorso n. 30024/96, e del 14 novembre 2000, *Merzouk*, ricorso n. 48453/99.

<sup>19</sup> Ci riferiamo precisamente all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e alla Convenzione del 1984 contro la tortura e i trattamenti crudeli, inumani e degradanti.

re a seconda delle circostanze del caso e, in particolare, della specifica situazione personale dell'individuo in questione. Tali estremi possono ad esempio essere raggiunti in considerazione della durata della sottoposizione della persona a condizioni di detenzione particolarmente dure e insopportabili, nonché per la gravità degli effetti fisici e mentali che un certo trattamento è suscettibile di determinare nell'individuo in ragione della sua età, del sesso, dello stato di salute o di altre condizioni di particolare vulnerabilità<sup>20</sup>.

Quanto alla protezione *par ricochet*, questa implica il divieto di espellere il clandestino in uno Stato in cui rischi – sempre in modo individuale e specifico – di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani, non solo da parte dello Stato e di pubblici funzionari, ma anche di privati, se non sussistono le condizioni di un'adeguata protezione da parte dello Stato di destinazione<sup>21</sup>. Inoltre, può costituire violazione indiretta del divieto anche un'espulsione o un respingimento che metta il clandestino nell'impossibilità di curarsi per malattie suscettibili di minarne gravemente l'integrità fisica o di causare sofferenze insopportabili<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> In proposito, v. da ultimo KAMTO, *Fifth Report*, cit. par. 106 e la giurisprudenza ivi citata. Segnaliamo che, per garantire il rispetto del divieto in parola, ed evitare eccessi pericolosi da parte dello Stato di destinazione che intenda rimpatriare un migrante irregolare, molto opportunamente l'art. 8, par. 4, della recente direttiva «rimpatri» ribadisce in modo espresso l'obbligo per gli Stati membri dell'UE di rispettare sempre pienamente la dignità e l'integrità fisica del clandestino, anche quando sia necessario applicare nei suoi confronti misure coercitive o restrittive della libertà.

<sup>21</sup> Per menzionare solo alcuni tra i casi più noti in cui la Corte di Strasburgo ha affermato la valenza *par ricochet* del divieto previsto all'art. 3 della Convenzione europea, con riferimento all'espulsione di stranieri, ricorderemo: le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 marzo 1991, *Cruz Varas*, ricorso n. 15576/89, del 15 novembre 1996, *Chahal*, ricorso n. 22414/93, del 6 febbraio 2003, *Mamatkulov e Abdurasulovic*, ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, del 22 febbraio 2008, *Saadi*, ricorso n. 37201/06. Per l'applicazione della protezione *par ricochet* all'ipotesi in cui il rischio di tortura provenga da privati, v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 aprile 1997, *H.L.R.*, ricorso n. 24573/94. Su tale giurisprudenza della Corte europea v., tra gli altri, KARAGIANNIS, *Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, p. 33 ss.; BLAKE, *Developments in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Irregular Migration and Human Rights*, cit., p. 437 s.; CAFLISCH, *La Convention européenne des droits de l'homme et les étrangers*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 2004, pp. 1859-1862; COSTA, *Expulsion et réadmission: la protection des libertés fondamentales*, in *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno* (a cura di Leanza), Napoli, 2005, e KAMTO, *Fifth Report*, cit., paragrafi 114-115.

<sup>22</sup> Per un esempio in questo senso si veda la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 maggio 1997, *D.*, ricorso n. 146/1996/767/964, riguardante l'espulsione di uno straniero gravemente malato di AIDS a Saint-Kitts, dove non avrebbe potuto essere adeguatamente curato.

#### 4. Il diritto a non subire una detenzione illegale o arbitraria

Di grande rilevanza nel trattamento dei clandestini è poi il rispetto del diritto a non subire una detenzione illegale o arbitraria.

A tal proposito va premesso che la detenzione dei clandestini è una prassi diffusa in molti Stati, talvolta come sanzione penale per la violazione di regole nazionali sull'ingresso e il soggiorno nel territorio, più spesso come misura cautelare a scopi amministrativi, nel corso cioè della identificazione del clandestino e della valutazione del suo *status*, ovvero durante lo svolgimento e l'attuazione di una procedura di espulsione. Non esiste in effetti, sul piano giuridico internazionale, un divieto *tout court* per lo Stato di sottoporre a detenzione i clandestini. Anzi, la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede, all'art. 5 par. 1, lett. f), come ipotesi consentita di privazione di libertà, la detenzione proprio delle persone entrate illegalmente nello Stato e nei cui confronti sia in corso una procedura di espulsione<sup>23</sup>. E, dalla decisione del caso *Vilvarajah c. Regno Unito* in poi<sup>24</sup>, la Corte europea ha avuto modo di riconoscere come la detenzione possa in effetti rappresentare uno strumento adeguato per contrastare i sempre più frequenti tentativi dei migranti stranieri di sfuggire ai limiti posti all'immigrazione regolare.

Nondimeno, la detenzione viene a configurare la violazione di un diritto internazionalmente garantito se si sottopone il migrante ad un esercizio del potere statale non legalmente garantito o altrimenti arbitrario<sup>25</sup>. Ciò non è difficile a verificarsi soprattutto nel caso di detenzioni «amministrative». Sotto il profilo delle *garanzie legali*, è infatti necessario che la misura detentiva (anche di carattere amministrativo) sia sempre adottata con provvedimento ufficiale e formale da un'autorità competente, e che sia suscettibile di controllo effettivo e possibilità di revisione da parte di un organo di tipo giudiziario<sup>26</sup>. Quanto all'*arbitrarietà sostanziale*,

<sup>23</sup> Precisamente, secondo tale disposizione, la privazione della libertà, nei modi previsti dalla legge, è consentita «s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours».

<sup>24</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 ottobre 1991, *Vilvarajah*, ricorsi n. 13163/87, 13165/87, 1344/87, par. 102.

<sup>25</sup> Si tratterebbe in particolare di una violazione del diritto sancito nell'art. 5 della Convenzione europea, nonché nell'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Sul punto v. per tutti TEITGEN-COLLY, *La détention des étrangers et les droits de l'homme*, in *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, cit., p. 571 ss.

<sup>26</sup> In questa direzione vanno, tra l'altro, le prescrizioni contenute nella direttiva «rimpatri», in particolare all'art. 15, paragrafi 2 e 3: «2. Il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative o giudiziarie. Il trattenimento è disposto per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto. Quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli

essa può derivare, ad esempio, dal fatto che la durata della detenzione non sia determinata e conoscibile in anticipo (quanto meno nel suo limite massimo)<sup>27</sup>, ovvero dal fatto che la detenzione si prolunghi eccessivamente a causa di una mancanza di diligenza delle autorità statali nell'espletamento delle procedure d'identificazione e allontanamento, o dal fatto che la detenzione perduri anche quando non vi sia rischio di fuga del clandestino o vi sia una sufficiente collaborazione da parte sua<sup>28</sup>.

Inoltre, nel corso della detenzione, anche amministrativa, vanno comunque garantiti al clandestino alcuni diritti, procedurali e sostanziali. Quanto a questi ultimi, rilevano in particolare l'obbligo di proteggere, durante la detenzione, il diritto alla vita del clandestino da minacce o pericoli provenienti sia da pubblici ufficiali, sia da altri detenuti, sia da tentativi di suicidio, nonché l'obbligo di non sottoporre il clandestino a trattamenti inumani o degradanti, quali potrebbero risultare da condizioni di detenzione troppo dure, alla luce delle condizioni personali dell'individuo in questione. Quanto alle garanzie procedurali, vi rientrano ad esempio il rispetto del diritto del clandestino di essere informato senza indugio dei motivi della detenzione in una lingua comprensibile, e il diritto di ricorrere ad un tribunale che possa giudicare della legalità della detenzione e ordinare la liberazione in caso di illegalità, controllando non solo

Stati membri: a) prevedono un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso, b) oppure accordano al cittadino di un paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento. In tal caso gli Stati membri informano immediatamente il cittadino del paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso. Il cittadino di un paese terzo interessato è liberato immediatamente se il trattenimento non è legittimo. 3. In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria».

<sup>27</sup> La direttiva «rimpatri» prevede un limite massimo di 6 mesi, che possono essere aumentati di altri 12 mesi in caso di mancata cooperazione da parte del migrante, o del suo Stato di origine, o in caso di ritardi nell'ottenere da tale Stato la documentazione richiesta. Sotto questo profilo la direttiva è a nostro avviso deludente: la detenzione di un anno e mezzo è una misura coercitiva e privativa della libertà decisamente sproporzionata alla ragioni dell'espletamento di una procedura di espulsione. Si tratta oltretutto di un limite temporale che determina un peggioramento delle garanzie procedurali riguardanti l'espulsione di clandestini, già sussistenti in alcuni Stati membri (tra cui l'Italia). Sul punto v. LIGUORI, op. cit., pp. 164 e 176.

<sup>28</sup> Per i casi più significativi in cui la giurisprudenza internazionale (in particolare, la Corte di Strasburgo e il Comitato dei diritti umani) ha avuto modo di precisare le caratteristiche dell'illegalità e dell'arbitrarietà della detenzione, con riferimento, al trattamento degli stranieri, sia consentito rinviare alle indicazioni di TEITGEN-COLLY, op. cit., pp. 594-607.

l'esistenza della base normativa formale della detenzione, ma anche la fondatezza della misura detentiva nel merito e nell'opportunità.

È importante segnalare come la recente direttiva «rimpatri» consideri con attenzione, all'art. 15, il rispetto di tali garanzie sostanziali e procedurali, da attuare in caso di detenzione di clandestini. Essa ne stabilisce inoltre alcune aggiuntive. In particolare, all'art. 16, prevede l'obbligo per gli Stati membri di separare i clandestini da rimpatriare dai detenuti ordinari, e di favorire l'entrata in contatto dei clandestini detenuti con un'assistenza legale, oltre che con i familiari e le autorità consolari del Paese di origine.

A quanto precede va aggiunta una osservazione di carattere generale. Quando non dipenda da una condanna penale o dalle esigenze di un procedimento penale in corso, la detenzione «amministrativa» dei clandestini dovrebbe tendenzialmente rappresentare una *extrema ratio*. Essa costituisce infatti una compressione grave del diritto fondamentale alla libertà personale. Tale compressione può risultare ammissibile soltanto quando l'interesse dello Stato, al controllo dei flussi di immigrazione e al contrasto dell'immigrazione clandestina, non possa essere soddisfatto – per ragioni ad esempio di ordine pubblico, di sicurezza nazionale o di pericolosità sociale – mediante misure meno limitative della libertà personale<sup>29</sup>. In questo senso si è espresso il Comitato dei diritti umani a partire da alcune decisioni di qualche anno fa<sup>30</sup>, e in modo analogo dispone il par. 16 del Preambolo della direttiva «rimpatri»<sup>31</sup>.

##### 5. Il divieto di espulsioni collettive e le garanzie procedurali nell'espulsione

Attinente in modo specifico alla situazione dei migranti clandestini, e al rispetto dei loro diritti fondamentali, è un altro obbligo di trattamen-

<sup>29</sup> Per un analogo rilievo, CHETAIL, op. cit., pp. 85-88.

<sup>30</sup> Comitato per i diritti umani, comunicazione n. 900/1999, *MC c. Australia*, del 13 novembre 2002 (doc. CCPR/C/76/D/900/1999, par. 8.2); comunicazione n. 1014/2001, *Baban c. Australia*, del 18 settembre 2003 (doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, par. 7.2); comunicazione n. 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australia*, del 6 novembre 2003 (doc. CCPR/C/79/D/1069/2002, par. 9.3).

<sup>31</sup> «Il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e *se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente*» (il corsivo è nostro). Inoltre, l'art. 15, par. 1, della direttiva afferma chiaramente che il trattenimento è consentito «salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive».

to che il diritto internazionale pone in capo agli Stati di destinazione. Si tratta precisamente dell'obbligo riguardante il divieto di espulsioni collettive<sup>32</sup>. Com'è stato rilevato da ultimo nei Rapporti presentati alla Commissione delle Nazioni per il diritto internazionale (CDI) dal Relatore speciale sul tema dell'espulsione degli stranieri, Maurice Kamto, tale divieto sarebbe ormai assunto al livello di norma di diritto internazionale generale<sup>33</sup>. Si condivide o meno questa valutazione, per quanto riguarda gli Stati europei d'immigrazione esso risulta comunque sancito sia dall'art. 4 del Protocollo n. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, all'art. 19.

Il divieto in questione comporta il diritto per il clandestino di veder trattato il proprio caso di espulsione mediante un esame individuale, e di non essere forzato ad abbandonare lo Stato nel contesto dell'allontanamento indiscriminato di un gruppo di stranieri.

Da ciò conseguono alcuni diritti procedurali, seppur minimi, riguardanti l'espulsione dei clandestini. Per quanto concerne il sistema della Convenzione europea, in cui pure i migranti irregolari *non* risultano coperti dalle varie garanzie procedurali previste per l'espulsione (riconosciute espressamente, ai sensi del Protocollo n. 7 della Convenzione, ai soli migranti *regolari*), la Corte europea ha in effetti chiarito che, proprio in attuazione del divieto di espulsioni collettive (nonché nel rispetto del diritto ad un ricorso effettivo contro la possibile violazione di un tale divieto, derivante dall'art. 13 della Convenzione), l'allontanamento dei clandestini deve realizzarsi in modo proceduralmente equo: esso deve cioè comportare la valutazione individuale della posizione e delle dichiarazioni del clandestino da parte di autorità indipendenti e competenti, dotate del potere di disporre la sospensione del procedimento in caso di danni gravi e irreparabili per la persona in questione<sup>34</sup>. Sulla stessa linea, il Comitato dei diritti umani, sin dal *General Comment* del 1986 su *The*

<sup>32</sup> Su questo divieto, v. in particolare ZANIBONI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri nel diritto internazionale convenzionale, con particolare riguardo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *Gli stranieri*, 2004, p. 615 ss. In generale, sui limiti posti all'espulsione di stranieri dal diritto internazionale, v. FAVILLI, *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero*, 1998, MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione* (a cura di Salerno), Padova, 2003, p. 165 ss., e KAMTO, *Preliminary Report on the Expulsion of Aliens*, doc. A/CN.4/554, del 2 giugno 2005.

<sup>33</sup> KAMTO, *Third Report on the Expulsion of Aliens*, doc. A/CN.4/581, del 19 aprile 2007, paragrafi 97 ss., specie par. 115.

<sup>34</sup> Per il primo caso in cui la Corte europea ha dedotto dal divieto di espulsioni collettive le implicazioni procedurali ora indicate v. la sentenza del 5 febbraio 2002, *Čonka*, ricorso n. 51564/99, paragrafi 59-63.

*Positions of Aliens under the Covenant*, ha considerato inammissibili le espulsioni collettive, proprio in quanto non consentirebbero la valutazione individuale di ciascun caso e la possibilità di ricorsi effettivi contro il provvedimento<sup>35</sup>. Analogamente, sia la Convenzione dell'ONU sui diritti dei lavoratori migranti (all'art. 22, par. 1), sia il Terzo Rapporto Kamto sull'espulsione degli stranieri<sup>36</sup>, richiedono per tutti i migranti, regolari e clandestini, in caso di espulsione, una valutazione ragionevole e obiettiva di ciascun caso individuale. Molto esigenti al riguardo risultano poi le *Twenty guidelines on forced return*, adottate il 4 maggio 2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, dedicate proprio alla procedura di rimpatrio dei migranti clandestini. Tali linee-guida prevedono non solo che l'espulsione sia decisa esclusivamente sulla base dell'esame ragionevole e obiettivo del caso in questione, ma anche che il migrante abbia diritto ad un ricorso effettivo ed accessibile dinanzi ad un'autorità competente, imparziale e indipendente, dotata del potere di sospendere, se del caso, l'esecuzione dell'espulsione<sup>37</sup>.

Nella medesima direzione apporta un contributo importante, sul piano del diritto comunitario, la direttiva «rimpatri» del dicembre 2008, dedicata proprio ai migranti irregolari. Innanzitutto, il par. 6 del Preambolo esprime l'esigenza di una procedura equa e trasparente per l'espulsione, che non sia automaticamente conseguente alla clandestinità del migrante. Inoltre, l'intero Capo III prevede a tal riguardo garanzie molto articolate. Ad esempio: le decisioni di allontanamento e rimpatrio devono essere motivate in fatto e in diritto; devono contenere informazioni sui mezzi di ricorso disponibili, che siano formulate in una lingua comprensibile per il clandestino; devono predisporre mezzi di ricorso effettivi dinanzi all'autorità giudiziaria o amministrativa<sup>38</sup>; e ai clandestini deve essere assicurato il gratuito patrocinio, per consentire una difesa adeguata contro le decisioni di rimpatrio che li riguardano.

<sup>35</sup> Comitato per i diritti umani, *General Comment n. 15*, cit., par. 10.

<sup>36</sup> KAMTO, *Third Report*, cit., proposta di art. 7, par. 1.

<sup>37</sup> Sulle garanzie procedurali previste nelle *Guidelines* del Consiglio d'Europa, v. ampiamente LIGUORI, op. cit., pp. 57-60.

<sup>38</sup> Su questo aspetto la direttiva avrebbe potuto per la verità essere più esigente, stabilendo come adeguati i soli ricorsi dinanzi all'autorità giudiziaria, e non anche quelli dinanzi ad un'autorità amministrativa (che non può offrire le medesime garanzie di indipendenza di giudizio di un organo giudiziario). Sul punto v. sempre LIGUORI, op. cit., pp. 173-174 e 178.

## 6. Il diritto al rispetto dell'unità familiare

Veniamo ora alla dimensione non già meramente individuale, ma piuttosto familiare, dei diritti del clandestino, e precisamente al diritto riguardante il rispetto dell'unità familiare. Dal punto di vista dello Stato di destinazione, si tratta in effetti di un obbligo di rispetto che può incidere sensibilmente nel trattamento del migrante, nel senso di rendere meno facile – o addirittura vietata – l'espulsione (così come il rifiuto d'ingresso e di soggiorno al migrante irregolare), qualora ciò venga a pregiudicare gravemente il diritto dei membri di una famiglia di restare uniti e di condurre insieme la vita familiare<sup>39</sup>.

In questo caso si tratta tuttavia, per lo Stato, di un obbligo di rispetto non assoluto ma «bilanciato», ossia da attuare bilanciando le esigenze individuali di tipo familiare con l'interesse dello Stato a non consentire la permanenza del clandestino nel proprio territorio. E a proposito di tale bilanciamento, può rilevarsi in estrema sintesi come la tendenza interpretativa, sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia del Comitato dei diritti umani, vada nel senso di ritenere contrarie al diritto in questione le espulsioni dei clandestini (e con minor probabilità i limiti posti al loro ingresso) che causino un pregiudizio effettivo e non sostenibile al mantenimento di una vita familiare unita, a meno che la presenza nel territorio del clandestino non comporti a sua volta un pericolo effettivo per l'ordine pubblico, o gravi pericoli sociali<sup>40</sup>.

Ciò significa che difficilmente potrebbe risultare giustificata l'espulsione di un clandestino, arrecante pregiudizio all'unità familiare, quando sia motivata dalla sola clandestinità dello straniero, ossia dalla

<sup>39</sup> In proposito v., tra gli altri, JASTRAM, *Family Unity*, in *Migration and International Legal Norms* (a cura di Aleinikoff e Chetail), The Hague, 2003, p. 185 ss. e BLAKE, op. cit., pp. 438-450. Il diritto all'unità familiare è sancito sia dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia dall'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Esso è inoltre ribadito all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Del rispetto di tale diritto tiene conto anche la direttiva «rimpatri», al par. 22 del Preambolo, e negli articoli 5 lett. b) e 14, par. 1, lett. a).

<sup>40</sup> Paradigmatiche, nel senso indicato nel testo, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 febbraio 1991, *Moustaquim*, ricorso n. 12313/86, e del 13 febbraio 2001, *Ezzouhdi*, ricorso n. 471160/99. In quest'ultima decisione la Corte ha considerato come pregiudizio sproporzionato alla vita familiare, e quindi comportamento statale illecito, l'espulsione decisa quale conseguenza della perpetrazione reiterata da parte di uno straniero del reato di acquisto e consumo di droga (ma non di spaccio). Sulla valutazione «bilanciata» del diritto all'unità familiare (sancito nella Convenzione europea), in caso di espulsione di stranieri, v. tra gli altri, CAFLISCH, op. cit., pp. 1865-1869, COSTA, op. cit., pp. 149-150 e, da ultimo, ampiamente, KAMTO, *Fifht Report*, cit., paragrafi 132-147.

mera violazione delle norme interne sull'immigrazione. Beninteso: la pretesa al rispetto della vita familiare deve risultare solidamente fondata; va cioè rigorosamente valutata alla luce del grado di unità affettiva ed economica della famiglia, dell'effettivo pregiudizio che il distacco del clandestino dagli altri membri della famiglia arrechi alla propria vita personale e alla vita degli altri familiari; e – soprattutto – dell'intensità del legame della vita familiare del migrante con il territorio e l'ambiente sociale dello Stato in cui soggiorna in modo clandestino. Si tratta dunque di un limite di trattamento che riguarda essenzialmente i migranti irregolari da lungo tempo residenti nello Stato che intende espellerli; meno facilmente potrà invece riguardare quelli intercettati al loro ingresso, o scoperti presto.

Si tratta infine di un limite che, come diremo ancora tra breve, opera più incisivamente nel caso in cui il provvedimento di espulsione riguardi o coinvolga migranti fanciulli.

### 7. L'estensione della protezione *par ricochet*

Vi sono ovviamente altri diritti fondamentali – tradizionalmente classificati tra i diritti c.d. civili – il cui rispetto incide nel trattamento del migrante clandestino, quali ad esempio il diritto al rispetto della vita privata, al giusto processo e a mezzi di ricorso effettivo contro la violazione di propri diritti. Non è ovviamente possibile soffermarsi su tutti questi aspetti. Un cenno di carattere generale merita però il fatto che sembri recentemente emergere, sul piano giuridico internazionale, la tendenza a ritenere obbligatorio il rispetto di alcuni di questi diritti, non solo in via diretta, ma anche *par ricochet*. La protezione *par ricochet* potrebbe insomma riguardare non solo – come s'è detto – il diritto alla vita e quello a non subire torture o trattamenti degradanti, ma anche altri diritti fondamentali<sup>41</sup>. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha in particolare fatto riferimento al divieto di detenzione arbitraria e al diritto ad un equo processo<sup>42</sup>. Nella stessa direzione va il Comitato dei diritti umani, che oltre ad estendere, dal 1997, l'ambito della protezione *par ricochet* al diritto a non subire una detenzione arbitraria, nel *General Comment* n. 31 del 2004 ha considerato riferibile tale protezione indiretta ad ogni compor-

<sup>41</sup> Sul punto, con riferimento specifico alla tutela dei migranti, BLAKE, op. cit., pp. 435-437 e CHETAIL, op. cit., pp. 79-83.

<sup>42</sup> Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 dicembre 2001, *Bankovic e altri*, ricorso n. 52207/99, paragrafi 67-68.

tamento statale che esponga la persona in questione ad un pregiudizio grave e irreparabile per uno dei diritti tutelati nel Patto<sup>43</sup>.

Nella misura in cui si andasse affermando questo approccio interpretativo, è ovvio che la discrezionalità dello Stato nell'espellere i clandestini o nel vietare loro la permanenza sul territorio, risulterebbe ulteriormente limitata.

*8. Il rispetto dei diritti economici, sociali e culturali. In particolare: il diritto alla salute; il diritto all'istruzione primaria; i diritti del clandestino in quanto lavoratore e la rilevanza del divieto di discriminazione*

Oltre ai diritti fondamentali sin qui ricordati, non va dimenticato che il trattamento dei clandestini da parte dello Stato di destinazione deve altresì avvenire nel rispetto di alcuni importanti diritti di tipo economico, sociale e culturale. Si tratta in particolare di diritti che, per la loro importanza, trovano la chiave della loro corretta applicazione nel divieto di discriminazione. Essi richiedono cioè di essere riconosciuti ed applicati ad ogni persona in quanto tale, senza discriminazioni di sorta, neppure riguardanti la cittadinanza o la regolarità della presenza dello straniero nel territorio dello Stato<sup>44</sup>.

In tal senso rileva innanzitutto il diritto alla salute o, più limitatamente, il diritto a ricevere le cure urgenti essenziali per la propria salute<sup>45</sup>. Nel senso del riconoscimento di tale diritto anche ai clandestini si è pronunciato in modo espresso il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, nella sua Osservazione generale n. 14 del 2000<sup>46</sup>; e lo stesso riconoscimento è affermato nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1990 sui lavoratori migranti<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Comitato per i diritti umani, *General Comment n. 31 – Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, del 26 maggio 2004, par. 12.

<sup>44</sup> In proposito, con particolare riferimento ai migranti clandestini, v. ad es. FITZPATRICK, *The Human Rights of Migrants*, in *Migration and International Legal Norms*, cit., pp. 180-182, e CHETAU, op. cit., pp. 99-105.

<sup>45</sup> Il diritto alla salute è sancito, ad es., all'art. 12, par. 1, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, al par. 11 della Parte I della Carta sociale europea, nonché all'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Sul riconoscimento di questo diritto ai migranti clandestini, v. VAN KRIEKEN, *Health and Migration: The Human Rights and Legal Context*, in *Migration and International Legal Norms*, cit., pp. 289 ss.

<sup>46</sup> Doc. E/C.12/2000/4, dell'11 agosto 2000, paragrafi 8, 9, 12 e 34.

<sup>47</sup> Precisamente, secondo l'art. 28 di tale Convenzione: «Migrant workers and members of their families shall have the right to receive any medical care that is urgently required for the preservation of their life or the avoidance of irreparable harm to their

Altro diritto da riconoscere in modo indiscriminato ai clandestini è il diritto all'istruzione primaria, garantito in tutti i principali strumenti sui diritti umani fondamentali<sup>48</sup>. La portata e la rilevanza di tale diritto per i clandestini sono state evidenziate dal Comitato dei diritti economici sociali e culturali nel 1999<sup>49</sup>. Esso è peraltro strettamente connesso con la situazione particolarmente protetta dei migranti fanciulli (su cui torneremo tra breve)<sup>50</sup>.

Qualche cenno in più merita l'aspetto dei diritti del clandestino in quanto lavoratore.

In quest'ambito il presupposto di partenza, sul piano giuridico internazionale, è che *non* viene considerato discriminatorio da parte di uno Stato – e quindi vietato – limitare o impedire ai migranti clandestini l'accesso al mercato del lavoro e all'impiego. Tuttavia, quando il clandestino si trovi comunque a svolgere un lavoro e ad avere rapporti di lavoro, il principio normativo rilevante è che debbano essergli garantiti senza discriminazione i diritti fondamentali propri di ogni lavoratore. Si tratta di un principio particolarmente importante per la protezione dei clandestini, vista la loro vulnerabilità intrinseca, che li porta facilmente ad essere sfruttati nell'attività lavorativa, ad essere oggetto di abusi, o ad essere impiegati in condizioni insicure di lavoro. Tutte situazioni che i clandestini si trovano spesso costretti ad accettare per non rischiare di essere denunciati dal datore di lavoro o per trovare un lavoro con cui mantenersi. Nella direzione della tutela dei diritti del lavoratore clandestino vanno pertanto opportunamente numerose disposizioni normative internazionali, contenute sia nella Convenzione OIL n. 143 del 1975, sui lavoratori

health on the basis of equality of treatment with nationals of the State concerned. *Such emergency medical care shall not be refused them by reason of any irregularity with regard to stay or employment*» (il corsivo è nostro). Anche la direttiva «rimpatri» ribadisce l'obbligo per gli Stati membri dell'UE di tutelare la salute dei clandestini, all'art. 14, par. 1, lett. b), con riferimento a tutti i migranti irregolari, ivi compresi quelli soggetti a rimpatrio come sanzione penale. Ci permettiamo infine di ricordare che la nostra Corte costituzionale ha ricompreso il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria tra i diritti inviolabili, da riconoscere anche agli stranieri che si trovino senza titolo legittimo sul territorio dello Stato (sentenza Corte Cost. del 5 luglio 2001, n. 252; v. in proposito CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *Flussi migratori*, cit., p. 32).

<sup>48</sup> Ricordiamo in proposito: l'art. 13 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, l'art. 2 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 28 della Convenzione sui diritti del fanciullo, l'art. 30 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti, e l'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>49</sup> *General Comment* n. 13, doc. E/C.12/1999/10, dell'8 dicembre 1999, specie par. 34.

<sup>50</sup> Anche in questo caso, la direttiva «rimpatri» ribadisce l'obbligo per gli Stati membri di rispettare il diritto in questione, all'art. 14, par. 1, lett. c).

migranti in condizioni abusive, sia nella Convenzione dell'ONU del 1990, sui lavoratori migranti.

I diritti essenziali del lavoratore, da riconoscere anche ai clandestini, discendono in parte da altri diritti fondamentali, quali il divieto di essere sottoposti al lavoro forzato, o il divieto di lavoro per i fanciulli, o l'obbligo di tutelare la condizione femminile, specie durante la gravidanza e in maternità. Altri diritti derivano invece dal principio dell'egualianza di trattamento con gli altri lavoratori (cittadini e migranti regolari) e, come precisato nella Dichiarazione dell'OIL del giugno 1998 sui diritti fondamentali di tutti i lavoratori, riguardano in particolare: le condizioni essenziali d'impiego (ad esempio, sicurezza e salubrità del lavoro, lunghezza massima della giornata lavorativa), la remunerazione, la sicurezza sociale, la libertà di partecipare ad associazioni di lavoratori o sindacati<sup>51</sup>.

Sull'obbligo per gli Stati di non discriminare i clandestini quanto alla fruizione di questi diritti è importante segnalare un parere incisivo della Corte interamericana dei diritti umani del 2003, sulla condizione giuridica e i diritti dei migranti «undocumented»<sup>52</sup>. In tale parere – la cui richiesta trae origine dalla situazione di numerosi lavoratori clandestini messicani negli Stati Uniti –, la Corte americana ha avuto modo di precisare efficacemente come lo Stato che non garantisca ai clandestini i suddetti diritti, propri di ogni lavoratore, violi non solo le norme convenzionali poste a tutela specifica dei vari diritti in questione, ma anche e gravemente il divieto internazionale di discriminazione, inteso appunto come divieto di non discriminare gli individui nell'esercizio dei propri diritti<sup>53</sup>.

Su quest'ultimo punto – della rilevanza del divieto di discriminazione<sup>54</sup> – possono aggiungersi due considerazioni, una positiva e una negativa. Quella positiva è che l'attenzione alla discriminazione vietata nei

<sup>51</sup> Il testo della *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* è consultabile in <http://ilo.org/ilolex>. Sulla sua rilevanza per i lavoratori migranti, specie clandestini, v. CHETAU, op. cit., pp. 120-130.

<sup>52</sup> Parere cit. *supra*, nota 3.

<sup>53</sup> Sul parere della Corte interamericana v. SCALABRINO, *Les travailleurs clandestins dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, in *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, cit., p. 363 ss., BARATTA, *Spunti di riflessione*, cit., pp. 17-19, FAVILLI, *I diritti dell'immigrato non regolarmente soggiornante*, in *Flussi migratori*, cit., pp. 299-301.

<sup>54</sup> Sul problema giuridico della discriminazione nei confronti dei migranti clandestini e sulla rilevanza del divieto di discriminazione, v. in particolare BOSNIAK, op. cit., pp. 330-334, FAVILLI, *I diritti dell'immigrato*, cit., pp. 292-298 e 302-304, e BELL, *Invisible Actors? Irregular Migrants and Discrimination*, in *Irregular Migration and Human Rights*, cit., p. 345 ss.

confronti dei clandestini non è propria soltanto della Corte americana, ma ben più generalizzata. Importante è ad esempio la *General Recommendation* n. 30 adottata nel 2005 dal Comitato dell'ONU contro la discriminazione razziale, sul tema *Discrimination Against non Citizens*<sup>55</sup>. Da tale raccomandazione si evince, tra l'altro, quanto segue: che gli obblighi di non discriminazione sanciti dalla Convenzione dell'ONU contro la discriminazione razziale devono riferirsi anche ai rapporti tra cittadini e non cittadini, a prescindere dallo *status* regolare o irregolare di questi ultimi; che anche in quest'ultimo caso (ossia con riferimento agli stranieri irregolari), per differenziare in modo consentito – senza discriminare in modo vietato –, lo Stato deve perseguire un obiettivo legittimo e intervenire differenziando in modo proporzionale al perseguimento dell'obiettivo; e che questo sindacato di ragionevolezza rileva anche nell'applicazione delle norme e delle prassi interne di controllo dell'immigrazione e di contrasto all'immigrazione clandestina<sup>56</sup>.

Più o meno nella stessa direzione va il Protocollo n. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sul divieto di discriminazione<sup>57</sup>. Tale Protocollo estende il divieto di discriminazione non solo ai diritti tutelati nella Convenzione, ma a *qualsiasi diritto garantito per legge*, e riferisce tendenzialmente il divieto ad *ogni tipo di discriminazione* (cioè differenziazione non giustificabile), attuata anche in ragione dello *status* di cittadinanza o di regolarità della presenza dello straniero.

La considerazione negativa è invece che gli Stati europei di forte immigrazione sembrano molto diffidenti nel riconoscere ai clandestini il diritto di non essere discriminati quanto al godimento dei diritti riguardanti il lavoro. Lo dimostrano non solo le mancate ratifiche della Convenzione OIL n. 143 del 1975 e della Convenzione dell'ONU del 1990 sui lavoratori migranti<sup>58</sup>, ma anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art. 15, par. 3, riconosce il diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle dei cittadini dell'Unione *ai soli stranieri regolari*, e non a tutti i migranti, ivi compresi gli stranieri extracomunitari c.d. irregolari.

<sup>55</sup> Doc. HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, del 4 maggio 2005.

<sup>56</sup> V. in proposito FAVILLI, *I diritti dell'immigrato*, cit., p. 299.

<sup>57</sup> Di tale Protocollo, entrato in vigore nel 2005, sono parti 20 Stati; l'Italia l'ha firmato ma non ancora ratificato. Tra gli altri Paesi europei di forte immigrazione, la Spagna e l'Olanda lo hanno già ratificato, la Francia e il Regno Unito non l'hanno firmato.

<sup>58</sup> V. *supra*, note 9 e 11.

9. *Casi di clandestini meritevoli di particolare protezione: i fanciulli non accompagnati e le vittime di traffico di esseri umani*

Fin qui s'è parlato di obblighi di trattamento e protezione che riguardano in genere tutti i clandestini. Veniamo ora brevemente ad alcuni casi «speciali» (ma tutt'altro che infrequenti), riguardanti clandestini di tipo particolare, o che si trovano in una situazione particolare.

Ci riferiamo innanzitutto ai clandestini fanciulli, specie non accompagnati. Per il trattamento di questa tipologia di clandestini l'approccio derivante dalla normativa internazionale è senz'altro quello di far prevalere lo *status* di fanciullo, e la tutela delle esigenze del fanciullo, sullo *status* di clandestino e sulle esigenze di contrasto dell'immigrazione clandestina. In altre parole, quando vi siano in gioco fanciulli, tende a dissolversi ogni differenza tra regolari e clandestini, ma anche ad esempio tra rifugiati e clandestini. Quello che deve prevalere è sempre il valore della protezione del fanciullo e – per usare l'espressione caratteristica della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 – il perseguimento dei «best interests» del fanciullo<sup>59</sup>. Come ciò rilevi con riferimento al trattamento dei minori stranieri non accompagnati, anche clandestini, è ben spiegato nel lungo e denso *General Comment* n. 6 adottato dal Comitato dell'ONU per i diritti del fanciullo del 2005<sup>60</sup>. In proposito, ricordiamo soltanto che, quando si tratta di fanciulli, l'*espulsione* o qualsiasi altra forma di allontanamento non risulta consentita, se non in ragione del fatto che essa costituisca in modo dimostrato – mediante il parere di periti o esperti – la migliore soluzione possibile per il fanciullo; e che la *detenzione* di fanciulli, in centri di permanenza temporanea per clandestini o di identificazione ed espulsione, è tendenzialmente proibita, e può addirittura essere equiparata ad un trattamento inumano e degradante<sup>61</sup>. Così come assolutamente vietati sono la discriminazione o gli impedimenti nella fruizione del diritto ad un'identità personale o all'istruzione primaria<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Sul punto v. con chiarezza JASTRAM, op. cit., pp. 192-193. Si veda anche BHABHA, *Children, Migration and International Norms*, in *Migration and International Legal Norms*, cit., p. 203 ss.

<sup>60</sup> Doc. CRC/GC/2005/6, del 1 settembre 2005.

<sup>61</sup> Nella proposta di art. 12, par. 2, presentata alla CDI dal Relatore speciale Kamto, nel suo quinto rapporto sull'espulsione degli stranieri, quest'ultimo principio, desumibile soprattutto da una certa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, viene addirittura sancito in termini generali: «Detention in the same conditions as an adult or for a long period shall, in the specific case of children, constitute cruel, inhuman and degrading treatment» (KAMTO, *Fifth Report*, cit., par. 127).

<sup>62</sup> Anche la recente direttiva «rimpatri» va nella direzione di tener conto delle esi-

Altro esempio di clandestini in condizioni meritevoli di protezione rafforzata è quello delle vittime di un traffico di persone. Come precisato dal Protocollo sul traffico di persone, adottato congiuntamente alla Convenzione di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale<sup>63</sup>, per traffico di persone s'intende il reclutamento, trasporto, trasferimento e anche alloggio di persone con l'uso o la minaccia della forza, o con frode e inganno, o con abuso di potere, o abuso delle condizioni di vulnerabilità delle persone in questione, al fine di sfruttarle a scopo di prostituzione, o ad altri scopi sessuali, ovvero a scopi di lavoro forzato o di altre forme di servitù, o per la rimozione di organi (art. 2, lettera a)).

In effetti, è molto facile (e le continue indagini di polizia lo dimostrano) che l'invincibile necessità di migrare, l'impossibilità di migrare legalmente e la non disponibilità delle somme di denaro necessarie per pagare i «servizi» offerti dalle reti che gestiscono l'immigrazione clandestina, e tanti altri motivi, spingano i migranti clandestini a sottoporsi a condizioni di sfruttamento e vessazione illecite, tali da configurare gli estremi del traffico di persone. Orbene, nei confronti di quei clandestini che siano altresì vittime di un traffico di persone gli Stati hanno obblighi di speciale protezione, come risulta sia dal menzionato Protocollo di Palermo, sia dalla Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di persone, conclusa a Varsavia il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore nel febbraio 2008<sup>64</sup>. Quest'ultima prevede tra l'altro, nei confronti delle vittime di traffico, obblighi di assistenza materiale, psicologica e di reinserimento nella società, obblighi di cure mediche, consulenza legale, alloggio temporaneo e concessione di un periodo di tempo adeguato per recuperare una condizione «normale»<sup>65</sup>. Inoltre, proprio al fine di mette-

genze di speciale protezione dei fanciulli. Lo testimoniano in particolare gli articoli 5, 10 par. 1, 17, e il par. 22 del Preambolo. Essa non sembra tuttavia del tutto adeguata in tal senso. In particolare, è criticabile che la possibilità di detenzione fino a 18 mesi non sia stata espressamente esclusa per i fanciulli, così come il fatto che non sia stata tassativamente esclusa per i fanciulli la possibilità di detenzione in istituti penitenziari, ma che si preveda soltanto «per quanto possibile, una detenzione in istituti dotati di personale e strutture consoni a soddisfare le esigenze di persone della loro età» (art. 17). Sul punto v. LIGUORI, op. cit., p. 176 s. e CELLAMARE, *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2009, p. 181 ss., in particolare p. 198 s.

<sup>63</sup> *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Crime*, adottato dall'Assemblea generale dell'ONU con ris. 55/25 del 15 novembre 2000 (Annex II).

<sup>64</sup> Vi partecipano attualmente 26 Stati; l'Italia ha firmato la Convenzione ma non l'ha ancora ratificata; Francia, Regno Unito e Spagna non l'hanno nemmeno firmata.

<sup>65</sup> Va segnalato che su questi stessi aspetti la direttiva 2004/81/CE del 29 aprile 2004 (pubblicata in *G.U.U.E.* 6 agosto 2004 *L* 261), riguardante il titolo di soggiorno da

re in atto, se del caso, le misure protettive e assistenziali ora indicate, la Convenzione stabilisce il divieto di allontanare dallo Stato la persona in questione per il tempo necessario alla sua precisa identificazione e all'accertamento dell'eventuale *status* di vittima di *trafficking*<sup>66</sup>. In termini più generici, ma comunque significativi, si esprime il Protocollo di Palermo, secondo il quale lo Stato dovrebbe consentire alle vittime di traffico di esseri umani di restare temporaneamente nel territorio, tenendo conto di «humanitarian and compassionate factors» e dovrebbe favorire il rimpatrio volontario, realizzandolo «with due regard for the safety of the person» (art. 8).

In definitiva, di fronte a clandestini che siano *prima facie* vittime di un traffico di persone, lo Stato dovrebbe prioritariamente preoccuparsi di rispettare gli obblighi di protezione, piuttosto che applicare in modo «ordinario» la propria normativa sul controllo dell'immigrazione clandestina e le conseguenti misure destinate all'allontanamento.

#### 10. I clandestini oggetto di *smuggling* e la tendenza a non «criminalizzare» i migranti in ragione della loro clandestinità

Un'ultima considerazione muove dalla particolare situazione giuridica di quei clandestini che, senza essere vittime di *trafficking*, siano oggetto di *smuggling*: che per entrare clandestinamente nello Stato accettino cioè di servirsi dei canali di contrabbando e dei servizi offerti dai cosiddetti  *passeurs* e dalle organizzazioni criminali che vi stanno dietro.

A dire il vero, lo *smuggling* viene in considerazione, sul piano giuridico internazionale, essenzialmente dal punto di vista degli obblighi per gli Stati di incriminazione e cooperazione nella repressione dei trafficanti, e non invece da quello della protezione dei migranti contrabbandati (che ricoprono in effetti, nella fattispecie specifica, un ruolo non meramente passivo, ma compartecipe). In questa direzione lo strumento internazionale più importante è sicuramente il Protocollo contro lo *smuggling*

rilasciare ai cittadini di Paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, è discutibilmente meno protettiva, subordinando gli obblighi statali (di protezione e assistenza) alla collaborazione della vittima nelle indagini contro i trafficanti, secondo un approccio c.d. premiale.

<sup>66</sup> Su questi profili della Convenzione del Consiglio d'Europa, v. NASCIBENE, DI PASCALE, *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno* (a cura di Palmisano), Milano, 2008, pp. 35-38.

adottato congiuntamente alla Convenzione di Palermo del 2000 sulla lotta alla criminalità organizzata transnazionale<sup>67</sup>.

Tuttavia, pur essendo quella repressiva la dimensione giuridica predominante nella normativa internazionale sullo *smuggling*, è significativo che in tale normativa emerga comunque un'attenzione garantista nei confronti del migrante clandestino. Si pensi in particolare all'art. 5 del Protocollo di Palermo, ai sensi del quale gli Stati risultano impegnati a non perseguire penalmente i migranti clandestini per il solo fatto di costituire oggetto di *smuggling*<sup>68</sup>.

Ovviamente, si tratta di una norma che per la sua formulazione non equivale *tout court* ad un divieto per lo Stato di sanzionare come reato l'ingresso o la permanenza clandestina nel proprio territorio, e che può facilmente essere interpretata in senso restrittivo, ossia come limite riguardante l'incriminazione dei migranti esclusivamente per una delle varie fattispecie penali prese in considerazione dal divieto di *smuggling*. Ciononostante, si tratta di una disposizione indicativa di una certa tendenza degli Stati ad impegnarsi internazionalmente al fine di non «criminalizzare» i migranti clandestini per il mero fatto della loro clandestinità.

Tale tendenza è presente anche nell'ambito del Consiglio d'Europa. Ci riferiamo, ad esempio, alle raccomandazioni formulate nel 2001 dal Commissario sui diritti umani, riguardanti i diritti degli stranieri che vogliono entrare in uno dei Paesi del Consiglio e l'aspetto dell'espulsione. Tra queste raccomandazioni, la prima consiste proprio nel non considerare i clandestini in quanto tali come criminali, come penalmente responsabili di frode, o altro<sup>69</sup>.

Con qualche incertezza, la medesima tendenza è a nostro avviso ravvisabile nella direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei clandestini. Come si è più volte evidenziato, tale direttiva – pur con alcuni limiti – è volta sostanzialmente ad ottenere un trattamento rispettoso dei diritti umani nei confronti dei clandestini soggetti ad espulsione, nonché adeguate garanzie procedurali per le decisioni e l'attuazione dei rimpatri.

<sup>67</sup> *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Crime*, adottato dall'Assemblea generale dell'ONU con ris. 55/25 del 15 novembre 2000 (Annex III). Sullo *smuggling of migrants* v., per tutti, PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, in *Il contrasto al traffico di migranti*, cit., p. 53 ss., e SPATAFORA, *Il contrasto al traffico di migranti nel contesto giuridico internazionale e comunitario*, ivi, p. 1 ss.

<sup>68</sup> V. in proposito PALMISANO, op. cit., p. 60.

<sup>69</sup> Su tali raccomandazioni, v. TONELLI, *Irregular Migration and Human Rights: A Council of Europe Perspective*, in *Irregular Migration and Human Rights*, cit., p. 301 ss.

Secondo l'art. 2, gli Stati membri non sarebbero tuttavia tenuti ad applicare la direttiva, oltre che nelle ipotesi di respingimento alla frontiera, ai rimpatri che costituiscano una sanzione penale, o conseguenza accessoria di una sanzione penale.

Ora, è vero che la direttiva non esclude esplicitamente da questa possibile deroga il caso in cui il reato da cui segue la sanzione del rimpatri consista nella mera clandestinità, però è anche vero che se si vuole attribuire un effetto utile (nel senso di una qualche effettività ed efficacia) alla normativa contenuta nella direttiva, non è neppure appropriato interpretarla nel senso di consentire agli Stati di sottrarsi alla sua applicazione facendo coincidere interamente l'ambito della direttiva (il rimpatri dei migranti irregolari) con una particolare ipotesi sottratta all'applicazione dalla direttiva stessa (ossia il rimpatri come sanzione penale). Non sembra dunque azzardato affermare che dall'ambito della deroga prevista dall'art. 2, par. 2, lett. *b*), andrebbe interpretativamente esclusa l'ipotesi di fattispecie penale consistente nella mera irregolarità dell'ingresso o del soggiorno nello Stato<sup>70</sup>.

Se si condivide l'interpretazione ora proposta, alla luce della ragion d'essere e dello spirito della direttiva, l'atto comunitario sembra insomma andare senza troppa timidezza nella direzione della «non criminalizzazione» della mera clandestinità, quanto meno al fine di non privare i clandestini delle garanzie di trattamento riconosciute nella direttiva stessa.

#### *11. Rilievi critici sulla recente prassi e normativa italiana di trattamento dei migranti clandestini: a) il reato di clandestinità e il tentativo di evitare l'applicazione della direttiva «rimpatri»*

Quest'ultima constatazione apre la porta alla parte conclusiva delle nostre riflessioni, dedicate alla recente normativa e prassi italiana riguardante il trattamento dei clandestini. In effetti, alcuni aspetti di tale normativa e prassi suscitano seri dubbi di compatibilità non solo con gli obblighi internazionali sui diritti umani, ma anche con la normativa comunitaria in materia di rimpatri.

a) Cominciamo proprio dall'aspetto della «criminalizzazione» dei

<sup>70</sup> A sostegno di questa interpretazione potrebbe tra l'altro richiamarsi l'art. 4 della direttiva che prevede la facoltà per gli Stati di seguire, nel rimpatrio di migranti irregolari, norme e prassi più favorevoli ai migranti stessi: più favorevoli e non invece più restrittive, severe o sanzionatorie.

clandestini e dalla disposizione-simbolo della nuova normativa sull'immigrazione, ossia l'articolo 10 *bis* introdotto nel Testo Unico sull'immigrazione (decreto legge 25 luglio 1998, n. 286) dalla legge del 15 luglio 2009 n. 94, nota come «Pacchetto sicurezza»<sup>71</sup>, che istituisce per l'appunto il nuovo *reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*<sup>72</sup>.

Com'è stato rilevato da più parti, una simile previsione normativa implica il dovere di denuncia degli autori del reato da parte di ogni pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che ne venga a conoscenza. Una tale evenienza, prescritta per legge, determina un ostacolo grave o addirittura decisivo per la fruizione di alcuni diritti essenziali, che – come s'è detto in precedenza – lo Stato è internazionalmente tenuto a garantire anche ai migranti clandestini. Si pensi ad esempio al diritto alla salute, o all'istruzione primaria, ma anche a quello di ricevere la protezione garantita alle vittime di un traffico di esseri umani. In altre parole, a causa della probabilità – per non dire certezza – di una denuncia alle autorità di polizia (che avrebbe come conseguenza giuridica l'espulsione), i clandestini finiscono per essere indotti a privarsi dell'intervento delle istituzioni pubbliche e dei pubblici servizi; intervento che è invece indispensabile per l'effettivo godimento o la protezione di molti diritti essenziali. Ciò significa, da parte del nostro Stato, un sostanziale disconoscimento dei diritti stessi e in definitiva della dignità delle persone in questione, in evidente contrasto con la normativa internazionale posta a tutela dei diritti fondamentali (anche) dei migranti clandestini.

Ma, questo, per quanto grave non è il solo problema giuridico determinato dal nuovo reato di immigrazione clandestina. Come ha pubblicamente dichiarato il Ministro dell'interno Maroni<sup>73</sup>, l'introduzione del reato si sarebbe resa necessaria per evitare, o quanto meno limitare, l'applicazione della direttiva comunitaria sui rimpatri, con particolare riferimento agli adempimenti e alle procedure da questa previste per decidere ed attuare il rimpatrio dei clandestini. Tali adempimenti e procedure sarebbero infatti ritenuti dal Governo italiano non funzionali alle esigen-

<sup>71</sup> Pubblicata in *G.U.* 24 luglio 2009, n. 170, Suppl. ord.

<sup>72</sup> In proposito v. FAVILLI, *I nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1114 ss.

<sup>73</sup> Nel corso, ad esempio, della trasmissione televisiva *Porta a porta*, in onda sulla rete televisiva RAI I nella sera del 19 maggio 2009, pochi giorni dopo i primi respingimenti di migranti in Libia, ma anche in precedenza nell'audizione del 15 ottobre 2008, in merito alle misure avviate per migliorare l'efficacia della normativa adottata in materia di immigrazione, di fronte al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di EUROPOL, e di controllo e vigilanza in materia di immigrazione.

ze di un'efficace azione di contrasto all'immigrazione clandestina e di allontanamento dei migranti irregolari. Servendosi della possibilità offerta dalla deroga prevista dalla direttiva stessa (ai sensi dell'art. 2, par. 2 lett. *b*), di cui s'è detto), l'introduzione del reato di clandestinità permetterebbe per l'appunto di sottrarre l'espulsione di *tutti i migranti irregolari*, considerati quali autori del reato, dai «lacci e laccioli» della direttiva comunitaria, per sottoporla invece ad una procedura più snella, efficace e rapida da attuare.

In effetti, la procedura prevista nel «Pacchetto sicurezza» per l'espulsione dei clandestini (rei di clandestinità), in virtù dell'introduzione dell'art. 10 *bis* al TU sull'immigrazione e delle modifiche all'art. 14 dello stesso TU, appare più sommaria di quella disciplinata nella direttiva «rimpatri» e soprattutto, rispetto a quest'ultima, garantisce in grado minore il diritto ad un ricorso effettivo contro le decisioni di espulsione. Essa tende insomma ad avvicinarsi alla procedura comprensibilmente sbrigativa e meno garantista prevista dal TU sull'immigrazione per i soli respingimenti alla frontiera (fattispecie decisamente diversa da quella dell'espulsione di uno straniero presente irregolarmente nel territorio e che, proprio per questo, la Direttiva «rimpatri» esclude espressamente dall'ambito della sua applicazione)<sup>74</sup>.

Insomma, l'introduzione del reato d'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato rappresenterebbe un caso di rapido intervento del nostro legislatore volto non già a predisporre l'ordinamento italiano al fine di dare adeguata e tempestiva attuazione ad una direttiva comunitaria, bensì al fine (opposto) di evitare l'applicazione della direttiva e di sottrarre la grande maggioranza dei casi alla sua applicazione<sup>75</sup>.

È tuttavia discutibile che questo tentativo di aggirare l'applicazione

<sup>74</sup> L'art. 10 del menzionato TU sull'immigrazione riferisce il concetto di «respingimento alla frontiera» ai soli casi di stranieri «che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato», o «che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo», o «che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso». L'art. 2, par. 2, lett. *a*), della direttiva «rimpatri» equipara inoltre al respingimento i casi in cui gli stranieri irregolari di Paesi terzi siano «fermati o scoperti dalle autorità competenti in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro» e non abbiano «successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro». Sulla disciplina specifica dei respingimenti alla frontiera, v. DELICATO, *Respingimento alla frontiera e accordi di riammissione: alcune prassi applicative a confronto*, in *Gli stranieri*, 2006, p. 1 ss.

<sup>75</sup> Com'è stato notato, ciò desta peraltro perplessità sotto il profilo del rispetto del principio comunitario di leale cooperazione. V. sul punto FAVILLI, *I nuovi reati*, cit., p. 1117 s.

del diritto comunitario possa considerarsi riuscito. Come s'è cercato di spiegare poc'anzi, l'interpretazione a nostro avviso più sensata della iretativa «rimpatri» conduce infatti ad *escludere* dall'ambito della deroga applicativa consentita nella direttiva stessa l'ipotesi delle espulsioni configurate quali conseguenza di un reato consistente nella *mera clandestinità*<sup>76</sup>. Se questa interpretazione fosse esatta, l'introduzione nel sistema penale italiano del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato non sarebbe dunque di per sé sufficiente ad evitare la piena applicazione della direttiva «rimpatri» alle espulsioni degli immigrati presenti clandestinamente nel nostro Paese.

Inoltre, a prescindere dal problema della compatibilità col diritto comunitario dell'applicazione della procedura di espulsione prevista nel «Pacchetto sicurezza», va osservato che non sarebbe comunque sufficiente la mera qualificazione dello *status* di clandestinità come reato per consentire ad uno Stato standard di trattamento nell'espulsione, che risultino inferiori rispetto a quelli previsti dalle norme internazionali sui diritti umani, o non proporzionati alla luce dei criteri seguiti dalla giurisprudenza internazionale nella valutazione del rispetto di tali diritti nel caso concreto.

## 12. Segue: b) l'aggravante generica della clandestinità

b) In aggiunta alla previsione concernente il reato di immigrazione clandestina, va segnalata un'altra discutibile modifica di rilevanza penale introdotta di recente nel nostro ordinamento con riferimento alla situazione specifica degli immigrati clandestini. Ci riferiamo precisamente alla modifica apportata, con legge 24 luglio 2008 n. 125<sup>77</sup>, all'art. 61 del cod. pen. Con tale legge è stato aggiunto all'art. 61 il comma 11 *bis* che prevede l'*aggravante generica della clandestinità*<sup>78</sup>.

Senza alcuna pretesa di approfondire la questione sul piano del diritto penale, ci sembra importante osservare che, nell'art. 61 del Codice penale, non risulta invero prevista alcun'altra aggravante generica di *status*, volta cioè a determinare l'aggravamento del reato non già per quello

<sup>76</sup> A questo proposito non è irrilevante ricordare che, secondo il par. 6 del Preambolo della direttiva «rimpatri», sarebbe opportuno che gli Stati membri provvedessero a mettere fine al soggiorno degli irregolari «*non limitandosi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare*» (il corsivo è nostro).

<sup>77</sup> Pubblicata in *G.U.* 25 luglio 2008 n. 173.

<sup>78</sup> Precisamente «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale».

che si è fatto, o per come lo si è fatto, o per la vulnerabilità delle persone contro cui lo si è fatto, bensì per quello che si è, e precisamente, nel caso specifico, per la condizione di clandestinità in cui si trova lo straniero responsabile. Com'è stato rilevato da più parti, ciò attribuisce all'aggravante un carattere chiaramente e irragionevolmente discriminatorio, motivato dal mero fatto della presenza irregolare dello straniero nel territorio statale. Si tratta dunque, a nostro avviso, di una violazione del divieto internazionale di discriminazione, sancito – come s'è ricordato – non da solo una serie di convenzioni internazionali, ma anche dal diritto internazionale generale<sup>79</sup>.

13. Segue: c) *l'esibizione del permesso di soggiorno per le dichiarazioni di nascita*

c) Lasciando da parte i profili di carattere penalistico, un cenno merita almeno un'altra disposizione del recente «Pacchetto sicurezza» che, pur riguardando un aspetto di procedura amministrativa, finisce per incidere in modo grave sui diritti fondamentali dei migranti clandestini e, per questo, sta giustamente destando serie preoccupazioni. Ci riferiamo alla modifica dell'art. 6, par. 2, del TU sull'immigrazione, in virtù della quale si prevede per il rilascio agli immigrati degli atti di stato civile – ivi compresa la dichiarazione di nascita – l'esibizione del permesso di soggiorno. Tale disposizione implica evidentemente che i genitori migranti clandestini, i quali – com'è ovvio – non sono in possesso di un valido permesso di soggiorno, non potranno ottenere alcuna dichiarazione di nascita per i loro neonati. Orbene, come è stato correttamente notato, ad esempio, dal Consiglio superiore della magistratura nel parere approvato

<sup>79</sup> Va segnalato che problemi di costituzionalità della norma in questione sono in effetti già stati sottoposti all'attenzione della nostra Corte costituzionale. Ci riferiamo in particolare ai giudizi di legittimità promossi dai Tribunali di Ferrara, di Latina e di Livorno, nel luglio 2008. La Corte non si è tuttavia pronunciata sul merito dei rilievi di costituzionalità eccepiti dai giudici *a quo*, avendo emesso un'ordinanza di restituzione degli atti per *ius superveniens* (ordinanza della Corte cost. del 19 ottobre 2009, n. 777).

Ci permettiamo soltanto di aggiungere che l'inserimento di un'aggravante generica legata alla necessità di contrastare l'immigrazione clandestina sarebbe stata forse meno criticabile, se il legislatore fosse intervenuto in modo diverso. Ad esempio, si sarebbe potuto modificare il par. 6 dell'art. 61 cod. pen. (secondo il quale l'aggravamento dipende dal fatto di aver commesso il reato nel periodo di tempo in cui l'autore si è sottratto all'esecuzione di un mandato o ordine di arresto, cattura o detenzione) con l'aggiunta della circostanza che il reato sia stato commesso da uno straniero nel tempo in cui si sia sottratto ad un ordine di espulsione.

il 10 giugno 2009<sup>80</sup>, un'implicazione del genere si pone in stridente contrasto col diritto fondamentale del minore (sancito all'art. 7, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo) di venire registrato immediatamente al momento della nascita, e quindi col suo diritto, sin dalla nascita, ad un'identità personale e ad una cittadinanza. Il mancato rilascio della dichiarazione di nascita a genitori clandestini, pur conforme alle previsioni del «Pacchetto sicurezza», determinerebbe pertanto una grave violazione da parte dell'Italia dei vigenti obblighi internazionali posti a tutela dei diritti fondamentali di ogni fanciullo.

#### 14. Segue: d) i respingimenti in Libia e il rispetto della dignità umana

d) Per chiudere, una parola sulla prassi dei c.d. respingimenti in Libia.

Innanzitutto, va precisato che si tratta non già di respingimenti alla frontiera in senso proprio, come talvolta vengono definiti dalle nostre autorità governanti, bensì di azioni di soccorso e interdizione all'immigrazione, in zone di mare non territoriale. In secondo luogo, tali respingimenti non costituiscono casi di applicazione dell'«Accordo di amicizia partenariato e cooperazione», concluso dall'Italia con la Libia alla fine d'agosto del 2008 (come pure si trova talvolta affermato nei *mass media* o negli interventi di esponenti politici e autorità di governo), e neppure casi di applicazione dei Protocolli «tecnici» conclusi con la Libia dal precedente governo, il 29 dicembre 2007 (che prevedono i c.d. pattugliamenti congiunti sotto comando libico)<sup>81</sup>.

A parte queste precisazioni di secondaria importanza, il punto dolente è piuttosto che i respingimenti in questione non solo violano senza dubbio, e in se stessi, le norme internazionali sulla protezione dei rifugiati e sul trattamento dei richiedenti asilo (norme che peraltro, come s'è detto in principio, non costituiscono oggetto delle nostre riflessioni), ma sono altresì suscettibili di determinare, con buona probabilità, numerose e gravi violazioni dei diritti fondamentali dei «meri clandestini» che capitano in quei casi sotto la giurisdizione italiana<sup>82</sup>. Ci riferiamo, tra gli

<sup>80</sup> Il parere del CSM è consultabile nel sito <http://www.csm.it>.

<sup>81</sup> Sull'Accordo con la Libia, del 30 agosto 2008, v. la nota di commento di RONZITTI, *Luci e ombre del Trattato tra Italia e Libia*, disponibile nel sito <http://www.affarinternazionali.it>. V. anche TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2009, p. 609 ss.

<sup>82</sup> V. in proposito DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 800-807, e TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei*

altri, al diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, al diritto ad essere protetti in quanto fanciulli o vittime di tratta di persone, al diritto a non subire una detenzione arbitraria, e persino al diritto alla protezione della vita<sup>83</sup>.

In aggiunta, e al di là della conformità dei c.d. respingimenti con questa o quella norma internazionale sul rispetto di specifici diritti fondamentali dei clandestini, ci permettiamo di sottoporre un ultimissimo spunto di riflessione, su un principio che volutamente s'è lasciato da parte nell'analisi precedente, per evitare di sconfinare nell'etica o, peggio, nella mera retorica. Ci riferiamo al principio del *rispetto della dignità umana*.

Com'è noto, tale principio non rileva più soltanto come architrave dell'intero sistema europeo di protezione dei diritti umani o come fondamento preambolare dell'impegno delle Nazioni Unite in questo campo. Esso tende ormai ad assumere una rilevanza giuridica specifica, co-

*diritti umani*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2009, pp. 591-608. V. anche NASCIBENE, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione europea*, documento IAI0922, disponibile nel sito <http://www.affarinternazionali.it>.

<sup>83</sup> È appena necessario ricordare che l'obbligo per ogni Stato parte di proteggere i diritti sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (comprensivo della valenza *par ricochet*) scatta nei confronti di qualsiasi persona soggetta alla giurisdizione statale (art. 1 della Convenzione; sul concetto di «giurisdizione dello Stato» ai sensi della Convenzione europea, v. per tutti DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002, in particolare p. 32 ss.). Esso riguarda quindi fatti accaduti anche al di fuori del territorio statale, purché rientranti sotto l'autorità e la responsabilità dello Stato, o sotto un suo controllo generale effettivo. Basti citare in proposito la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 dicembre 1999, *Rigopoulos*, ricorso n. 37388/97, riguardante fatti compiuti da autorità spagnole in alto mare su un'imbarcazione battente bandiera panamense, per accertamenti relativi al traffico di stupefacenti.

Proprio su questa base, la prassi dei respingimenti in Libia è in effetti stata denunciata alla Corte europea. Ci riferiamo precisamente al ricorso 27765/09, *Hirsi*, introdotto il 26 maggio 2009. In tale ricorso si contesta la violazione da parte dell'Italia degli artt. 3 e 13 della Convenzione europea, nonché dell'art. 4 del Protocollo n. 4, sul divieto di espulsioni collettive. Il 17 novembre 2009, il ricorso ha superato positivamente l'esame preliminare di ricevibilità, e la Corte ha invitato il Governo italiano a presentare le proprie osservazioni entro il 9 marzo 2010, decidendo di esaminare congiuntamente la ricevibilità e il merito del ricorso. Tra i tanti aspetti interesse legati all'esito di questo caso, va segnalato quello relativo all'interpretazione del divieto di espulsioni collettive. Sarebbe infatti auspicabile che la Corte chiarisse in modo convincente se «respingimenti» del tipo di quelli in questione, a prescindere dai rischi di violazione del divieto di *non refoulement*, costituiscono o meno – seppur non comportanti un'espulsione in senso stretto di stranieri già presenti sul territorio statale – un comportamento vietato ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4, in quanto configuranti un allontanamento collettivo e indiscriminato (in senso negativo) di un gruppo di stranieri venutisi a trovare sotto l'autorità (e la protezione) dello Stato. Sul punto v. TERRASI, op. cit., pp. 604-606.

me contenuto di un distinto e precipuo obbligo internazionale, sancito ad esempio nel primo articolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Non è certo nostra intenzione avventurarci in una frettolosa indagine del contenuto e dei confini di un tale obbligo, specie considerato in rapporto con altri diritti fondamentali<sup>84</sup>. Però, si pensi alle centinaia di disperati (tra cui donne in stato interessante e malati), che a partire dal 7 maggio 2009 sono stati periodicamente intercettati in alto mare da forze navali italiane e respinti in Libia, in un Paese cioè in cui le garanzie di rispetto dei diritti umani sono notoriamente inadeguate; o ai 140 migranti clandestini lasciati per quattro giorni (tra il 16 e il 20 aprile 2009), senz'acqua e cibo a sufficienza, sul ponte della nave turca *Pinar*, che li aveva recuperati in mezzo al mare, prima di concedere alla nave stessa il permesso di sbarcarli in Sicilia. O si pensi alla massa di duemila persone stipate a Lampedusa, per decine e decine di giorni, all'inizio del 2009, in una struttura predisposta ad ospitare (e che sino a quel momento aveva ospitato al massimo) 800 persone, perché da un giorno all'altro le nostre autorità di governo hanno deciso di trasformare quella stessa struttura, da luogo soltanto di primo soccorso e permanenza temporanea, in centro di identificazione ed espulsione. O ancora, si pensi alle migliaia di migranti irregolari residenti nel nostro territorio che, con l'entrata in vigore del «Pacchetto sicurezza», per il terrore di essere scoperti come colpevoli di clandestinità, e quindi espulsi sommariamente nei Paesi di provenienza, rinunceranno a farsi curare anche quando ne hanno estremo bisogno, o ad un'identità e ad un'istruzione di base per i loro figli, o che saranno costretti ad accettare lo sfruttamento del mercato nero del lavoro e della criminalità organizzata, rinunciando alla protezione delle nostre istituzioni.

Orbene, tutto ciò può considerarsi conforme al principio giuridico del rispetto della dignità umana? È questo il modo corretto per uno Stato europeo di rispettare il principio sancito nel primo articolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? È in questo modo che uno Stato dimostra, nel testo delle leggi e nella concretezza delle azioni, il rispetto per la dignità umana, per la dignità di qualsiasi essere umano, clandestino o meno che sia?

<sup>84</sup> Per una considerazione della rilevanza del principio del rispetto della dignità umana nel trattamento dei migranti, specie con riferimento all'aspetto dell'espulsione, v. da ultimo KAMTO, *Fifth Report*, cit., paragrafi 68-72.



## GLI ACCORDI DI RIAMMISSIONE\*

Giovanni CELLAMARE\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli obblighi previsti dagli accordi di riammissione, per il rimpatrio degli stranieri in condizione irregolare. – 3. La base giuridica della competenza a stipulare detti accordi nel Trattato CE e nel Trattato sul funzionamento dell'UE. – 4. *Segue*: il carattere concorrente di tale competenza. – 5. *Segue*: l'applicazione in materia dei Protocolli sulla posizione di alcuni Stati membri dell'UE. – 6. Le clausole di riammissione inserite in accordi aventi diverso oggetto. Il contenuto eterogeneo delle norme sulla riammissione esaminate nelle pagine che precedono. – 7. La connessione tra l'attività negoziale in materia e altre politiche dell'Unione, al fine di favorire la conclusione degli accordi di riammissione. – 8. *Segue*: i collegamenti posti, in tal senso, con la stipulazione di accordi sui visti. – 9. I limiti all'operare degli accordi di riammissione in applicazione di atti internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo. – 10. *Segue*: in particolare, i limiti all'operare di quegli accordi in combinazione con il c.d. principio del *safe third country*.

### 1. Premessa

L'inserimento della materia dell'immigrazione nella politica esterna dell'UE trova le sue prime, ancorché frammentarie, manifestazioni nella gestione dei movimenti di persone, verso l'Unione europea (anche UE), causati dai noti eventi che hanno interessato i Balcani o riconducibili alla caduta dell'Unione Sovietica<sup>1</sup>.

\* Il presente studio è stato condotto nell'ambito del progetto di ricerca nazionale PRIN 2007 «Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'attuale fase del processo di integrazione». Responsabile nazionale, prof. Ennio Triggiani (PROT. 2007ETKBLF).

\*\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> In argomento, v. BALDACCINI, *The External Dimension of the EU's Asylum and Immigration Policies: Old Concerns and New Approaches*, in *Whose Freedom, Security*

Gli svolgimenti più significativi della dimensione esterna della politica migratoria sono presenti nel c.d. Programma dell'Aja adottato dal Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004<sup>2</sup>. Nello stesso, quella dimensione assume contorni ben delineati, con indicazione delle priorità dell'UE: in particolare, la conclusione di accordi riammissione – sicché la Commissione sosteneva la nomina di un rappresentante speciale per la politica di riammissione<sup>3</sup> –, e l'adozione di programmi di protezione regionale dell'Unione, in collegamento con la politica europea di vicinato. Dal punto di vista che qui interessa, quest'ultima integra nelle relazioni con i Paesi vicini la materia migratoria, allo scopo di indirizzare i movimenti di persone di vasta scala provenienti dal nord Africa e dall'Europa dell'est<sup>4</sup>.

Il Programma dell'Aja ha trovato degli sviluppi nella c.d. «strategia dell'Unione per la dimensione esterna della giustizia e affari interni» e nell'«approccio globale in materia di migrazione», con il quale il Consiglio europeo, nel dicembre 2005, ha definito delle «azioni prioritarie incentrate sull'Africa e il Mediterraneo»<sup>5</sup>.

Quell'approccio costituisce attualmente uno dei fondamenti della politica migratoria dell'UE, nella quale assume un ruolo centrale il setto-

*and Justice: EU Immigration and Asylum Law and Policy* (a cura di Baldaccini, Guild, Toner), Oxford-Portland, 2007, p. 277 ss.

<sup>2</sup> Ove non diversamente indicato gli atti e altri documenti dell'UE, nonché le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi Corte di giustizia) sono reperibili *on line* seguendo i percorsi pertinenti del sito europa.eu. Questo scritto riproduce la relazione svolta, in occasione del XIV Convegno annuale della SIDI, anteriormente alla entrata in vigore (il 1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona, del 13 dicembre 2007 (comprensivo, come è noto, del nuovo Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: d'ora in poi NTUE e, rispettivamente, TFUE); si ha riguardo, dunque ad accordi di riammissione stipulati sulla base del Trattato CE, sostituita dall'Unione e alla quale l'Unione succede (art. 1 del NTUE).

<sup>3</sup> V. COM(2005)184 def., 10 maggio 2005, p. 18.

<sup>4</sup> Quella politica dunque è un nuovo mezzo per integrare, nei rapporti tra l'UE e Paesi dell'Africa e dell'est, dei settori tra loro collegati; gli accordi di riammissione (spesso insieme a quelli sui visti: cfr. *infra*, par. 8) possono essere assunti come un dispositivo di detta politica. In generale, in argomento, v. LEFEBVRE, *La politique de voisinage: nouveau départ pour une ambition géopolitique*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2007, p. 21 ss.; *Elargissement et politique européenne de voisinage* (a cura di Rouet, Terem), Bruxelles, 2008.

<sup>5</sup> Azioni che inseriscono in un quadro comune i diversi aspetti politici «tra loro collegati: dalle relazioni esterne allo sviluppo, dall'occupazione alla giustizia, libertà e sicurezza»: v. Council doc. 14366/05 REV 3, 30 novembre 2005. La strategia dell'UE per l'Africa è stata adottata dal Consiglio europeo del 15-16 dicembre 2005 e definisce il quadro generale della cooperazione tra l'UE e i partner africani, con sviluppi futuri per la politica europea di vicinato, comprensiva, come accennato, delle questioni migratorie.

re dell'allontanamento delle persone soggiornanti illegalmente in Stati membri della stessa Unione<sup>6</sup>.

Invero, il Consiglio europeo ha richiamato più volte l'attenzione sul nesso tra l'allontanamento di quelle persone e la cooperazione con i Paesi di origine – e, come si vedrà, di provenienza – delle stesse, in vista della loro riammissione<sup>7</sup>: si pensi, in particolare, alla cooperazione amministrativa, tra gli Stati interessati, necessaria per ottenere i documenti di identità (o di viaggio) degli immigrati illegali che non possano essere identificati, in vista della loro riammissione nello Stato di cui possiedono la cittadinanza (o da cui provengono). Sul punto va considerato che le procedure amministrative seguite da alcuni Stati possono avere l'effetto di rallentare la determinazione della nazionalità o l'individuazione dell'identità di propri cittadini allontanati da altri Stati<sup>8</sup>: può accadere, cioè, che, di fatto, alcuni Stati frappongano degli ostacoli all'adempimento dell'obbligo di riammissione dei propri cittadini che, come è noto, è previsto da una norma di diritto internazionale consuetudinario. Si tratta di un «principio di diritto internazionale» che «impedisce ai singoli Stati di negare ai propri cittadini l'ingresso ed il soggiorno nel proprio territorio»; quel principio – ha rilevato la Corte di giustizia – non è reso «inoperante» dal Trattato<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> V. le seguenti comunicazioni dedicate all'approccio globale in parola: COM(2005)247 def., 18 novembre 2005; COM(2006)735 def., 30 novembre 2006; COM(2007)247 def., 16 maggio 2007; COM(2008)611 def., 8 ottobre 2008.

<sup>7</sup> V., ad es., il doc. ST13409/99ORI, 2 dicembre 1999 («ripercussioni del Trattato di Amsterdam sulle clausole di riammissione negli accordi comunitari e negli accordi tra la Comunità europea, i suoi Stati membri e i Paesi terzi»); anche per la centralità del ruolo riconosciuto agli accordi di riammissione nella politica migratoria dell'UE, v. le conclusioni dei Consigli di Siviglia, 21-22 giugno 2002; di Salonicco, 19-20 giugno 2003 (paragrafi 17-19); di Bruxelles, 16-17 ottobre 2003 (par. 31), e 4 e 5 novembre 2004 (parte III, par. 1.6.4); e il par. 1.6.4 del Programma dell'Aja, cit. V. pure ampiamente COM(2002)175 def., 10 aprile 2002, par. 3 s.

<sup>8</sup> Tra gli altri v. HAILBRONNER, *Readmission Agreements and the Obligations on States under Public International Law*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1997, p. 1 ss.; PASTORE, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 968 ss.; PEERS, *Irregular Immigration and EU External Relations*, in *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives* (a cura di Bogusz, Cholewinski, Cygan, Szyszczak), Leiden-Boston, 2004, p. 193 ss., in specie p. 198.

<sup>9</sup> Così nella sent. 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn c. Home Office*, punto 22; inoltre il punto 38 della sent. 16 luglio 1988, causa C-171/96, *Pereira Roque e Governor of Jersey*.

I problemi applicativi di quella norma – la cui esistenza è stata diffusamente riconosciuta in dottrina – possono trovare la loro soluzione grazie agli accordi di cui si tratta<sup>10</sup>.

## 2. Gli obblighi previsti dagli accordi di riammissione, per il rimpatrio degli stranieri in condizione irregolare

Limitando la nostra attenzione ai rapporti tra Stati coinvolti nel fenomeno migratorio, quegli accordi, nella formulazione più semplice, prevedono l'obbligo di ciascuna parte di riammettere, su richiesta dell'altra, i propri cittadini, presenti nel territorio del richiedente, che non soddisfino o non soddisfino più le condizioni di ingresso e di soggiorno applicabili in quel territorio.

Costituendo la cittadinanza un presupposto della riammissione, gli accordi indicano i documenti che costituiscono dei mezzi di prova per l'accertamento di detto presupposto (passaporto, carta d'identità non falsificati); nonché, quasi sempre, i criteri che consentano di presumere fondatamente *prima facie* l'esistenza<sup>11</sup>. In altri termini, molto spesso le norme di cui si tratta consentono di presumere la nazionalità – fino a prova contraria – sulla base di documenti (come le carte di immatricolazioni, le patenti, i certificati di nascita), o di altri dati utili e testimonianze. Siffatte norme, dunque, non appaiono idonee a stabilire con certezza la cittadinanza della persona di cui si tratta: pertanto, la loro funzione prevalente è di assicurare la riammissione utilizzando, per l'appunto, dei dati indicativi della cittadinanza dello straniero.

Gli accordi contemplan altresì le procedure pertinenti, la collabora-

<sup>10</sup> Anche sui presupposti e l'ambito e di applicazione di quella norma, con ampi riferimenti alla prassi e alla dottrina, v. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p. 243 s.; HAILBRONNER, op. cit., p. 2 ss.; PASTORE, op. cit., p. 976 ss.; con l'analisi dell'evoluzione degli accordi di riammissione, COLEMAN, *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden-Boston, 2009, pp. 11 ss. e 32. Di seguito saranno presi in considerazione essenzialmente gli Accordi già conclusi dalla Comunità con alcuni Stati del Mediterraneo: con l'Albania (*G.U.U.E.* 17 maggio 2005 *L* 124, p. 21), la Bosnia-Erzegovina, il Montenegro; nonché, per le ragioni indicate *infra*, par. 5 s., quelli con la Macedonia, la Moldavia, la Serbia, e l'Ucraina (Accordi pubblicati, insieme a quelli sui visti considerati *infra*, par. 8, *G.U.U.E.* 19 dicembre 2007 *L* 34).

<sup>11</sup> Articoli 2, 4, 8 degli Accordi con l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, il Montenegro, la Macedonia, la Moldavia, la Serbia, e gli Annessi 1 e 2 agli stessi. La disciplina di cui si tratta è contenuta nell'art. 2 dell'Accordo con l'Ucraina, il quale tuttavia non prevede la presunzione di cittadinanza; gli Annessi (1 e 2) allo stesso, quindi, hanno riguardo esclusivamente ai documenti probatori della cittadinanza.

zione diplomatica o consolare in materia; nonché, nelle versioni più evolute, i tempi entro i quali la parte richiasta deve rilasciare i documenti di viaggio per il ritorno della persona da riammettere e le conseguenze dell'inosservanza di quei tempi<sup>12</sup>. La previsione di questi ultimi, oltre a rendere spedita la procedura di riammissione, appare volta a favorire dei collegamenti funzionali tra le legislazioni immigratorie sul trattenimento degli stranieri, in vista del loro allontanamento, e la disciplina della riammissione.

Dato l'incremento dei flussi migratori, negli accordi è disciplinata altresì la riammissione dei cittadini di Stati terzi in situazione irregolare in possesso, almeno al momento dell'ingresso nel territorio della parte richiedente, di un visto o di un permesso di soggiorno validi rilasciati dalla parte richiasta, ovvero di coloro che siano entrati «irregolarmente e direttamente» nel territorio dello Stato richiedente, dopo aver soggiornato nel, o essere transitate dal, territorio di quello richiesto<sup>13</sup>.

La disciplina della riammissione dei cittadini di Stati terzi è estesa, con i necessari adattamenti, agli apolidi<sup>14</sup>.

Da quanto precede risulta, dunque, che i presupposti di tale riammissione, sconosciuta al diritto internazionale consuetudinario, possono essere di due tipi, ciascuno con possibili varianti interne: possono essere costituiti, cioè, da elementi di fatto (soggiorno, transito) e da atti giuridici (visto, titolo di soggiorno). Sebbene di diversa natura, quei presupposti appaiono indicativi del valore decisivo che, per la riammissione, viene

<sup>12</sup> Articoli 2, par. 2, 4, par. 2, 6 e 10 dell'Accordo con l'Albania. Siffatte previsioni sono comuni agli Accordi con la Bosnia-Erzegovina, la Macedonia, il Montenegro e la Serbia (articoli 2, par. 4, e 6-10), ancorché siano rilevabili alcune differenze rispetto alla disciplina prevista dal secondo Accordo (art. 2, par. 4). Meno preciso è l'art. 2, par. 2, dell'Accordo con l'Ucraina (contempla il rilascio del documento di viaggio «sans délai» e per un periodo di validità di almeno sei mesi). D'altro canto, il medesimo non reca la presunzione di accettazione del documento di viaggio standard dell'UE per l'allontanamento, bensì prevista dagli altri atti in esame ove lo Stato terzo richiesto non rinnovi la validità del documento di viaggio già rilasciato al proprio cittadino da riammettere. Da segnalare infine che, in genere, negli accordi sono fatte salve procedure formali e informali di riammissione diverse da quelle previste.

<sup>13</sup> V. gli articoli 3 e 5 dell'Accordo con l'Albania; gli articoli 3, 5 e 9 degli altri Accordi, con eccezione di quello con l'Ucraina, nonché gli Annessi 3 e 4 agli stessi (recanti la lista dei documenti probatori o che costituiscono un indizio di prova delle condizioni di riammissione). Gli articoli 3 e 7 dell'Accordo con l'Ucraina hanno riguardo unicamente all'ipotesi di persona entrata illegalmente nel territorio del richiedente provenendo direttamente dall'altro Stato e che sia in possesso di un'autorizzazione di soggiorno o di un visto valido, rilasciati da detto Stato, con esclusione quindi della riammissione ricollegata a presunzioni probatorie. Il riferimento al transito o al soggiorno è presente nelle disposizioni degli Accordi con la Macedonia e la Serbia.

<sup>14</sup> Indicazioni nella nota che precede.

generalmente riconosciuto dalle parti contraenti al collegamento esistente tra i cittadini di Stati terzi e la parte richiesta.

Allo scopo di facilitare l'esecuzione di un provvedimento di allontanamento (o di respingimento) dello Stato richiedente, gli accordi di riammissione prevedono che le altre parti contraenti autorizzino il transito sul proprio territorio delle persone destinatarie del provvedimento, purché «siano garantiti il proseguimento del viaggio» in altri Stati di transito e «la riammissione da parte di quello di destinazione»<sup>15</sup>.

In vista di quella autorizzazione, dunque, non è richiesto alcun collegamento tra l'individuo e lo Stato richiesto; è sufficiente l'iniziativa dello Stato richiedente, al quale, d'altro canto, competono i costi e la riuscita dell'allontanamento. Si tratta, dunque, di clausole che estendono la cooperazione tra le parti contraenti nel settore in esame<sup>16</sup>.

Le tre categorie di norme brevemente illustrate sono contenute sia in accordi bilaterali conclusi da Stati membri dell'UE, compresa l'Italia, sia in quelli già stipulati dalla Comunità, ora sostituita dall'Unione<sup>17</sup>. Questi ultimi favoriscono la formazione di norme internazionali comuni sulla riammissione, nei rapporti tra gli Stati membri e gli Stati terzi di cui si tratta<sup>18</sup>; inoltre recano delle clausole aggiuntive rispetto alla disciplina riferita, sulle quali vale la pena di richiamare l'attenzione.

Tra gli accordi stipulati con degli Stati balcanici, vanno segnalati in particolare quelli che estendono l'operare dell'istituto in esame (precisando, talvolta, «se possibile») ai figli minorenni delle persone da riammettere a titolo principale, nonché ai coniugi di queste che abbiano o ottengano il diritto di ingresso o di soggiorno nel territorio dello Stato ri-

<sup>15</sup> V. l'art. 13 dell'Accordo con l'Albania; gli articoli 10-12 dell'Accordo con l'Ucraina e 13-15 degli altri Accordi. In argomento v. HAILBRONNER, op. cit., p. 30; PASTORE, op. cit., p. 1002 ss. Si tratta di disposizioni redatte sulla falsa riga dell'art. 7 del modello di accordo raccomandato dal Consiglio dell'UE nel 1994: v. le raccomandazioni del 30 novembre 1994, sull'adozione di un documento di viaggio standard (lasciapassare) per l'allontanamento di cittadini di Stati terzi e su un modello di accordo bilaterale di riammissione tra uno Stato membro e uno Stato terzo. Le stesse possono leggersi, con un commento, in GUILD, *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, The Hague-London-Boston, 1996, p. 385 ss.

<sup>16</sup> Cfr. i due scritti in materia di riammissione indicati nella nota che precede.

<sup>17</sup> Cfr. *supra*, nota 1.

<sup>18</sup> Cfr. SCHIEFFER, *Readmission and Repatriation of Illegal Residents*, in *Justice, Liberty, Security* (a cura di Martenczuk, van Thiel), Brussels, 2008, p. 89 ss., in specie p. 106. Peraltro, sulla posizione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, v. *infra*, par. 4. Un inventario degli accordi di riammissione tra gli Stati membri (in proposito ci sia consentito di rinviare al nostro *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 238 ss.) e Stati terzi e tra questi è consultabile nel sito [www.mirem.eu](http://www.mirem.eu).

chiesto, a meno che i figli o i coniugi non godano di un diritto autonomo di residenza nello Stato richiedente<sup>19</sup>.

La riammissione, dunque, prescinde dal luogo di nascita o dalla cittadinanza delle persone interessate; è ricollegata unicamente ai loro rapporti familiari (di filiazione, di coniugio) con gli individui da riammettere a titolo principale e all'assenza di un diritto autonomo di residenza nel territorio dello Stato richiedente. Siffatta disciplina, ancorché innovativa, riecheggia alcuni dei criteri utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (i rapporti indicati, la minore età, il grado di collegamento con lo Stato ospite variamente desumibile) per giudicare se l'espulsione di uno straniero, dal territorio di uno Stato parte della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, realizzi una interferenza nella sua vita familiare vietata dall'art. 8 della medesima Convenzione<sup>20</sup> (di seguito, CEDU). La riammissione, cioè, appare congruente con il rispetto del diritto riconosciuto da questa norma e da altre disposizioni contenute in convenzioni sui diritti dell'uomo, come si vedrà, richiamate dagli accordi in esame.

Peraltro, la disciplina riferita è suscettibile di ostacolare la possibili-

<sup>19</sup> Art. 2, par. 2, degli Accordi con gli Stati balcanici (con esclusione di quelli con l'Albania e l'Ucraina); l'espressione «è possibile» è contenuta negli Accordi con la Macedonia e la Serbia. In dichiarazioni annesse agli stessi, le parti contraenti si impegnano a porre in essere misure che garantiscano il principio dell'unità familiare; inoltre, la sua applicazione dovrebbe essere sottoposta alla verifica del Comitato misto per la riammissione previsto da tutti gli atti in esame (art. 15 dell'Accordo con l'Ucraina; art. 18 degli altri). Lo stesso funziona come organo di controllo dell'attuazione dell'accordo pertinente e ne fissa le modalità di applicazione, adottando decisioni obbligatorie per le parti; non è previsto che tali decisioni siano sottoposte alla valutazione, ancorché solo politica, dei parlamenti nazionali e di quello europeo. Questo rimane del tutto estraneo alle decisioni fondate sull'accordo. Si realizza così una procedura che è fattore di equilibrio democratico nei rapporti tra le istituzioni (in argomento v. pure *infra*, testo e nota 33): vasta è la bibliografia sull'aspetto considerato; anche per altre indicazioni, tra gli altri, v. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2006, p. 435 ss., in specie p. 473 ss.

<sup>20</sup> Per i criteri richiamati nel testo, v., ad esempio, Grande Camera, sent. 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi* (consultabile nel sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)), par. 54 ss. (con rinvii ai precedenti giurisprudenziali della stessa Corte (di seguito, Corte europea). Ampia è la bibliografia in materia; anche per altre indicazioni, v. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague-Boston-London, 2000, p. 496 ss.; TIBURCIO, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague-Boston-London, 2001, p. 115 ss.; NASCIMBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e i diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano* (a cura di Nascimbene), Milano, 2002, p. 158 ss.; BLAKE, *Developments in the Case law of the European Court of Human Rights*, in *Irregular Migration and Human Rights*, cit., p. 438 ss.; PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 723 ss., in specie p. 756 ss.; SUDRE, *Droit européenne et international des droits de l'homme*<sup>8</sup>, Bruxelles, 2006, p. 563 ss.

tà che i vincoli familiari possano essere invocati, sulla base di quelle disposizioni, quale limite all'allontanamento – cioè da parte – della persona da riammettere a titolo principale.

Degna di nota è altresì la prevista riammissione degli individui che abbiano rinunciato alla cittadinanza dello Stato richiesto dopo essere entrati nel territorio di quella richiedente, a meno che non abbiano ricevuto da questa, quanto meno, la promessa di essere naturalizzati<sup>21</sup>.

Seguendo la prassi normativa nota in materia, gli accordi stipulati dalla CE recano clausole di salvaguardia dello Stato richiesto, ove, in dati limiti di tempo, sia constatata l'inesistenza dei presupposti per la riammissione già autorizzata: ad esempio, nel caso in cui per errore si ritenga che la persona interessata possieda la cittadinanza della parte richiesta all'uscita dal territorio di quella richiedente. In una siffatta ipotesi, quest'ultima è tenuta a riammettere quella persona<sup>22</sup>.

Clausole di contenuto analogo funzionano per la riammissione dei cittadini di Stati terzi. Si è già detto del valore a tal fine riconosciuto al collegamento tra le persone (cittadini di Stati terzi) da riammettere e la parte richiesta. Coerente con tale valutazione normativa è la previsione, negli accordi in esame, di eccezioni alla riammissione in presenza di un eventuale più stretto collegamento che possa stabilirsi tra lo straniero e lo Stato richiedente: in particolare, in caso soltanto di transito attraverso un aeroporto internazionale della parte richiesta e nell'ipotesi di rilascio da parte dello Stato richiedente di un visto o permesso di soggiorno prima o dopo l'ingresso nel suo territorio, purché di durata superiore a quello rilasciato dalla parte richiesta e non ottenuti con documenti falsi e contraffatti<sup>23</sup>.

Nel senso indicato depongono altresì i criteri previsti per l'eventuale distribuzione dell'obbligo di riammissione tra più Stati membri che abbiano rilasciato il visto o il permesso di soggiorno al cittadino dello Stato terzo o all'apolide: nell'ordine, allo Stato membro che ha rilasciato il documento con il periodo di validità più lungo; in caso di uno o più documenti scaduti, a quello che ha rilasciato il documento ancora valido; ove tutti i documenti siano scaduti, allo Stato membro che ha rilasciato il do-

<sup>21</sup> Quest'ultima precisazione è contenuta nell'art. 2, par. 1, dell'Accordo con l'Albania; negli articoli 2, par. 3, e 4, par. 3, degli Accordi con gli Stati balcanici; fa difetto all'art. 2, par. 1, dell'Accordo con l'Ucraina.

<sup>22</sup> Art. 12 degli Accordi con gli Stati balcanici, ad eccezione di quello con l'Ucraina (art. 4).

<sup>23</sup> Cfr. le norme indicate nella nota che precede, le quali peraltro presentano alcune varianti. In argomento v. HAILBRONNER, *Readmission*, cit., p. 27 s.; PASTORE, op. cit., p. 999 s., anche per un esame di altre norme, già note, di contenuto analogo a quelle considerate.

cumento più recente. In assenza di documenti, l'obbligo incombe sullo Stato membro dal cui territorio siano partite le persone di cui si tratta<sup>24</sup>.

Nell'ordine di idee considerato, va segnalato infine che, giusta alcune norme contenute negli accordi con gli Stati sorti a seguito dello smembramento della ex-Repubblica socialista di Jugoslavia, i medesimi sono tenuti a riammettere i cittadini di quella ex-Repubblica privi di altra cittadinanza, purché nati e residenti a titolo permanente nello Stato di cui si tratta alla data critica indicata<sup>25</sup>. Siffatte clausole sono inserite tra quelle che disciplinano la riammissione dei cittadini di Stati terzi.

La costante previsione delle stesse negli accordi comunitari appare indicativa, ci sembra, dell'obiettivo dell'UE di creare una specie di *buffer zone* attorno al territorio della stessa Unione, rispetto all'immigrazione straniera.

La diffusione e persistente applicazione delle clausole in esame potrebbe favorire, a mezzo della politica europea di vicinato, la formazione di una norma regionale di diritto consuetudinario, di contenuto analogo a quella prevista dagli accordi comunitari e bilaterali di riammissione<sup>26</sup>.

### 3. La base giuridica della competenza a stipulare detti accordi nel Trattato CE e nel Trattato sul funzionamento dell'UE

Come è facile scorgere, da quanto precede risulta che si ha riguardo ad accordi volti a favorire il rimpatrio degli stranieri il cui soggiorno risulti irregolare, così riducendone il numero<sup>27</sup>: la riammissione è da ricol-

<sup>24</sup> Cfr. le norme da ultimo citate.

<sup>25</sup> Art. 3, par. 3, degli Accordi, ai quali sono allegate le liste dei documenti probatori della cittadinanza (Annesso 5).

<sup>26</sup> Rispetto a quanto semplicemente prospettato, nel testo, va segnalata l'opinione di HAILBRONNER, *Readmission*, cit. p. 25 ss.: la formazione dell'obbligo di diritto internazionale consuetudinario, cui fa difetto l'*opinio juris*, di riammettere i cittadini di Stati terzi è configurata sulla base della asserita esistenza di una norma di origine consuetudinaria sui rapporti di buon vicinato (concetto diverso dalla politica indicata, sulla quale v. la bibliografia indicata *supra*, nota 4).

<sup>27</sup> Cfr. in tal senso, ad esempio, il par. 7 del preambolo della direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, sulle norme e procedure comuni applicabili al rimpatrio dei cittadini di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare (sulla quale v. FAJARDO DEL CASTILLO, *La directiva sobre el retorno de los migrantes en situación irregular*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2009, p. 453 ss.; PARROT-GIBERT, SANTULLI, *La «directive retour», l'Union européenne contre les étrangers*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2009, p. 205 ss.; BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law. An Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, p. 1 ss.); altre indicazioni *supra*, testo e nota 7, nonché gli svolgimenti di SCHIEFFER, *op. cit.*, p. 91 ss.

legare alla circostanza che i cittadini di una parte contraente o altre persone non soddisfino, o non soddisfino più, le condizioni di ingresso o di soggiorno applicabili nel territorio dell'altra parte contraente. Su queste basi, è da ritenere che la richiesta di riammissione presupponga l'esistenza di un provvedimento di allontanamento fondato, evidentemente, sull'accertata violazione delle pertinenti norme immigratorie (sull'ingresso, il soggiorno) implicitamente richiamate dagli accordi in esame, i quali, in effetti non definiscono la nozione di irregolare<sup>28</sup>.

A quel provvedimento fa riferimento, in particolare, l'art. 12 della direttiva 2005/85/CE, del 1° dicembre 2005, sulle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato<sup>29</sup>.

Or bene, l'art. 63, par. 1, punto 3, lett. b), del TCE attribuiva al Consiglio la competenza ad adottare misure in materia di «immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare»; competenza, come è noto, concorrente con quella degli Stati membri. La qual cosa vale anche per la pertinente disciplina del TFUE (articoli 4 e 77 ss.)<sup>30</sup>.

Ciò posto, e data la evidente connessione tra rimpatrio e riammis-

<sup>28</sup> Cfr. il doc. SCH-EVAL FRONT 21 COMIX 252, 19 marzo 2009 (26.05), recante le riflessioni del Gruppo «Valutazione Schengen» (a p. 53 si legge che la decisione di rimpatrio dovrebbe rivestire forma scritta anche al fine di consentire il ricorso dell'interessato). L'operare della riammissione, sulla base di un provvedimento di espulsione, presuppone dunque che non sussistano limiti a quest'ultima; i medesimi possono derivare dal diritto interno – si pensi ad esempio agli articoli 2 e 19 del t. u. italiano sull'immigrazione – nonché, come si avrà modo di approfondire, da obblighi di diritto internazionale. Quanto precede contribuisce a configurare gli accordi in esame come accordi di natura tecnica (cfr. SCHIEFFER, op. cit., p. 96). In generale, sulle procedure di riammissione (ordinarie e accelerate) e gli aspetti considerati, nel testo, v. HAILBRONNER, *Readmission*, cit., p. 14 s.; PASTORE, op. cit., p. 990 ss. L'espressione irregolare – che figura pure nell'art. cit. di seguito, nel testo – non è definita dalle norme degli accordi e va intesa alla luce dell'art. 5 del c.d. Codice delle frontiere Schengen e degli altri requisiti richiesti dall'ordinamento statale, dal cui punto di vista ci si pone, per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri (cfr. l'art. 3 della c.d. direttiva rimpatri, cit. *supra*, nota 27). Degne di nota, per l'interpretazione dell'espressione in parola (ed altre rilevanti in materia), le definizioni comuni, ancorché non obbligatorie, elaborate dalla Commissione e riprodotte nell'Allegato a COM(2002)564 def., 14 ottobre 2002.

<sup>29</sup> G.U.U.E. 12 dicembre 2005 L 326, p. 13 ss.

<sup>30</sup> Da richiamare altresì l'operare nel settore in esame del principio di sussidiarietà già previsto dall'art. 5 del TCE (come risulta ritualmente dai preamboli degli atti fondati su quella norma), al quale corrisponde l'art. 5, par. 3, del NTUE. Sul rilievo della sussidiarietà nella politica di riammissione, v. COLEMAN, op. cit., p. 80 s. Con riguardo all'esercizio delle competenze concorrenti nel TFUE, si vedano il Protocollo n. 25 e la Dichiarazione n. 18, allegati al Trattato di Lisbona (di cui i Protocolli costituiscono parte integrante: art. 51 del NTUE).

sione, il combinato disposto degli articoli 63, cit., e 300, par. 2, del TCE, ha costituito la base giuridica per la stipulazione di accordi di riammissione tra la CE e Stati terzi, o per l'inserimento di clausole di riammissione in accordi di cooperazione e di associazione con Stati terzi<sup>31</sup>.

Pertanto, l'art. 79, par. 3, del TFUE (norma da leggere unitamente all'art 78, lett. g), concernente il partenariato e la cooperazione per la gestione dei flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea), contemplando la competenza dell'Unione a concludere accordi di riammissione, ha semplicemente recepito l'esperienza comunitaria nota in materia, fondata sul combinato disposto indicato<sup>32</sup>.

In argomento va precisato che, in applicazione dell'art. 67 del TCE, a partire dal gennaio 2005, le misure *ex art.* 63, cit., sono state adottate in base alla procedura della codecisione prevista dall'art. 251; peraltro, giusta l'art. 300, par. 3, il Parlamento europeo è stato, a suo tempo, semplicemente consultato nel processo decisionale di conclusione degli accordi<sup>33</sup>.

Rispetto a ciò innova l'art. 218, par. 6, lett. a), v), del TFUE, posto che «il Consiglio adotta la decisione di conclusione dell'accordo: previa approvazione del Parlamento europeo», in particolare, ove il medesimo riguardi, come nella materia di cui si tratta, «settori ai quali si applica la procedura legislativa oppure la procedura legislativa speciale qualora sia necessaria l'approvazione del Parlamento europeo».

<sup>31</sup> All'art. 63, punto 3, lett. b), del TCE sono state riportate la decisione del Comitato esecutivo degli Accordi di Schengen concernente i principi generali per i mezzi di prova e gli indizi nel quadro degli accordi di riammissione tra gli Stati Schengen, nonché la decisione sulla cooperazione tra le parti contraenti in materia di espulsione di cittadini di paesi terzi per via aerea, abrogata dalla direttiva 2003/110/CE del 25 novembre 2003, relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea (art. 10), *G.U.U.E.* 6 dicembre 2003 *L* 321, p. 26 ss.: cfr. la decisione 1999/436, 20 maggio 1999, attributiva della base giuridica alle disposizioni dell'*acquis* di Schengen (*G.U.C.E.* 10 luglio 1999 *L* 176), con riferimento ai seguenti atti del Comitato: SCH/COM-ex(97)39 rev., 15 dicembre 1995; SCH/COM-ex (98) 10, 21 aprile 1998.

<sup>32</sup> Da segnalare in argomento che in base all'art. 68 del TFUE, il Consiglio europeo, con una decisione per consenso (art. 15, par. 4, del NTUE), definisce gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa dello spazio di sicurezza giustizia e libertà, con conseguente possibile incidenza di quelle determinazioni sul settore di cui si tratta. Sul punto v. SIEBERSON, *Dividing Lines Between the European Union and Its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon*, The Hague, 2008, p. 215 s.

<sup>33</sup> In proposito v. SCHIEFFER, *op. cit.*, p. 102.

#### 4. Segue: il carattere concorrente di tale competenza

L'avvenuto riconoscimento alla CE della competenza in parola ben si comprende ove si consideri il maggior peso politico della Comunità nel suo complesso nel negoziare accordi di riammissione; o quanto meno questa è stata l'aspettativa<sup>34</sup>. D'altro canto gli accordi e, come si vedrà, le clausole di riammissione possono favorire la creazione di un quadro giuridico unitario tra lo Stato terzo e gli Stati membri.

Ciò posto, non è privo di rilievo stabilire se quella competenza abbia carattere esclusivo e concorrente. In effetti, l'accoglimento della prima costruzione comporta l'esclusione della competenza degli Stati membri a concludere accordi di riammissione; diversamente, va riconosciuto il persistere di detta competenza, ferma restando, è appena il caso di precisare, l'applicazione del principio di leale cooperazione (art. 10 del TCE, per il passato; art. 4, par. 3, della versione consolidata del NTUE): a parte l'inammissibilità di accordi conclusi collettivamente dagli Stati membri, va scartata, cioè, la stipulazione di accordi con uno Stato terzo, ove alla Commissione sia stato conferito il mandato di negoziare un accordo con quello stesso Stato.

Or bene, in argomento va ricordato che, come è noto, sulla soluzione del problema in esame, considerato nella sua generalità, hanno influito le indicazioni – qui sinteticamente richiamate – fornite dalla Corte di giustizia. Ciò posto; e dato altresì che quelle indicazioni possono considerarsi recepite negli articoli 3, par. 2, e 216, par. 1, del TFUE<sup>35</sup>, in assenza di novità normative contenute nel Trattato di Lisbona e di prassi difforme da quella fin qui nota, la soluzione accolta per il periodo precedente all'entrata in vigore di quel Trattato potrà essere ragionevolmente estesa alla situazione attuale.

A noi pare di dover preferire l'opinione secondo cui si ha riguardo a una competenza concorrente con quella degli Stati membri<sup>36</sup>. In tal senso

<sup>34</sup> Cfr. *infra*, par. 7, con riferimento al lento andamento dei negoziati con alcuni Paesi di emigrazione del Mediterraneo.

<sup>35</sup> Cfr. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*<sup>5</sup>, Milano, 2009, p. 214 ss., il quale pertanto interpreta le due norme in parola alla luce della giurisprudenza della Corte.

<sup>36</sup> In argomento v. CHOLEWINSKI, *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2000, p. 361 ss., in specie, p. 394; SCHIEFFER, *Community Readmission Agreements with Third's Countries-Objectives, Substance and Current Negotiations*, ivi p. 343 ss., il quale peraltro (a p. 350 s.) prospetta il carattere esclusivo della competenza della Comunità in materia, pur riconoscendo che la prassi e le chiare prese di posizione degli Stati all'interno del Consiglio giustizia e affari interni depongono nel senso qui accolto; NASCIMBENE, *Relazioni esterne e Accordi di riammissione*, in *Le relazioni esterne*

possono essere richiamate le caratteristiche delle disposizioni del Trattato CE e del TFUE in materia di immigrazione, quali considerate nel par. che precede; gli orientamenti di politica immigratoria finora seguiti nell'Unione; in particolare, l'ininterrotto esercizio della competenza degli Stati membri nel settore in esame: questi in effetti stipulano accordi di riammissione<sup>37</sup>. E ciò, vale la pena di notare, è stato consentito da clausole di riammissione contenute in accordi di associazione, o aventi altro oggetto, stipulati dalla Comunità<sup>38</sup>; inoltre, nel Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo del 16 ottobre 2008 (Parte II), il Consiglio, ribadito l'obbligo di riammissione, conveniva sulla necessità della adozione di accordi di riammissione a livello comunitario e bilaterale.

Più in generale, in argomento, non è privo di rilievo ricordare che Dichiarazioni e Protocolli, concernenti la disciplina dell'asilo e dell'immigrazione, già annessi al Trattato CE, hanno dato rilievo alle valutazioni di politica estera degli Stati membri e riconosciuto la competenza di questi a concludere accordi nei «settori» di cui si tratta<sup>39</sup>. La qual cosa ha trovato attuazione nell'art. 13 del regolamento 1931/2006 ed è stata ribadita nella Dichiarazione n. 37 allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona<sup>40</sup>.

*dell'Unione europea nel nuovo millennio* (a cura di Daniele), Milano, 2001, p. 297 ss., in specie p. 309 s, il quale rileva, infine, che il riconoscimento di una competenza esclusiva esterna «dipende dall'evoluzione stessa della politica di immigrazione»; KUIJPER, *The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 609 ss., in specie p. 617 ss. (per la necessità degli accordi ai fini del rimpatrio, con la conseguente affermazione del carattere esclusivo della competenza: cfr. di seguito, nel testo); MONAR, *The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs*, in *European Foreign Affairs Review*, 2004, p. 935 ss., in specie, p. 403 s.; CREMONA, *EU External Action in IHADomain: A Legal Perspective*, in *EUI Working Papers Law*, 2008/24, in specie p. 12 ss., nel sito [www.eui.eu](http://www.eui.eu); ID., *Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance*, in *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals* (a cura di Cremona, de Witte), Oxford-Portland, 2008, p. 125 ss. (scritto nel quale si sostiene che non necessariamente gli interessi della Comunità risultano soddisfatti dall'esercizio delle competenze esclusive); inoltre (con altre indicazioni bibliografiche), nel senso qui accolto, COLEMAN, op. cit., p. 73 ss., sulla base di svolgimenti (p. 60 s.) volti a dimostrare che la disciplina della riammissione non è necessaria per l'espulsione.

<sup>37</sup> Sui quali v. HAILBRONNER, *Readmission*, cit., p. 1 ss.; PASTORE, op. cit., p. 968 ss.; CELLAMARE, op. cit., p. 231 ss., anche per la convergenza tra il Governo e il Parlamento nell'ammettere la stipulazione degli accordi nella forma semplificata. Indicazioni di tali accordi *supra*, nota 18.

<sup>38</sup> Cfr. *infra*, par. 6.

<sup>39</sup> Dichiarazione sull'articolo 62, punto 2, lett. b); Dichiarazione sull'articolo 63, punto 3, lett. a); Protocollo n. 31, sulle relazioni esterne degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne.

<sup>40</sup> Cfr. pure il Protocollo n. 23 di contenuto corrispondente al Protocollo n. 31, cit. nella nota precedente. Il regolamento (CE) 1931/2006 del Parlamento europeo e del Con-

Degna di nota, in argomento, la seguente posizione espressa, a suo tempo (27-28 maggio 1999), dal Consiglio giustizia e affari interni: «Tra gli obiettivi comunitari della politica di immigrazione figura il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare in uno Stato membro (articolo 63, par. 3 del Trattato CE). Gli accordi di riammissione costituiscono un valido strumento per una politica efficace in materia di rimpatrio. Laddove opportuno, il Consiglio autorizzerà la Commissione a condurre negoziati con paesi terzi per la conclusione di accordi di riammissione». Tuttavia, gli accordi di riammissione della Comunità non sono di solito – giusta una nota indicazione della Corte di giustizia rilevante nel problema in esame – «*indissociabilmente legati* al raggiungimento dell’obiettivo comunitario del «rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare». Ciò deve essere valutato caso per caso. Occorre anche esaminare se un accordo di riammissione bilaterale tra uno Stato membro e un paese terzo possa ripercuotersi negativamente su altri Stati membri. Pertanto, la conclusione di accordi di riammissione non è di esclusiva competenza comunitaria. Gli Stati membri possono concludere accordi di riammissione con paesi terzi se la Comunità non ha stipulato alcun accordo con il paese terzo in questione o non ha adottato alcun mandato per negoziare un siffatto accordo. In taluni casi, gli Stati membri possono concludere accordi bilaterali anche dopo la conclusione di un accordo comunitario o l’avvio di negoziati, ad esempio nel caso in cui l’accordo comunitario o il mandato di negoziato contengono soltanto dichiarazioni generali in materia di riammissione, mentre uno o più Stati membri esigono disposizioni dettagliate al riguardo. Gli Stati membri non possono stipulare accordi qualora essi rischino di pregiudicare accordi comunitari esistenti»<sup>41</sup>.

Ora, a parte il riferimento, invero poco chiaro, alla valutazione del caso concreto, qui interessa rilevare che la posizione riferita, escludendo il «collegamento inestricabile» tra accordi e rimpatrio, scartava l’opi-

siglio del 20 dicembre 2006, stabilisce norme sul traffico frontaliero locale alle frontiere terrestri esterne degli Stati membri e modifica le disposizioni della Convenzione Schengen, *G.U.U.E.* 30 dicembre 2006 *L* 405, p. 3. ss. L’art. 13 stabilisce, tra l’altro, che «gli Stati membri sono autorizzati a concludere accordi bilaterali con paesi terzi limitrofi nel rispetto delle norme stabilite dal [...] regolamento. Gli Stati membri possono inoltre tenere in vigore gli accordi bilaterali di traffico frontaliero locale conclusi con paesi terzi limitrofi».

<sup>41</sup> Cfr. le conclusioni della 2184<sup>a</sup> sessione, tenutasi a Bruxelles il 27/28 maggio 1999; i corsivi sono nostri: il riferimento è a quanto osservato dalla Corte nel parere 1/94 del 15 novembre 1994 (punto XV), relativo alla *competenza della Comunità a concludere accordi in materia di servizi e protezione della proprietà intellettuale*.

nione, inizialmente preferita dalla Commissione, circa il carattere esclusivo della competenza in parola<sup>42</sup>.

Nonostante i riferiti svolgimenti del Consiglio, in dottrina è stata affermata la necessità degli accordi di riammissione per realizzare i rimpatri delle persone in condizione irregolare; dal momento che i secondi risultano indissolubilmente legati ai primi, è stato sostenuto il carattere esclusivo della competenza a concludere quegli accordi<sup>43</sup>.

Senonché, per un verso, la conclusione degli accordi di riammissione non prova (*necessariamente*) la cooperazione degli Stati terzi parti degli accordi in vista della riammissione; per altro verso, non sussistono dati statistici che inducano a ritenere che la disciplina della riammissione assicuri (sia *necessaria* per assicurare) il rimpatrio<sup>44</sup>.

Certo, negli svolgimenti della giurisprudenza pertinente, sulla quale non è possibile soffermarsi in questa sede, la Corte di giustizia, dopo aver affermato che la competenza diventa esclusiva ove si tratti di un settore che è «in gran parte disciplinato» dal diritto comunitario<sup>45</sup>, ha infine osservato che il carattere esclusivo della competenza «deve basarsi su conclusioni derivanti da una analisi concreta del rapporto esistente tra l'accordo previsto e il diritto comunitario in vigore da cui risulti che la conclusione di un tale accordo può incidere sulle norme comunitarie», non essendo necessario che «sussista una concordanza completa tra il settore disciplinato dall'accordo internazionale e quello della normativa comunitaria». Con la precisazione che la determinazione dell'esistenza del criterio indicato, precedentemente dalla stessa Corte, con la formula «di un settore già in gran parte disciplinato da norme comunitarie» va fondato «non solo sulla portata delle disposizioni in questione, ma anche

<sup>42</sup> Ciò, a quanto pare, essenzialmente, in considerazione della necessaria connessione tra norme comunitarie sull'espulsione degli stranieri e norme internazionali sulla riammissione degli stessi: cfr. CHOLEWINSKI, *Irregular Migration*, in *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary* (a cura di Peers, Rogers), Leiden-Boston, 2006, p. 585 ss., in specie p. 887 ss.; COLEMAN, op. cit., p. 75 s., testo e note pertinenti. Inoltre i dati desumibili dal doc. indicato nella nota che precede e da Council doc. 1373/99, 7 dicembre 1999.

<sup>43</sup> Cfr. *supra*, nota 35.

<sup>44</sup> Indicazioni bibliografiche *supra*, nota 35. Inoltre, TRAUNER, KRUSE, *EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: A New Standard EU Foreign Policy Tool*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, p. 411 ss., in specie p. 430 ss.; nonché, a partire dal 1988, i dati statistici (qui non riproducibili), gentilmente messi a disposizione dal Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica sicurezza, Direzione Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere, relativi al numero di stranieri rintracciati e rimpatriati dalle autorità italiane in Stati terzi, in assenza di accordi di riammissione con gli stessi.

<sup>45</sup> V. il parere 2/91, 9 marzo 1993, relativo alla *Convenzione n. 170 dell'OIL*, punto 25 s.

sulla natura e sul contenuto di queste. Occorre inoltre prendere in considerazione non soltanto lo stato attuale del diritto comunitario nel settore interessato, ma anche le prospettive della sua evoluzione»<sup>46</sup>.

Quest'ultimo riferimento – unitamente all'abbandono del criterio, già sostenuto dalla Corte, della completezza delle disciplina comunitaria nel settore disciplinato dall'accordo – depone più facilmente per l'esistenza di una competenza esclusiva nel settore di cui si tratta. Peraltro, come è stato osservato, quello stesso riferimento è fonte di «incertezza» in ordine alla distinzione tra materie di competenza concorrente ed esclusiva<sup>47</sup>.

Su queste basi, a noi pare di dover seguire i dati che emergono dalla prassi e riconoscere quindi la (attuale) competenza concorrente a concludere accordi di riammissione. D'altro canto, non si ha notizia di prese di posizione della Commissione in senso contrario alla prassi seguita in materia dagli Stati membri; o alle riferite indicazioni del Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, del 2008<sup>48</sup>.

Riprendendo la posizione del Consiglio sopra riportata, è appena il caso di osservare che la soluzione accolta non esclude affatto l'applicazione del principio di leale cooperazione, operativo in una situazione, come quella in esame, di «esercizio coordinato delle competenze», in quanto «principio di funzionamento del sistema»<sup>49</sup>.

##### 5. Segue: l'applicazione in materia dei Protocolli sulla posizione di alcuni Stati membri dell'UE

Si ha riguardo a una materia nella quale ha trovato applicazione il

<sup>46</sup> Così la Corte nel parere 1/03, 7 febbraio 2006, nell'esame del problema della competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

<sup>47</sup> Così VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 186 ss. Vasta è la bibliografia in materia: con ampie indicazioni giurisprudenziali e della dottrina, adde TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 1999, p. 465 ss.; CANNIZZARO, *Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?*, ivi, 2007, p. 223 s.; GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007, nuova ed. riveduta e aggiornata, p. 144 ss.; HOLDGAARD, *External Relations Law of the European Community: Legal Reasoning and Legal Discourses*, Alphen aan den Rijn, 2008.

<sup>48</sup> Cfr. *supra*, in questo par.

<sup>49</sup> L'espressione è di TESAURO, *Diritto comunitario*<sup>4</sup>, Padova, 2005, p. 115; con particolare riguardo agli accordi di riammissione, cfr. NASCIMBENE, *Relazioni*, cit., p. 309 s., con indicazioni giurisprudenziali.

Protocollo n. 4 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda allegato al TCE; ha trovato applicazione, cioè, la disciplina concernente l'eventuale partecipazione di detti Stati, su iniziativa degli stessi, a atti e accordi adottati in base al titolo IV del TCE. In altri termini, in assenza delle notificazioni previste dall'art. 3 – per la partecipazione all'adozione e applicazione delle misure proposte – o dell'art. 4 – per l'accettazione delle misure adottate – gli accordi di riammissione già considerati non sono obbligatori per il Regno Unito e l'Irlanda. I due Stati membri hanno notificato variamente di voler partecipare all'adozione e all'applicazione delle decisioni relative alla conclusione di alcuni accordi di riammissione<sup>50</sup>. D'altro canto, posto che ai sensi dell'art. 2, par. 1, del Protocollo n. 5 sulla posizione della Danimarca allegato al TCE, questo Stato non era vincolato dalle norme del titolo IV di detto Trattato, nonché – con alcune eccezioni – dalle disposizioni e accordi adottati in base a quel titolo, ed essendo stato escluso che gli accordi di riammissione possano essere considerati uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen, in materia non ha potuto funzionare la disciplina di quel Protocollo sulla possibile estensione alla Danimarca di detto *acquis*, quale fonte di obblighi di diritto internazionale per detto Stato (par. 5)<sup>51</sup>.

Il Protocollo n. 4, con gli opportuni emendamenti, è stato trasfuso nel Protocollo n. 21 allegato al TFUE; alla disciplina in esso contenuta si ispira l'Allegato al Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca.

<sup>50</sup> Sui Protocolli in parola e i problemi interpretativi e applicativi degli stessi, v. CELLAMARE, op. cit., p. 57 ss.; MARTENCZUK, *Variable Geometry and the External Relations of the EU: The Experience of Justice and Home Affairs*, in *Justice*, cit., p. 493 ss. Le posizioni assunte dai due Stati risultano dalle decisioni indicate *supra*, nota 10: v., ad esempio, il par. 4 del preambolo della decisione 2005/371/CE, 3 marzo 2005, relativa alla firma dell'Accordo tra la Comunità e l'Albania. Diverso è l'orientamento seguito in materia dai due Stati membri: cfr. SCHIEFFER, *Readmission and Repatriation*, cit., p. 104 ss., il quale pone in luce che per l'Irlanda «negotiating authorizations» sarebbero meri atti interni, con la conseguenza che non sarebbe necessario «to opt-in» nella fase in parola, opzione da esercitare bensì allorché la Commissione presenti la proposta formale di conclusione dell'accordo.

<sup>51</sup> V. il doc. del COREPER 81/2000/249, 17 marzo 2000; in senso critico, COLEMAN, op. cit., p. 53 ss. Agli accordi in esame sono allegate delle dichiarazioni con le quali le parti contraenti sottolineano l'opportunità che la Danimarca e lo Stato terzo concludano un accordo di riammissione sul modello di quello di cui si tratta. Dichiarazioni di contenuto analogo hanno riguardo ai rapporti tra lo Stato terzo e quelli associati all'*acquis* di Schengen.

6. *Le clausole di riammissione inserite in accordi aventi diverso oggetto. Il contenuto eterogeneo delle norme sulla riammissione esaminate nelle pagine che precedono*

Ove si concentri l'attenzione sugli Stati che si affacciano sul Mediterraneo, può notarsi che gli accordi di riammissione sono Stati stipulati con dei Paesi dell'est a diretto contatto con l'UE; in particolare con Paesi con i quali le relazioni dell'UE si svolgono prevalentemente nell'ambito del Processo di stabilizzazione e associazione (Bosnia Erzegovina, l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia, il Montenegro, la Serbia, l'Albania)<sup>52</sup>. Negli accordi euro-mediterranei con Paesi del sud, oltre che con la Croazia, sono contenute bensì delle clausole di riammissione, la cui efficacia operativa non può essere equiparata a quella che, quanto meno potenzialmente, presentano gli accordi di riammissione.

All'inclusione di clausole di riammissione in accordi tra la Comunità, i suoi Stati membri e i Paesi terzi, ha riguardo una decisione del Consiglio giustizia e affari interni del 2 dicembre 1999: predisponendo due modelli di clausole da inserire negli accordi comunitari, misti e bilaterali, quella decisione fornisce delle indicazioni circa la finalità da perseguire a mezzo di dette clausole, prescindendo dalla loro sede<sup>53</sup>.

Le stesse sono ormai diffusamente previste e possono essere, schematicamente, raggruppate come segue, in ragione della gradualità degli obblighi assunti dalle parti contraenti<sup>54</sup>.

Si hanno degli accordi che recano intenti di collaborazione nella lotta contro le migrazioni illegali, tenendo conto «del principio e della prassi della riammissione», o che impegnano le parti a controllare dette mi-

<sup>52</sup> In argomento, tra gli altri, v. PIPPAN, *The Rocky Road to Europe: The EU's Stabilisation and Association Process for the Western Balkans and the Principle of Conditionality*, in *European Foreign Affairs Review*, 2004, p. 219 ss.; SIMIDJIYSKA, *From Milosevic's Reign to the European Union: Serbia and Montenegro's Stabilization and Association Agreement*, in *Temple Int. & Comparative Law Journal*, 2007, p. 147 ss. In generale, sulla «prospettiva europea» dei rapporti esterni dell'Unione v., in questo volume, VILLANI, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*.

<sup>53</sup> Decisione 13409/99: nel quadro della cooperazione per la prevenzione e la lotta contro l'immigrazione clandestina, gli articoli A e B fanno riferimento a clausole sugli obblighi reciproci di riammissione dei cittadini dello Stato terzo contraente e degli Stati membri e, rispettivamente, dei cittadini di Stati terzi e degli apolidi; in attesa della conclusione di accordi recanti siffatte clausole, l'art. C prevede un obbligo *de contahendo* avente ad oggetto trattati bilaterali di riammissione tra lo Stato terzo e gli Stati membri (la qual cosa postula la competenza concorrente: cfr. *supra*, par. 4). In argomento v. NASCIMBENE, *Relazioni esterne*, cit., p. 304.

<sup>54</sup> Cfr. ampiamente COLEMAN, op. cit., p. 211 ss.

grazioni alla luce del principio e prassi in parola<sup>55</sup>. Vanno poi ricordati i trattati che, nel quadro più generale della cooperazione che si intende instaurare, seguendo da vicino alcune raccomandazioni del 1995 riprese nella citata decisione del 1999<sup>56</sup>, riaffermano l'obbligo di riammissione previsto dal diritto internazionale consuetudinario e contemplano, variamente, un impegno o un *pactum de contrahendo* avente ad oggetto accordi comunitari e/o bilaterali che disciplinano la materia in esame nei rapporti tra (la Comunità,) gli Stati membri e lo Stato terzo interessato; la riammissione può risultare estesa ai cittadini di Stati terzi<sup>57</sup>.

Possono aversi inoltre accordi di associazione che recano dichiarazioni talvolta accompagnate da un obbligo di dialogo<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Limitandoci ad alcuni esempi, v. l'art. 69, 3° comma, dell'Accordo euromediterraneo (del 17 luglio 1995, *G.U.C.E.* 30 marzo 1998 *L* 97, p. 2 ss.) istitutivo di un'Associazione tra la Comunità, i suoi Stati membri e la Tunisia, il quale indica i settori delle migrazioni oggetto di dialogo sociale, tra cui quello «dell'immigrazione clandestina e delle condizioni di rimpatrio delle persone in situazione irregolare» (lett. c); l'art. 57 dell'Accordo euromediterraneo con Israele, del 20 novembre 1995 (*G.U.C.E.* 21 giugno 2000 *L* 177, p. 3 ss.); clausole analoghe sono nell'art. 63 dell'Accordo di associazione con il Marocco, del 27 febbraio 1996 (in *G.U.C.E.* 18 marzo 2000 *L* 70, p. 2 ss.).

<sup>56</sup> Si ha riguardo alle raccomandazioni del Consiglio dell'Unione (concernenti settori della politica migratoria già rientranti nelle «questioni di interesse comune», ex art. K 1, par. 3, del Trattato di Maastricht) del 30 novembre 1994 e del 24 luglio 1995. Per la prima raccomandazione, v. *supra*, nota 15; la raccomandazione del 1995 reca i «principi generali da seguire all'atto della stesura di protocolli sull'attuazione di accordi di riammissione» (*G.U.C.E.* 19 settembre 1996 *C* 274, p. 24 ss.).

<sup>57</sup> Vedi gli articoli 68 («Egypt agrees to readmit any of its nationals illegally present on the territory of a Member State, upon request [...]») e 69 («After the entry into force of the Agreement, the Parties at the request of any of them, shall negotiate and conclude bilateral agreements [...]»; corsivi aggiunti) dell'Accordo di associazione con l'Egitto, del 25 giugno 2001 (*G.U.U.E.* 30 settembre 2004 *L* 204, p. 39 ss.); l'art. 77 dell'Accordo di stabilizzazione e associazione con la Croazia del 29 ottobre 2001 (*G.U.U.E.* 28 gennaio 2005 *L* 26, p. 3 ss.: l'art. 77, dopo aver previsto una norma di contenuto corrispondente all'art. 68 ora riportato, prevede: «The Parties agree to conclude, upon request, an agreement between Croatia and the European Community [...] for readmission [...]. Pending the conclusion of the agreement [...] Croatia agrees to conclude, upon request of a Member State, bilateral agreements [...]»; corsivi aggiunti); l'art. 84 («the Parties agree to negotiate, at request of either Parties, the conclusion of agreements on [...] readmission. If either Party consider it necessary, such agreements shall cover the readmission of National of other countries [...]») dell'Accordo di associazione con l'Algeria, del 22 aprile 2002 (*G.U.U.E.* 10 ottobre 2005 *L* 265, p. 2 ss.); gli articoli 68 e 69 dell'Accordo di associazione con il Libano del 17 giugno 2002 (*G.U.U.E.* 30 maggio 2006 *L* 143, p. 2 ss.), norme di contenuto sostanzialmente corrispondente alle prime due considerate in questa nota.

<sup>58</sup> È il caso dell'Accordo che istituisce un'Associazione con la Giordania (del 24 novembre 1997, *G.U.C.E.* 15 maggio 2002 *L* 129, p. 2 ss.): accanto alla previsione del dialogo tra le Parti avente ad oggetto l'immigrazione illegale e il rimpatrio delle persone immigrate irregolarmente (at. 80, par. 2, lett. c), l'Accordo reca una dichiarazione con-

In conclusione va considerato che, giusta le indicazioni della Commissione e il concetto delle «rotte migratorie», l'applicazione dell'approccio globale alle aree orientali e sudorientali vicine all'UE esige che siano presi in considerazione anche gli Stati di origine e di transito più lontani. Occorre quindi concentrarsi anche sulle aree contigue ai Paesi vicini. Quelle indicazioni sono state riprese dal Consiglio giustizia e affari interni del febbraio 2009 (par. 21).

Pertanto, a integrazione di quanto precede, va ricordato che l'art. 13 dell'Accordo di Cotonou prevede l'obbligo di negoziare accordi bilaterali di riammissione tra gli Stati di cui si tratta<sup>59</sup>: la loro conclusione potrebbe facilitare la riammissione diretta dei cittadini degli Stati terzi arrivati nell'Unione attraverso dei Paesi del Mediterraneo. Come è facile scorgere, questi ultimi potrebbero accettare più facilmente degli obblighi di riammissione di cittadini di Stati terzi nei rapporti con l'Unione. Indicazioni in tal senso sono desumibili dai negoziati avviati, ormai, da alcuni anni dalla Commissione con il Marocco<sup>60</sup>; sugli stessi si tornerà nel par. che segue.

Da quanto precede risulta che, nonostante il ruolo riconosciuto alla disciplina della riammissione nella politica immigratoria dell'UE, nel senso indicato, attualmente non è dato rilevare accordi di riammissione con Stati del sud del Mediterraneo; ciò ancorché si tratti di Paesi di emigrazione o di passaggio di flussi migratori, in specie subsahariani, già parti di accordi bilaterali con degli Stati membri.

In altri termini, le norme sulla riammissione inserite in accordi di cui è parte la Comunità presentano un contenuto molto eterogeneo<sup>61</sup>: accanto ad accordi di riammissione – con una prevalente «prospettiva europea»<sup>62</sup> – si hanno clausole con il contenuto variabile ora illustrato. Siffatta eterogeneità va ricollegata alle differenti politiche in materia migratoria seguita dall'UE nei rapporti con gli Stati terzi, con elementi di valutazione

giunta che riproduce il testo della clausola *standard* raccomandata dal Consiglio nel 1995 (v. *supra*, testo e nota 56).

<sup>59</sup> V. la disciplina contenuta nell'art. 13 della Convenzione di Cotonou (sul quale v. ATZENI, *L'article 13 de l'Accord de Cotonou et la compétence communautaire en matière de conclusion d'accords de readmission*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 621 ss.) del 23 giugno 2000; degni di nota altresì gli articoli 1 e 2, par. 1, del Protocollo 3, *G.U.C.E.* 15 dicembre 2000 *L* 317, p. 3 ss.

<sup>60</sup> Cfr. COLEMAN, op. cit., p. 152.

<sup>61</sup> Cfr. PASTORE, op. cit., p. 1011; PEERS, op. cit., p. 205 (con uno schema illustrativo).

<sup>62</sup> Cfr. *supra*, nota 52.

di quelli che non collaborino con la stessa Unione nella lotta contro le migrazioni clandestine<sup>63</sup>.

*7. La connessione tra l'attività negoziale in materia e altre politiche dell'Unione, al fine di favorire la conclusione degli accordi di riammissione*

I dati rilevati nel paragrafo precedente inducono a concentrare l'attenzione sullo svolgimento dei negoziati, tuttora pendenti, avviati con Stati terzi indicati dal Consiglio (ad esempio, la Turchia, il Marocco, la Tunisia), in vista della conclusione di accordi di riammissione<sup>64</sup>.

Vale la pena di soffermarsi brevemente su questi aspetti.

Anzitutto va ricordato che il Consiglio giustizia e affari interni ha delineato nel corso degli anni dei criteri per l'individuazione degli Stati terzi con i quali avviare, su determinazione unilaterale, i negoziati in materia: in specie, gli Stati dai quali derivi una pressione migratoria sull'UE; gli Stati parti di accordi di cooperazione e di associazione; gli Stati individuati in considerazione della loro posizione geografica, come quelli adiacenti all'Unione; gli Stati con i quali la stipulazione di accordi di riammissione avrebbe l'effetto di valore aggiunto ai rapporti bilaterali esistenti con gli Stati membri. Infine, il criterio costituito dall'opportunità di stabilire un quadro geografico bilanciato e coerente nella stessa regione: e vale a dire, individuato uno Stato di una regione o area geografica, si prendono in considerazione anche gli altri al primo vicini, in vista di un ampliamento operativo della riammissione verso quella regione o area<sup>65</sup>.

D'altro canto, rilevata l'esigenza di una «politica dell'Unione maggiormente strutturata che contempli» anche «la rapida conclusione di accordi di riammissione, con i paesi terzi di origine»; ribadita «l'im-

<sup>63</sup> Cfr., in particolare, le indicazioni dei Consigli europei di Salonicco e di Bruxelles, del novembre 2004, cit., *supra*, nota 7. In dottrina cfr. PEERS, op. cit., p. 213; e ampiamente COLEMAN, op. cit., p. 139 ss.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> V. ad esempio le conclusioni del Consiglio di Salonicco, cit.; inoltre cfr. già Council doc. 13888/99, 7 dicembre 1999; il doc. 7990/02 MIGR/32+GOR1, 25-26 aprile 2002; Council doc. 13754/2/02, 11 novembre 2002; Council doc. 13894, 13 novembre 2002; Council doc. 14528/02, 20 novembre 2002; Council doc. 13578/04, 27 ottobre 2004. In argomento, anche per le considerazioni che seguono, v. SCHIEFFER, *Community*, cit., p. 344 ss.; BOUTEILLET-PAQUET, *Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States*, in *European Journal of Migration and Law*, 2003, p. 359 ss, in specie p. 368 ss.; PEERS, op. cit., p. 205 ss.

portanza di [...] un meccanismo di valutazione per controllare le relazioni con i paesi terzi che non collaborano con l'UE nella lotta all'immigrazione clandestina»; considerata, cioè, la primaria importanza, insieme ad altri punti, della cooperazione di quei Paesi nell'ambito della riammissione<sup>66</sup>, il Consiglio ha introdotto il concetto di «condizionalità migratoria», facendo dipendere, cioè, il livello di relazioni con gli Stati terzi dall'atteggiamento di questi nel collaborare nella *subiecta materia*. Peraltro, seguendosi un approccio astratto, non appaiono delineati gli elementi di valutazione di quell'atteggiamento; né risultano precisate le conseguenze concrete ricollegabili a un comportamento di scarsa collaborazione.

Con riguardo ai criteri riferiti, può osservarsi, in particolare, che nel Mediterraneo, accanto a Stati di immigrazione e/o di transito migratorio (Israele, Libia), si hanno Stati di emigrazione (Marocco, Egitto, Tunisia) e Stati la cui situazione è contrassegnata da una riduzione, rispetto al passato, dei flussi migratori (Turchia). Pertanto, nel c.d. approccio regionale dovrebbe tenersi conto del carattere non omogeneo del fenomeno migratorio nel Mediterraneo, impostando negoziati diversificati in funzione delle peculiarità, nel senso ora indicato, dello Stato terzo di cui si tratta.

D'altro canto, in tal senso depone, ancorché indirettamente, l'esperienza del partenariato euromediterraneo<sup>67</sup>.

Con riguardo a quegli stessi criteri, è da considerare soprattutto che, in una diversa e più ampia prospettiva, la Commissione ha suggerito un approccio consistente nello stabilire dei collegamenti tra l'attività negoziale in materia e altre politiche dell'UE vantaggiose per gli Stati terzi interessati<sup>68</sup>. Sul punto va rilevato che, pur prevedendo obblighi reciproci, gli accordi di riammissione svolgono i loro effetti utili essenzialmente a favore degli Stati di immigrazione: di qui l'esigenza – sostenuta dalla

<sup>66</sup> Paragrafi 9 e 19 delle conclusioni del Consiglio di Salonicco, cit.

<sup>67</sup> Cfr. la dichiarazione congiunta resa il 13 luglio 2008 alla conclusione del meeting di Parigi sul Mediterraneo, volto a rilanciare il processo di Barcellona (consultabile nel sito [www.diplomatie.gouv.fr](http://www.diplomatie.gouv.fr)); in argomento, tra gli altri scritti, v. *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays Tiers. Conflits et convergences* (a cura di Labouz), Bruxelles, 2000.

<sup>68</sup> V. in particolare COM(2003)323 def., 2 giugno 2003, p. 13 ss. e già COM(2002)175 def., cit., par. 2.5, e COM(2002)703 def., 3 dicembre 2002, p. 25 (anche per i programmi comunitari di sostegno alle riforme legislative e amministrative – MEDA, PHARE, TACIS ecc. – dei Paesi terzi di emigrazione: p. 18 ss.). Si veda altresì il «programma quadro sulla solidarietà e gestione dei flussi migratori per il periodo 2007-2013», in COM(2005)123 def., 6 aprile 2005; Press release 11161/04; il rapporto della Commissione originariamente riservato (Council doc. 11505/04 MIGR 63 RestrictUE) e poi reso parzialmente pubblico (Council doc. 11505/04, 3 luglio 2007).

Commissione – di compensare la loro conclusione con misure vantaggiose per gli Stati terzi<sup>69</sup>.

Un siffatto approccio integrato – prospettato dai Consigli europei di Tampere e di Laeken<sup>70</sup> (2002) – è stato ripreso dal Consiglio europeo di Siviglia, con l'indicazione di ulteriori criteri per l'individuazione degli Stati con cui stipulare accordi di riammissione. Successivamente, in occasione del Consiglio europeo di Salonicco, accanto a quelli prima riferiti, furono indicati dei criteri caratterizzati da un riferimento, a noi pare, poco incisivo ai collegamenti, opportunamente sostenuti dalla Commissione, tra stipulazione degli accordi di riammissione e cooperazione economica con gli Stati interessati; cooperazione che consenta di incidere sulle cause delle migrazioni di persone da quegli stessi Stati<sup>71</sup>.

Invero, in argomento va considerato realisticamente che l'applicazione degli accordi può avere conseguenze economiche negative per gli Stati di riammissione. Ciò sia a causa della riduzione delle rimesse – perdita accettabile se controbilanciata, ad esempio, da un aumento degli investimenti e di contributi finanziari a favore di quei Paesi –, sia per effetto della riammissione di cittadini di Stati terzi, ritenuta essenziale dall'UE. Si pensi al riguardo alle difficoltà di natura socio-politica conseguenti a quest'ultima riammissione: la stessa realizza una concentrazione di persone in Stati tendenzialmente di emigrazione, come tali non

<sup>69</sup> Cfr. i documenti cit. nella nota che precede. Con il regolamento (CE) 491/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2004 (*G.U.U.E.* 18 marzo 2004 *L* 80, p. 1 ss.), è stato istituito un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai Paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS). Più incisivo – nel senso sostenuto dalla Commissione – è l'approccio che emerge dal regolamento (CE) 1638/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 2006 «recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato» (*G.U.U.E.* 9 novembre 2006 *L* 310, p. 1 ss.), con indicazione degli Stati partner. V. pure il regolamento (CE) 951/2007 della Commissione del 9 agosto 2007 «che stabilisce le misure di esecuzione dei programmi di cooperazione transfrontaliera finanziati nel quadro del regolamento 1638/2006» (*G.U.U.E.* 10 agosto 2007 *L* 210, p. 10 ss.). Come è noto, la partecipazione degli Stati non membri a azioni di cooperazione in materia migratoria è stata realizzata a mezzo di programmi: tra questi vale la pena di ricordare il programma ARGO sfociato nel FRONTEX (Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa delle frontiere esterne, istituita dal regolamento (CE) 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004, *G.U.U.E.* 25 novembre 2004 *L* 349, p. 1 ss.), a completamento dell'assistenza tecnica e finanziaria realizzata a mezzo dell'AENEAS.

<sup>70</sup> V. par. 22 ss. delle conclusioni del Consiglio di Tampere, cit., e il par. 40 delle conclusioni del Consiglio di Laeken, 14-15 dicembre 2001.

<sup>71</sup> Per la posizione del Consiglio v. i punti 9 e 19 delle conclusioni di Salonicco, cit.

preparati ad accogliere quelle persone, in vista della loro eventuale riammissione in altri Stati<sup>72</sup>.

Nel senso indicato, vale la pena di ricordare brevemente gli svolgimenti dei negoziati avviati con il Marocco sin dal 2000<sup>73</sup>.

A parte i rilevati effetti negativi derivanti dalla riduzione di rimesse di cittadini marocchini dall'UE, il Marocco si è mostrato fortemente interessato a evitare che l'operare della riammissione di cittadini di Stati terzi possa essere causa, per l'appunto, di una concentrazione di cittadini di Stati terzi subsahariani nel proprio territorio<sup>74</sup>; per evitare un siffatto rischio, il Marocco ha posto un collegamento strategico tra la conclusione dell'accordo oggetto dei negoziati pendenti e la stipulazione di accordi di riammissione tra la CE e Stati ACP. Da parte marocchina è stata altresì sostenuta una compensazione visibile per la stipulazione dell'accordo che lo riguarda; in particolare l'apertura di canali preferenziali per l'occupazione di lavoratori marocchini, sulla falsa riga di quanto realiz-

<sup>72</sup> Cfr. nel par. che precede. Per puntuali critiche circa l'assenza di collegamenti tra la conclusione degli accordi e lo sviluppo dei Paesi terzi interessati, v., ad esempio, con riferimento al caso del Montenegro, il documento di seduta del Parlamento europeo PE A6-0380/2007; inoltre, nello stesso senso, la lettera (del 29 gennaio 2009) del Presidente del Consiglio d'Europa al Presidente della Commissione, consultabile nel sito [www.euromedrights.org](http://www.euromedrights.org).

<sup>73</sup> Ciò diversamente da quanto accaduto per la stipulazione dell'Accordo con l'Albania, verosimilmente, nella prospettiva di questo Stato di entrare a far parte dell'UE, prospettiva peraltro da estendere alla Turchia (in proposito, v. COLEMAN, op. cit., pp. 65 ss. e 172 ss.). Per la priorità della stipulazione di accordi di riammissione con la Turchia e la Libia, v. le conclusioni del Consiglio di Bruxelles, 18 e 19 giugno 2009, par. 36, dove di legge altresì: «L'efficacia degli accordi di riammissione deve essere aumentata come parte delle politiche esterne globali» dell'UE. Per osservazioni critiche circa il contenuto dei negoziati in corso richiamati nel testo, in considerazione dello scarso rilievo negli stessi ai problemi di tutela dei diritti individuali, v. la «Open letter about readmission agreements» (consultabile nel sito [www.euromedrights.net](http://www.euromedrights.net)) inviata dal Réseau migreurop al Consiglio dell'Unione e alla Commissione il 20 gennaio 2009: una «forced partnership, in which economic or political issues seem to prevail over the non-member country's capacity to protect people's rights, is conducive to risk. [...] Let us recall here one of the most recent events, occurring on 28 April 2008, offshore Al Hoceïma (North-East Morocco), where, between 29 and 33 migrants of which 4 were children, were drowned off the coast of their inflatable boat punctured by soldiers with knives. There is no independent investigation conducted until now in order to make light of these events». In argomento v. EL ARBI MRABET; *Readmission Agreements. The Case of Morocco*, in *European Journal of Migration and Law*, 2003, p. 379 ss.

<sup>74</sup> Sui percorsi migratori di cui si tratta, v. *Irregular Migration from West Africa to the Maghreb and the European Union: An Overview of Recent Trends*, in *IOM Migration Research Series*, n. 32, 2008; nonché *Intra-Regional Mobility in West Africa*, consultabile nel sito [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

zato nei rapporti con alcuni Stati membri, come l'Italia<sup>75</sup>. Non risulta che questa proposta sia stata accolta, pur in presenza di significativi svolgimenti di collaborazione con lo Stato terzo rilevabili dall'attività del Consiglio di associazione del 2008<sup>76</sup>.

Or bene, orientamento analogo a quello descritto è rilevabile da altri negoziati. Pertanto, alcuni Stati membri dell'UE, che si affacciano direttamente sul Mediterraneo, riunendosi al di fuori di questa, hanno sottolineato la necessità che quegli stessi negoziati ricevano rinnovata vitalità, attribuendo alla Commissione i mandati, a tal fine, necessari, e risorse che favoriscano la conclusione degli accordi, in specie, con i Paesi di origine di transito africani e del vicino e medio oriente<sup>77</sup>.

#### 8. Segue: *i collegamenti posti, in tal senso, con la stipulazione di accordi sui visti*

In prospettiva, l'adozione di misure compensative a favore degli Stati terzi per la conclusione di accordi di riammissione, potrebbe essere favorita dalla attuazione dell'idea, enunciata dal Consiglio europeo del dicembre 2006, della migrazione circolare e del partenariato per la mobilità. Su richiesta di quel Consiglio, e seguendo quanto già sostenuto nell'«Approccio globale in materia di migrazione un anno dopo»<sup>78</sup>, la Commissione ha fornito indicazioni sulla possibile organizzazione della migrazione circolare, con l'assunzione di una serie di impegni da parte del Paese terzo coinvolto nel partenariato, come la riammissione dei propri cittadini e dei cittadini di altri Stati terzi. Inoltre, a completamento del «Piano d'azione sull'immigrazione legale», la Commissione ha proposto l'adozione di strumenti volti a incentivare «la circolarità», tra i quali gli accordi di riammissione, volti a garantire il ritorno effettivo del cittadino di un Paese terzo in caso di soggiorno illegale sul territorio dell'UE<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> V. l'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 20 marzo 2009 recante la «Programmazione transitoria dei flussi di ingresso dei lavoratori extracomunitari stagionali, nel territorio dello Stato, per l'anno 2009».

<sup>76</sup> Cfr. la decisione 1/2008 del Consiglio di associazione, 26 novembre 2008, *G.U.U.E.* 14 gennaio 2009 *L* 9, p. 43 ss. Sul lento andamento dei negoziati con l'Algeria, per ragioni analoghe a quelle riferite, nel testo, v. nuovamente COLEMAN, op. cit., p. 175 ss.

<sup>77</sup> V. il documento sottoscritto il 13 gennaio 2009 da Cipro, Grecia, Italia e Malta, consultabile nel sito [www.interno.it](http://www.interno.it).

<sup>78</sup> V. COM(2006)735 def., 20 novembre 2006.

<sup>79</sup> Cfr. COM(2007)248 def., 16 maggio 2007 (su migrazione circolare e partenariato per la mobilità tra UE e Paesi terzi) dove si legge (parte IV): «La Commissione intende inoltre avviare contatti esplorativi con un numero limitato di paesi potenzialmente inte-

A parte quanto precede, nella prassi, la compensazione di cui si tratta si è avuta a mezzo della conclusione di accordi sulla facilitazione del rilascio dei visti, di cui beneficiano principalmente i cittadini degli Stati terzi: in altri termini, la Comunità ha stipulato con lo stesso Stato accordi di riammissione e accordi per facilitare il rilascio dei visti per soggiorni di breve durata<sup>80</sup>. Si tratta di accordi che contemplan delle procedure semplificate, nella *subiecta materia*, a favore dei cittadini di Stati terzi; come tali, vanno tenuti distinti dagli accordi che prevedono la piena reciprocità nel rilascio dei visti<sup>81</sup>. Gli atti in parola dunque vanno inseriti nel contesto della politica estera dell'UE nei rapporti con alcuni Stati terzi<sup>82</sup>.

ressati a partenariati per la mobilità e disposti ad impegnarsi a cooperare attivamente con l'UE nella gestione dei flussi migratori, anche combattendo la migrazione illegale in collaborazione con l'Unione, specialmente nel settore della riammissione e del rimpatrio». In argomento v. pure le conclusioni del Consiglio sui «partenariati per la mobilità e la migrazione circolare nel quadro dell'approccio globale sulla questione delle migrazioni», nella 2839<sup>a</sup> sessione del Consiglio affari generali di Bruxelles del 10 dicembre 2007; le conclusioni del Consiglio europeo del 5 giugno 2008, sul potenziamento dell'approccio in parola. Infine, il Consiglio giustizia e affari interni del 26-27 febbraio 2009, ribadita l'utilità dell'approccio globale ha precisato: «The global approach offers a common policy framework allowing migration issues to be better integrated into the EU's external relations, on the basis of an effective and balanced partnership with third countries». Allo stesso Consiglio si rinvia altresì per la presa in considerazione del *paper* di Cipro, Grecia, Italia e Malta: cfr. *supra*, testo nota 77. In occasione dell'Euro-African Conference on migration and development, tenutasi a Parigi (v. comunicato della Commissione di venerdì 26 novembre 2008), la Commissaria per le relazioni esterne e la politica di vicinato, Benita Ferrero-Waldner, ha dichiarato in particolare: «The North-African neighbourhood countries are interested in visa facilitation as well as the prospects for temporary legal migration, but the European Union also has expectations in the field of readmission and international protection».

<sup>80</sup> Inoltre, fissano i termini per la decisione in materia; semplificano i criteri per la concessione dei visti per ingressi multipli delle persone indicate dagli stessi accordi; stabiliscono l'importo da corrispondere per il rilascio dei visti, prevedendo l'esenzione dal pagamento dei diritti a favore di alcune categorie di persone, nonché dell'obbligo del visto per i titolari di passaporto diplomatico. In argomento v. ROIG, HUDDLESTON, *EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the Political Impasse*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, p. 363 ss.; TRAUNER, KRUSE, op. loc. cit.; sui collegamenti tra accordi sui visti e di riammissione, COLEMAN, op. cit., p. 16 ss.

<sup>81</sup> V. COM(2008)486 def., 23 luglio 2008. Per la disciplina generale, v. il regolamento (CE) 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), *G.U.U.E.* 15 settembre 2009 *L* 243, p. 1 ss.

<sup>82</sup> In argomento v. MARTENCZUK, *Visa Policy and EU External Relations*, in *Justice*, cit. p. 21 ss., anche per il carattere esclusivo della competenza a concludere accordi sui visti.

Invero, un collegamento tra visti e riammissione era già presente negli accordi bilaterali stipulati negli anni '90 con Stati dell'Europa centrale, quali preparativi della adesione di questi ultimi all'Unione<sup>83</sup>.

L'orientamento descritto, poi sperimentato nei rapporti con alcuni Paesi asiatici, ha ricevuto ampia conferma con la recente conclusione di Accordi – alcuni dei quali tra loro quasi identici – con l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia, il Montenegro, la Serbia, oltre che con la Russia, la Moldavia e l'Ucraina<sup>84</sup>.

L'operare concomitante degli accordi di riammissione e sul rilascio dei visti favorisce la formazione di un quadro giuridico unitario in dette materie, nei rapporti tra ciascuno degli Stati indicati e i Paesi membri dell'UE, con eccezione tra questi di quelli cui gli strumenti in parola non si applichino<sup>85</sup>.

In argomento va tenuto conto infine che gli accordi sui visti, semplificando la circolazione delle categorie di persone indicate dagli stessi, appaiono idonei a ristabilire un siffatto regime, per quelle stesse persone, nei rapporti tra gli Stati terzi considerati e gli Stati membri dell'Europa dell'est e centrale, entrati recentemente a far parte dell'Unione. Quegli atti, dunque, per un verso incentivano la conclusione di accordi di riammissione, per altro verso attenuano nei rapporti tra gli Stati di cui si tratta gli effetti restrittivi sulla circolazione degli individui conseguenti all'ampliamento a est dell'Unione<sup>86</sup>.

#### 9. I limiti all'operare degli accordi di riammissione in applicazione di atti internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo

Si osserva in dottrina che l'applicazione degli accordi in esame potrebbe causare – o ha causato – la violazione di alcuni diritti individuali tutelati da note convenzioni internazionali. Un ordine analogo di considerazioni può leggersi, in particolare, in atti di organizzazioni non governative e del Parlamento europeo<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. COLEMAN, op. cit., p. 16 ss.

<sup>84</sup> Cfr. *supra*, nota 10.

<sup>85</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>86</sup> Sul punto v. TRAUNER, KRUSE, op. loc. cit.; COLEMAN, op. cit., pp. 165 e 196.

<sup>87</sup> V. ad esempio, il doc. del Parlamento europeo expo/b/droi/2007/27 (dell'ottobre 2007) PE 385.528 («Readmission agreements and respect for human rights in third countries. Review and prospects for the European Parliament»); v. pure *supra*, nota 73 e, con altre indicazioni, il nostro *Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2007, p. 487 ss., in specie p. 512 ss.; e COLEMAN, op. cit., p. 223 ss.

Vale la pena di svolgere alcune considerazioni conclusive sull'aspetto ora considerato.

In argomento è appena il caso di considerare che, riprendendo il contenuto dell'art. 6, par. 2, del TUE (precedente versione), l'art. 6, par. 3, del NTUE prevede che «i diritti fondamentali» tutelati dalla Convenzione europea «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Ora, posto, che, come è noto, gli accordi già stipulati dalla Comunità, e alla quale l'Unione succede, sono sottoposti ai Trattati istitutivi<sup>88</sup>, siffatta qualificazione non può essere priva di rilievo: sulla base della stessa, nel coordinamento tra quei principi e le norme contenute negli accordi (per quanto qui interessa, di riammissione), i principi prevalgono su dette norme, influenzando sull'interpretazione di queste e orientandone il contenuto in senso conforme alla tutela dei diritti fondamentali<sup>89</sup>.

Per indicazione della Corte di giustizia, siffatta prevalenza va riconosciuta anche ai principi di diritto internazionale consuetudinario<sup>90</sup>, tra i quali, secondo una diffusa opinione, figura quello di *non refoulement*, ancorché sia controverso il suo ambito di applicazione<sup>91</sup>.

Or bene, alla tutela dei diritti individuali hanno riguardo gli stessi

<sup>88</sup> Tra gli altri v. ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 162 ss.; DRAETTA, op. cit., p. 264 ss.

<sup>89</sup> D'altro canto, «come risulta da costante giurisprudenza, le esigenze inerenti alla tutela dei principi generali riconosciuti nell'ordinamento giuridico comunitario, fra i quali vanno annoverati i diritti fondamentali, vincolano parimenti gli Stati membri quando danno esecuzione alle discipline comunitarie, ed essi sono pertanto tenuti, quanto più possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle dette esigenze»: così la Corte di giustizia, sent. 27 giugno 2006, C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 105. La giurisprudenza pertinente della Corte è raccolta in *Droit communautaire des droits fondamentaux*<sup>2</sup> (a cura di Sudre, Tinière), Bruxelles, 2007. Per quanto osservato nel testo, anche per altre indicazioni, in generale, v. GAJA, op. cit., p. 103 ss.; TESAURO, op. cit., p. 97 ss.

<sup>90</sup> V. sentenze 4 dicembre 1974, causa 71/74, *van Duyn c. Home Office*, punto 22; 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, punto 24; Tribunale primo grado, 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria GmbH c. Consiglio*, punto 90 ss. (anche per il collegamento tra la violazione del diritto consuetudinario e la potenziale violazione del diritto comunitario, sicché il primo può essere utilizzato nell'interpretazione del secondo).

<sup>91</sup> Tra gli altri v. HAILBRONNER, *Comments on: The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain*, in *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues* (a cura di Gowlland-Debbas), The Hague, 1996, p. 114 ss.; COLEMAN, *Non-Refoulement Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2003, p. 23 ss.; HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 307 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*<sup>3</sup>, Oxford, 2007, p. 65.

accordi di riammissione a mezzo di clausole generali di non incidenza «sui diritti, gli obblighi e le responsabilità» della CE, dei suoi Stati membri e degli Stati terzi parti degli stessi accordi «derivanti dal diritto internazionale, in particolare»: (secondo la formulazione più ricorrente e dettagliata) dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, dalle convenzioni internazionali che determinano lo Stato membro competente a esaminare le domande di asilo, dalla CEDU, dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti, dalle convenzioni internazionali sull'extradizione e sul transito, da altri accordi multilaterali di riammissione<sup>92</sup>.

Tra gli obblighi derivanti da accordi multilaterali, genericamente richiamati da quelle clausole, possono venire in gioco quelli previsti dall'art. 5 dell'Accordo europeo del 1959 per l'abolizione dei visti per i rifugiati, e dall'art. 8 del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> V. l'art. 17 degli Accordi con gli Stati balcanici. Da precisare che l'art. 17 degli Accordi con l'Albania e l'Ucraina rinvia esclusivamente agli obblighi internazionali assunti dagli Stati interessati, così impegnando l'interprete nella ricerca di detti obblighi. Le norme citate sono precedute da altre sulla tutela dei dati a carattere personale delle persone interessate alle procedure di riammissione. Degna di nota altresì la clausola che stabilisce la prevalenza della disciplina contenuta nell'Accordo su tutti gli accordi e intese conclusi o che potrebbero essere conclusi tra gli Stati membri e lo Stato terzo (art. 19) in materie procedurali (indicazioni di autorità competenti, valichi di frontiera, punti di contatto, condizioni per il ritorno sotto scorta, mezzi e documenti di prova: art. 20). In genere, tali materie sono disciplinate da protocolli di attuazione degli accordi di riammissione. In pratica, gli accordi che possono essere conclusi dagli Stati sono volti, per l'appunto, a mettere in opera quelli esaminati nelle pagine che precedono. Un esempio è dato dal Protocollo esecutivo tra l'Italia e l'Albania (in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 1222 s.): in base all'Accordo della Comunità, l'obbligo di riammissione dei cittadini di Paesi terzi e degli apolidi non si applica, in particolare, ove lo Stato richiedente abbia rilasciato a quelle persone un visto o un'autorizzazione di residenza, salvo, che i documenti in parola siano Stati ottenuti utilizzando documenti contraffatti o falsificati (articoli 3, par. 2.b e 5, par. 2.b). Una siffatta precisazione non è contenuta nel Protocollo di cui è parte l'Italia, limitandosi lo stesso a escludere la riammissione «allorché la Parte richiesta abbia precedentemente rilasciato un permesso di soggiorno o un visto di ingresso» (par. D, n. 3). È ragionevole ritenere che tale disposizione del Protocollo intenda fare esclusivo riferimento a un titolo di soggiorno o a un visto rilasciati dalla parte richiedente sulla base di atti autentici e non contraffatti: è ragionevole ritenere, cioè, che la presenza di questi ultimi sia presupposta da quella disposizione.

<sup>93</sup> Ai sensi dell'art. 5: «I rifugiati, che si sono recati sul territorio di una Parte Contraente [...] saranno riammessi in qualsiasi momento sul territorio della Parte Contraente, le cui autorità hanno rilasciato loro un titolo di viaggio, su semplice domanda della prima Parte Contraente [...]». In base all'art. 8: «1. Lo Stato Parte di cui la vittima della tratta di persone è cittadina, o in cui la persona aveva il diritto di risiedere a titolo permanente

Da ricordare altresì che, a tutela di alcuni diritti individuali fondamentali, gli accordi prevedono dei limiti al funzionamento dell'istituto della riammissione in transito prima considerato<sup>94</sup>. In effetti, gli Stati «possono opporsi al transito» ove, in particolare, la persona interessata rischi «realmente di subire torture, pene o trattamenti inumani o degradanti, o la pena di morte, oppure di essere perseguitata per motivi di razza, religione, nazionalità appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le opinioni politiche nello Stato di destinazione o in un altro Stato di transito»; inoltre se deve subire una sanzione penale nello Stato richiesto o in altro Stato di transito, nonché per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o attinenti agli interessi nazionali dello Stato richiesto.

Come è facile scorgere, la disposizione riportata richiama dei diritti garantiti dagli atti internazionali cui fanno riferimento le clausole di non incidenza<sup>95</sup>.

A noi pare anzitutto che l'espressione «possono opporsi al transito», rinviando all'operare degli accordi di riammissione, intenda chiarire, pedagogicamente, che non si ha violazione di questi ove le autorità competenti rifiutino il transito per una delle cause prese in considerazione. Da quell'espressione non potrebbe desumersi, invece, la facoltà di applicare gli accordi di riammissione ancorché sussistano i rischi indicati: in effetti si tratta di rischi cui hanno (già) riguardo le norme internazionali richiamate dalla clausola di non incidenza, sulle quali, per l'appunto, non incidono gli accordi di riammissione in esame<sup>96</sup>.

Trattandosi di atti internazionali forniti di sistemi di controllo sull'attuazione degli obblighi previsti, appare lecito ritenere che le norme in essi contenute debbano essere intese alla luce della giurisprudenza, in

al momento del suo ingresso nello Stato Parte d'accoglienza, facilita e accetta, tenendo debitamente conto dell'incolumità di questa persona, il ritorno di quest'ultima senza ingiustificato motivo o irragionevole ritardo. [...] 3. Su richiesta dello Stato Parte d'accoglienza, lo Stato Parte richiesto, senza ritardi ingiustificati o irragionevoli, verifica se una persona vittima della tratta di persone è suo cittadino o aveva il diritto di risiedere a titolo permanente sul suo territorio all'epoca dell'ingresso nel territorio dello Stato Parte d'accoglienza. 4. Al fine di facilitare il ritorno della vittima della tratta di persone che non possieda l'adeguata documentazione, lo Stato Parte di cui quella persona è cittadina o nel quale aveva il diritto di risiedere a titolo permanente all'epoca del suo ingresso nel territorio dello Stato Parte d'accoglienza, accetta di rilasciare, su richiesta dello Stato Parte d'accoglienza, i documenti di viaggio o qualsiasi altra autorizzazione necessaria per permettere alla persona di viaggiare e rientrare nel suo territorio».

<sup>94</sup> Cfr. *supra*, nel par. 2.

<sup>95</sup> V. *supra*, in questo par.

<sup>96</sup> Ciò, si noti, diversamente da quanto previsto rispetto agli accordi bilaterali di riammissione anche futuri incompatibili con quelli in esame: art. 20 degli Accordi con gli Stati balcanici; v. pure *supra*, nota 92.

senso lato, dei pertinenti organi di controllo. Ciò vale, in particolare, per le disposizioni della CEDU, alla quale l'Unione aderisce in base all'art. 6, par. 2, del NTUE, data la centralità del ruolo della Corte europea nell'interpretazione e applicazione di quelle disposizioni<sup>97</sup>. Siffatto ruolo trova implicito ma inequivocabile riscontro nell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali, riconosciuti dall'Unione (art. 6, par. 1, cit.), ancorché quell'Atto non sia stato incorporato nel nuovo Trattato. Peraltro alla Carta è attribuito «lo stesso valore di questo»<sup>98</sup>.

Sulla base di quanto precede, si pensi, in particolare, al diritto assoluto, garantito dall'art. 3 di quella Convenzione (e da altri atti sopra elencati), a non subire torture o trattamenti inumani o degradanti, diritto che, per indicazione della Corte europea (e degli organi di garanzia di quegli atti), è suscettibile di essere violato indirettamente a seguito dell'allontanamento di uno straniero in altro Stato (di transito, di destinazione)<sup>99</sup>. Non pare dubbio che in una siffatta situazione, richiamata dalla

<sup>97</sup> V., tra le altre, Corte di giustizia, sent. 14 dicembre 2006, causa C-283/05, *ASML c. SEMIS*, punto 26 s. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, l'importanza della CEDU è accresciuta, come è noto, dal ruolo da riconoscere in detto ordinamento alla stessa Convenzione, quale interpretata dalla sua Corte; anche per altre indicazioni, per tutti, v. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2008, p. 7 ss., in specie p. 19 s. Inoltre, in senso propositivo, HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *European Journal of Int. Law*, 2008, p. 125 ss.

<sup>98</sup> V. la proclamazione solenne del 12 dicembre 2007 del Parlamento, Consiglio e Commissione; la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona. L'art. 52, cit., fa riferimento all'interpretazione delle norme della Carta che recano diritti corrispondenti a quelli tutelati dalla CEDU; inoltre, «i diritti riconosciuti dalla [...] Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi» (punto 2). L'art. 53 aggiunge che «nessuna disposizione della [...] Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». In argomento esiste una vasta bibliografia: tra gli altri, v. gli scritti raccolti in *La Carte des droits fondamentaux de l'Union européenne: son apport à la protection des droits de l'homme en Europe: Hommage à Silvio Marcus Helmons* (a cura di Carlier, de Schutter), Bruxelles, 2002; e in *The European Union Charter of Fundamental Rights* (a cura di Peters, Ward), Oxford, 2004.

<sup>99</sup> Come è noto, dal sistema della CEDU emerge che sono poche le norme in materia di espulsione; e che siffatta circostanza non ha impedito la formazione di un'abbondante giurisprudenza degli organi di garanzia della Convenzione da cui risulta una violazione indiretta, per effetto di un provvedimento di espulsione, di norme diverse dalle prime. Indicazioni di contenuto analogo si ricavano dalla lettura del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 e dalla giurisprudenza, in senso lato, del Comitato dei diritti dell'uomo (indicazioni nel nostro *La disciplina*, cit., p. 247 ss.). In

disposizione in esame, sorgano dei limiti all'operare degli accordi di ri-ammissione; e che, anche da parte dello Stato richiedente, va tenuto conto delle indicazioni della Corte europea – qui sinteticamente richiamate – circa il carattere assoluto di quel diritto e la sua applicazione in materia di allontanamento degli stranieri, ancorché di ciò non si faccia – né si po-

altri termini, le norme più frequentemente invocate davanti agli organi di garanzia della Convenzione e del Patto in parola presentano una relazione solo indiretta con l'espulsione degli stranieri: si tratta soprattutto delle disposizioni che prevedono il divieto di tortura, di pene o trattamenti disumani e degradanti, nonché di quelle poste a tutela della vita privata e familiare. Limitandoci alle indicazioni essenziali della Corte europea, questa ha messo sullo stesso piano estradizione ed espulsione e ha precisato che, sebbene eccezionalmente, «acts of the Contracting States performed or producing effects, outside their territories constitute an exercise of jurisdiction by them [...]». Reference has been made in the Court's case law, as an example of jurisdiction "not restricted to the national territory" of the respondent State [...] to situations where the extradition or expulsion of a person by a Contracting State may give rise to an issue under Article 2 and/or 3 (or exceptionally, under Article 5 and 6) and hence engage the responsibility of the State under the Convention [...]. However the Court notes that liability is incurred in such cases by an action of the respondent state concerning a person while he or she is on its territory, clearly within its jurisdiction, and that such cases do not concern the actual exercise of a State's competence or jurisdiction abroad» (decisione 12 dicembre 2001, *Bankovic e altri c. Belgio*, par. 67 s.; anche per altre indicazioni, le sentenze 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, par. 125 s.; 24 aprile 2008, *Ismoilov c. Russia*, par. 115 ss.; 20 gennaio 2009, *H.F. c. Svezia*, par. 89). A siffatte indicazioni giurisprudenziali corrisponde – con riguardo alla fattispecie disciplinata – il contenuto dell'art. 3, par. 1, della Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti: «No State party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture». Per quanto qui interessa si veda, tra le altre, la decisione del Comitato contro la tortura del 23 novembre 2004, relativa alla comunicazione 133/1999, in UN Doc. CAT/C/133/1999, riprodotta in *Int. Journal of Refugee Law*, 2005, p. 416 ss.); inoltre il *General Comment* n. 1 dello stesso Comitato, in UN Doc. A/53/441, annex IX, par. 6. Con riferimento alla materia considerata nelle pagine che seguono, va ricordato che l'art. 37, lett. a), della Convenzione sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989, prevede il divieto di tortura e di trattamento disumano e degradante delle persone cui ha riguardo la stessa Convenzione; e che l'art. 2, par. 1, reca una disposizione di contenuto analogo all'art. 1 della CEDU (cfr. *supra*, in questa nota, gli svolgimenti della Corte europea sull'esercizio della giurisdizione da parte degli Stati contraenti: in proposito v. le considerazioni di Starace, *Art. 32*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di Bartole, Conforti, Raimondi), Padova, 2001, p. 537 ss., in specie p. 547 s.): all'art. 37, cit., dunque, può attribuirsi ragionevolmente la stessa portata operativa dell'art. 3 della CEDU, nel senso indicato, nel testo. In argomento è degno di nota che, trattandosi del *refoulement* di un minore straniero non accompagnato, la Corte ha fornito indicazioni sull'estensione della tutela *par ricochet* derivante dall'art. 3, cit., a favore di alcuni familiari della persona direttamente interessata alla violazione del diritto in parola: sent. 12 ottobre 2006, *Mayeka e Mitunga c. Belgio*, par. 53 ss. (sulla stessa v. il nostro *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2009, p. 181 ss).

trebbe fare – menzione nella disposizione in esame. Questa, dunque, richiama l'attenzione dell'interprete su alcuni importanti limiti alla concessione della riammissione derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dalla CEDU<sup>100</sup>. Tali limiti operano anche rispetto alla richiesta, così venendosi a rafforzare la salvaguardia dei diritti individuali: in altri termini, è possibile evitare l'applicazione degli accordi dopo che sia stata decisa una espulsione in senso contrario a degli obblighi internazionali già operativi all'interno degli Stati membri al momento in cui sia stato adottato il provvedimento che riguardi lo straniero<sup>101</sup>.

Nel senso qui sostenuto, è degno di nota che la direttiva 2003/110/CE, sull'all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea, rechi una clausola di contenuto analogo a quella qui considerata (art. 8); e che il legislatore italiano l'ha

<sup>100</sup> Con riguardo a quanto osservato nel testo, si pensi altresì alla richiesta di ammissione in transito del cittadino di uno Stato terzo contrastante con i divieti, ancorché non assoluti, posti dagli articoli 32 e 33 della Convenzione sullo *status* dei rifugiati – già richiamata dall'art. 63, punto 1, del TCE, e ora dall'art. 78, par. 1, del TFUE – per limitare l'espulsione e il respingimento alla frontiera di un rifugiato.

<sup>101</sup> Tanto più che, come è noto, la Corte europea ha precisato che il trasferimento di competenze ad un'organizzazione internazionale ad opera di Stati parti della CEDU non fa venir meno la responsabilità ai sensi della medesima, così fornendo indicazioni circa il proprio potere di pronunciarsi in materia (ciò ancorché gli atti della Comunità «as such cannot be challenged before the Court because the EC is not a Contracting Party»: sent. 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, in specie par. 31 ss.). Tra le altre si veda sent. 7 marzo 2000, *T. I. c. Regno Unito* (sub «the Court's assessment»: «Where States establish international organisations, or *mutatis mutandis* international agreements, to pursue cooperation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose of the Convention if Contracting States were hereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution [...]») e sent. 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*: ribadita – al par. 108 ss. – la propria giurisprudenza, la Grande Camera ha delineato la protezione dei diritti individuali nel diritto comunitario come equivalente a quella prevista dalla CEDU, trattandosi di sistemi «comparable», non necessariamente identici (paragrafi 149-155). Peraltro siffatta equivalenza è suscettibile di riesame ove si verificino mutamenti rilevanti nel sistema di protezione dei diritti fondamentali ed è superabile se, nelle circostanze del caso concreto, la protezione dei diritti tutelati dalla Convenzione si riveli manifestamente inadeguata (par. 156; si veda altresì sent. 12 maggio 2009, *Gasperini c. Italia e Belgio*). Rilevando che la protezione dei diritti individuali offerta dal diritto comunitario è equivalente a quella della CEDU, la Corte ha esercitato il proprio controllo su quel diritto. Nella sentenza, il concetto di protezione equivalente non è definito in astratto, bensì prendendo in considerazione l'ordinario funzionamento del sistema del ricorso pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (paragrafi 96-99 e 162). I limiti al funzionamento di quel ricorso posti dall'art. 68 del TCE sono venuti meno nel TFUE.

interpretata come limite assoluto al transito per via aerea dello straniero allontanato<sup>102</sup>.

D'altro canto, a parte il caso in cui lo Stato di riammissione e quello richiedente siano parti degli atti internazionali richiamati che rechino una norma di contenuto corrispondente alla clausola in esame, questa, richiamando espressamente il rischio di tortura, persecuzione ecc., è suscettibile di limitare l'operare degli accordi anche ove lo Stato terzo non sia parte di quegli atti; in particolare, della Convenzione del 1951<sup>103</sup>.

*10. Segue: in particolare, i limiti all'operare di quegli accordi in combinazione con il c.d. principio del safe third country*

Come è noto, e risulta dal dibattito nell'ambito del Consiglio giustizia e affari interni, gli Stati membri dell'Unione sostengono politiche e atti che hanno l'effetto di contenere i rifugiati nelle loro regioni di origine, nonché volte a realizzare il trasferimento della responsabilità dell'esame delle domande di asilo<sup>104</sup>. D'altro canto – è appena il caso di notare – gli accordi in esame non assicurano affatto che la persona di cui si tratta risieda nel territorio dello Stato di riammissione.

Or bene, in connessione con quanto osservato nel par. che precede, vale la pena di notare che le convenzioni opportunamente elencate nella clausola di non incidenza recano norme suscettibili di limitare l'operare degli accordi di riammissione in combinazione con il principio del *safe third country*; di limitare, cioè, l'utilizzazione di quegli accordi per faci-

<sup>102</sup> L'art. 8 del d.lgs. del 25 gennaio 2007 n. 24 (*G.U.*, Serie generale, 20 marzo 2007 n. 6, p. 6 ss.), sulla attuazione di quella direttiva, esclude il transito per via aerea se il cittadino di un Paese terzo corre il rischio di subire, nel Paese di destinazione o di transito, trattamenti inumani umilianti, la tortura o la pena di morte o rischia la vita o la libertà a causa della sua nazionalità, del suo orientamento sessuale, delle sue convinzioni politiche o della sua appartenenza ad un genere o ad un determinato gruppo sociale. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, è appena il caso di ricordare l'operare in materia delle disposizioni indicate *supra*, nota 2.

<sup>103</sup> Così nel caso della Libia: sulle prime posizioni dell'UE rispetto alla Libia, v. già le conclusioni della 2664<sup>a</sup> sessione del Consiglio giustizia e affari interni, tenutasi a Lussemburgo il 2-3 giugno 2005. In argomento v. HAMOOD, *EU-Libya Cooperation on Migration: A Raw Deal For Refugees and Migrants*, in *Journal of Refugee Studies*, 2008, p. 6 ss. della versione consultabile nel sito [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com).

<sup>104</sup> In argomento, tra gli altri, v. JUNKER, *Burden Sharing or Burden Shifting? Asylum and Expansion in the European Union*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2006, p. 293 ss.; SPERNBAUER, *The External Dimension of Europeanisation and the External Governance Approach: The Transfer of the Safe Third Country Concept Beyond the Boundaries of the European Union*, in *Designing the European Union. L'Union européenne: projets de société en devenir* (a cura di Snyder), Bruxelles, 2007, p. 84 ss.

litare l'allontanamento dei richiedenti asilo verso uno Stato (di destinazione, di transito) considerato, per l'appunto, sicuro, senza che sia stata esaminata la domanda di protezione internazionale<sup>105</sup>. La qual cosa non è priva di rilievo, posto che gli accordi di riammissione potrebbero essere utilizzati (a catena) anche per allontanare i richiedenti asilo verso il Paese di origine considerato sicuro<sup>106</sup>.

Il principio indicato è fondato su una costruzione ampia della Convenzione di Ginevra del 1951 e non è stato del tutto scartato dall'UNHCR<sup>107</sup>. Sinteticamente, nell'accezione più semplice di quello stesso principio, si afferma che le persone le quali abbandonino il proprio Paese per timore di una persecuzione (*ex art. 1, par. 2*) devono presentare la domanda di protezione nel primo Stato sicuro con cui esse abbiano contatto<sup>108</sup>. Combinato con gli accordi di riammissione (di cui sia-

<sup>105</sup> Tra gli altri, v. BOUTELLET-PAQUET, *op. cit.*, p. 359 ss., in specie p. 364 ss.; COLEMAN, *Community Readmission*, cit., p. 287 ss., anche per le differenze tra gli accordi di riammissione e il principio del *safe third country*, invero spesso equiparati.

<sup>106</sup> BORCHELT, *The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standards*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2002, p. 1 ss.; cfr. pure di seguito testo e nota 115.

<sup>107</sup> Ciò a condizione che la sua applicazione non comprometta l'applicazione delle norme pertinenti della Convenzione del 1951; anzi è stata rilevata la sua utilità per la «distribuzione» tra gli Stati dei richiedenti asilo (Executive Committee Conclusions, «Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection», n. 58 (XL) 1989, consultabile nel sito [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)); cfr. pure nella nota che segue.

<sup>108</sup> La costruzione in parola muove dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Ginevra, il quale esclude che gli Stati contraenti applichino sanzioni penali ai rifugiati in situazione irregolare provenienti «direttamente» dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata; muove, cioè, come è facile scorgere, da una interpretazione *a contrario* del termine «direttamente». La nozione di «Paese terzo sicuro» non è estranea al diritto comunitario: in effetti, ai sensi dell'art. 3, par. 3, del regolamento (CE) 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003 («sui criteri e i meccanismi di determinazione dello stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo», *G.U.U.E.* 25 febbraio 2003 *L* 50, p. 1 ss.), «ogni Stato membro mantiene la possibilità, conformemente alla propria legislazione nazionale, di inviare un richiedente asilo in un Paese, nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Ginevra». Si tratta di una disposizione di contenuto corrispondente all'art. 3, par. 5, della Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno Stato membro; ancorché sostituita dal regolamento indicato (art. 24, par. 1), quella Convenzione ha continuato a essere applicata nei rapporti tra la Danimarca e gli altri Stati membri (cfr. *supra*, par. 5). Il regolamento è stato oggetto di rilievi critici sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede. Dei concetti di Paese terzo e di origine sicuri fa menzione altresì la direttiva 2005/85/CE (art. 25 ss.), cit. (sulla stessa, anche per altre indicazioni bibliografiche, v. il nostro *Recenti tendenze dell'UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e «regime europeo comune»*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli,

no parte gli Stati di arrivo e di destinazione o di transito), quel principio può essere utilizzato (dal primo) per richiedere, per l'appunto, la riammissione del richiedente asilo nel Paese sicuro (di destinazione, di transito) dove avrebbe potuto ottenere – o abbia già ottenuto – siffatta protezione, così realizzandosi un passaggio di responsabilità nell'esame della domanda di asilo<sup>109</sup>.

Ora, la circostanza che una persona sia entrata, o cerchi di entrare, illegalmente in uno Stato membro provenendo da un Paese, in particolare, europeo considerato sicuro non costituisce una ragione sufficiente per poter allontanare quella persona verso lo Stato di provenienza anteriormente all'esame della domanda di asilo<sup>110</sup>.

2008, p. 959 ss.), in vista dell'applicazione negli ordinamenti interni di norme che consentano di ritenere irricevibili o infondate le domande di protezione internazionale presentate da persone provenienti da un Paese (di primo asilo o) terzo sicuro, o, rispettivamente, di origine sicuro. Per quanto qui interessa, va ricordato che, muovendo dall'affermazione del rispetto dei diritti fondamentali (preambolo, par. 8), le disposizioni della direttiva distinguono tra le nozioni di Paese terzo sicuro e di Paese terzo europeo considerato sicuro (*super safe*) e ricollegano l'applicazione di quest'ultimo concetto e del Paese di origine sicuro all'osservanza, negli Stati terzi, dei diritti fondamentali indicati dalla CEDU, del Patto sui diritti civili e politici, della Convenzione delle Nazioni Unite sul divieto di tortura ecc., e al rispetto del principio di *non refoulement* (articoli 27, 36 e Allegato II). Siffatta disciplina trova punti di contatto con le indicazioni, fornite dal Comitato esecutivo dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (cfr. la nota che precede) allo scopo di limitare l'operare del concetto in esame al caso di rifugiato che abbia ottenuto effettiva protezione nel terzo Stato, risulti protetto contro il *refoulement* e sia trattato nel rispetto dei diritti individuali fondamentali, finché non si trovi una soluzione al problema di cui si tratta. Sulle nozioni in parola, le differenze tra queste e il concetto di Paese di primo asilo (cui ha riguardo l'art. 26 della direttiva) e la prassi statale in materia, v. tra gli altri, l'ampio studio (pubblicato nel sito dell'Unione con la sigla DG JAI-A2/2002/04) predisposto, su incarico della Commissione, dal British Institut of International and Comparative Law, *The Law and Practice on Safe Country Principles against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Procedure*, Bruxelles, 2003; con altre indicazioni bibliografiche, BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, 2006, p. 344 ss.; inoltre la pubblicazione dell'European Legal Network on Asylum (ELENA), *The Application of the Safe Country of Origin Concept in Europe*, consultabile nel sito [www.ecre.org](http://www.ecre.org).

<sup>109</sup> In argomento v. LAVENEX, *Safe Third Country. Extending the EU Asylum and Immigration Policies to Central and Eastern Europe*, Budapest-New York, 1999 (indicazioni bibliografiche a p. 177 ss.); BYRNE, NOOL, *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee protection in an Enlarged European Union*, The Hague, 2002, p. 17 ss.; HATHAWAY, op. cit., p. 293 ss.; GOODWIN-GILL, MCADAM, op. cit., p. 390 ss.; JOHN-HOPKINS, *The Emperor's New Safe Country Concepts: A UK Perspective on Sacrificing Fairness on the Altar of Efficiency*, in *Int. Journal of Refugee Law*, 2009, p. 218 ss.; SPERNBAUER, op. loc. cit.

<sup>110</sup> Per quest'ordine di considerazioni, nonché per quanto di seguito, nel testo, v. le posizioni dell'ECRE e di *Amnesty International* riportate in European Legal Network on Asylum (ELENA), op. cit., p. 5 s.; le osservazioni critiche dell'UNHCR, *Towards a Common European Asylum System*, in *The Emergence of a European Asylum Policy* (a

Invero, trattandosi del rischio di violazione dell'art. 3 della CEDU, per indicazione della Corte europea gli Stati hanno l'obbligo di esaminare rigorosamente e in modo indipendente la posizione degli interessati, con mezzi idonei a evitare gli effetti potenzialmente irreversibili del provvedimento di allontanamento che riguardi questi ultimi, compresa la sospensione dell'esecuzione di detto provvedimento. Ciò in considerazione del carattere assoluto del diritto tutelato da quella norma<sup>111</sup>. Né potrebbero trovare applicazione termini procedurali rigidi che non tengano conto del rischio irreparabile di violazione del diritto in parola<sup>112</sup>.

In particolare, in una specie di trasferimento del richiedente asilo verso uno Stato *safe*, competente a esaminare la domanda in base ad un accordo internazionale, la Corte ha attirato l'attenzione sull'esigenza che sia valutata l'esistenza in detto Stato di garanzie processuali idonee a proteggere il richiedente asilo da un immediato e sommario allontanamento verso un Paese terzo (di appartenenza) dove rischiava di essere sottoposto a un trattamento vietato dall'art. 3 della CEDU<sup>113</sup>. La Corte

cura di Dias Urbano de Sousa, de Bruycker), Bruxelles, 2004, p. 227 ss., in specie p. 231, e nella *Note* consultabile nel sito [www.ecre.org](http://www.ecre.org); la *Information Note* dell'ECRE (con la sigla IN1/10/2006/EXT/II), consultabile nello stesso sito; JUNKER, op. loc. cit.

<sup>111</sup> Come risulta dalla sua formulazione incondizionata; la stessa reca un valore fondamentale delle società democratiche (e quindi non derogabile «anche nelle circostanze più difficili, come la lotta al terrorismo e al crimine organizzato»: v., con altre indicazioni giurisprudenziali, sent. 26 ottobre 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 112; sent. 11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Olanda*, par. 136; sent. *Saadi*, cit., par. 125 ss.). Nella giurisprudenza in parola, ulteriore conferma del carattere assoluto dell'art. 3 è desunta da un confronto dello stesso con l'art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati (norma che, a differenza della prima, prevede, per le considerazioni in essa indicate, l'operare di limiti al divieto di espulsione dei rifugiati verso frontiere di territori in cui, in particolare, potrebbe essere minacciata la loro vita): cfr. sent. 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, par. 49 s.; sent. 26 luglio 2005, *N. c. Finlandia*, par. 59. Nel senso indicato vanno segnalate, tra le altre, le posizioni dell'Alto Commissario per i diritti umani nello «Human Rights Day Statement», del 7 novembre 2005 (nella pagina web dell'OHCHR consultabile nel sito [www.un.org](http://www.un.org)), «on terrorists and tortures»: «The right to be free from torture and cruel, inhuman or degrading treatment [...] may not be subject to any limitation, any where, under any condition»; e del Joint Committee on Human Rights nel nono rapporto del 18 maggio 2006, consultabile nel sito [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk).

<sup>112</sup> V. le indicazioni della Corte europea, sent. 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, par. 79, che richiama in proposito quanto già osservato in sent. 11 luglio 2000, *Jabari c. Turchia*, par. 50. Sull'orientamento degli organi di garanzia della CEDU consistente nel desumere esigenze di legalità e garanzie processuali dalle stesse norme della cui violazione si tratta, in specie dagli articoli 2, 3 e 8, v. il par. 5 del nostro scritto cit. *supra*, nota 108.

<sup>113</sup> Cfr. le indicazioni nel caso *T.I.*, cit. («In the present case, the applicant is threatened with removal [dal Regno Unito] to Germany [...]. It is accepted by all parties that the applicant is not, as such, threatened with any treatment contrary to Article 3 in Germany. Is removal to Germany is however one link in a possible chain of events which

non ha affatto scartato che, in circostanze particolari, per le ragioni riferite, siffatta espulsione possa porre un problema di violazione della Convenzione europea.

La Corte ha richiamato l'attenzione anche sulla prassi pertinente seguita dallo Stato verso il quale la persona sia allontanata nei rapporti con lo Stato terzo di cui sia cittadino quella stessa persona<sup>114</sup>; in specie sull'esistenza di garanzie offerte dal primo Stato contro l'eventuale allontanamento (nel secondo).

In altri termini, la Corte ha posto in luce la necessità di un attento esame delle caratteristiche del caso di specie. Ne consegue che l'applicazione pura e semplice del criterio del *safe third country*, nei rapporti tra Stati, ancorché europei, considerati, per l'appunto, sicuri, non esclude dunque il pericolo di *refoulement* da parte degli stessi<sup>115</sup>.

In conclusione, affinché quel criterio possa funzionare in conformità con il divieto di *refoulement*, nonché con i principî e i diritti fondamentali operanti nell'ordinamento dell'UE, per quanto qui interessa, è necessa-

might result in his return to Sri Lanka where it is alleged that he would face the real risk of such treatment. The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 [...]. Nor can the United Kingdom rely automatically in that context» sulla Convenzione di Dublino. Inoltre, sebbene detta Convenzione persegua «laudable objectives, its effectiveness may be undermined in practice by differing approaches adopted» dagli Stati. «The Court primary concern is whether there are effective procedural safeguards of any kind protecting the applicant from being removed from Germany to Sri Lanka [...]». Ora, «it is satisfied by the Germany Government's assurances that the applicant would not risk immediate or summary removal to Sri Lanka»). Siffatte indicazioni sono state ribadite dalla Corte, sent. *Salak Sheck*, cit., in vista di un'espulsione in aree «safe» della Somalia. Da segnalare gli svolgimenti di Lord Slynn concernenti la decisione della House of Lords, 19 dicembre 2000, *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adan* e *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Aitseguer*, nel pertinente percorso del sito [www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk).

<sup>114</sup> V. sent. 2 dicembre 2008, *K.R.S. c. Regno Unito*.

<sup>115</sup> Degni di nota in tal senso i casi richiamati nel documento (n. 8598, 21 dicembre 1999) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Restrictions au droit d'asile dans les Etats Membres du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne*, p. 5, consultabile nel sito [www.coe.int](http://www.coe.int); v. pure l'*Information Note* dell'ECRE, cit.; NOLL, *Formalism v. Empiricism: Some Reflections on the Dublin Convention on the Occasion of Recent European Case Law*, in *Nordic Journal of Int. Law*, 2001, p. 161 ss.; BORCHELT, op. loc. cit.; le osservazioni di LEGOMSKY, *Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection*, in *Int. Journal of Refugee Law*, 2004, p. 567 ss. Sul rilievo della «personal situation» del richiedente asilo v. pure il caso *H.F.*, cit., par. 93 s. Infine, degna di nota, nel senso qui considerato, la decisione del TAR Puglia del 24 giugno 2008 n. 1870, di annullamento di trasferimento in Grecia di un richiedente asilo.

rio poter stabilire che lo Stato europeo di transito e quello di destinazione del richiedente asilo siano *safe* (non solo in generale, ma) per quella persona. Su queste basi, dunque, l'operare della riammissione (conseguente al provvedimento di allontanamento) dovrebbe considerarsi subordinato all'accertata inesistenza dei pericoli indicati; in particolare, giusta le indicazioni della Corte europea, all'accertato funzionamento nello Stato richiesto di un quadro normativo idoneo a impedire il rischio di *refoulement*, ancorché indiretto, della persona da riammettere.

L'attenzione dunque si sposta sul contenuto delle leggi statali; sull'operare dei protocolli applicativi degli accordi di riammissione che possono essere conclusi dagli Stati membri, nonché sui procedimenti formali e informali di riammissione di cui fanno menzione gli accordi.



## SICUREZZA COLLETTIVA E CONTRASTO DEL TERRORISMO NEL BACINO DEL MEDITERRANEO

Nicoletta PARISI\*

SOMMARIO: 1. La centralità del Mediterraneo ai fini della stabilizzazione del continente europeo. – 2. I fatti di terrorismo come fatti di *international concern*: un tentativo di definizione di terrorismo di portata universale come presupposto per l'azione di contrasto interna e internazionale. – 3. I tentativi di pervenire a una definizione di terrorismo di portata internazionale regionale: l'*Euro-Mediterranean Code of Conduct on Countering Terrorism* (2005). – 4. La strategia europea di contrasto al terrorismo transnazionale. – 4.1. La prevenzione. – 4.2. La protezione degli obiettivi sensibili di Unione e Stati membri. – 4.3. La risposta repressiva: la cooperazione fra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea sul piano giudiziario penale. – 4.4. La risposta solidale. – 5. A proposito dei limiti dell'attività di contrasto del terrorismo transnazionale nella regione euro-mediterranea. – 6. Una breve considerazione conclusiva: terrorismo, sicurezza collettiva e «tenuta» del regime democratico.

### *1. La centralità del Mediterraneo ai fini della stabilizzazione del continente europeo*

Mi piace iniziare con un passo significativo tratto dall'opera di chi – non a caso invitato all'incontro annuale della nostra Società – già tante energie intellettuali ha speso per studiare questa regione del mondo. Scrive Matvejevis che il Mar Mediterraneo – a motivo della propria posizione geografica, di fattori geo-politici, di interessi economico-commerciali – è sempre stato, fin da un lontanissimo passato, crocevia fondamentale di popoli e culture e, per questo, culla di civiltà. Ciò sostiene a

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Catania.

partire dall'osservazione che «lungo le coste del Mediterraneo passava la via della seta, si incrociavano le vie del sale e delle spezie, degli oli e dei profumi, dell'ambra e degli ornamenti, degli attrezzi e delle armi, della sapienza e della conoscenza. Gli empori ellenici erano ad un tempo mercati ed ambasciate. Lungo le strade romane si diffondevano il potere e la civiltà. Dal territorio asiatico sono giunti i profeti e le religioni [...]»<sup>1</sup>. Dunque il bacino del Mediterraneo fu, per tempi non brevi, luogo privilegiato di condivisione di religioni e cultura, di fatti economici, politici e giuridici.

Le contingenze attuali ne accrescono la centralità, allargandone la rilevanza all'intero continente europeo, oltre che al livello universale. Oggi queste sponde vivono, infatti, situazioni che non è esagerato definire conflittuali ed emergenziali. Si versa in un periodo di grande instabilità, in relazione al quale le tensioni latenti ed evidenti, nonché le grandi disparità rappresentano un pericolo concreto e attuale. Sono presenti in questa regione del mondo pressoché tutti i fenomeni capaci di destabilizzare il tessuto sociale: forti disequaglianze economiche e sociali fra le società che si affacciano sulla sua sponda settentrionale e su quella meridionale (contraddistinte, questi ultime, anche da fenomeni di sottosviluppo); rapporti politici già tradizionalmente difficili per essere avvelenati dall'eredità coloniale, aggravati da conflitti ormai di lunga data, dagli effetti di ricaduta di una delimitazione artificiosa delle frontiere, da fenomeni di fondamentalismo religioso, da violazioni gravi e sistematiche dei diritti fondamentali individuali e dal mancato rispetto dei diritti delle minoranze. Si tratta di fenomeni e situazioni che hanno indubbiamente funzionato da incubatori del terrorismo<sup>2</sup>.

A propria volta, gli eventi del settembre 2001 hanno innalzato la so-

<sup>1</sup> MATVEJEVIS, *Breviario mediterraneo*, Milano, 1994, p. 17; sulla stessa lunghezza d'onda v. BRAUDEL, *Il Mediterraneo. Lo spazio la storia gli uomini le tradizioni*, Milano, 2002.

<sup>2</sup> Sul fenomeno del terrorismo di matrice islamica nel bacino del Mediterraneo, fra i tanti, v. da ultimo SERRANÒ, *Le armi razionali contro il terrorismo. La sfida delle democrazie di fronte alla violenza terroristica*, Milano, 2009, in particolare 2° capitolo. Più in generale sulle cause che alimentano il fenomeno a livello internazionale v. *Report of the Secretary-General, Uniting Against Terrorism: Recommendations for a Global Counterterrorism Strategy*, doc. A/60/825 del 27 aprile 2006, punto II.B. Sul dialogo politico avviato a livello internazionale in funzione di rafforzamento della sicurezza e contrasto al terrorismo v., sempre nel vasto panorama di contributi, SOLTAN, *Southern Mediterranean Perceptions and Proposal for Mediterranean Security*, EuroMeSCo Brief 8 (2004); LANDAU, FOUAD, *Regional Security Dialogue and Cooperation in the South: Exploring the Neglected Dimension of Barcelona*, EuroMeSCo Paper 48 (2006); AMIRAH, *The EU, the US and the Muslim World*, Real Instituto Elcano ARI, 83/2007; VEGETTI, *Una geopolitica immaginaria del mediterraneo*, in *Impresa&Stato*, 2009-2010 n. 87, p. 19 ss., specificamente p. 25.

glia della percezione dell'insicurezza dei cittadini (non solo) europei e hanno, contestualmente, determinato una sistemica, e per questo ancor più pericolosa, equazione – nella percezione dell'opinione pubblica e nelle prevalenti risposte delle autorità<sup>3</sup> – fra la loro commissione e il fenomeno migratorio di grandi proporzioni, non più episodico, bensì strutturale, contraddistinto da una particolare intensità nella direzione dei confini meridionali dell'Europa<sup>4</sup>. Si tratta di due situazioni che, manifestando in questi anni gravi punti di criticità, sono capaci di destabilizzare l'ordine giuridico interno e internazionale, la cui saldatura rende ancor più problematica e complessa la risposta delle autorità pubbliche: a queste si chiede, infatti, di bilanciare le incompressibili esigenze della sicurezza (così penetranti da determinare anche reazioni indotte dalla percezione di versare in una perenne situazione di emergenza) con la preservazione dell'ordine costituito, ivi compreso il sistema di garanzie che,

<sup>3</sup> Il collegamento fra migrante e persona sospetta di terrorismo ben si manifesta nelle risposte degli Stati membri dell'Unione al questionario sottoposto loro dalla Commissione europea e infine condensate nel *Commission Staff Working Paper Document, Synthesis of the replies from the Member States to the Questionnaire on criminal law, administrative law/procedural law and fundamental rights in the fight against terrorism*, del 19 febbraio 2009, SEC(2009)225 final: al quesito relativo a quale livello di sospetto sia necessario per imporre misure specifiche antiterrorismo in assenza di prove certe, la quasi totalità degli Stati ha risposto legando la questione al fenomeno dell'immigrazione (pp. 15-20), con ciò aderendo alla presunzione che il terrorista venga da aree del mondo esterne al territorio degli Stati membri dell'Unione. Si tratta di un collegamento concettuale rilevato pure dall'Osservatorio «Carta di Roma» nel proprio primo rapporto su immigrazione e asilo nei media italiani, Università di Roma-La Sapienza, dicembre 2009, disponibile nel sito <http://www.fnsi.it>; e fatto proprio anche a livello normativo (v. da ultimo, in relazione al «pacchetto sicurezza» italiano di cui si dirà in nota 31, MANCINI, *Riflessi su tratta di persone, traffico di migranti e tutela dei diritti*, in <http://www.altalex.com>). Differente è ovviamente la prospettiva di chi esamina, a partire dal fenomeno del terrorismo, le risposte sul piano normativo che sono state date o che possono essere date al diverso fenomeno dell'immigrazione, anche con riferimento all'esigenza di contrasto dell'immigrazione illegale, dal cui bacino si alimenta la criminalità anche di segno politico: v. al proposito, per un esempio di questo approccio programmatico, la comunicazione della Commissione su *Una strategia sulla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, COM(2005)491 def., 12 ottobre 2005, specificamente pp. 4-6 e 10-11.

<sup>4</sup> Al proposito rinvio alla relazione presentata al Parlamento europeo dalla sua Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni su Le connessioni tra migrazione legale e illegale e l'integrazione dei migranti, 3 maggio 2005, doc. seduta PE 2005-2009, A6-0136/200. A tacere delle polemiche politiche sul punto emerse (non solo in Italia) a seguito degli attentati terroristici messi a punto a partire dal 2001, rinvio alla relazione del Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di EUROPOL, di controllo e vigilanza in materia di diritti individuali e diritto alla sicurezza, in *Atti del Comitato parlamentare*, 1° luglio 2004, p. 132 s. Più in generale v. le considerazioni di STELLA, *L'orda. Quando gli albanesi eravamo noi*, Milano, 2002.

con un espressione sintetica densissima di significati, si traduce nel riferimento al principio dello «stato di diritto»<sup>5</sup>.

Tuttavia «[s]ul Mediterraneo è stata concepita l'Europa»<sup>6</sup>, e la struttura istituzionale che oggi principalmente governa la cooperazione fra i suoi Stati – l'Unione europea – detiene un'estesa e significativa responsabilità in materia: è la stessa creazione di spazio di libertà, sicurezza e giustizia coincidente con un'area di libera circolazione dei prodotti e dei fattori della produzione a favorire, in conseguenza della globalizzazione dei mercati e del fisiologico flusso di persone che essa comporta, anche fenomeni patologici, fra i quali in questa sede interessano in particolare la libera circolazione della criminalità, dei suoi «attori» e dei «prodotti» della loro attività illegale<sup>7</sup>. Non è questa la sede per approfondire i motivi, e i conseguenti snodi decisionali, che hanno determinato gli Stati a conferire all'Unione responsabilità e appropriati poteri d'azione in tema di contrasto della criminalità transnazionale<sup>8</sup>. Ciò da cui occorre prendere le mosse è la considerazione secondo la quale l'azione di contrasto al terrorismo (quando esso non sia a dimensione meramente interna) è oggi avvertita come una questione di sicurezza dell'Unione europea in quanto tale (oltre che, individualmente, di ciascuno dei suoi Stati membri) e che per far fronte a questa responsabilità l'Unione si è attrezzata con una propria strategia<sup>9</sup> – in modo non difforme, sebbene con risultati diversi,

<sup>5</sup> Sul significato e i contenuti dell'espressione mi limito a rinviare all'ancora insuperato contributo di PANUNZIO, *Lo Stato di diritto*, Città di Castello, 1921, al quale *adde* AMATO, *Lo Stato di diritto: l'immagine e l'allegoria*, in *Rivista int. di filosofia del diritto*, 1991, p. 68 ss.

<sup>6</sup> Ancora MATVEJEVIS, *Breviario mediterraneo*, loc. cit.

<sup>7</sup> Sull'abbattimento delle frontiere interne in ambiti regionali culturalmente ed economicamente omogenei in quanto fattore che favorisce la globalizzazione del crimine e sulla struttura transnazionale che esso è andato assumendo v., in un'ottica che privilegia la prospettiva della cooperazione in campo penale, gli spunti (e i rinvii alla dottrina più significativa in argomento) nel mio *Su taluni limiti nell'attività di ricerca e acquisizione della prova penale di reati informatici (ancora a proposito del potenziale conflitto fra esigenze della sovranità e rispetto dei diritti della persona)*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Mario Pisani* (Piacenza, 2010, II), in particolare par. 2. In una prospettiva politologica rinvio a ANDERSON, APAP, *Changing Conceptions of Security and Their Implications for EU Justice and Home Affairs Cooperation*, in *CEPS Policy Brief No. 26*, October 2002.

<sup>8</sup> La competenza dell'Unione in materia di contrasto del terrorismo si fonda sugli artt. 82 e 83 del TFUE, che conferiscono all'Organizzazione i poteri d'azione utili, dalla prospettiva penalistica, a fare dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sulla latitudine delle competenze dell'Unione europea in materia penale alla luce della nuova disciplina originata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, v. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale* (a cura di Draetta, Parisi), Milano, 2010<sup>3</sup>, pp. 5-20 e 60-94.

<sup>9</sup> Si tratta di una strategia della quale si dirà in sintesi nel par. 4.

rispetto ad altri ambiti regionali di cooperazione<sup>10</sup> – , in piena sintonia con le generalissime linee tracciate dalle Nazioni Unite nel documento intitolato a una *Global Counter-Terrorism Strategy* e al *Plan of Action* che ne è scaturito<sup>11</sup>.

*2. I fatti di terrorismo come fatti di international concern: un tentativo di definizione di terrorismo di portata universale come presupposto per l'azione di contrasto interna e internazionale*

Secondo questa strategia «The United Nations should project a clear, principled and immutable message that terrorism is unacceptable. Terrorists must never be allowed to create a pretext for their actions. Whatever the causes they claim to be advancing, whatever grievances they claim to be responding to, terrorism cannot be justified. The Nations must maintain the moral high ground in this regard»<sup>12</sup>. Una condanna così perentoria richiama immediatamente alla mente l'analogo giudizio di disvalore che da secoli accompagna i responsabili di atti di pirateria, i quali sono qualificati «hostis humani generis». Non è un caso, dunque, che di pirateria e terrorismo si sottolineino gli elementi di contiguità<sup>13</sup> e che nella prassi governativa più recente i due fenomeni vengano

<sup>10</sup> Per una esauriente panoramica degli strumenti normativi elaborati in altri ambiti di cooperazione internazionale regionale rinvio al contributo di GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 5 ss., specificamente pp. 19-22; alla prassi convenzionale intervenuta fino al 2004 (data alla quale è aggiornato il contributo ult. cit.) occorre aggiungere la più recente, di produzione per l'ambito europeo, principalmente su iniziativa del Consiglio d'Europa (in particolare la Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005, disponibile nel sito [www.coe.int](http://www.coe.int)), raccolta in *The Fight against Terrorism - Council of Europe Standards*<sup>4</sup>, Strasbourg, 2007.

<sup>11</sup> Ris. n. 60/288, dell'8 settembre 2006, dell'Assemblea generale dell'ONU, che – nel far proprie le sollecitazioni contenute nel rapporto del Segretario generale, *Uniting against terrorism: recommendations for a global counter-terrorism strategy* (doc. A/60/82527, del 27 aprile 2006) – riporta in allegato il richiamato piano d'azione. In relazione al fatto che la strategia dell'Unione sia coordinata con quella intessuta nell'ambito delle Nazioni Unite v. la «nota» del Consiglio dell'Unione del 30 novembre 2005, *The European Union Counter Terrorism Strategy*, doc. 14469/4/05, Rev. Identica strategia è riaffermata nella comunicazione della Commissione sull'intensificazione della lotta contro il terrorismo, COM(2007) 649 def., 6 novembre 2007, p. 3. Il discorso sarà approfondito più oltre (par. 4) e dunque lì si rinvia per il richiamo puntuale ad altra documentazione europea pertinente.

<sup>12</sup> *Uniting against terrorism*, cit., punto 9.

<sup>13</sup> V. le valutazioni di VALENCIA, *Piracy and Terrorism in Southeast Asia: Similarity, Differences and Their Implications*, in *Piracy in Southeast Asia: Status, Issues, and Responses* (a cura di Johnson, Valencia), Singapore, 2005, in particolare p. 77 ss.

affrontati congiuntamente<sup>14</sup> e apprezzati quali fatti da contrastare a partire anzitutto dal piano internazionale, stante la globalità della minaccia arrecata da essi a beni e persone.

L'atto di terrorismo è considerato universalmente condotta penalmente rilevante: esso si manifesta tramite fatti suscettibili di arrecare gravi danni anzitutto a beni e persone, alle istituzioni pubbliche, ai valori della società nel suo complesso; tutti beni apprezzati da ogni ordinamento giuridico come meritevoli della massima protezione e in relazione ai quali è apprestata la garanzia più alta, quella offerta, appunto, dal diritto penale. Tuttavia, è difficile dare dell'atto di terrorismo una definizione semanticamente univoca. La comunità internazionale non è omogenea nell'apprezzamento delle specifiche condotte da ascrivere alla categoria del terrorismo; è questo il motivo per il quale si registra, di conseguenza, una scarsa disponibilità a conseguire una definizione di esso che sia di applicazione generale (a tutte le manifestazioni del fenomeno) e universalmente condivisa (ovvero accolta da una norma di diritto internazionale consuetudinario). Manca di conseguenza uno strumento scritto che direttamente<sup>15</sup> stipuli una definizione di terrorismo per la grande generalità degli Stati<sup>16</sup>.

La giustificazione di questa situazione è da rinvenire nel fatto che al fenomeno è difficile rapportarsi con un approccio ideologicamente neutrale, e una sua definizione anche solo dal punto di vista politico-filosofico è segnata dalla posizione nella quale individualmente ci si situi. Oggi, come nel passato, può essere qualificata come terroristica l'attività di una frangia estrema di un movimento rivoluzionario che abbia assunto il potere, così come è avvenuto nel passato, quando si affermò il termine di terrorismo a proposito dell'esercizio di autorità, cioè quando si radicò in Francia seppure per breve tempo – fra il 1793 e il 1794 – il regime radicale instaurato da Robespierre; ovvero quando – nel 1911 – nel corso della guerra italo-libica il generale Giulio Douhet teorizzò il terrorismo di Stato<sup>17</sup>. Identica qualificazione potrebbe essere data di una guerra di

<sup>14</sup> V. da ultimo il comunicato finale del G8 tenutosi a Roma il 30 maggio 2009, consultabile in <http://www.g8italia2009.it>.

<sup>15</sup> Sul fatto che esista una definizione indiretta di terrorismo – quella contenuta nella *International Convention for the suppression of the financing of terrorism* (c.d. Convenzione «financing»), aperta alla firma nel quadro delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1999 – v. GIOIA, *Terrorismo internazionale*, cit., pp. 7 e 32.

<sup>16</sup> Esistono convenzioni a livello regionale, che in modo uniforme definiscono la condotta per il tempo di pace, facendo invece registrare, appunto, una grande varietà di soluzioni per le stesse condotte quando tenute in tempo di conflitto armato (*infra*, par. 3).

<sup>17</sup> Sul punto v. SCOVAZZI, *Il terrorismo di stato nell'opera di Giulio Douhet*, in *Conflitti armati e situazioni di emergenza* (a cura di Papanicolopulu, Scovazzi), Milano, 2007, p. 131 ss.

liberazione nazionale condotta sulla base del principio di autodeterminazione dei popoli (al pari dei moti rivoluzionari verificatisi nel corso dell'Ottocento in territorio italiano); ovvero di una forma di governo autocratico (come è stato il regime del terrore instaurato da Stalin in Unione sovietica). Non è un caso che gli stessi fenomeni verificatisi negli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso (allora presuntivamente inquadrati, dalla prospettiva della loro legalità alla luce del principio di autodeterminazione dei popoli, e dunque qualificati come guerre di liberazione nazionale) oggi vivano di un'opposta presunzione: l'atto di guerriglia viene protetto come eccezione rispetto al generale giudizio di disvalore accordato a chi è, appunto in via presuntiva, anzitutto apprezzato come terrorista. La qualificazione di un atto come terroristico comporta dunque conseguenze giuridiche contraddistinte da giudizi di disvalore ideologicamente connotati: ciò comporterebbe dare, a mia volta, un giudizio di valore<sup>18</sup>.

Ciò dà anche conto di una certa mia ritrosia a cimentarmi nel tentare una (nuova) definizione generale di terrorismo. Tuttavia la necessità di una qualificazione giuridica del fenomeno si impone, se ci si situa nel quadro di un ordinamento che voglia tener fermo il principio di legalità, dunque di tassatività del reato e delle pene. Basti pensare che si tratta anzitutto di ascrivere un comportamento a manifestazione legittima del diritto alla libertà di espressione<sup>19</sup> e di associazione, piuttosto che a «concreto programma di violenza»<sup>20</sup>. Si aggiunga che, in questa seconda ipotesi, occorre distinguere fra condotta di terrorismo o di criminalità co-

<sup>18</sup> Al riguardo mi sembra significativo il pur per altri aspetti discutibile pensiero di SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.

<sup>19</sup> È sintomatico che gli atti internazionali che si occupano di contrasto del terrorismo internazionale contengano disposizione che si richiamano alla necessità di far salva la libertà di espressione: v. al riguardo 8° considerando del Preambolo della Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005, cit. (che afferma anche il diritto alla libertà di associazione); e art. 2 della decisione quadro del Consiglio dell'Unione 2008/919/GAI, cit. (sebbene con un'espressione un po' circonlocutoria dal momento che – sotto la rubrica «Principi fondamentali relativi alla libertà di espressione» dichiara che «la presente decisione quadro non ha l'effetto di imporre agli Stati membri di adottare misure che siano in contrasto con i principi fondamentali relativi alla libertà di espressione [...]).

<sup>20</sup> La problematicità della distinzione emerge dalla cospicua giurisprudenza: per quella italiana richiamo soltanto la sentenza della Cassazione, V sez. pen., del 4 luglio 2008, n. 39545 (dalla quale è tratta la citazione riportata nel testo); analogamente la sentenza della Cassazione, sez. I, dell'11 maggio-20 giugno 2000, *Paiano e altri*, riv. n. 216253; nello stesso senso già la sentenza della Cassazione, sez. I, del 7 aprile-10 agosto 1987, *Angelici*, riv. n. 176516 e, da ultimo, le sentenze della Cassazione, sez. I, n. 35427/05, del 21 giugno-30 settembre 2005, *Drissi*; V sez. pen., 2 ottobre 2008, n. 39430; del G.i.p. di Brescia del 31 gennaio 2005 (cit. in nota 39).

mune, individuale od organizzata che sia<sup>21</sup>. Se poi si accede alla conclusione che si tratti di fatto di terrorismo, tale qualificazione determina – a guardare la prassi degli Stati<sup>22</sup> – attitudini sul piano del diritto penale sostanziale quali la previsione di fattispecie incriminatrici generiche e indeterminate<sup>23</sup>, nonché l'aggravamento delle sanzioni<sup>24</sup>. Sul piano dei poteri attribuiti alle autorità di polizia e del diritto processuale penale tale qualificazione può comportare l'applicazione di speciali misure investigative<sup>25</sup> e di particolari condizioni di detenzione<sup>26</sup>; l'impiego di criteri di

<sup>21</sup> Sulla finalità come indicatore utile a distinguere fra i diversi fenomeni criminosi v. *infra*, par. 3.

<sup>22</sup> Sulla prassi degli Stati membri dell'Unione europea è stato pubblicato il *Commission Staff Working Paper Document, Synthesis of the replies*, cit., della Commissione europea SEC(2009)225 final, cit., il quale offre un quadro assai inquietante – sulla base di risposte date dalle amministrazioni degli Stati membri – circa le difficoltà che gli ordinamenti nazionali incontrano nell'attività di contrasto del terrorismo a fronte delle esigenze di rispetto dei diritti della persona: emerge dal documento che molti fra gli Stati membri dell'Unione europea hanno adottato norme penali sostanziali e processuali per facilitare l'attività di investigazione e di repressione in materia di terrorismo che hanno riflessi in termini di compromissione delle garanzie individuali (p. 5 ss.): di tale prassi si dà conto sinteticamente nelle note che seguono. Per una panoramica di esse v. anche *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo* (a cura di Gargiulo, Vitucci), Napoli, 2009, *passim*.

<sup>23</sup> Ciò si è verificato nell'ordinamento francese in virtù della *Loi relative à la sécurité quotidienne* del 15 novembre 2001 e nell'ordinamento tedesco a seguito della *Terrorismusbekämpfungsgesetz* del 9 gennaio 2002.

<sup>24</sup> A proposito delle norme nazionali che stabiliscono nel senso che la finalità di terrorismo costituisca un'aggravante di atto già qualificato come reato comune (per esempio come omicidio, furto, presa di ostaggi, ecc.) v. *Commission Staff Working Paper Document, Synthesis of the replies*, cit., punto 11.

<sup>25</sup> Sulle normative di Stati membri dell'Unione europea che dispongono in questo senso v. *Commission Staff Working Paper Document, Synthesis of the replies*, cit., p. 32 e p. 41 ss. A proposito della Convenzione di Prüm e della gestione delle banche dati europee (quali DNA, EURODAC, VIS, SIS II, ecc.) v. la comunicazione della Commissione del 24 novembre 2005, concernente il miglioramento dell'efficienza e l'incremento dell'interoperabilità e delle sinergie tra le banche dati europee nel settore della giustizia e degli affari interni, COM(2005) 597 def.; rinvio oltre per approfondimenti relativi al principio di disponibilità che sottende l'interoperabilità fra i servizi nazionali (e le relative banche dati) che raccolgono, ordinano e gestiscono le informazioni di polizia e di *intelligence*. In dottrina v. RINOLDI, *Lo spazio di libertà*, cit., par. 5.

<sup>26</sup> Si consideri al proposito, sintomaticamente, il *2001 Antiterrorism, Crime Security Act* adottato dal Regno Unito (sulla cui non conformità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto al regime ivi previsto in materia di misure eccezionali di detenzione si è pronunciata la *House of Lords* con decisione del 16 dicembre 2004, pubblicata in <http://www.publications.parliament.uk/pa>): sulla vicenda rinvio a SCISO, *Libertà fondamentali della persona e misure di contrasto al terrorismo internazionale: Governo, Corti e Parlamento britannici a confronto*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 454 ss. V. in aggiunta quanto riportato nel *Commission Staff Working Paper Document, Synthesis of the replies*, cit., punti 2 e 6. Si considerino infine le valutazioni giuridiche date in ordine alle condizioni di detenzione in Guantanamo dalla Corte suprema statunitense nei casi *Rasul c. Bush* (sentenza del 28 giugno 2004, disponibile nel sito <http://www.law.cornell.edu>) e

giurisdizione non altrimenti utilizzabili<sup>27</sup> e di corti speciali o in composizione speciale<sup>28</sup>; il ricorso a restrizioni nell'attività difensiva dell'indagato e dell'imputato<sup>29</sup>; l'uso di *standards* processuali diversamente rigorosi, soprattutto in tema di utilizzo del materiale di *intelligence* ai fini della formazione della prova<sup>30</sup>; il ricorso a misure di espulsione<sup>31</sup> e a forme di cooperazione internazionale fra autorità di polizia, di *intelligence* e giudiziarie penali nazionali, escluse in radice nel caso non si versi in una situazione «di seria e consapevole disponibilità [...] alla realizzazione del programma criminoso [...]» (anche manifestato tramite) «editti radicali» o comunque manifestata con l'adesione ai principi del

*Boumediene c. Bush - Al Odah vs. United States* (sentenza del 12 giugno 2008, disponibile nel sito <http://www.law.cornell.edu>).

<sup>27</sup> A proposito del ricorso al criterio di giurisdizione penale universale per il caso della qualificazione dell'atto di terrorismo come crimine di diritto internazionale dell'individuo rinvio *infra*, alla nota 34.

<sup>28</sup> Il *Commission Staff Working Paper Document, Synthesis of the replies*, cit., punto 2, dà conto della creazione – in funzione di repressione di fatti di terrorismo – di *special prosecutors*, corti speciali o corti a speciale composizione. Ancora una volta la prassi (non europea, ma) statunitense conseguente ai fatti di Guantanamo sono illuminanti (v. al riguardo la sentenza della Corte suprema del 12 giugno 2008, *Boumediene et al. c. Bush*, cit., che ha infine accertato il diritto dei detenuti nella base statunitense di Guantanamo a godere di un ricorso effettivo alla giustizia ordinaria).

<sup>29</sup> V. doc. ult. cit a proposito della previsione negli Stati membri dell'Unione europea di procedure particolari ai fini dell'esibizione delle prove e per casi di inversione dell'onere della prova. Emblematica, per la realtà extra-europea, è la situazione venutasi a determinare negli Stati Uniti seguito dell'adozione del 2001 *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* (c.d. *Patriot Act*), che ha conseguito l'effetto di sospendere le garanzie processuali della difesa di quanti siano sospettati di terrorismo. Quanto in particolare alla procedura cd. del *blacklisting* messa in campo da organizzazioni internazionali quali Nazioni Unite e Unione europea, rinvio oltre, par. 5.

<sup>30</sup> A proposito della prassi normativa e giurisprudenziale statunitense ed europea (in particolare belga) in materia di utilizzo del materiale di *intelligence* in sede giudiziaria v. VERVAELE, *Terrorismo versus scambio di informazioni tra intelligence e autorità investigative giudiziarie: diritto penale sub rosa?*, in (a cura di Draetta, Parisi, Rinoldi), *Spazio di libertà sicurezza e giustizia*, Napoli, 2007, p. 321 ss.; più in particolare per l'ordinamento italiano v. EPIDENDIO, *Terrorismo internazionale e attività di "intelligence": nuove frontiere e nuovi problemi del diritto penale*, in *Corriere del merito*, 11/2006, p. 1295; COLONNA VILASI, *Intelligence. Nuove minacce e terrorismo*, Roma, 2008.

<sup>31</sup> Sulla diffusissima prassi del ricorso alle misure di espulsione come difesa ultima dell'ordinamento di fronte allo straniero sospetto di terrorismo nei confronti del quale non si voglia o non si possa procedere giudizialmente v. *infra*, par. 5; in particolare sull'attitudine dell'ordinamento italiano in materia, in particolare conseguente al «pacchetto sicurezza» (legge 15 luglio 2009 n. 94, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), si richiamano le considerazioni espresse da PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

fondamentalismo islamico»<sup>32</sup>, ammesse nelle altre ipotesi, e addirittura favorite con significative modalità che ne rendono più rapido e fluido il funzionamento per reati considerati di estrema gravità, fra i quali è ricompreso il terrorismo<sup>33</sup>. Ancora, è possibile ipotizzare una diversa risposta della Comunità internazionale nei confronti dell'individuo<sup>34</sup> o

<sup>32</sup> Sentenza della Cassazione del 2 ottobre 2008, n. 39430, cit. Si consideri che tutti gli accordi internazionali bilaterali e multilaterali di cooperazione giudiziaria consentono l'eccezione della politicità del reato per rifiutare la cooperazione, ma che essi devono comunque essere letti alla luce delle norme convenzionali che a propria volta depoliticizzano i fatti di terrorismo (v. a titolo puramente esemplificativo l'art. 1 della Convenzione di Strasburgo del 27 gennaio 1977, nonché la successiva Convenzione elaborata nello stesso contesto giuridico, aperta alla firma a Varsavia, il 16 maggio 2005, il cui art. 1 fa proprie le qualificazioni adottate dalle convenzioni internazionali vigenti, richiamate nell'Appendice della Convenzione stessa); su questo specifico punto v. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo fra diritto internazionale generale e convenzionale*, Milano, 1992, p. 7 ss.).

<sup>33</sup> V. *infra*, par. 4.3. A mero titolo esemplificativo ricordo che per reati informatici di particolare allarme sociale la Convenzione europea di Budapest del 2001 ha organizzato la rete cosiddetta «7/24»; e che l'Unione europea ha sintomaticamente lavorato, a proposito dell'attività di contrasto del terrorismo internazionale, adottando il 13 giugno 2002 due decisioni quadro, l'una di diritto penale sostanziale indirizzata a definire la fattispecie criminosa (2002/475/GAI), l'altra di diritto penale processuale, adottando il mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI).

<sup>34</sup> A proposito delle condizioni sulla base delle quali un illecito di individuo diventa crimine individuale ai sensi del diritto internazionale, connotandosi cioè come condotta che lede beni essenziali della comunità internazionale nel suo insieme, perciò protetti da norme consuetudinarie o da norme convenzionali che precisano, elaborano o sviluppano principi generali o norme consuetudinarie, anche nel suggerire il ricorso da parte degli Stati all'impiego del criterio della giurisdizione penale universale: v. GAETA, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, 2008, p. 174. In ordine al fatto che tali condotte, quando siano qualificate come crimini di guerra, possono fondare la competenza delle corti penali internazionali v. l'art. 4, lett. d), dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda; nonché l'art. 3, lett. d), dello Statuto della Corte speciale per la Sierra Leone; *adde* al proposito quanto espresso dal Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia nel caso *Galic*; sul punto v. ACQUAVIVA, *Il diritto umanitario nella giurisprudenza del Tribunale penale per la ex-Jugoslavia: l'attacco contro i civili nei casi Strugar e Galic*, in *Quale diritto nei conflitti armati?* (a cura di Papanicolopulu, Scovazzi), Milano, 2006, p. 175 ss.; ID., *War Crimes at the ICTY: Jurisdictional and Substantive Issues*, in *Law and Practice from the Rome Statute to Its Review* (a cura di Bellelli), Farnham, 2010; NTANDA NSEREKO, *The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issue*, in *Criminal Law Forum*, 1999, p. 87 ss. Sulla questione dell'applicabilità delle Convenzioni di Ginevra del 1949 alle fattispecie in esame; sulla problematicità di distinguere, ai fini della loro applicazione, fra conflitto armato internazionale e interno; nonché sulla esigenza di differenziare fra atto di terrorismo da esse vietato e atto di terrorismo che assumerebbe anche la qualità di crimine di diritto internazionale in quanto «infrazione grave», v. GIOIA, *op. cit.*, par. 8; GAETA, *Le sfide*, cit., p. 173 ss.; OLÀSOLO, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From the ICTY's Case Law to the Rome Statute*, Leiden, 18, 2008; ACQUAVIVA, *Terrorism*, in *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (a cura di Cassese), Oxford, 2009, pp. 534-535. Sulla que-

dello Stato ritenuto responsabile<sup>35</sup>, nel caso in cui l'atto di terrorismo possa essere qualificato come crimine ai sensi del diritto internazionale.

Un primo punto fermo può però essere al riguardo stabilito: sulla base di convergenti prassi interna e internazionale<sup>36</sup> – e aderendo all'opinione già autorevolmente sostenuta<sup>37</sup> – osservo che l'area del dissenso è limitata al mero apprezzamento delle condotte tenute nel corso di una situazione di conflitto (interno o internazionale), non già anche in tempo di pace, come manifestano senza ombra di dubbio le convergenze registratesi in sede di negoziati per la stipulazione di una convenzione «globale», ma soprattutto le frizioni che ivi hanno determinato la frattura fra gli Stati partecipanti<sup>38</sup>. In quella sede, infatti, il dissenso ha avuto per

stione della qualificazione dell'atto di terrorismo come crimine individuale v. la sentenza del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia del 19 aprile 2004, *Krstic, Judgment*, IT-98-33-T, par. 513, che nel caso di specie qualifica come crimini contro l'umanità gli atti di terrorismo se sistematici e generalizzati, compiuti nell'ambito di un disegno politico di uno Stato o di un'organizzazione stabile. Infine, varrebbe la pena di domandarsi se non sia emersa una norma di diritto internazionale generale che qualifica il terrorismo come crimine individuale a sé stante, situazione prospettata da GAETA, *Le sfide*, cit.

<sup>35</sup> Rileva quanto detto *supra*, in nota 20 a proposito della possibile qualificazione di terrorismo della condotta tenuta da esponenti delle forze armate di uno Stato, discorso che deve essere approfondito ai fini della verifica del se l'atto di terrorismo possa essere qualificato illecito «aggravato» dello Stato (per il fatto di individuo che agisce in qualità di organo dello Stato), secondo la terminologia utilizzata nell'ultimo progetto di codificazione sulla responsabilità internazionale degli Stati (doc A/56/10 del 2001), il cui art. 40 tratta delle violazioni gravi di obblighi derivanti da norme imperative di diritto internazionale generale: sulla questione v. SALERNO, *Diritto internazionale*, Padova, 2008, p. 213; CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2004, p. 163; SCOVAZZI, (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2006, parte II p. 355 ss.; GRAEFRATH, *International Crimes and Collective Security*, in *International Law: Theory and Practice* (a cura di Wellens), 1998, p. 239.

<sup>36</sup> In relazione a tale prassi rinvio a CASSESE, *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, in *Journal of Int. Criminal Justice*, 2006, p. 933 ss., specificamente p. 336 s., note 5-10.

<sup>37</sup> CASSESE, *Diritto internazionale. II. Problemi della comunità internazionale* (a cura di Gaeta), Bologna, 2004, p. 162 s. In termini meno tecnici ma ugualmente calibrati v. GAMBERINI, *La riforma continua: gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale: alcuni interrogativi sulla tecnica e sull'oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all'art. 270 bis c.p.c.*, in *Critica del diritto*, 2004, p. 69 ss.; TOWNSCHEND, *La minaccia del terrorismo*, Bologna, 2004, p. 31.

<sup>38</sup> Per una sintesi delle dichiarazioni degli Stati in proposito, cfr. A/C.6/55/WG.1/CRP.30 sulla proposta della Malesia; A/AC.252/2001/WP.1/Rev.1 sulla proposta della Costa d'Avorio. Per un'analisi dei lavori del Comitato *ad hoc* istituito nel 1996, cfr. GAOR, 55th session, Supplement No. 37 (doc. A/55/37), p. 2; nonché la ris. n. 51/210, del 17 dicembre 1996, *Report of the ad hoc Committee established by General Assembly*, GAOR, A/56/37, supplement No. 37, p. 13; *Report of the ad hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996*, sixth session (28 January-1 February 2002), GAOR, 57th session, supplement No. 37 (doc. A/57/37),

oggetto esclusivamente la questione del trattamento da accordare agli atti di violenza compiuti da formazioni armate sia regolari<sup>39</sup> che irregolari<sup>40</sup>;

p. 17. Infine nel rapporto predisposto dal Comitato *ad hoc* dell'Assemblea generale si rileva come la questione della convenzione globale sia ancora aperta ed i negoziati proseguano: cfr. doc. A/59/37 (28 June-2 July 2004), p. 19; più di recente, la stessa Assemblea generale – in ordine alla necessità di addivenire alla conclusione di siffatta convenzione – «[d]emande aux États qui ne l'ont pas fait d'envisager de devenir parties sans plus tarder aux conventions et protocoles internationaux relatifs à la lutte contre le terrorisme qui existent, et à tous les États de n'épargner aucun effort pour conclure une convention générale sur le terrorisme International» (ris. n. 62/272 del 15 settembre 2008, p. 2). V. in argomento HMOUD, *Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism: Major Bones of Contention*, in *Journal of Int. Criminal Justice*, 2006, p. 1031 ss.

<sup>39</sup> È al proposito assai significativa la chiara conclusione della Corte di Cassazione, secondo la quale «costituisce atto terroristico anche quello [commesso da forze armate regolari] contro un obiettivo militare, quando le peculiari e concrete situazioni fattuali facciano apparire certe ed inevitabili le gravi conseguenze in danno della vita e dell'incolumità fisica dei civili, contribuendo a diffondere nella collettività paura e panico (sentenza 11 ottobre 2006, *Bouyahia, Tourni, Daki*; v. anche la sentenza della Cassazione penale, I sez., dell'11 ottobre 2006/17 gennaio 2007 n. 1072.). V. anche, *supra*, la nota 35, per il collegamento fra questa problematica e quella delle violazioni che determinano responsabilità «aggravata» in capo allo Stato alla cui sfera giuridica può essere ricondotto l'atto dell'individuo. Che atti di terrorismo possano essere compiuti da un componente delle forze armate regolari di uno Stato è reso del tutto evidente dal chiaro disposto delle quattro convenzioni di Ginevra (per il quale v. *supra*, in nota 34). Ciò che si disputa è se tali atti determinino il sorgere non solo di responsabilità penale individuale (secondo appunto quanto dispongono tra l'altro le Convenzioni di Ginevra), ma anche di responsabilità dello Stato di appartenenza: sulla questione v. l'opinione separata del giudice Kooijmans resa unitamente al parere della Corte internazionale di giustizia del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 5.

<sup>40</sup> La questione consiste nello stabilire se ed a quali condizioni riconoscere lo *status* di combattenti legittimi a coloro che non appartengono alle forze armate di uno Stato; e se l'intera attività di coloro che combattono sulla base del principio di autodeterminazione dei popoli possa essere sottratta alla qualifica di condotta terrorista. Al proposito, il dibattito apertosi in giurisprudenza (dibattito che segnala le difficoltà di distinguere fra atto di «guerriglia legittima» e atto di terrorismo) ha dato origine a giurisprudenza italiana assai contraddittoria: ricordo solo le due contrapposte sentenze del G.i.p. di Milano (Forleo) e del G.i.p. di Brescia (Spanò) rese a brevissima distanza di tempo l'una dall'altra (24 gennaio 2005, la prima, 31 gennaio dello stesso anno, la seconda, pubblicate in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it)) relative ad atti ascritti alla responsabilità delle stesse persone appartenenti alle stesse formazioni. Sulla difficile distinzione v. anche, sempre nella giurisprudenza italiana, la sentenza della Cassazione, V sez. pen., del 4 luglio 2008, cit. Nella dottrina, a proposito della ricostruzione di un'area di legalità delle condotte dei cosiddetti *freedom fighters* v. RONZITTI, *Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale*, Pisa, 1974, specificamente pp. 56 e 200 s., anche in ordine all'individuazione dei requisiti atti a legittimare le guerre di liberazione nazionale, requisiti utili dunque a sottrarre in via di principio gli atti compiuti a questo titolo alla qualificazione di condotte di terrorismo (salvo verificarne caso per caso la riconduzione di ciascuno di essi alla categoria); v. anche PALMISANO, *Nazioni Unite e autoreterminazione interna*, Milano, 1997, p. 381. In relazione alla responsabilità penale individuale che si radica nei con-

mentre l'accordo si è registrato sulla convinzione che l'atto di terrorismo, ovunque e in qualsiasi tempo sia compiuto, si connoti per un elemento oggettivo (l'*actus reus*), ovvero la grave condotta criminale, quale esemplificativamente è costituita dall'omicidio volontario, dalle lesioni personali, dalla cattura di ostaggi, dall'estorsione, dalla fabbricazione di armi, dall'attacco o dalla minaccia di compiere una delle precedenti azioni; e un elemento soggettivo (la *mens rea*), ovvero la consapevolezza e la volontà, motivata politicamente, mirata a spargere terrore nella popolazione civile indiscriminatamente<sup>41</sup>.

Sembra, dunque, che allo stato attuale a livello universale due questioni restino controverse: quella del se (e, consequenzialmente, del come) distinguere fra terrorismo e atto di «giustificata guerriglia»; e quella relativa alla valutazione dei comportamenti tenute da forze armate regolari<sup>42</sup>.

### 3. I tentativi di pervenire a una definizione di terrorismo di portata internazionale regionale: l'Euro-Mediterranean Code of Conduct on Countering Terrorism (2005)

È certamente possibile riscontrare un maggior consenso a livello regionale, cioè fra Paesi che condividono un comune patrimonio culturale, e dunque sono capaci di offrire anche risposte più omogenee sul piano dell'apprezzamento giuridico di una condotta<sup>43</sup>. Nell'impossibilità di accedere a una definizione generale e universalmente condivisa, questo approccio potrebbe apparire una soluzione necessaria, un male minore, proponendo sì una risposta settoriale a un problema di dimensioni globali, tuttavia presentando almeno il vantaggio di determinare uno *standard* di contrasto al fenomeno fondato su regole comuni a un gruppo di Paesi, tanto da rendere possibile un'efficace risposta di contrasto al fenomeno almeno a livello regionale.

fronti dell'autore di un atto di terrorismo quando la condotta assuma i requisiti di crimine di diritto internazionale v. *supra*, nota 38.

<sup>41</sup> Così CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 162

<sup>42</sup> Per le quali v. *supra*, note 20, 35 e 39.

<sup>43</sup> A proposito della funzione delle Nazioni Unite – alle quali «va assegnato un forte ruolo di impulso politico oltre che di armonizzazione o approssimazione o ravvicinamento dei diversi ordinamenti giuridici nazionali», e dunque anche un ruolo di armonizzazione di questi a livello regionale – v. MICHELINI, *I Protocolli delle Nazioni Unite contro la tratta di persone, contro il traffico di migranti, contro il traffico di armi*, in *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo* (a cura di Bassiouni), Milano, 2005, p. 254.

Per l'occasione che qui ci occupa questa sembra a prima vista una falsa pista: è infatti proprio nell'area euro-mediterranea che si confrontano le due anime che impediscono la finalizzazione di una convenzione «globale». Lega degli Stati arabi, Organizzazione della Conferenza islamica e Organizzazione per l'unità africana (oggi Unione africana) hanno prodotto tre diversi strumenti convenzionali di respiro generale<sup>44</sup>, che accolgono una definizione di terrorismo per alcuni aspetti assai simile a quella stabilita negli strumenti adottati nel quadro dell'Organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. Tuttavia, differentemente da questi ultimi, essi sono concordi nell'escludere esplicitamente dal proprio perimetro le guerre di liberazione nazionale. Le gran parte delle iniziative europee, invece, indipendentemente dalla diversa intensità dei vincoli (giuridici e non) posti, tacciono sul punto, utilizzando la tecnica percorsa a livello universale fino ad oggi – quella cioè di stabilire a carico delle Parti contraenti obblighi di criminalizzazione di certe condotte, senza definirne i contenuti –, lasciando così irrisolto il nodo fondamentale, quello della qualificazione della condotta stessa. L'unico strumento europeo che detta una definizione assai circostanziata di terrorismo – la decisione quadro 2002/475/GAI, anche dopo la sua integrazione ad opera della decisione quadro 2008/919/GAI<sup>45</sup> – dichiara di non voler «disciplinare le attività delle forze armate in tempo di conflitto armato, secondo le definizioni date a questi termini dal diritto internazionale umanitario [...], né le attività svolte dalle forze armate di uno Stato nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali [...]»<sup>46</sup>: si situa, dunque, sul non controverso terreno già coperto dalla norma di diritto internazionale generale della quale si afferma l'attuale esistenza.

Tuttavia le due diverse «famiglie» di Paesi che si affacciano sul Mediterraneo hanno affrontato la questione del contrasto al terrorismo in un foro di concertazione che li vede, per condivisa volontà, con-

<sup>44</sup> Si tratta, rispettivamente, della Convenzione araba sulla repressione del terrorismo, Il Cairo, 22 aprile 1998; della Convenzione sulla lotta contro il terrorismo, Ouagadougou, 1° luglio 1999; della Convenzione sulla prevenzione e la repressione del terrorismo, Algeri, 14 luglio 1999.

<sup>45</sup> Decisione quadro del Consiglio del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, in *G.U.C.E.* 9 dicembre 2008 *L* 330, p. 21 ss.: le modifiche introdotte consistono in una migliore armonizzazione delle normative degli Stati membri tramite l'inclusione nel giudizio di disvalore anche la pubblica provocazione per commettere atti di terrorismo, il reclutamento, l'addestramento a fini terroristici, nonché il concorso, l'istigazione e il tentativo a commettere uno dei reati contemplati dall'art. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI.

<sup>46</sup> 11° considerando della decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, in *G.U.C.E.* 22 giugno 2002 *L* 164, p. 4.

giuntamente coinvolti: il «Processo di Barcellona» avviato nel 1995 ha infatti prodotto, nell'occasione del proprio decennale, l'*Euro-Mediterranean Code of Conduct on Countering Terrorism*<sup>47</sup>. In tale documento – dal tono assai enfatico e dai contenuti principalmente programmatici – non viene stabilita una definizione del fenomeno; anzi, esso sembra inserirsi nella tradizionale linea diplomatica di agganciare l'attività dei contesti regionali di cooperazione alla strategia messa in campo dalle Nazioni Unite e dalle organizzazioni internazionali della sua «famiglia»<sup>48</sup>; si potrebbe cioè pensare che l'*Euro-Mediterranean Code* sia un altro frutto della situazione di paralisi della comunità internazionale sulla questione definitoria dei fatti di terrorismo.

Con riflessione più ponderata si pensa di poter giungere a una diversa valutazione: ciò tenendo in conto due dati, l'uno testuale, l'altro ambientale. Quanto al primo, in due diversi passi del documento gli Stati che partecipano a questo contesto di cooperazione dichiarano di voler «reiterate [...] *total condemnation of terrorism in all its forms and manifestations*», «*without qualification*»<sup>49</sup>: poiché il Mediterraneo è teatro anche di conflitti armati, dovrebbe potersi intendere che la condanna del terrorismo si riferisca pure a condotte tenute in quell'occasione. A favore di questa conclusione depone anche l'affermazione della volontà delle Parti di dare piena esecuzione agli obblighi internazionali di diritto umanitario<sup>50</sup>.

Quanto al dato ambientale in cui matura questa iniziativa, come noto il «Processo di Barcellona» è stato in origine avviato per volontà congiunta dell'Unione europea e degli Stati della sponda sud del Mediterraneo come forma di cooperazione esterna all'Unione. Oggi tuttavia la prospettiva è profondamente mutata: si è preso atto dell'*impasse* che affliggeva tale «Processo»; del mutato equilibrio nord-sud venutosi a determinare in quest'area sul fronte dei rapporti sia politici e strategici, che economici; infine, ancora, di una «carezza di *leaderships*

<sup>47</sup> V. in *Council of the European Union, 10th Anniversary Euro-Mediterranean Summit, Barcelona, 27 and 28 November 2005*, Brussels, 1507505 (Presse 328), del 28 Novembre 2005.

<sup>48</sup> È continuo e reiterato il richiamo al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite, all'osservanza delle convenzioni internazionali universale (a portata settoriale) aperte alla firma (per le quali si chiede la ratifica e un pieno adempimento interno), alla strategia, nonché agli adempimenti necessari a garantire il funzionamento della struttura organizzativa e dei meccanismi stabiliti dall'ONU.

<sup>49</sup> Il primo passo è tratto dalla frase di apertura del Codice, la specificazione è contenuta nel primo alinea della seconda parte dedicata agli impegni che le Parti intendono assumere (i corsivi sono aggiunti).

<sup>50</sup> Primo alinea della prima parte dedicata agli impegni.

nazionali»<sup>51</sup> e, conseguentemente, della necessità di colmare il vuoto d'autorità con un soggetto politico credibile espresso dallo stesso ambiente «mediterraneo», capace di far propri gli interessi dei popoli che intorno ad esso vivono, soprattutto intervenendo a correggere le asimmetrie esistenti tra le due rive anche attraverso la ricerca di sinergie fra i diversi, rispettivi, punti di forza<sup>52</sup>. Conseguentemente si è tentata una via per dare un seguito – non si ancora quanto efficace – al «Processo di Barcellona», individuata in una nuova sede di concertazione politica – l'Unione per il Mediterraneo – fra quarantatre dei quarantaquattro Paesi<sup>53</sup> che, anche non affacciandosi sulle sponde del Mediterraneo, sono interessati a valorizzare un percorso di dialogo già avviato con quel «processo» nel 1995<sup>54</sup>. Si è inteso così porre le basi di un' «initiative [que] traduit [...] une aspiration commune à instaurer la paix ainsi que la sécurité [...]», nella convinzione che essa «peut jouer un rôle important pour ce qui est de relever les défis communs qui se posent à la région euro-méditerranéenne, comme [...] les migrations; le terrorisme et l'extrémisme; la promotion du dialogue interculturel», insieme a imperativi d'ordine energetico, ambientale ed economico<sup>55</sup>.

Per la questione che qui interessa due elementi sembrano significativo, l'uno di discontinuità, l'altro di continuità con l'esperienza prece-

<sup>51</sup> Così rileva ME, *La nuova dinamica nella dimensione sicurezza del Mediterraneo*, Istituto Affari Internazionali, doc. IAI0811, p. 2.

<sup>52</sup> Op. loc. ult. cit.

<sup>53</sup> Impropriamente si utilizza nel testo il termine «Paese» per riferirsi ai *partners* che hanno accolto la proposta del Presidente della Repubblica francese Nicolas Sarkozy di fondare l'Unione per il Mediterraneo, di cui si dirà appena qui di seguito nel testo: infatti, oltre ai ventisette Stati membri dell'Unione europea hanno aderito quindici Paesi europei, africani ed asiatici rivieraschi dello stesso mare (Algeria, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Marocco, Mauritania, Siria, Tunisia, Turchia, Albania, Croazia, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Principato di Monaco), nonché l'Autorità palestinese; assente dal consesso è la Libia, che si è opposta assai recisamente alla nascita dell'iniziativa.

<sup>54</sup> Sul «Processo di Barcellona» la bibliografia è assai vasta; si segnalano alcuni fra i contributi che, a giudizio di chi scrive, sono fra i più significativi: *Euro-Mediterranean Partnership for the 21st Century* (a cura di Brauch, Marquina, Biad), Houndmills, 2000; NÚÑEZ VILLAVARDE, DE LARRAMENDI, *La politica estera e di cooperazione della Spagna e del Magreb*, Madrid, 2001; MAGONE, *Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2001/No. 157; SCHMID, *Optimiser le processus de Barcelone*, *Occasional Papers* (EU-Institute for Security Studies), 2002/No. 36; *Euro-Mediterranean Security and the Barcelona Process, Strategic Yearbook 2003* (a cura di Huld, Engman, Davidson), Swedish Defence College, Stockholm, 2002. A livello esclusivamente informativo e documentale si rinvia al sito ec.europa.eu.

<sup>55</sup> *Discours d'ouverture* de M. Bernard Kouchner al «vertice» euromediterraneo di Parigi, del 13 luglio 2008, nel sito [www.franceonu.org](http://www.franceonu.org), rispettivamente punto 5 e premezza.

dente. Dalla prima prospettiva osservo, guardando alle aspirazioni espresse nel corso del «vertice» di Parigi del 13 luglio 2008 nel quale si sono posti i presupposti per la nascita della nuova istituzione, che l'Unione per il Mediterraneo si è candidata a divenire la sede privilegiata della politica internazionale dell'Unione europea per il Mar Mediterraneo<sup>56</sup>, non più una delle tante diverse, separate occasioni di concertazione con i *partners* della regione: entro tale ente è destinata ad essere riversata l'intera strategia delle istituzioni europee in tema di gestione dei rapporti esterni con questa regione del mondo. Quanto all'elemento di continuità<sup>57</sup>, l'Unione per il Mediterraneo si propone di proseguire in quel percorso di stabilizzazione della regione iniziato dal «Processo di Barcellona», che ha un punto di forza anche nell'azione di contrasto del terrorismo internazionale, proseguendo quanto ivi avviato.

Queste due diverse considerazioni determinano una conclusione che non credo sia discutibile: nell'adozione degli atti che concreteranno l'azione dell'Unione per il Mediterraneo, l'Unione europea dovrà coltivare il rispetto del principio di coerenza, in quanto principio fondamentale posto dai Trattati istitutivi alla base della sua attività<sup>58</sup>, così che non si determinino «scollamenti» nell'adozione di norme giuridiche nei diversi settori – interno e internazionale – affidati alla sua competenza. Ne deriva che la definizione di terrorismo accolta nell'Unione europea non potrà che condizionare in modo significativo l'approccio che il gruppo dei *partners* dell'Unione per il Mediterraneo avrà in relazione all'attività di contrasto al terrorismo; in altre parole le decisioni quadro 2002/475/GAI e 2008/919/GAI dovrebbero attecchirsi a fonte interpretativa degli atti elaborati nelle sedi di concertazione euro-mediterranea, a motivo di quel sopra rilevato stretto collegamento fra «Processo di Barcellona» – Unione per il Mediterraneo – Unione europea.

<sup>56</sup> Come già in parte anticipato (*supra*, nota 53), l'iniziativa nasce da un progetto politico della Presidenza presentato a Tangeri il 23 ottobre 2007 indirizzata a stabilire una sede di concertazione dei soli Paesi rivieraschi del Mediterraneo, ma *in itinere* – per volontà soprattutto del Cancelliere tedesco – essa è «comunitarizzata». Sulla neo-nata sede di concertazione politica v., fra i primi interventi «a caldo»: ZALLIO, *Dopo Parigi: i progetti dell'Unione per il Mediterraneo*, ISPI MedBrief, n. 6, 21 luglio 2008; ALIBONI, DRISS, SCHUMACHER, TOVIAS, *Putting the Mediterranean Union in Perspective*, EurMeSCO Paper, June 2008, No. 68; ME, *La nuova dinamica nella dimensione sicurezza del Mediterraneo*, cit.; ALIBONI, *L'Unione per il Mediterraneo. Evoluzione e prospettiva*, doc. IAI0939.

<sup>57</sup> Non a caso l'intera denominazione di questa sede di concertazione è «Processo di Barcellona – Un'Unione per il Mediterraneo». Sulla continuità sostanziale fra le due sedi di concertazione v. i punti 11-14 del *Discours d'ouverture* de M. Bernard Kouchner, cit.

<sup>58</sup> Art. 7 del TFUE. V. anche, per considerazioni sul punto, il successivo par. 4.1 soprattutto nel punto dove si tratterà della clausola di condizionalità antiterrorismo introdotta nelle relazioni esterne dell'Unione europea.

La definizione di condotta di terrorismo accolta in quest'ultima Organizzazione, come noto, riproduce in gran parte la qualificazione propria del diritto internazionale generale di pace. *Nulla quaestio* in ordine all'identità dell'elemento oggettivo: la normativa dell'Unione obbliga infatti gli Stati a inserire nel proprio sistema penale norme che dispongano l'incriminazione di chi si renda responsabile di atti che, «per loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale»<sup>59</sup>. Tali atti sono esaustivamente indicati dall'art. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI – lettere da *a*) ad *h*) – e di essi si sanziona anche la sola minaccia (lett. *i*): si tratta di condotte – già considerate reati comuni da tutti gli ordinamenti degli Stati membri – che si traduca in attentati gravi nei confronti delle persone, di strutture e beni pubblici e privati, o che consistano nella fabbricazione, acquisto, detenzione, uso, diffusione, trasporto o fornitura di armi, nonché nella diffusione di sostanze pericolose<sup>60</sup>.

Qualche sottolineatura in più merita l'altro elemento – la *mens rea* –, che per il diritto internazionale generale consiste nell'intento doloso motivato politicamente e mirato a spargere terrore nella popolazione civile indiscriminatamente. La decisione quadro 2002/475/GAI individua l'elemento teleologico in tre diverse ipotesi di dolo specifico alternativo: l'atto incriminato a questo titolo deve essere commesso «al fine di intimidire gravemente la popolazione»<sup>61</sup>, o costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale»<sup>62</sup>. Ciò vale a sgombrare il campo da una possibile occasione di confusione con altri reati – quali sono i fatti di criminalità organizzata e di pirateria – che, come il terrorismo, maturano nella gran parte dei casi nel quadro di un'organizzazione stabile. Questi presentano infatti elementi di contiguità con

<sup>59</sup> Art. 1, par. 1, della decisione quadro 2002/475/GAI, cit.

<sup>60</sup> Rimando al paragrafo 4.3 per l'attività di armonizzazione normativa fattispecie incriminatrici in ambito attuata con le decisioni quadro 2002/475/GAI e del 2008/919/GAI sulla base del TFUE.

<sup>61</sup> Per «popolazione» la giurisprudenza italiana – che interpreta l'art. 270 *sexies* (attuativo – con decreto legge n. 144/2005 – della decisione quadro 2002/475/GAI) è concorde nel riferirsi al «civile o a persona che non partecipi attivamente alle ostilità nel corso di un conflitto armato» (sentenza della Cassazione, V sez. pen., del 4 luglio 2008, n. 39545, cit.). Nello stesso senso è la definizione accolta dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul finanziamento del terrorismo internazionale (fatta propria dall'ordinamento italiano a seguito della legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del 14 gennaio 2003, n. 7).

<sup>62</sup> Art. ult. cit.

le organizzazioni terroristiche: le une e le altre hanno finalità eversive; è dato riscontrare fenomeni di osmosi fra esse quanto ai componenti; le entità che mettono in atto attività terroristiche in un'area geografica facilmente si presentano come associazioni criminose in altra area del mondo, compiono cioè gli stessi reati, utilizzando analoghe tecniche e identiche modalità operative. Ciò che in radice distingue la condotta di terrorismo dalle altre condotte messe in atto a titolo di criminalità organizzata<sup>63</sup> o di pirateria<sup>64</sup> è proprio la finalità, in queste ultime di arricchimento o di conseguimento di altra utilità materiale, nella prima politicamente motivata.

L'elemento di novità introdotto dalla decisione quadro da ultimo richiamata rispetto alla sintetica norma di diritto internazionale generale è costituito dall'attenzione posta sulla finalità eversiva dell'attività terroristica, oltre che sulla motivazione politica, religiosa, ideologica (la quale ultima non è nemmeno prevista dalla Convenzione delle Nazioni Unite c.d. «*financing*»). Ne consegue che l'ordinamento interno dello Stato membro che si adegui – come deve – all'atto dell'Unione è tenuto a contrastare il fatto di terrorismo indipendentemente dalla «qualità» (più o meno democratica) dell'ordinamento statale alla cui sicurezza si attende<sup>65</sup>: non vi è dunque spazio per distinguere fra illegalità o legalità

<sup>63</sup> Sia le norme nazionali che la disciplina specificamente stabilita nel diritto internazionale per contrastare i fatti di criminalità organizzata concordano nel qualificare tali i fatti compiuti da un gruppo composto da tre o più persone, che agiscono di concerto per commettere uno o più reati gravi, al fine di ottenere un vantaggio finanziario o altro vantaggio d'ordine materiale (richiamo, fra le molte disposizioni, gli artt. 407.2, lett. a) e 372.1 *bis* del codice penale italiano; l'art. 5 della Convenzione di Palermo del 12 dicembre 2000, sulla criminalità organizzata transnazionale; il piano d'azione dell'Unione europea del 28 aprile 1997 e l'azione comune del Consiglio dell'Unione 98/733/GAI). Sulla distinzione nella giurisprudenza italiana v. la sentenza della Cassazione del 24 febbraio 1995, n. 478, *Galvanin*. In dottrina sulla problematica v. SCHMID, *The Links Between Transnational Organized Crime and Terrorist Crimes*, in *Transnational Organized Crime*, II, 1996, no. 4; WILLIAMS, *Terrorism and Organized Crime: Convergence, Nexus or Transformation*, in Jervas (ed.), *F.O.A. Report on Terrorism*, Stockholm, Defence Research Establishment, 1998; MILITELLO, *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 184 ss.; INSOLERA, *Delitto politico e crimini associativi: le possibili connessioni*, Milano, 2005, p. 35 ss.

<sup>64</sup> Per il punto in questione v. *supra*, nota 13. Come noto la pirateria è definita dall'art. 101 della Convenzione di codificazione del diritto del mare (Montego Bay, 10 dicembre 1982), il quale individua una serie di condotte illecite, unificate dalla finalità di conseguire «private ends» (lett. a)).

<sup>65</sup> Attiro l'attenzione sulla giurisprudenza precedente all'introduzione dell'art. 270 *sexies* cod. pen., la quale distingueva fra finalità terroristica e finalità di eversione dell'ordine democratico di altro Stato, sulla base della considerazione che, se si fossero sovrapposte le due situazioni, si sarebbe implicato un giudizio sul carattere democratico

dell'attività violenta, frutto per esempio di resistenza a un'autorità costituita in violazione del principio di autodeterminazione dei popoli, quando l'attività stessa si concreti in una delle condotte indicate dalla decisione quadro. Da ciò non si può tuttavia inferire che la disciplina europea disconosca la legalità internazionalmente accolta dei movimenti di liberazione nazionale o di formazioni simili per finalità: infatti, come sopra ricordato, essa esclude dal proprio ambito di applicazione le situazioni di conflitto armato, alle quali la «guerriglia legittima» è assimilata. Si comprende perciò anche perché la definizione accolta dalla norma di diritto internazionale generale e dalla Convenzione ONU del 1999 manchi di esplicitare questa finalità: trattandosi di disciplina che si applica pure in caso di conflitto armato, interno o internazionale, deve apprestare una tutela della sicurezza collettiva contro fatti di terrorismo che non confligga con la norma internazionale destinata a proteggere i *freedom fighters*.

La qualificazione del terrorismo in tempo di guerra rappresenta, dunque, il vero nodo della situazione anche nell'area euro-mediterranea, in quanto non è oggetto di disciplina giuridica. A questo proposito osservo che sembra esservi un generale consenso sul fatto che le Convenzioni di Ginevra e i Protocolli ad esse aggiunti rispecchiano ormai di diritto internazionale generale nella parte in cui vietano gli atti di violenza indiscriminati contro la popolazione civile, i feriti, le persone che non partecipano alle ostilità, da chiunque commessi, civili, forze armate regolari o irregolari che siano<sup>66</sup>. Questo dunque rappresenta un terreno comune a Stati che – con l'*Euro-Mediterranean Code* – dichiarano di voler osservare il disposto del diritto internazionale umanitario, indipendentemente dal fatto che alcuni di essi non abbiano ancora ratificato il diritto ginevrino. Inoltre, l'area geografica dei conflitti bellici è assai ristretta, essendo concentrata in alcune zone soltanto della regione: dunque, è se mai nella gestione dei rapporti con fatti/persone appartenenti a queste *enclaves* che si pone un problema di antinomie. Si può, insomma, concludere nel senso che l'area del dissenso circa la perseguibilità di talune condotte (possano essere qualificate di terrorismo, oppure no) è assai ristretta e che la volontà di cooperazione espressa dall'*Euro-Mediterranean Code* può avere un seguito in azioni concrete.

dell'ordinamento straniero (sentenza della Cassazione dell'11 luglio 1987, *Benacchia*; sul punto v. IZZOLINO, PIOLETTI, *Nota a Cass. sez. VI, 13 ottobre 2004, Trib. Brescia, 31 gennaio 2005, Trib. Milano, 24 gennaio 2005*, in *Foro it.*, 2005, II, c. 218 ss.).

<sup>66</sup> A proposito del sistema ginevrino di diritto internazionale umanitario si rinvia *supra*, in nota 34, dal quale emerge, globalmente, la condanna della condotta di terrorismo, ovvero di ogni atto di violenza indiscriminata sulla popolazione civile, indipendentemente dalla qualificazione o meno di esso come crimine di diritto internazionale.

#### 4. La strategia europea di contrasto al terrorismo transnazionale

I motivi per i quali, parlando di terrorismo e Mar Mediterraneo, l'attenzione va soprattutto all'attività normativa e – sebbene in misura minore – operativa intessuta a partire dalle iniziative dell'Unione europea sono facilmente comprensibili. Non si tratta tanto del fatto che i problemi del contrasto del terrorismo nel bacino del Mar Mediterraneo coincidano con i compiti dell'Unione. Questa prospettiva sarebbe riduttiva per più motivi: l'Unione si occupa anche e soprattutto di ben altro, dal punto di vista sia dell'ambito delle competenze, sia dell'estensione geografica di esse; inoltre non è solo l'Unione europea ad intervenire nella gestione delle situazioni che implicano questioni di sicurezza dell'area euro-mediterranea, esistendo altre importanti sedi di concertazione intergovernativa. Il fatto è che l'Unione sembra l'attore collettivo privilegiato per agire come ente esponenziale degli Stati europei, dal momento che è vocata ad esercitare compiti di governo che rendono il suo funzionamento per certi aspetti assimilabile a quello di un'autorità statale di tipo federale<sup>67</sup>, detenendo politiche e strumenti utili ad attuare un'efficace concertazione con altri soggetti collettivi capaci di convogliare gli sforzi dei Paesi della sponda sud e sud-est del Mediterraneo in direzione sinergica, verso obiettivi convergenti.

Gli indirizzi politici che sinteticamente sembrano emergere dalla varietà di strumentazione posta in essere dall'Unione europea ai fini di contribuire alla sicurezza e alla stabilizzazione politica, sociale ed economica del bacino del Mar Mediterraneo consistono anzitutto nel rafforzamento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia non soltanto nella sua dimensione interna – indirizzato cioè alla costruzione, ricorrendo a uno stereotipo usato ed abusato, di una «forteza» impenetrabile –, ma anche in quella esterna, nei rapporti con i Paesi terzi<sup>68</sup>. È a partire dal

<sup>67</sup> Sulla natura dell'Unione, quale ente derivato ma pur tuttavia assimilabile dal punto di vista del suo funzionamento ad un'autorità di governo territoriale sia consentito rinviare al mio *Considerazioni sulla natura giuridici dell'Unione europea alla luce dei rapporti fra gli Stati membri e fra questi e l'Organizzazione*, in *L'Unione europea in cerca di identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"* (a cura di Draetta, Santini), Milano, 2008, p. 1 ss.

<sup>68</sup> Sulle diverse, molteplici dimensioni dell'obiettivo di fare dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – introdotto dal Trattato di Amsterdam del 1997 – v. fra gli altri DRAETTA, RINOLDI, PARISI, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, Napoli, 2007; sugli sviluppi indotti dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona v. RINOLDI, *Lo spazio di libertà*, cit., anche in relazione a quanto qui si dirà sull'operare del principio di coerenza fra dimensione interna ed esterna di tale obiettivo.

Programma dell'Aja<sup>69</sup> – confermato per quanto qui interessa dal successivo Programma di Stoccolma<sup>70</sup> – che l'Unione pone l'accento sull'esigenza di (e sulla conseguente predisposizione di strumenti indirizzati a) dare una «risposta globale» ai problemi della sicurezza, che tenga conto di «un'impostazione integrata e coerente» dell'azione dell'Unione<sup>71</sup>, nella convinzione che «la dimensione esterna della giustizia e affari interni contribuisca a uno spazio interno di libertà, sicurezza e giustizia sostenendo nel contempo gli obiettivi politici delle relazioni esterne dell'UE», che dunque «gli aspetti interni ed esterni della sicurezza dell'UE siano intrinsecamente connessi»<sup>72</sup>. Tale indirizzo deve essere promosso tramite la cooperazione regionale, sede più adeguata per affrontare «problematiche transfrontaliere come la migrazione, la gestione delle frontiere e la criminalità organizzata»<sup>73</sup>: in particolare «con riguardo ai paesi del Mediterraneo, gli obiettivi principali sono consolidare la buona *governance* e lo Stato di diritto e migliorare la gestione della migrazione e la sicurezza. [...] L'avvio del nuovo e stimolante programma regionale “giustizia, libertà e sicurezza” e l'intensificazione del dialogo ad alto livello sul terrorismo accompagneranno il varo [...] di un ambizioso programma di lavoro diretto a istituire uno spazio di cooperazione reciproca per la giustizia, la sicurezza, l'immigrazione e l'integrazione sociale»<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Il Programma dell'Aja è stato adottato dal Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004 (le conclusioni della Presidenza – che portano in allegato il Programma dell'Aja – sono pubblicate in doc. 14292/1/04 Rev 1).

<sup>70</sup> Il Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, è stato approvato dal Consiglio dell'Unione nella sessione del 30 novembre-1° dicembre 2009 (doc. 17024/09, 2 dicembre 2009); in esso la strategia di contrasto al terrorismo è presa in considerazione al punto 4.5: nel confermare le precedenti linee d'azione, il documento enfatizza in particolare l'attività di prevenzione perseguita tramite il controllo dei flussi finanziari (*supra*, par. 4.1); il rispetto dei principi dello Stato di diritto (*supra*, stesso par.); la volontà dell'Unione di contribuire attivamente alla stipulazione di una convenzione a livello universale.

<sup>71</sup> Così la comunicazione della Commissione, Il programma dell'Aja: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia, COM(2005)184 def., punto 2.3(2).

<sup>72</sup> Comunicazione della Commissione, *Una strategia*, cit., punto III, rispettivamente p. 4 s.

<sup>73</sup> Doc. loc. ult. cit.

<sup>74</sup> Doc. ult. cit., punto VII, p. 10 s.. Il «nuovo progetto» al quale si riferisce la citazione è il programma dell'Aja, cit., come noto aggiornato dal successivo programma di Stoccolma (per il quinquennio 2010-2014). Sono ugualmente pertinenti al proposito la dichiarazione (dello stesso Consiglio europeo) sulla lotta al terrorismo, del 25 marzo 2004 e il conseguente documento adottato dal segretario generale del Consiglio su *Integrating the fight against terrorism into EU external relation policy*, del 18 Novembre 2004, 14456/2/04, PESC947, COTER 78, JAI 439. Sul complesso normativo adottato dall'Unione in materia di contrasto al terrorismo v. SALAZAR, *Misure di contrasto Alla*

L'azione intessuta per «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia»<sup>75</sup>, in omaggio al principio di coerenza di cui già si è detto, è stata – ancor prima che con il Trattato di Lisbona venissero a cadere le ripartizioni delle competenze delle Organizzazioni europee in «pilastri» – frutto del coordinamento fra le politiche intessute nel quadro della Comunità europea e quelle frutto della cooperazione intergovernativa, secondo un approccio interpilastrico fortemente voluto a partire dal Consiglio europeo di Tampere<sup>76</sup>. Insomma, l'attività di contrasto al terrorismo nell'Unione europea ha abbandonato la primitiva prospettiva squisitamente penalistico-repressiva, per coniugare quest'ultima azione nel quadro di un cd. «cultural frame»: la prassi aveva peraltro già registrato l'utilizzazione di strumenti del secondo pilastro ai fini di mettere in campo azioni contemplate nel primo e nel terzo di essi.

La strategia e l'azione dell'Unione di contrasto al terrorismo transnazionale si è organizzata su quattro elementi – prevenzione, protezione, repressione e solidarietà –, utili, nelle intenzioni dell'Unione, «[t]o combat terrorism globally while respecting human rights, and make Europe safer, allowing its citizen to live in an area of freedom, security and justice»<sup>77</sup>. Si tratta di indirizzi strategici che hanno trovato continua conferma nella prassi normativa dell'Unione<sup>78</sup>, come anche consolidata

*criminalità organizzata elaborate dall'Unione europea*, in *La cooperazione internazionale*, cit., p. 125 ss.

<sup>75</sup> Art. 2 del TUE, nella versione precedente alla revisione introdotta dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007; oggi, con l'entrata in vigore di quest'ultimo Accordo, l'obiettivo è contemplato nell'art. 3, par. 2, del TUE.

<sup>76</sup> Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999; conclusioni e piano d'azione del Consiglio europeo straordinario del 21 settembre 2001 (doc. SN 140/01); conclusioni del Consiglio europeo del 25-26 marzo 2004 (doc. 9048/04); comunicazione della Commissione, *Una strategia*, cit., punto V. È questa una via segnalata sul piano generale per l'intera attività dell'Unione europea da PARISI, *Considerazioni sulla natura giuridici dell'Unione europea*, cit.; per la dimensione del terrorismo essa è sviluppata da WOLFF, WICHMAN, MOUNIER, *The External Dimension of Justice and Home Affairs. A Different Security Agenda for the European Union?*, in *Special Issues of the Journal European Integration*, 2009.

<sup>77</sup> Così il piano d'azione del Consiglio intitolato a *The European Union Counter-Terrorism Strategy*, del 30 novembre 2005, doc. 14469/4/05, Rev. 4 (approvato dal successivo Consiglio europeo del dicembre dello stesso anno), p. 6.

<sup>78</sup> Tale strategia è stata per la prima volta espressa nel piano d'azione del Consiglio europeo straordinario del 21 settembre 2001, cit.; è stata successivamente confermata dal piano d'azione del Consiglio *The European Union Counter-Terrorism Strategy*, cit., e costantemente seguita nelle linee programmatiche europee: v., fra i tanti atti, la comunicazione della Commissione sull'intensificazione della lotta contro il terrorismo, COM(2007)649 def., 6 novembre 2007; nonché la decisione del Consiglio 12 febbraio 2007, n. 2007/124/CE, Euratom, che istituisce per il periodo 2007-2013 il programma specifico «Prevenzione, preparazione e gestione delle conseguenze in materia di terrori-

nell'ultimo Programma di Stoccolma<sup>79</sup>, e che nelle intenzioni delle autorità proponenti «constitue a comprehensive and proportionate response to the international terrorism threat. The Strategy requires work at national, European and international levels to reduce the threat from terrorism and [...] vulnerability to attack»<sup>80</sup>.

Di ciascuno di questi elementi si dirà sinteticamente.

#### 4.1. La prevenzione

È stato osservato che, in generale, ai fini del contrasto della criminalità organizzata «è importante [...] non soltanto combattere le organizzazioni criminali, ma ridurre il più possibile le opportunità di commettere reati, di individuare i punti deboli che le leggi o le prassi amministrative offrono alle organizzazioni criminali per essere sfruttate ai loro fini illeciti, la necessità di ridurre i fattori di esposizione a rischio di gruppi sociali particolarmente a rischio [...]»<sup>81</sup>, anche valorizzando i flussi di informazioni verso l'opinione pubblica e fra le autorità nazionali preposte alla prevenzione del crimine. L'azione di contrasto alle condotte illecite che si traducono in atti di terrorismo non si differenzia quanto a strategie di intervento, richiedendo che si agisca sulle cause che favoriscono il radicamento e l'affiliazione al terrorismo.

In questa prospettiva, l'Unione ha valorizzato la cooperazione sul piano normativo con Stati terzi, tramite la prassi di stipulare accordi di cooperazione, tutti contenenti una clausola di condizionalità antiterrorismo<sup>82</sup>. A questa tipologia di cooperazione è anzitutto da ascrivere l'adozione dell'*Action Plan on European Neighbourhood Policy (ENP)*<sup>83</sup>, indirizzato ad avviare un dialogo fra Unione e Paesi terzi del

smo e di altri rischi correlati alla sicurezza», quale parte del programma generale sulla sicurezza e la tutela delle libertà, in *G.U.U.E.* 24 febbraio 2007 *L* 58, p. 1.

<sup>79</sup> V. il punto 4, par. 5, del programma cit.

<sup>80</sup> Piano d'azione del Consiglio, *The European Union Counter-Terrorism Strategy*, cit., p. 6, punto 3.

<sup>81</sup> Così MAROTTA, *La cooperazione di polizia secondo la Convenzione di Palermo*, in *La cooperazione internazionale*, cit., p. 239 s., a proposito dell'art. 31 della Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale.

<sup>82</sup> Per la valutazione di tale prassi v. la dichiarazione europea sulla lotta al terrorismo, del 25 marzo 2004 (la quale dà mandato al Consiglio per provvedere nel senso descritto); v. anche il comunicato finale del Consiglio europeo dell'11 maggio 2004 e i conseguenti atti di attuazione, in particolare il documento del Consiglio europeo, *EU Counter-Terrorism Clauses: assessment*, del 18 novembre 2004 (doc. 14458/2/04). Ne sono una concretizzazione l'art. 90 dell'Accordo per una *Euro-Mediterranean Association (EMMA)* del 22 aprile 2002, nonché l'Accordo di assistenza stipulato dall'Unione europea con l'Egitto del 25 giugno 2001.

<sup>83</sup> Sull'ENP v., fra i tanti contributi, CREMONA, HILLION, *L'Union fait la force? Potential and Limitations of the European Neighbourhood Policy as an Integrated EU For-*

Mediterraneo nelle materie allora ascritte al primo «pilastro» dell'Unione, facenti capo, dunque, alla Comunità europea. Questa ha poi provveduto alla stipulazione di accordi di *partnership*, di associazione; di cooperazione doganale, commerciale, in materia di immigrazione, di assistenza tecnica<sup>84</sup>. È tuttavia da rilevare come nella prassi alla cooperazione direttamente intessuta sul piano convenzionale dalla Comunità europea si sia ben presto sovrapposto, e abbia assunto prevalenza, il dialogo bilaterale fra Stati membri e Paesi della sponda sud del Mediterraneo<sup>85</sup>.

Pure al quadro dell'azione preventiva dell'Unione possono essere ricondotte le varie forme di cooperazione sul piano operativo (cd. *network governance*): si tratta di attività che si traducono nel coordinamento delle agenzie nazionali incaricate dell'attività di *law enforcement* e di *intelligence* (sia internamente a ciascuno Stato membro, sia a livello transnazionale), anche e soprattutto a fini di scambio delle informazioni, sulla base del principio di disponibilità che tende ormai a innervare di sé i rapporti fra autorità di *intelligence* e di polizia degli Stati membri<sup>86</sup>.

*eign and Security Policy*, in *EUI Working Paper - Law* No. 2006/39.

<sup>84</sup> Secondo le linee direttrici espresse nel patto di stabilità (*Instrument of Stability*), adottato da Parlamento europeo e Consiglio il 15 novembre 2006, doc. n.1717/2006; v. anche la *Joint Action in the Field of Terrorism*, del 16 luglio 2007, 2007/501/CFSP, in *G.U.U.E.* 17 luglio 2007 L 185, p. 31 ss.

<sup>85</sup> Secondo WOLFF, LAVENEX, WICHMANN, *The External Governance of the EU Internal Security*, in *Journ. Eur. Int.*, No. 31(1), p. 83 ss. (che hanno affrontato il problema della sicurezza interna dell'Unione dalla prospettiva della *governance* esterna osservando in particolare la prassi spagnola e francese), la via bilaterale è al momento privilegiata. In questa stessa direttrice si colloca anche l'Italia, che ha provveduto alla stipulazione di accordi bilaterali con i Paesi africani che si affacciano sul Mar Mediterraneo. Significativo è lo sviluppo di relazioni bilaterali con la Libia in materia di controllo dei flussi migratori (dunque anche dell'uscita dalle frontiere libiche di persone a rischio criminalità), a proposito delle quali v. anzitutto Consiglio dell'Unione europea, *Technical Mission to Libya on Illegal Immigration*, Brussels, del 4 aprile 2005, 7753/05. V. anche le informazioni fornite *infra*, nota 116.

<sup>86</sup> Il principio di disponibilità è oggi già accolto nella Convenzione di Prüm del 27 maggio 2005, sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera, specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine internazionale e all'immigrazione illegale, disponibile nel sito [www.senat.fr](http://www.senat.fr); si tratta di un accordo nato al di fuori del contesto dell'Unione, i cui contenuti sono stati infine incorporati nel diritto di questa Organizzazione a seguito dell'adozione della decisione del Consiglio dell'Unione 2008/615/GAI: sul punto v. RINOLDI, *Lo spazio di libertà*, cit., par. 4.2. Il principio di disponibilità è pure contemplato dal programma dell'Aja, cit., punto 3.1; dal piano d'azione sul programma dell'Aja, giugno 2005, priorità 7, punti 3-4; dalla comunicazione della Commissione sul Programma dell'Aja, COM(2005)184 def., punto 2.3(2); dalla dichiarazione sulla lotta al terrorismo del 25 marzo 2004, cit., punto 9; dalla decisione quadro del Consiglio 2006/960/GAI del 18 dicembre 2006 relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e di intelligence tra le autorità degli Stati Membri dell'Unione Europea incaricate dell'applicazione della legge (sulla quale v. DAMBRUOSO, *Nessun limite maggiore di quelli posti alle comunicazioni di polizia interna*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 2, p. 36

Una funzione preventiva nella strategia europea è pure assegnata all'adozione di misure capaci di incidere sul finanziamento dell'attività di terrorismo. Si tratta di una modalità di prevenzione che, come noto, si articola anzitutto su misure di controllo del riciclaggio di proventi da reato<sup>87</sup>. A partire dai fatti di terrorismo dell'11 settembre 2001, la strategia internazionale in materia si fonda anche sulle cosiddette *smart sanctions*, ovvero su misure sanzionatorie indirizzate nei confronti non più di uno Stato (ovvero della sua intera comunità nazionale), bensì delle sole persone fisiche e giuridiche sospettate di tenere condotte di terrorismo o di fiancheggiare in vari modi tale attività, procedendo nei loro confronti con provvedimenti di congelamento di beni e risorse finanziarie. La prassi del *blacklisting* è stata inaugurata con risoluzione n. 1373/2001 dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite<sup>88</sup>, ed è seguita anche in via autonoma (cioè non sul piano della mera trasposizione entro l'Unione europea di decisioni assunte in quella sede) dallo stesso Consiglio dell'Unione europea. Il Programma di Stoccolma – nel riaffermare la centralità dell'azione preventiva<sup>89</sup> – «considers that the instruments for combating the financing of terrorism must be adapted to the new potential vulnerabilities of the financial system [...]», e, fra le altre azioni necessarie, suggerisce «to [...] take into account new payment methods in the elaboration/update of Counter Terrorism Financing measures, [and to] examine the possibilities to track terrorism financing within the Union»<sup>90</sup>. A conseguire questo fine contribuiscono i poteri d'azione messi a disposizione dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ai sensi del quale, per quanto riguarda la prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse, Parlamento europeo e Consiglio, con

ss.). Più in generale v. VERVAELE, *Terrorismo versus scambio di informazioni*, cit.; PARI-SI, *Su taluni limiti nell'attività di ricerca e acquisizione della prova penale*, cit., par. 6, in fine.

<sup>87</sup> L'Unione dispone di un cospicuo apparato normativo, frutto di successive direttive in materia: si tratta della direttiva 2005/60 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, in *G.U.U.E.* 25 novembre 2005 L 309; 2001/97 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 dicembre 2001, recante modifiche alla direttiva 91/308/CEE del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, in *G.U.U.E.* 28 dicembre 2001 L 344; 91/308 del Consiglio del 10 giugno 1991, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, in *G.U.U.E.* 28 giugno 1991 L 166.

<sup>88</sup> Ris. n. 1373 (2001) del 28 settembre 2001, del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, in materia di lotta al terrorismo.

<sup>89</sup> Punto 4.5, III cpv. del Programma di Stoccolma., cit.

<sup>90</sup> Punto 4.5, VII e VIII cpv. doc. ult. cit.

regolamenti adottati 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»<sup>91</sup>. La norma certamente assolve in via principale alla funzione di fare chiarezza sull'azione dell'Unione, rimediando alla carenza di una sicura base giuridica per l'adozione di siffatte misure. Essa – letta entro la cornice di un Trattato che si avvantaggia di una Carta dei diritti fondamentali a sé assimilata quanto a portata giuridica – dovrebbe pure garantire, meglio che per il passato, che l'attività normativa dell'Unione sia pienamente conforme alle disposizioni e ai principi relativi ai diritti fondamentali della persona, di fronte a una prassi che aveva prestato il fianco a più di un rilievo critico sul fronte del rispetto dei principi dello Stato di diritto<sup>92</sup>. Non a caso essa si chiude affermando che «[g]li atti di cui al presente articolo contengono le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche»<sup>93</sup>.

#### 4.2. La protezione degli obiettivi sensibili di Unione e Stati membri

Sul fronte della protezione degli obiettivi sensibili – individuati principalmente nelle frontiere esterne degli Stati membri e nelle infrastrutture di trasporto –, la strategia europea si indirizza verso azioni che siano in grado di diminuire la loro vulnerabilità, nonché di ridurre gli effetti derivanti da un attacco terroristico.

Si tratta di azioni che si situano sul piano delle politiche concorrenti di Stati membri ed Unione e che si dovrebbero avvantaggiare di strumenti già operativi. La protezione delle frontiere dell'Unione dovrebbe aumentare la propria efficacia grazie all'attività di Frontex, della «seconda generazione» del Sistema Informativo Schengen (SIS II) e del nuovo Sistema informativo sui visti (VIS)<sup>94</sup>.

La tutela delle infrastrutture dei trasporti si deve fondare sull'ado-

<sup>91</sup> Art. 75, par. 1., del TFUE.

<sup>92</sup> La redazione delle *blacklists* ha dato vita a giurisprudenza contraddittoria (sia nazionale che internazionale europea), oltre che a dottrina assai critica: di tale prassi si darà conto *infra*, par. 5.

<sup>93</sup> Art. 75, par. 3, del TFUE. Peraltro è lo stesso programma di Stoccolma ad affermare che l'Unione «must ensure that the policies are in full compliance with international law, in particular human rights law [...]. It will play an active role in the fight against terrorism [...] with a view to safeguarding fundamental rights and ensuring fair and clear procedures» (punto 4.5, IX cpv.).

<sup>94</sup> Punto 16 del piano d'azione del Consiglio, *The European Union Counter-Terrorism Strategy*, cit.

zione di *standards* comuni relativi alla sicurezza principalmente di aeroporti e porti marittimi, nonché della navigazione aerea e marittima, utili a ridurre la loro vulnerabilità anche di fronte ad attacchi elettronici: ciò sulla base di una concertazione internazionale con gli enti che specificamente si occupano di sicurezza dei trasporti e di non proliferazione degli armamenti<sup>95</sup>.

#### 4.3. *La risposta repressiva: la cooperazione fra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea sul piano giudiziario penale*

Sempre coniugando dimensione interna e dimensione internazionale, la strategia repressiva ha anzitutto perseguito la triplice strada segnata inizialmente dal Trattato di Amsterdam<sup>96</sup> – e perfezionata dal Trattato di Lisbona<sup>97</sup> – che persegue l'applicazione diffusa del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali<sup>98</sup>; l'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri sul fronte del diritto penale<sup>99</sup> e del diritto processuale penale<sup>100</sup>; lo sviluppo di forme più rapide e fluide di cooperazione giudiziaria fra le autorità omologhe degli Stati membri e fra queste e le agenzie dell'Unione<sup>101</sup>, anche tramite modalità

<sup>95</sup> Punti 17-18 e 20 del piano d'azione del Consiglio, *The European Union Counter-Terrorism Strategy*, cit.

<sup>96</sup> Artt. 29-31 del TUE.

<sup>97</sup> Artt. 82-86 del TFUE.

<sup>98</sup> Il principio è espresso nell'art. 82 del TFUE; è fatto proprio da numerose decisioni quadro, fra le quali si rammenta la n. 2008/909/GAI, indirizzata ad applicare il principio alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale; alla stessa logica si ispirano le decisioni quadro richiamate *infra*, in nota 101.

<sup>99</sup> La via è quella dell'armonizzazione delle fattispecie incriminatrici e delle sanzioni conseguenti (art. 83, par. 1, del TFUE), che si è tradotta in relazione all'attività di contrasto al terrorismo nelle due già citate decisioni quadro 2002/475/GAI e 2008/919/GAI.

<sup>100</sup> Art. 82, par. 2, del TFUE. L'armonizzazione in questo settore ha conseguito risultati apprezzabili sul fronte degli istituti di cooperazione giudiziaria (per i quali v. i rilievi *infra*, in note 100 e 101); molto meno significativi sul fronte dei diritti processuali degli imputati/indagati, dove la questione (delineata nel Libro verde della Commissione del 19 febbraio 2003) ha subito una battuta d'arresto probabilmente definitiva, determinata dall'impossibilità (per assenza di volontà politica degli Stati membri) di addvenire all'adozione di una decisione quadro in materia; sul piano normativo la scelta dell'Unione è quella di inserire nei singoli atti clausole indirizzate a tutelare uno standard minimo dei diritti delle persone coinvolte nel procedimento penale, riferendosi all'art. 6 del TUE e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; da ultimo si assiste all'adozione di norme trasversali, indirizzate cioè a introdurre nelle decisioni quadro già operanti clausole che fanno salve singole garanzie individuali: v. al riguardo la decisione quadro 2009/299/GAI, che interviene in relazione al processo contumaciale.

<sup>101</sup> Sono ascrivibili a questa via per esempio le decisioni quadro 2002/584/GAI, sul mandato d'arresto europeo, cit.; 2001/500/GAI, sul sequestro, la confisca e il congela-

integrate di amministrazione della giustizia<sup>102</sup>.

Sul fronte della dimensione esterna, l'azione repressiva dell'Unione si sta già concretando nella stipulazione di accordi con Paesi terzi: è significativa l'intensa attività convenzionale intessuta con gli Stati Uniti d'America, indirizzata a facilitare la consegna delle persone in estradizione, la raccolta di materiale probatorio ed altre forme di cooperazione giudiziaria penale, nonché la trasmissione di dati personali a fini del controllo delle persone che si muovono a livello transoceanico fra Europa e continente americano<sup>103</sup>.

#### 4.4. La risposta solidale

Poiché l'attività preventiva non è in grado di eliminare comunque il rischio di un attacco terroristico, l'ordinamento dell'Unione predispone una risposta ad esso del tutto analoga a quanto si prevede per il caso di eventi catastrofici naturali, tecnologici o prodotti dall'uomo<sup>104</sup>: l'art. 222 del TFUE stabilisce che «L'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto [tra l'altro] di un attacco terroristico (...)».

La risposta congiunta vede, anzitutto, coinvolti gli Stati membri individualmente considerati; essa tuttavia non può prescindere da un'azione integrata della stessa Unione, la quale è tenuta a «mobilita[re] tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri», affinché – fallite le misure preventive – si possa prestare assistenza a uno Stato membro, sul suo territorio, a seguito della

mento di beni derivanti da attività di riciclaggio; 2003/577/GAI, sul congelamento dei beni e sul sequestro probatorio; 2005/212/GAI e 2006/783/GAI, sulla confisca; 2008/978/GAI, sul mandato europeo di ricerca delle prove.

<sup>102</sup> Modalità che sono stabilite per esempio nella Convenzione di Bruxelles 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale; ovvero nelle norme europee che determinano la costituzione squadre investigative comuni (decisione quadro 2002/465/GAI, destinata ad essere progressivamente sostituita – mano a mano che la citata Convenzione di Bruxelles entra in vigore per i singoli Stati membri – dal disposto dell'art. 13 di questa); la rete giudiziaria europea (azione comune 98/428/GAI); le agenzie dell'Unione, quali EUROJUST, EUROPOL, FRONTEX (rinvio ancora una volta a RINOLDI, *Lo spazio di libertà*, cit., par. 4 e 5).

<sup>103</sup> Si tratta degli accordi di estradizione e di mutua assistenza giudiziaria in materia penale, aperti alla firma il 25 giugno 2003 (G.U.U.E 19 luglio 2003 L 181); nonché dell'accordo sul trattamento e sul trasferimento dei dati del codice di protezione (PNR) da parte dei vettori aerei al Dipartimento per la sicurezza interna degli Stati Uniti, firmato a Bruxelles il 23 luglio 2007 e a Washington il 26 luglio 2007, G.U.U.E. 4 agosto 2007 L 204).

<sup>104</sup> Punto 32 del piano d'azione del Consiglio, *The European Union Counter-Terrorism Strategy*, cit.

richiesta delle sue autorità politiche. Analoga solidarietà deve essere prestata da ciascun altro Stato membro, sulla base di un coordinamento che deve essere ricercato in sede di Consiglio dell'Unione.

Ancora, il Trattato prevede che le modalità di attuazione della clausola di solidarietà siano definite da una decisione adottata dal Consiglio, su proposta congiunta della Commissione e dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza<sup>105</sup>, sulla base di una valutazione periodica delle minacce terroristiche<sup>106</sup>. In un momento precedente all'entrata in vigore di questa disposizione il Consiglio aveva già adottato, con decisione 2007/124<sup>107</sup>, un programma specifico per il periodo 2007-2015 su Prevenzione, preparazione e gestione delle conseguenze in materia di terrorismo e di altri rischi correlati alla sicurezza, quale parte integrante del programma generale sulla sicurezza e la tutela delle libertà nell'Unione.

##### *5. A proposito dei limiti dell'attività di contrasto del terrorismo transnazionale nella regione euro-mediterranea*

In via generale si può allora, infine, osservare che alla base della questione affrontata in queste pagine vi è un interrogativo irrisolto, condiviso con altri che, in modo assai più sistematico, hanno affrontato sul piano giuridico le implicazioni della tensione fra sicurezza e libertà che sottende ogni decisione relativa alle modalità di contrasto alle condotte di terrorismo<sup>108</sup>. Alle autorità di governo (nazionali e internazionali) si

<sup>105</sup> L'art. 222 del TFUE, al proprio n. 3, precisa: «Quando tale decisione ha implicazioni nel settore della difesa, il Consiglio delibera conformemente all'articolo 31, paragrafo 1 del Trattato sull'Unione europea. Il Parlamento europeo è informato. Ai fini del presente paragrafo e fatto salvo l'articolo 240, il Consiglio è assistito dal comitato politico e di sicurezza, con il sostegno delle strutture sviluppate nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune, e dal comitato di cui all'articolo 71, i quali gli presentano, se del caso, pareri congiunti».

<sup>106</sup> Art. 222, par. 4, del TFUE.

<sup>107</sup> Decisione 2007/124 del 12 febbraio 2007 che istituisce per il periodo 2007-2013 il programma specifico «Prevenzione, preparazione e gestione delle conseguenze in materia di terrorismo ed altri rischi correlati alla sicurezza», quale parte del programma generale sulla sicurezza e la tutela delle libertà, in *G.U.U.E.* 24 febbraio 2007 L 58.

<sup>108</sup> Sulla risposta dello Stato (e delle organizzazioni di Stati) alle situazioni di emergenza (ovvero allo stato di necessità) v., fra i tanti contributi, anzitutto MARAZZITTA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna 2004; RODOTÀ, *L'emergenza non neghi la democrazia*, in *La Repubblica*, 11 luglio 2005, pp. 1 e 26. Per la prospettiva più squisitamente internazionale v. POCAR, *Human Rights under International Covenant on Civil and Political Rights*

chiede infatti di risolvere tale tensione, evitando nel contempo che la percezione dell'insicurezza si traduca in una permanente cultura dell'emergenza: situazione quest'ultima che – come la prassi ha sempre dimostrato – determinerebbe di per sé un conseguente stabile abbassamento delle garanzie individuali, che necessariamente vengono comprese nella prima risposta al pericolo.

Dalla sintetica rassegna degli obiettivi perseguiti dal piano strategico dell'Unione e dal tipo di strumenti giuridici utilizzati in ciascuno dei quattro «pilastri» da esso contemplati in funzione di contrasto al terrorismo transnazionale, mi sembra emerga senza mezzi termini che, nonostante una diversa volontà spesso manifestata, la risposta repressiva dell'Unione sia oggi privilegiata: non soltanto quantitativamente, ma anche qualitativamente l'attività normativa dell'Unione è, a quest'ultimo riguardo, assistita da una forza giuridica indiscussa (quella propria delle decisioni quadro e, in futuro, di regolamenti), a fronte di documenti che – nel sostenerne l'azione da altre prospettive – si traducono in gran parte in atti di *soft law* o in strumenti convenzionali, dall'entrata in vigore incerta (subordinati, come sono, alla ratifica delle Parti firmatarie) e rinviata nel tempo (in funzione dell'esigenza di conseguire tale adempimento). Non può nemmeno sottacersi che persino le attività preventive, come quelle per esempio indirizzate a controllare i flussi finanziari che sostengono il terrorismo transnazionale, quando scontano una prospettiva criminogena (come accade nel sistema del *blacklisting*<sup>109</sup> indirizzato ad anticipare presuntivamente il giudizio di colpevolezza) mettono in campo norme dell'Unione di diritto derivato magari anche di *soft law*, ma infine supportate da regolamenti dell'Unione europea, atti dotati di singolare forza giuridica, assistiti come sono dalla garanzia della propria diretta efficacia e primazia negli ordinamenti degli Stati membri

Certamente è la situazione di emergenza che le società occidentali avvertono di attraversare ad aver trascinato con sé la necessità di una forte componente repressiva nella risposta europea al terrorismo. Tuttavia, insieme a questo approccio, è indubbiamente passata anche una prospettiva di compressione delle libertà individuali. Si tratta di una prospettiva che ha dimostrato più di un punto debole in relazione alla propria idoneità a rispettare compiutamente i principi dello Stato di diritto, sui quali pure l'Unione si fonda<sup>110</sup>. In questa sede ci si può solo limitare a richia-

and *Armed Conflicts*, in *Man's Inhumanity to Man* (a cura di Vohrah e al.), Leiden, 2003, p. 729 ss.

<sup>109</sup> Per la quale v. *infra*, in questo par.

<sup>110</sup> Art. 2 del TUE.

mare sinteticamente quali siano gli elementi emersi da tale strategia che hanno già manifestato criticità.

In via generale resta, anzitutto, irrisolta la questione del come distinguere il dissenso politico che si manifesti con atti violenti (per esempio nel quadro di una lotta di liberazione nazionale) dall'atto di terrorismo. I faticosi negoziati per una convenzione globale ai quali anche l'Unione europea collabora<sup>111</sup>, se conseguissero risultati apprezzabili su questo fronte, certamente consentirebbero di graduare la risposta degli Stati, valorizzando la collaborazione reciproca nella repressione ove necessaria, sia a livello universale che a livello regionale europeo.

Guardando all'approccio adottato specificamente in ambito europeo, questione centrale è certamente costituita dal corretto funzionamento del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali<sup>112</sup>: si auspica che le istituzioni dell'Unione approfondiscano il percorso appena iniziato relativo alla necessaria conformità del suo funzionamento alle esigenze di rispetto dei diritti fondamentali delle persone<sup>113</sup>: in particolare, sul fronte repressivo, di principi quali quello del *ne bis in idem* e di doppia incriminabilità; sul fronte preventivo, con un regime del principio di disponibilità delle informazioni<sup>114</sup> rispettoso del diritto individuale alla riservatezza, nonché dei principi dell'equo processo, in particolare sul fronte della formazione della prova nel procedimento penale.

Minori preoccupazioni desta la procedura del *blacklisting*: come da cospicua dottrina ormai rilevato, la prassi europea era inizialmente appiattita sull'esigenza di dare pieno ed esatto adempimento alle risoluzioni adottate nel quadro delle Nazioni Unite senza porsi alcuna questione di rispetto del principio di legalità, divenendo tali prassi dunque censurabile dalla prospettiva del rispetto di diritti fondamentali della persona, quali quelli del diritto alla proprietà dei beni, della presunzione di innocenza, dell'esercizio del diritto alla propria difesa, del formazione della prova nel processo, dei limiti che deve incontrare l'inversione dell'onere della prova; oggi essa ha trovato nella giurisprudenza della Corte di giu-

<sup>111</sup> V. al proposito quanto afferma il programma di Stoccolma, cit. (*supra*, in nota 70).

<sup>112</sup> Su tale principio dalla prospettiva del rispetto del principio di stretta legalità penale si permetta di rinviare al mio *I diritti fondamentali nell'Unione europea fra mutuo riconoscimento in materia penale e principio di legalità*, in *Spazio di libertà sicurezza e giustizia*, cit., p. 113 ss.; nonché a DE AMICIS, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I quaderni europei*, 2009 n. 14, disponibile nel sito [www.lex.unict.it/cde](http://www.lex.unict.it/cde).

<sup>113</sup> Sul punto v. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Elementi di diritto dell'Unione europea*, cit., par. 1.3.

<sup>114</sup> Di cui si è detto *supra*, par. 4.1., nel testo all'altezza dell'esponente della nota 86.

stizia dell'Unione europea<sup>115</sup> un saldo ancoramento al principio di legalità.

Motivi di preoccupazione desta, invece, la prassi degli Stati membri dell'Unione europea (anche maturata in esecuzione di normativa di questa) relativa all'allontanamento dello straniero nei cui confronti vi siano fondate ragioni di ritenere un suo coinvolgimento in condotte di terrorismo. Considerando in particolare gli accordi di riammissione già stipulati, nel rispetto del principio di sussidiarietà, dalla Comunità europea o dai suoi Stati membri a titolo individuale, non si può evitare di interrogarsi sulla loro aderenza agli obblighi convenzionali in materia di diritti dell'uomo, in particolare domandandosi se, all'atto della loro esecuzione, essi siano in grado di garantire la persona contro il rischio di essere sottoposta a trattamenti pregiudizievoli della sua integrità psico-fisica. La prassi segnala, infatti, che l'allontanamento verso il territorio dello Stato dal quale la persona si era mossa in direzione delle frontiere europee non è stato sino ad oggi utile ad assicurare che in questo Stato essa non sia sottoposta a persecuzione, discriminazione, trattamenti inumani o degradanti, non corra il rischio di perdere la vita; ovvero che da quest'ultimo essa non venga allontanata verso un Paese – magari quello di cittadinanza – «non sicuro» perché da trattamenti quali quelli sopra descritti quella persona è appunto fuggita. Al proposito ricordo soltanto il vivace dibattito politico cui ha dato origine l'avvio dei negoziati per la stipulazione di un accordo di riammissione CE-Libia, che ha visto, proprio in relazione alle esigenze di garanzia dei diritti fondamentali della persona, una vivace reazione del mondo istituzionale internazionale alle intese intercorse fra questo stesso Paese e l'Italia<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> La giurisprudenza è richiamata puntualmente (insieme a valutazioni sull'evoluzione di essa) da RINOLDI, *La giustizia e il bilanciamento fra libertà e sicurezza nello spazio costituzionale europeo*, in (a cura di Venturini e Bariatti), *Diritti individuali e giustizia amministrativa. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 773 ss., al quale rinvio anche per richiami alla cospicua dottrina ad oggi intervenuta nel dibattito scientifico.

<sup>116</sup> Le relazioni convenzionali fra Italia e Libia in materia di controllo dei flussi migratori, risalgono all'Accordo firmato a Roma il 13 dicembre 2000, seguito da un'«intesa verbale» del 2003 e da contatti politici ad alto livello nel 2004 (sulla dubbia costituzionalità di questa prassi v. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 156 ss.). In termini fortemente critici per la prassi conseguente questi accordi si sono espressi fra gli altri *Amnesty International*, *Libya: Refugees face imminent expulsion*, *News Service* 329/2004, del 23 dicembre 2004; Id.-Sez. italiana, CS-Consortio italiano di solidarietà, *Medici senza Frontiere*, *Dura condanna per i trasferimenti forzati dei cittadini stranieri arrivati a Lampedusa*, comunicato congiunto del 3 ottobre 2004; Alto Commissariato dell'ONU per i Rifugiati, *Italy: Government must ensure access to asylum for those in need of protection*, comunicato stampa del 6 ottobre 2004; il Parlamento europeo con ris. 14 aprile 2005 (<http://www.stranieriinitalia.com>); in termini più generali un giudizio negativo sulla poli-

La problematicità della «dimensione esterna» dell'azione dell'Unione aumenta se si considera che al respingimento della persona, anche in assenza di un accordo di riammissione, si perviene oggi, per esempio, anche nei confronti di chi pretenda di essere un rifugiato; poiché alla base della mancata condivisione di una convenzione universale che accolga una definizione condivisa di atto di terrorismo vi è dissidio sul trattamento di chi combatta un regime considerato oppressivo, la situazione sopra descritta non può non ingenerare inquietudini. Si noti, sempre esemplificativamente, che il sistema europeo di rimpatrio funziona sulla base di talune presunzioni del tutto assenti sia dal sistema ginevrino che dalla prassi maturata nel quadro dell'applicazione della Convenzione europea di salvaguardia: qualificazioni quali quelle di «Paese d'origine sicuro»<sup>117</sup>, «Paese terzo sicuro»<sup>118</sup>, «Paese di destinazione super-sicuro»<sup>119</sup>, «Paese di primo asilo»<sup>120</sup>, sortiscono l'effetto di restringere l'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951; introducono una presunzione di respingimento, rovesciando la prospettiva da questo Accordo adottata, secondo la quale la persona ha diritto all'accoglienza sino a quando le autorità nazionali non abbiano verificato il fondamento della qualità di rifugiato, della situazione di persecuzione da cui si allontana chi richiede asilo politico, e così via; accolgono l'equazione fra carattere democratico di uno Stato (che non viene messo in

tica italiana in materia emerge dal *Rapporto annuale* adottato da *Amnesty International* il 25 maggio 2005. Della questione si sta occupando la terza Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha avviato un procedimento contro l'Italia a proposito della prassi delle espulsioni verso la Libia che si sono succedute dall'ottobre 2004; nel corso del procedimento sono state pure adottate (il 10 maggio 2005) misure provvisorie sulla base del citato art. 39 del reg. interno della Corte stessa (v. GALIENI, *La Corte europea ordina all'Italia di interrompere le deportazioni di migranti*, nel sito <http://www.alefvg.it/immigrazione/eu>). La Corte ha radiato dal ruolo il procedimento con sentenza 19 gennaio 2010, *Hussum e altri*. Peraltro anche il mondo istituzionale italiano ha reagito in modo assai critico: v. l'interrogazione parlamentare presentata dalla senatrice Tana de Zulueta nel mese di maggio 2005 (disponibile nel sito <http://www.tanadezulueta.it>).

<sup>117</sup> La definizione – le cui origini risalgono alla cosiddette risoluzioni di Londra del 30 novembre/1° dicembre 1992 – è stata codificata in un testo con valore giuridicamente vincolante ad opera del Trattato di Amsterdam, tramite il Protocollo n. 29 (sulla cui portata v. RINOLDI, *Lo «Spazio di libertà», cit.*, p. 282 s.) ed è ripresa nella direttiva 2005/85 (artt. 29-31), cit.

<sup>118</sup> Alle risoluzioni di Londra bisogna guardare per questa qualificazione – in particolare alla risoluzione relativa a un approccio armonizzato delle questioni relative ai Paesi terzi d'accoglienza, par. 1, lett. c) – alle quali è seguita la raccomandazione del Consiglio dell'Unione R(97)22 del 25 novembre 1997, ripresa dall'art. 27 della direttiva ult. cit.

<sup>119</sup> V. l'art. 36, della direttiva ult. cit.

<sup>120</sup> V. l'art. 26 della direttiva ult. cit. Su tali presunzioni v. diffusamente SPATTI, *Richiedenti asilo e «Paesi sicuri»*, in *Questioni di diritto delle migrazioni*, cit., p. 119 ss.

dubbio quando si tratta di un Paese membro dell'Unione<sup>121</sup> e del Consiglio d'Europa) e impossibilità che questo ricorra anche sporadicamente e in via eccezionale a pratiche persecutorie.

Il medesimo risultato riduttivo dell'ambito convenzionale ginevrino si consegue utilizzando sul piano normativo ovvero in via di prassi una nozione di persecuzione che, per esempio, non ricomprenda nel proprio ambito il comportamento adottato da agenti non statali<sup>122</sup>; ovvero che consenta allo Stato di negare la protezione se questa possa essere offerta da partiti od organizzazioni – comprese le organizzazioni non governative – che controllano il territorio (in tutto o in una sua parte consistente) del Paese da cui ci si allontana<sup>123</sup>; partiti e organizzazioni ai quali, per non essere soggetti di diritto internazionale, non può farsi risalire la responsabilità appunto internazionale per eventuali pregiudizi che egualmente intervengano nei confronti della persona.

Quanto qui segnalato è reso ancor più problematico dal fatto di inserirsi in un'attitudine pericolosa ed inquietante che manifesta la volontà dell'Unione e dei suoi Stati membri di riversare verso l'esterno le proprie responsabilità in materia di accoglienza dello straniero, pur senza abbracciare la posizione estrema volta a creare centri di raccolta esterni allo stesso territorio dell'Unione<sup>124</sup>.

Non a caso il Consiglio d'Europa ha indirizzato ai propri Stati membri (fra i quali sono compresi tutti i Paesi dell'Unione europea)

<sup>121</sup> Come stabilito dal Protocollo n. 24 allegato ai Trattati di Unione e sul funzionamento dell'Unione.

<sup>122</sup> Così come era ai sensi della risoluzione relativa a un approccio armonizzato delle questioni relative ai Paesi terzi d'accoglienza, cit., par. 5, n. 2; in modo critico sul punto v. UNHCR, *Application No. 43844/98 - T.I. c. United Kingdom Submission to the European Court of Human Rights*, in *Int. Journal of Refugee Law*, 2000, p. 268 ss.; oggi nell'ambito dell'Unione europea la questione è risolta, poiché la direttiva 2004/83, al proprio art. 6, chiarisce che «I responsabili della persecuzione o del danno grave possono essere: a) lo Stato; b) i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio; c) soggetti non statuali, se può essere dimostrato che i responsabili di cui alle lettere a) e b), comprese le organizzazioni internazionali, non possono o non vogliono fornire protezione contro persecuzioni o danni gravi come definito dall'art. 7».

<sup>123</sup> V. al proposito la risoluzione di Londra relativa a un approccio armonizzato, cit., par. 8, nonché la direttiva 2004/83, cit.

<sup>124</sup> La proposta circa la costituzione di centri di raccolta delle persone esterne costituiti nel territorio di Stati terzi era stata avanzata dal Regno Unito, ma fu avversata da gran parte degli Stati membri (v. la lettera indirizzata dal primo Ministro britannico alla Presidenza dell'Unione – allora ricoperta dalla Grecia) nel sito [www.migreurop.org](http://www.migreurop.org); in argomento v. FERRÉ, *La Libye pour "externaliser" le droit d'asile de l'UE?*, in *Le Monde*, 20 luglio 2005, p. 15). La proposta è poi emersa in tempi di poco successivi in relazione ai flussi di profughi ucraini e di immigrati nordafricani (v. notizie nello stesso sito).

*Twenty Guidelines on Forced Return*<sup>125</sup>, che dovrebbero segnare i limiti della discrezionalità statale nell'adozione di misure di allontanamento dello straniero e nell'impiego di modalità con le quali tale allontanamento si verifica.

Resta tuttavia un grave elemento di perplessità, che deriva da certa recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>126</sup> che – nell'accertare il rischio di violazione da parte dello Stato verso il quale lo straniero viene respinto di norme dichiarate dalla Convenzione europea come inderogabili persino in caso di guerra o di altra grave calamità (art. 15 della CEDU) – accoglie il criterio delle cosiddette sufficienti assicurazioni diplomatiche<sup>127</sup>. La prassi in questione è andata maturando a partire dall'iniziativa del Regno Unito di stipulare accordi-quadro bilaterali con i Paesi di partenza dei flussi migratori, sulla base dei quali addivenire ad intese *ad hoc* per i singoli episodi di allontanamento: allontanamento al quale le autorità nazionali potrebbero determinarsi anche sulla sola base, appunto, di sufficienti assicurazioni diplomatiche fornite dallo Stato di consegna, indirizzate a garantire che la persona consegnata non subirà violazioni dei propri diritti assoluti<sup>128</sup>. Pare a chi scrive che, così ragionando, si riproduca quella situazione che, in tempi passati, la Corte di Strasburgo aveva escluso di poter considerare conforme all'as-

<sup>125</sup> Le *Twenty Guidelines* sono state adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 4 maggio 2005 (disponibili nel sito [www.coe.int](http://www.coe.int)). A proposito della necessità che, nel procedere a misure di allontanamento, sia garantito un minimo *standard* comune agli Stati membri per garantire una effettiva protezione dei diritti di tutte le persone coinvolte v. l'11° considerando della direttiva 2008/115 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; nonché la comunicazione della Commissione, *A Community return policy of illegal residents*, COM(2002)564.

<sup>126</sup> Peraltro anche altri organi internazionali di garanzia dei diritti fondamentali della persona sembrano aver imboccato la via di cui si dirà: rinvio esemplificativamente alla soluzione data dal Comitato (delle Nazioni Unite) contro la tortura nel caso *Agiza c. Svezia*, considerazioni del 24 maggio 2005, n. 233/2003, doc. CAT/C34/D/233/2003; nel caso *Tapia Paez c. Svezia*, considerazioni del 28 aprile 1997 (specificamente par. 14.5); nel caso *Bachan Singh Sogi c. Canada*, decisione del 16 dicembre 2007, n. 297/2006, par. 10.2.

<sup>127</sup> V. esemplificativamente la Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*; Adde le sentenze 12 aprile 2005 *Hamayev e altri c. Georgia e Russia*; 20 febbraio 2007, *Mohammed Ali Hassam Al-Moayad c. Germania*; 17 febbraio 2009, *Gasayev c. Spagna*; 13 aprile 2010, *Trabelsi*.

<sup>128</sup> Si tratta, come si vede, di un sistema molto simile al meccanismo attuato con la stipulazione della Convenzione europea sul trasferimento dell'esecuzione penale di Strasburgo, del 21 marzo 1983, (disponibile nel sito <http://conventions.coe.int>), meccanismo che viene attivato quando si consideri che la funzione propria della pena (cioè la rieducazione del reo) possa essere meglio conseguito se essa viene scontata nel Paese di cittadinanza.

solitezza della garanzia di cui devono godere beni quali, fra gli altri, il diritto alla vita e a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti; che, dunque, il carattere assoluto di essi non sia compatibile con garanzie relative, quali sono le assicurazioni fornite dalle autorità nazionali di non ricorrere a pratiche suscettibili di violare beni di siffatta natura<sup>129</sup>. Mi sembra, infatti, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che consente l'allontanamento dello straniero in costanza delle anzidette assicurazioni diplomatiche determini l'introduzione di un dato di relatività nell'osservanza di diritti che per la Convenzione europea hanno carattere di inderogabilità<sup>130</sup>. È ben vero che la Corte – così come altri organi internazionali di garanzia dei diritti della persona<sup>131</sup> – si preoccupa di precisare che tali assicurazioni devono essere valutate sia in via preventiva (sul fronte della loro portata non meramente formale – ovvero della loro affidabilità – e della loro non genericità), sia in via successiva (sulla base dell'effettivo controllo sul trattamento che alla persona consegnata viene riservato nello Stato di consegna); tuttavia non reputo che il percorso concettuale che va precisandosi anche nella più recente giurisprudenza sia in grado di fornire quel grado di assolutezza che la norma inderogabile pretende<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> Ricordo che questa giurisprudenza della Corte di Strasburgo risale alla sentenza del 7 luglio 1989 nel caso *Soering*: per considerazioni pertinenti rinvio a PARISI, *Estradizione*, cit, p. 24 ss.

<sup>130</sup> Critiche e perplessità in relazione alla giurisprudenza richiamata sono state espresse dall'Alto Commissariato dei Rifugiati dell'ONU nella *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, Genève, agosto 2006, vedilo in [www.unhcr.org/cgi](http://www.unhcr.org/cgi); nonché dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa: v. il *Memorandum (following his visit to Italy on 19-20 June 2008)*, nel sito <https://wcd.coe.int>, p. 14 s.; nonché il *Memorandum (following his visit to the United Kingdom on 5-8 February and 31 March-2 April 2008)*, nel sito <https://wcd.coe.int>, punto 91 (e la risposta del Governo inglese: parte IV del doc. cit.).

<sup>131</sup> Segnalo a mero titolo esemplificativo la *Consideration of Report submitted by States Parties under Article 19 of the Convention*, adottata dal Comitato (dell'ONU) contro la tortura nella propria 34ª sessione: in sede di raccomandazioni indirizzate al Canada, il Comitato si limita a sottolineare che «given the absolute nature of the prohibition against refoulement contained in article 3 of the Convention [against torture], the State party should provide the Committee with details on how many cases of extradition and removal subject to receipt of “diplomatic assurance” or guarantee have occurred since 11 September 2001, what the State party's minimum contents are for such assurances or guarantees, what measures of subsequent monitoring it has undertaken in such cases and the legal enforceability of the assurances or guarantees» (così punto D, lett. e), doc. CAT/C/CO/34/CAN).

<sup>132</sup> Fra i tanti che in dottrina hanno espresso perplessità in relazione a quest'approccio della giurisprudenza mi limito a segnalare: CONCOLINO, *L'incidenza delle misure antiterrorismo sulla tutela dei flussi migratori*, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali* (a cura di Benvenuti), Ripa Fagnano Alto, 2008, p. 375 ss.; GIANNELLI, *Obbligo di non refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, in *Studi in onore di*

6. *Una breve considerazione conclusiva: terrorismo, sicurezza collettiva e «tenuta» del regime democratico*

All'atto di tentare una qualche valutazione critica conclusiva mi sembra di poter proporre un punto fermo in questo quadro assai complesso e articolato.

La giurisprudenza delle Corti internazionali europee ha pervicacemente seguito, a piccoli passi, l'obiettivo del consolidamento dei diritti dello straniero tramite il bilanciamento di due situazioni potenzialmente confliggenti: da una parte v'è infatti l'assunto che lo straniero è persona, titolare di diritti innati; da un'altra parte la perdurante sovranità dello Stato impone la presa d'atto che esso possa stabilire le condizioni di appartenenza delle persone alla collettività nazionale e la misura della assimilazione dello straniero al cittadino. Lo sforzo di quella giurisprudenza – coronato da non pochi successi – è consistito nel circoscrivere progressivamente la discrezionalità dello Stato al proposito<sup>133</sup>.

Questo percorso virtuoso è stato bruscamente messo a repentaglio dalla saldatura temporale fra aumento dei flussi migratori verso l'Europa e dilagante ondata di fatti di terrorismo transnazionale. Non poche voci, anche autorevoli, si levano oggi per affermare che la grande epoca delle libertà – inaugurata ormai più di due secoli fa – è finita, dovendo le autorità pubbliche fronteggiare situazioni di emergenza che esigono sacrifici determinati dall'esigenza di prevenire e respingere pericoli imminenti per la ordinata convivenza della società civile e per la stessa sicurezza pubblica nazionale. Si fa notare, in questa prospettiva, che la compressione delle libertà individuali – anche quando si concreta una violazione del principio di legalità – rappresenta il «male minore» funzionale alla sal-

*Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 363 ss.; ID., *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 449 ss.; SACCUCCI, *Divieto di tortura e lotta al terrorismo*, in *La tutela dei diritti umani*, cit., p. 96 ss.; CARELLA, *Nominalismo e lotta al terrorismo internazionale: il caso delle extraordinary renditions*, *ibidem*, p. 341 ss.; CAVASINO, *Refoulement, divieto di tortura, sicurezza nazionale: riflessioni sulle forme di un difficile bilanciamento*, *ibidem*, p. 392 ss.; DE LONDRAS, *Saadi v. Italy: European Court of Human Rights Judgment on Deportations of Individuals outside the Protective Zone of the European Convention on Human Rights Article 3*, in *American Journal of Int. Law*, 2008; p. 616 ss.

<sup>133</sup> Considerazioni analoghe sono sostenute da LENZERINI (*Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009), quando osserva l'avvenuta sovrapposizione alla primitiva norma di diritto internazionale generale relativa alla piena discrezionalità dello Stato ad ammettere od escludere lo straniero dal proprio territorio di quella, di più recente formazione, sul trattamento protettivo del rifugiato.

vaguardia di un bene collettivo<sup>134</sup>; si propende, insomma, a porre in termini concettuali la questione nel senso di un necessario bilanciamento fra esigenze tendenzialmente configgenti: quella – collettiva – alla sicurezza; quella – individuale – al rispetto di diritti e libertà fondamentali.

A questo approccio mi sembra debbano essere opposte alcune considerazioni critiche. Anzitutto, pur non potendosi negare la gravità della minaccia terroristica, occorre affermare con decisione la pretestuosità dell'equazione immigrazione-terrorismo; e, di conseguenza, proporre all'uno e all'altro fenomeno una risposta che non snaturi le caratteristiche proprie dello Stato di diritto e non si traduca in una chiusura fisica dei confini nazionali (e, più globalmente, dell'Unione) di fronte a persone che per prime hanno subito pesanti violazioni di diritti e libertà fondamentali.

Su questa considerazione si innesta una seconda argomentazione critica: non mi sembra, cioè, che il binomio sicurezza collettiva/libertà individuali, impostato come sopra si è detto, sia affrontato in modo corretto. Ambedue i termini del binomio, infatti, pongono obblighi alle autorità nazionali; ma si tratta di obblighi non omogenei, che corrono – per così dire – su binari paralleli. Da una parte si chiede che le autorità nazionali adottino misure preventive per evitare che la tranquilla convivenza della società civile venga messa a repentaglio: si tratta, evidentemente, di un'obbligazione di mezzi. Dall'altra parte, si chiede che le stesse autorità nazionali conseguano permanentemente un certo risultato: il rispetto di diritti e libertà individuali, astenendosi dal violarli se si tratti di diritti inderogabili; introducendo deroghe<sup>135</sup> ovvero limitazioni<sup>136</sup> al loro esercizio se si tratti di diritti derogabili, ai fini del perseguimento del primo obiettivo, quello di mantenere la sicurezza pubblica. Ciò comporta, a mio parere, che i due obiettivi non siano antagonistici, bensì debbano essere perseguiti congiuntamente.

Ora, l'inquadramento dello stato di necessità – che in questi tempi spesso viene invocato nell'occasione di successive imponenti ondate di immigrati clandestini, come di fatti di terrorismo – proposto dalla dottrina costituzionale sembra consistere «nel considerare l'unica violazione (dell'ordine legale) consentita (quella che si traduce) nella *deroga temporanea* della sola *costituzione formale*, specificamente limitata alle stringenti *necessità* imposte dalle circostanze, mentre non si ritiene ac-

<sup>134</sup> Per un inquadramento teorico dello stato di necessità in questa prospettiva v. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, pp. 220-229.

<sup>135</sup> Per esempio ai sensi della disciplina stabilita nell'art. 15 della CEDU.

<sup>136</sup> Ricorrendo ai legittimi motivi che giustificano un'ingerenza nella sfera privata delle autorità pubbliche, per esempio ai sensi degli artt. 8-11 della CEDU.

cettabile alcuna limitazione dei valori e dei principi sostanziali sui quali si fonda l'ordinamento, la cui salvaguardia costituisce la (sua) suprema finalità»<sup>137</sup>.

La «direttiva» contenuta in siffatto inquadramento determina, dunque, l'esigenza che Unione e Stati membri si dotino di una disciplina dell'accoglienza (e, parallelamente, dell'allontanamento) dello straniero articolata intorno al principio di legalità – sul quale la prima e i secondi ugualmente si fondano – solo *eccezionalmente derogabile in casi singoli*, secondo i *criteri di necessità e proporzionalità*, quando *in concreto* si ponga la necessità di bilanciare libertà individuali dello straniero e sicurezza collettiva della società europea; ovvero di ricercare vie diverse dall'allontanamento verso un Paese a rischio violazione quando in tale rischio siano implicati beni assoluti. Il rispetto dei diritti dell'uomo deve, conseguentemente, essere visto non come un limite (talvolta fastidioso) all'attività delle pubbliche autorità, bensì come l'unica via per rendere possibile l'integrazione dello straniero nel tessuto sociale ed economico europeo; e il contemporaneo contrasto di gravi fatti di criminalità.

Il contributo che gli organi giudiziari interni e internazionali stanno costantemente offrendo alla tenuta del regime democratico<sup>138</sup>, pur in situazioni di eccezionalità, mi sembra essere determinante per assicurare il primato del diritto: essi, infatti, hanno sino ad oggi dimostrato di saper garantire (anche di fronte a misure assunte da autorità legislative ed esecutive nazionali e internazionali) l'intangibilità di ciò che rappresenta l'essenza della democrazia, ovvero la fruizione dei diritti fondamentali tramite l'accesso a vie di ricorso giudiziarie. L'effettività del diritto sostanziale dipende, infatti, da un'efficace tutela processuale<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, p. 3 (corsivi aggiunti).

<sup>138</sup> Sul giudizio concordano GARGIULO, BIANCHI, INGRAVALLO e DE SENA nei propri contributi pubblicati in *La tutela dei diritti umani*, cit., rispettivamente *passim*, pp. 4 e 46, 141, 163 s.

<sup>139</sup> Così puntualmente la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 giugno 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria* (nel sito <http://www.unhcr.org/refworld/docid/468cbc9d0.html>), in un caso che riguardava proprio l'espulsione di uno straniero e la sua compatibilità con il sistema convenzionale europeo di garanzia dei diritti della persona. Felice è l'immagine evocata da chi ha descritto il rapporto fra processo e legge come una relazione fra «soci paritari», ove talvolta il primo sembra un «socio tiranno» della seconda: v. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 419 ss., specialmente par. 5; immagine rivisitata nella medesima prospettiva – osservando come processo e legge siano in verità «servi gentiluomini dei medesimi valori» – da PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, ivi, 2006, p. 951 ss.

# ATTIVITÀ E PROSPETTIVE DI INTERVENTO DELL'AGENZIA *FRONTEX* NEL MEDITERRANEO\*

Giandonato CAGGIANO\*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il coinvolgimento dei Paesi terzi del Mediterraneo nel controllo delle migrazioni. – 3. Il quadro giuridico del controllo delle frontiere nel TFUE e negli atti derivati. – 4. Origine e sviluppo della politica comune delle frontiere. – 5. Limiti attuali e proposta di riforma del funzionamento e dei poteri di *Frontex*. – 6. La tutela giurisdizionale dei diritti – 7. *Segue*: in occasione dell'intercettazione delle navi in alto mare senza approdo. – 8. Il principio di solidarietà tra Stati. – 9. Prospettive e conclusioni.

## 1. Introduzione

Questo lavoro ha per oggetto il significato giuridico delle frontiere nelle politiche dell'Unione in riferimento ai Paesi terzi, all'attività di controllo funzionale dei flussi migratori nel Mediterraneo ed alle prospettive dell'Agenzia *Frontex*.

L'Unione europea ha adottato sinora un approccio differenziato per il contrasto dell'immigrazione irregolare e la disciplina dell'immigrazione regolare<sup>1</sup>. Il controllo delle frontiere, funzionale al governo di entrambi i

\* Il presente studio rientra nel progetto di ricerca nazionale PRIN 2007 «Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'attuale fase del processo di integrazione» (Responsabile nazionale, prof. Ennio Triggiani), Unità dell'Università Roma Tre, il cui programma di lavoro è dedicato allo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (PROT. 2007ETKBLF).

\*\* Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Per approfondimenti, ci sia consentito rinviare al nostro lavoro, *L'integrazione europea «a due velocità» in materia di immigrazione legale ed illegale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1098 ss. Per un'analisi della materia, v. per tutti CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*<sup>2</sup>, Milano,

fenomeni<sup>2</sup>, è però considerato, ad esempio nel Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo (2008), quale strumento esclusivo della politica comune dell'immigrazione «clandestina». Al contrario, le questioni dell'immigrazione per motivi di lavoro e l'integrazione dei cittadini degli Stati terzi possono invece essere gestite «secondo esigenze e capacità d'accoglienza stabilite da ciascuno Stato membro».

I confini degli Stati Schengen con gli Stati terzi sono spesso definiti come «frontiera/e esterna dell'Unione»<sup>3</sup>. Il regime di «gestione integrata delle frontiere» dell'Unione<sup>4</sup> si distingue dal concetto di «confine», quale elemento tradizionale della definizione della sovranità statale. Tale regime non presenta più un esclusivo collegamento con la materialità o territorialità delle frontiere<sup>5</sup>. La gestione è definita «integrata» in quanto comprende quattro livelli di attività: controlli alle frontiere sui documenti e sulle banche dati; controlli all'interno, inclusi i rimpatri; rilascio di visti e lotta alla tratta degli esseri umani nei Paesi terzi; cooperazione con i Paesi vicini.

La materia in parola rientra nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG)<sup>6</sup>. Nei documenti dell'Unione assume tuttavia un preciso

2006; CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006. Per una prima riflessione su alcuni dei temi oggetto di questo lavoro, v. *Migrazioni, frontiere, diritti. Atti del convegno su «Esteriorizzazione dei controlli di frontiera, accordi di riammissione e diritti fondamentali dei migranti»* (a cura di Cuttitta, Vassallo Paleologo), Napoli, 2006.

<sup>2</sup> COM(2009)263 def., del 10 giugno 2009, Giustizia, Libertà e Sicurezza in Europa. Dal 2005: Valutazione del Programma e del Piano D'azione dell'Aia, Capo III.1.5 Gestione delle frontiere: «Gestire l'immigrazione richiede frontiere sicure. I valichi designati per l'ingresso nel territorio dell'UE sono 1 636. Nel 2006 il numero di attraversamenti delle frontiere esterne è stato stimato a 900 milioni e il numero di immigrati irregolari nell'UE-25 a 8 milioni. Nello stesso anno, sono stati fermati nell'UE 500 000 immigrati irregolari, il 40% dei quali è stato rimpatriato».

<sup>3</sup> V. art. 2 del Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), in *G.U.U.E.* 13 aprile 2006 L 105, p. 1 ss.

<sup>4</sup> L'affermazione definitiva è quella del Consiglio Giustizia e affari interni, Lussemburgo, 4-5 dicembre 2006, doc. 15801/06.

<sup>5</sup> V. KOSTAKOPOULOU, THOMAS, *Unweaving the Threads: Territoriality, National Ownership of Land and Asylum Policy*, in *European Journal of Migration and Law*, 2004, p. 17. Per un'analisi dei limiti dell'applicabilità nei vari settori del diritto dell'Unione, v. *The outer limits of European law* (a cura di Barnard, Odudu), Oxford, 2009.

<sup>6</sup> Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) assicura «la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione e la lotta della criminalità» (art. 3, par. 1, del TUE). Per un inquadramento generale, v. il nostro lavoro: *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*

significato semantico l'uso della formula «giustizia e interni» (cooperazione GAI)<sup>7</sup>, mai del tutto abbandonata a favore del trionomio «libertà, sicurezza e giustizia». Dal punto di vista istituzionale, la formazione della seconda Commissione Barroso presenta poi uno sdoppiamento delle relative funzioni: la politica dell'immigrazione è associata alle esigenze di sicurezza; il *focus* dei diritti è posto sulla cittadinanza dell'Unione<sup>8</sup>.

La politica comune delle frontiere è l'unica politica dell'Unione che comprende la cooperazione di polizia nell'ambito delle materie del precedente primo pilastro (a cui si applicava il metodo comunitario). Il carattere intergovernativo della cooperazione di polizia (tipico del precedente terzo pilastro) presenta molte difficoltà di trasposizione in un contesto giuridico sovranazionale. Si giustifica così, a nostro avviso, che il processo di «verticalizzazione» dei poteri registri una delega in *itinere* di competenze esecutive all'Agenzia *Frontex*, piuttosto che alla Commissione europea. In realtà si tratta dell'unico compromesso sostenibile nella divisione orizzontale dei poteri tra Consiglio e Commissione ed in quella verticale tra Unione e Stati membri.

La creazione di un corpo europeo di guardie di frontiera<sup>9</sup> potrà essere realizzata tramite una cooperazione rafforzata. È escluso che possa essere oggetto di un trattato internazionale, come accaduto per la costituzione della gendarmeria europea<sup>10</sup>. La prospettiva di sviluppo delle competenze concorrenti non sembra comunque preludere ad un'amministrazione diretta delle frontiere esterne da parte di *Frontex* (e tanto meno

nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2007, p. 335 ss.

<sup>7</sup> LANG, *Giustizia e affari interni*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*<sup>2</sup> (a cura di Chiti, Greco), II, Milano, 2007, p. 1143 ss.

<sup>8</sup> Nella seconda Commissione Barroso, vi sono due commissari con incarichi correlati alle materie SLSP: il responsabile di giustizia, diritti fondamentali e libertà civili ed il responsabile degli affari interni e sicurezza, che si occupa anche di immigrazione e asilo.

<sup>9</sup> V. MONAR, *The project of a European border guard: Origins, models and prospects in the context of the EU's integrated external border management*, in *Borders and Security Governance* (a cura di Caprini, Marenin), Wien-Genève, 2005, p. 193 ss.

<sup>10</sup> Il corpo costituito per il supporto di sicurezza alle missioni civili dell'Unione, non costituisce un'Agenzia dell'Unione, ma ha come base giuridica la Dichiarazione di intenti tra i Ministri della difesa di Francia, Italia, Olanda, Portogallo e Spagna relativa alla creazione di una Forza di gendarmeria europea, con Allegati, firmata a Noordwijk il 17 settembre 2004, e del Trattato tra il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica portoghese per l'istituzione della Forza di gendarmeria europea, EUROGENDFOR, firmato a Velsen il 18 ottobre 2007 (vi fanno parte attualmente Italia, Francia, Paesi Bassi, Spagna, Portogallo e Romania), v. RONZITTI, *La Gendarmeria Europea Quale avvenire per le missioni civili all'estero?*, in *Osservatorio di politica internazionale*, n. 6 (febbraio 2010).

della Commissione). Questa nostra previsione si giustifica per la sensibilità del tema in parola rispetto alla sovranità degli Stati membri ed al riparto del potere esecutivo-amministrativo tra Stati membri e Unione. Allo stato dell'arte sussiste pertanto una notevole differenza con un Paese federale come gli Usa, in cui i reati collegati con le frontiere sono di competenza federale.

Se la cooperazione operativa e la sicurezza con gli Stati vicini si consolideranno ulteriormente, la frontiera meridionale dell'Unione, ai fini del controllo delle migrazioni, diventerà l'Africa sub-sahariana. In proposito vale la pena di ricordare che, già all'inizio del secolo scorso, il confine dell'Europa era costituito, secondo Halford Mackinder<sup>11</sup>, dal Sahara e non dal Mediterraneo. Un ritorno dunque al passato<sup>12</sup>, considerato che il modello delle «frontiere dell'Unione» evoca il concetto di *limes* nell'accezione imperiale romana<sup>13</sup>.

## 2. Il coinvolgimento dei Paesi terzi del Mediterraneo nel controllo delle migrazioni

Gli Stati membri non rinunciano alla sovranità sulle frontiere, ma riconoscono che l'esercizio della competenza dell'Unione nelle relazioni esterne con gli Stati terzi rappresenta il livello più efficace per il contrasto dell'immigrazione irregolare<sup>14</sup>. Nella prassi degli ultimi anni appare evidente che le politiche dell'Unione considerano il coinvolgimento dei Paesi vicini del Mediterraneo un fattore sempre più determinante. La sicurezza in un'ampia «zona di frontiera» (*from Boundary to Border-*

<sup>11</sup> V. HALFORD MACKINDER, *Geographical Pivot of History*, in *Geographical Journal*, 1904, p. 421 ss., in specie p. 428 s.

<sup>12</sup> Dal punto di vista storico-politico, v. *Mediterranean frontiers: borders, conflict and memory in a transnational world* (a cura di Bechev, Nicolaidis), London, 2010.

<sup>13</sup> Si legga in proposito l'efficace evocazione dell'intero percorso storico-culturale del Mediterraneo, di VILLANI, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea* (in questo volume): «[...] interrogarsi su cosa sia oggi il Mediterraneo, ricordando, anzitutto, che esso ha avuto una sua unità solo con la conquista romana, basata sulla cittadinanza romana, che – come è stato notato – faceva tutti eguali, ma dopo averli resi sudditi, e che rispondeva ad un disegno egemonico. Dopo quell'esperienza il Mediterraneo è stato – ed è tuttora – un “luogo”, non un confine, perché il mare non è mai una linea che separa [...]».

<sup>14</sup> Come per tutti i rischi transnazionali a carattere globale, quali terrorismo, criminalità, rifornimenti energetici, catastrofi ambientali.

land)<sup>15</sup> viene meglio garantita insieme agli Stati terzi nell'ambito del partenariato euro-mediterraneo, specie nel quarto volet «migrazione, integrazione sociale, giustizia e sicurezza» (dal 2005), inquadrato a sua volta nella Politica europea di vicinato<sup>16</sup>. La materia delle frontiere rientra anche nell'iniziativa dell'Unione del Mediterraneo<sup>17</sup>, che intende istituzionalizzare una cooperazione intergovernativa in maniera autonoma dal contesto giuridico comunitario delle relazioni esterne.

In questa prospettiva<sup>18</sup>, l'Unione si caratterizza quale «potenza normativa»<sup>19</sup> alla ricerca della convergenza dei Paesi terzi su standard normativi europei, codificati spesso anche in trattati internazionali universali (patrimonio dei diritti umani). L'Unione è soprattutto una «potenza civile» che non usa un potere coercitivo nelle sue relazioni esterne, ma promuove i propri interessi alla stabilità e sicurezza, nel suo «approccio globale» alle questioni migratorie. Nella prospettiva «euro-centrica» si sviluppa anche la cooperazione transfrontaliera con i Paesi vicini nella lotta al crimine organizzato, al riciclaggio ed al traffico degli esseri umani. Le relazioni privilegiate a livello partenariale sono pertanto fondate sul reciproco impegno al rispetto di valori comuni, corrispondenti in buona parte ai criteri di Copenaghen (democrazia e diritti umani, stato di

<sup>15</sup> V. COMELLI, GRECO, TOCCI, *From Boundary to Borderland: Transforming the Meaning of Borders through the European Neighbourhood Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, 2007, p. 203 ss.

<sup>16</sup> A partire dal 2004 il dialogo euromediterraneo si inserisce nella Politica di vicinato dell'Unione europea (ENPI). La rete complessiva delle relazioni esterne dell'Unione contempla piani d'azione/Paese in un quadro di cooperazione multi-bilaterale (UE/Stati vicini). Nello specifico, v. COM(2006)726 def., del 4 dicembre 2006, sullo sviluppo della politica europea di vicinato. In questo documento, la Commissione propone una politica di mobilità favorevole ai cittadini degli Stati terzi ENPI (procedure più semplici e più rapide di ottenimento del visto per certe categorie di viaggi), in cambio di una azione comune contro l'immigrazione clandestina. Anche tra le priorità finanziarie ENPI si segnala la cooperazione tra Stati membri e Stati terzi lungo la frontiera esterna dell'Unione europea (Cross Border Cooperation, 2007-2013). Per maggiori dettagli, v. documentazione disponibile sul sito ec.europa.eu.

<sup>17</sup> V. doc. Partenariato Euro-Mediterraneo, EURO-MED 1/08, del 15 luglio 2008, Dichiarazione congiunta del vertice di Parigi per il Mediterraneo, Parigi, 13 luglio 2008. Per un'analisi, v. CAFARO, *L'Unione per il Mediterraneo*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2010, p. 105 ss.; BARBÉ IZUEL, *La Unión por el Mediterráneo: de la europeización de la política exterior a la descomunitarización de la política mediterránea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2009, p. 11 ss.

<sup>18</sup> V. BACHE, *Partnership as an EU Policy Instrument: A Political History*, in *West European Politics*, 2010, p. 58 ss.

<sup>19</sup> Il concetto è generalmente utilizzato dagli studiosi di relazioni internazionali, che ne attribuiscono unanimemente la prima formulazione a MANNERS, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 235 ss. La bibliografia è talmente vasta da comprendere oltre cinquecento titoli.

diritto, buon governo, principi di economia di mercato e sviluppo sostenibile). A questi obiettivi si aggiunge il supporto a modelli di integrazione regionale tra i Paesi terzi (sud-sud). Secondo un approccio neoregionalista<sup>20</sup>, questo processo dovrebbe portare l'area geografica del Mediterraneo a diventare la «Regione del Mediterraneo». Infatti, il consolidamento dell'integrazione regionale può scaturire da un processo «funzionalista» tramite la soluzione continua e duratura di problemi transnazionali. La dimensione umana della sicurezza potrebbe rilevarsi davvero rilevante come già accaduto prima e altrove (CSCE-OSCE).

L'Unione può compensare i progressi degli Stati terzi verso i valori comuni offrendo progressiva integrazione. In questa direzione, la Politica di vicinato offre la liberalizzazione del commercio e l'assistenza tecnico-finanziaria in cambio di riforme politiche ed economiche. In materia di migrazione, le politiche dell'Unione cercano di attivare la leva della concessione di visti per i cittadini degli Stati terzi vicini, concedendo specifiche agevolazioni procedurali. Nell'insieme, il processo è basato su incentivi esterni (condizionalità) e rafforzamento di capacità dell'amministrazione dei Paesi terzi (*capacity building*). L'Unione preferisce non esercitare la condizionalità in senso negativo, imponendo sanzioni relative alla sospensione dei visti.

### 3. Il quadro giuridico del controllo delle frontiere nel TFUE e negli atti derivati

Eliminati i controlli alle frontiere interne, il controllo sull'accesso delle persone alle frontiere esterne è diventato materia di interesse comune degli Stati membri e competenza concorrente, a seguito della parziale «comunitarizzazione» della cooperazione Schengen<sup>21</sup>. Allo stato dell'arte, la politica comune delle frontiere dispone di un *corpus* legislativo sulle regole di ammissione dello straniero. Tale sistema è costituito da norme convenzionali, uniformi o armonizzate e si compone di regolamenti, direttive, accordi internazionali, intese operative e strumenti del precedente terzo pilastro.

Nella prima generazione della gestione delle frontiere, il principale

<sup>20</sup> Un sviluppo della teoria neoregionalista è quella di TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Bari, 2004.

<sup>21</sup> In tema di ingresso, frontiere e visti cfr. in particolare: CELLAMARE, op. cit., p. 89 ss.; NASCIBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno*, XI Convegno SIDI, Roma 17-18 giugno 2004 (a cura di Leanza), Napoli, 2005, p. 71 ss.

atto giuridico in materia è il regolamento del Codice sull'attraversamento delle frontiere (Codice Frontiere Schengen)<sup>22</sup> sull'attraversamento non autorizzato della frontiera, la lotta contro la criminalità transfrontaliera e le misure nei confronti degli irregolari. La revisione del 2006 ha codificato l'*acquis* sulla gestione delle frontiere esterne<sup>23</sup>, applicabile al territorio degli Stati membri. L'interpretazione estensiva comunemente accettata consente di comprendervi tutte le azioni delle autorità nazionali anche fuori delle frontiere (art. 12). Un'innovazione positiva riguarda l'inclusione di maggiori garanzie di tutela del diritto di difesa anche a livello procedurale. Le persone coinvolte hanno diritto di conoscere le motivazioni relative al rifiuto di ingresso nel territorio dell'Unione europea e sono titolari di un diritto di appello a riguardo (art. 13).

Il Trattato di Lisbona colloca le politiche di controllo delle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio di libertà sicurezza e giustizia<sup>24</sup>, unificato nel suo funzionamento istituzionale (art. 67, par. 2, del TFUE)<sup>25</sup>. Nel Capo dedicato alla politica comune di controllo alle frontiere (ovvero del controllo degli «ingressi ed alla circolazione per breve periodo» nel territorio degli Stati membri), si prevede l'obiettivo dell'instaurazione progressiva di un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» (art. 77, lett. c), del TFUE). Nel Capo sulla politica

<sup>22</sup> Regolamento n. 562/2006, cit. Allegato VI Norme specifiche relative ai vari tipi di frontiera e ai diversi mezzi di trasporto utilizzati per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri, Punto 3. Frontiere marittime.

<sup>23</sup> Regolamento n. 562/2006, cit. Si tratta del primo atto legislativo relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che il Parlamento europeo ha potuto adottare, insieme al Consiglio, in forza della procedura di codecisione.

<sup>24</sup> Il Trattato di Amsterdam aveva previsto per la prima volta che creazione di uno spazio di libera circolazione delle persone doveva essere accompagnata da altre misure, tra cui la politica comune in materia di attraversamento delle frontiere esterne (art. 61 del TCE). Tale politica doveva definire norme e procedure comuni cui gli Stati membri per l'effettuazione di controlli sulle persone alle frontiere esterne; nonché misure atte a garantire la cooperazione tra i pertinenti servizi delle amministrazioni degli Stati membri, nonché tra gli Stati membri e la Commissione (articoli 62, par. 2, lett. a), e 66 del TCE). Il trasferimento dei poteri in materia al primo pilastro è stato parziale e graduale. Nel periodo transitorio di cinque anni, la Commissione ha condiviso il suo diritto di iniziativa con gli Stati membri. Dal 1° gennaio 2005, è stata introdotta la procedura di codecisione ed il principio di maggioranza in seno al Consiglio (in applicazione della norma passerella art. 68, par. 2, del TCE).

<sup>25</sup> V. BALZACQ, CARRERA, *Migration, Borders and Asylum. Trends and Vulnerabilities in EU Policy*, Brussels, 2005; BALZACQ, BIGO, CARRERA, GUILD, *Security and the two-level game: The Treaty of Prüm, the EU and the management of threats*, CEPS Working Document No. 234, 2006 (consultabile *on line*); BIGO, CARRERA, GUILD, *What future for the area of freedom, security and justice? Recommendations on EU migration and border policies in a globalising world*, CEPS Policy Brief No. 156, 2008 (consultabile *on line*).

comune dell'immigrazione (relativa alla presenza durevole dei cittadini degli Stati terzi), si afferma invece l'obiettivo più ampio della «gestione efficace dei flussi migratori» (art. 79, par. 1, del TFUE).

L'azione di coordinamento dei poteri amministrativi degli Stati membri guida la dimensione delle attività operative (di polizia) in termini di progressiva integrazione. La cooperazione amministrativa riguarda, al contempo, gli organi («servizi») competenti degli Stati membri e le relazioni tra tali organi nazionali e la Commissione (art. 74 del TFUE). Si tratta di una base giuridica che non riguarda solo la cooperazione tra gli Stati membri e l'assistenza per l'attuazione del diritto comunitario negli ordinamenti interni. Vi possono rientrare forme di «amministrazione comune o congiunta», con prevalente natura inter-governativa o attività a carattere operativo di agenzie europee competenti in materia. Così, anche la cooperazione tra organi nazionali (forze di polizia, autorità giudiziarie e di applicazione della legge) si sposta nella dimensione di governo europeo, dagli Stati membri verso il coordinamento comune, anche senza toccare a pieno le caratteristiche del metodo sopranazionale.

Secondo i principi delle competenze condivise, le azioni europee in materia di sicurezza devono rappresentare un valore aggiunto nel trattamento dei rischi derivanti da fenomeni transnazionali<sup>26</sup> rispetto alle possibili risposte nazionali. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il nuovo Comitato permanente per la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna (COSI)<sup>27</sup>, istituito sulla base dell'art. 71 del TFUE, coordina le azioni dell'Unione in materia di protezione delle frontiere esterne (oltre che di cooperazione di polizia/dogane e giudiziaria in materia penale). Entra così a regime la cabina di regia della sicurezza (valutazione e orientamenti) per garantire la coerenza tra le attività degli Stati membri e delle diverse agenzie europee. Nei suoi poteri rientra l'adozione di raccomandazioni ad hoc.

Nel Trattato di Lisbona si richiamano attività di sicurezza interna

<sup>26</sup> V. ADINOLFI, *Politica dell'immigrazione dell'Unione europea e lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2008, p. 483 ss.

<sup>27</sup> A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stato raggiunto un accordo, v. Consiglio, doc. 14785/09. Il nuovo Comitato ha funzione di coordinamento intergovernativo delle azioni in materia, che restano di competenza degli Stati membri; è un organo operativo a rete con un supporto logistico a Bruxelles; non potrà avere alcun possibile coinvolgimento nella preparazione degli atti legislativi. A tale riguardo, tuttavia, anche se la competenza è ormai interamente attribuita al Coreper, si è deciso di conservare (sino al 2011), il Comitato strategico sull'immigrazione, le frontiere e l'asilo (CSIFA) e il Comitato dell'articolo 36 (CATS). Si tratta di organi non previsti dal nuovo Trattato ma che, in prima fase, si ritiene possano ancora svolgere un ruolo consultivo di definizione delle strategie e di supporto alla preparazione degli atti legislativi. Lo sdoppiamento istituzionale dei pilastri continua pertanto sia pure in maniera informale.

degli Stati membri sottratte alla competenza dell'Unione (art. 72 del TFUE). Occorre tuttavia ricordare che le politiche in materia di sicurezza devono contribuire all'effettivo esercizio delle libertà delle persone nel rispetto dei principi di democrazia e dello stato di diritto. Secondo il diritto dell'Unione e della CEDU, la sicurezza rappresenta una deroga ammissibile per tutti i diritti e le libertà protette, solo se necessaria in una «società democratica» e, dunque, proporzionata alle esigenze del suo mantenimento in vita. In ogni caso, la sussistenza di tale deroga è oggetto di valutazione sulla base ad un doppio margine di apprezzamento a livello degli Stati e sovranazionale. Nei limiti appena indicati, il controllo della Corte di Strasburgo resta come garanzia giurisdizionale anche per quelle misure di sicurezza interna degli Stati membri, che restano al di fuori delle competenze dell'Unione.

#### *4. Origine e sviluppo della politica comune delle frontiere*

La cooperazione europea in materia di frontiere corrisponde prioritariamente alle esigenze della sicurezza interna ed esterna, con incremento esponenziale dell'attività di sorveglianza comune e degli strumenti di contrasto a livello normativo e operativo. Resta prioritaria la caratteristica di «compensazione in termini di sicurezza» delle politiche connesse alla circolazione delle persone, secondo lo schema originale dell'acquis di Schengen e della sua parziale comunitarizzazione con il Trattato di Amsterdam. L'intera disciplina comunitaria su controlli alle frontiere, asilo e immigrazione si è sviluppata sulla base di un approccio pragmatico di adattamento alle esigenze della sicurezza<sup>28</sup>.

Dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, la posizione sul collegamento intrinseco tra le misure adottabili su sicurezza, terrorismo, immigrazione e frontiere si manifestava in maniera molto forte a livello europeo. La riflessione sul tema veniva lanciata dalle conclusioni del Consiglio europeo di Laeken (2001)<sup>29</sup> con un mandato a verificare la fattibilità

<sup>28</sup> V. COM(2008)359 def., del 17 giugno 2008, Politica d'immigrazione comune per l'Europa: principi, azioni e strumenti, Punto 8: Sicurezza e immigrazione: gestione integrata delle frontiere: «L'integrità di uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne va conservata. Occorre rafforzare la gestione integrata delle frontiere esterne e sviluppare politiche di controllo frontaliero coerenti con le politiche relative al controllo doganale e alla prevenzione di altre minacce per la sicurezza».

<sup>29</sup> V. doc. 14570/01, Nota della Presidenza belga al Consiglio del 27 novembre 2001, relativa a un «Concetto di gestione delle frontiere». Il Consiglio europeo di Laeken del 14-15 dicembre 2001 chiedeva al Consiglio e alla Commissione di definire i «meccanismi di cooperazione tra i servizi incaricati» e di approfondire le condizioni per la crea-

di più efficaci meccanismi comunitari di controllo cooperativo alle frontiere esterne. Il Piano adottato dal Consiglio europeo (2002) presentava un approccio intergovernativo<sup>30</sup>. Si stabiliva una rete di esperti nazionali, la cui partecipazione aveva carattere volontario. Gli Stati membri hanno poi intensificato la cooperazione operativa attraverso una serie di operazioni congiunte e progetti pilota<sup>31</sup>. Per quanto riguarda l'ipotesi di istituzione di un'Agenzia per le frontiere esterne, il principale punto controverso riguardava proprio le modalità di esercizio della competenza concorrente. Pur nella ricorrente riaffermazione che la gestione delle frontiere sarebbe rimasta di competenza degli Stati membri, era evidente come la creazione di un'agenzia comunitaria rappresentasse un cambiamento sostanziale rispetto al precedente quadro di esclusiva cooperazione amministrativa a carattere intergovernativo.

Pertanto, il Piano d'azione del Consiglio preferiva, ad un corpo europeo di polizia di frontiera, la creazione di punti di contatto nazionali e di una rete di centri specializzati, operazioni congiunte tra autorità nazionali. La regia di queste misure ed il relativo potere decisionale venne attribuito per un breve periodo (luglio 2002 e marzo 2003) ad un organo comune di esperti (SCIFA+)<sup>32</sup>, che approvò programmi,

zione di «un meccanismo o di servizi comuni di controllo», v. doc. SN 300/ 1/01 rev. 1, Conclusioni della Presidenza - Laeken, 14 e 15 dicembre 2001, punto 42. Per il contributo della Commissione in senso ovviamente più sopranazionale, v. COM(2002)233 def., del 7 maggio 2002, Verso la gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. Il documento prevedeva a breve termine forme di cooperazione «leggera»: la creazione di un organo comune di esperti in materia di frontiere esterne; punti di contatto nazionali per la gestione delle frontiere; la creazione di una struttura di rete; operazioni comuni alle frontiere esterne. Inoltre, contiene la discussione delle basi giuridiche, tra cui la cooperazione amministrativa (art. 66 del TCE). V., infine, il rapporto finale dello studio di fattibilità sul controllo delle frontiere marittime dell'Unione europea realizzato da CIVIPOL (doc. 11490/1/03).

<sup>30</sup> Il piano per la gestione delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, approvato dal Consiglio europeo il 13 giugno 2002, stabiliva la creazione di un Organo comune di esperti in materia di frontiere esterne nell'ambito del Comitato strategico sull'immigrazione, le frontiere e l'asilo (CSIFA), come strumento per garantire una gestione integrata delle frontiere esterne. V. doc. 10019/02 del 14 giugno 2002.

<sup>31</sup> Il Programma di misure per il contrasto dell'immigrazione clandestina attraverso le frontiere marittime degli Stati membri dell'Unione europea del Consiglio (doc. 15445/03, del 27 novembre 2003), contiene misure varie per sviluppare una gestione coordinata ed efficace delle frontiere marittime. V., anche doc. 15087/04, del 22 novembre 2004, Progetto di conclusioni del Consiglio sulla valutazione dei progressi compiuti nell'attuazione del programma di misure per il contrasto dell'immigrazione clandestina attraverso le frontiere marittime degli Stati membri dell'Unione europea.

<sup>32</sup> L'organo collegato al Comitato strategico sull'immigrazione, le frontiere e l'asilo (SCIFA) consisteva di suoi membri e dei responsabili dei servizi di controllo di frontiera degli Stati membri.

centri *ad hoc*<sup>33</sup>, progetti pilota e operazioni congiunte. Si trattava di un'architettura di tipo intergovernativo, che, senza alcuna base nel TCE, riprendeva lo schema del potere esecutivo nel terzo pilastro, vale a dire un comitato di coordinamento, composto da alti funzionari degli Stati membri (Comitato CATS, art. 36 del TUE). In assenza di una legislazione comunitaria a riguardo, la legittimità delle misure esecutive adottate appariva insostenibile per evidente violazione delle competenze della Commissione (art. 202 del TCE). Finalmente, la creazione dell'Agenzia *Frontex* realizzava una qualche verticalizzazione del controllo delle frontiere, tramite il passaggio da un coordinamento degli Stati membri (in seno ad una struttura legata al Consiglio) alla regia di un'agenzia comunitaria (ora dell'Unione). La vicenda rappresenta uno schema classico della delega di potere esecutivo dal Consiglio ad un'agenzia. Ciò accade più frequentemente rispetto alle ipotesi di conferimento di delega da parte della Commissione ad una nuova agenzia a carattere strumentale e sussidiario. La creazione di *Frontex* rappresentava un compromesso, che gli Stati membri accettavano per non privarsi completamente dei poteri in una determinata materia, diventata di competenza concorrente.

L'evoluzione del modello europeo di sicurezza esterna ed interna ha poi continuato a determinare lo sviluppo della concezione comunitaria delle frontiere<sup>34</sup>. Nella prospettiva esterna della *Pesd*, la strategia europea (2003)<sup>35</sup> adotta un approccio complessivo a tutte le minacce globali, tra cui anche l'immigrazione irregolare proveniente dal Mediterraneo e dagli Stati con ridotta capacità di governo («deboli o falliti»)<sup>36</sup>. La missione

<sup>33</sup> Un ruolo fondamentale è stato assegnato all'Unità comune di esperti delle frontiere esterne, che ha dato attuazione alle misure operative proposte nei piani. Nel quadro dell'Unità comune, sono stati istituiti due centri, il centro per le frontiere marittime occidentali (WSBC) e il centro per le frontiere marittime orientali (ESBC) col compito di coordinare le operazioni e le misure congiunte in mare e nei porti.

<sup>34</sup> V. SCHROEDER, *Strategy by Stealth? The Development of EU Internal and External Security Strategies*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2009, p. 486 ss.; BENGTTSSON, *The EU and the European security order: interfacing security actors*, London, 2010.

<sup>35</sup> La strategia europea in materia di sicurezza è stata adottata dal Consiglio europeo il 12 dicembre 2003, v. «Un'Europa sicura in un mondo migliore», presentata al Consiglio europeo di Salonicco il 19 e 20 giugno 2003 dall'Alto rappresentante Javier Solana, e approvata dal Consiglio europeo il 12 dicembre 2003.

<sup>36</sup> «Il Mediterraneo, un'area molto importante e fonte di grandi opportunità per l'Europa, pone ancora sfide complesse, quali [...] migrazione irregolare»; sottolinea che nei conflitti irrisolti che nascono o continuano ad esserci nelle nostre vicinanze, il «fallimento dello Stato mina la nostra sicurezza attraverso la criminalità, l'immigrazione illegale e, più recentemente, la pirateria», v. *Report on the Implementation of the European Security Strategy, Providing Security in a Changing World*, doc. 17104/08 e S 407/08 dell'11 dicembre 2008, Relazione del Segretario generale/Alto Rappresentante sull'attua-

di assistenza alle frontiere tra la Moldavia e l'Ucraina (Eubam) ha rappresentato il primo esempio (2005) di applicazione del concetto di monitoraggio comune delle frontiere e di sviluppo delle capacità gestionali degli Stati terzi (capacity building). Essa viene considerata un caso di successo rispetto alle finalità perseguite<sup>37</sup>.

Successivamente, l'Unione ha iniziato una riflessione sullo specifico delle relazioni esterne dello SLSG, ivi compreso il settore delle frontiere<sup>38</sup>. L'approccio globale dell'Unione alla migrazione<sup>39</sup>, introdotto dopo la riunione di Hampton Court (2005)<sup>40</sup>, prevede azioni prioritarie incentrate su Africa e Mediterraneo in termini di dialogo, cooperazione e partenariato<sup>41</sup>. L'incremento nella capacità di gestione della migrazione e delle frontiere viene affidata alla cooperazione operativa tra

zione della strategia europea; Dichiarazione del Consiglio Europeo sul rafforzamento della Politica Europea di Sicurezza e di Difesa (PESD), Allegato 2, Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles (11 e 12 dicembre 2008) in materia di sicurezza, doc. 17104/08 e 17271/1/08, rev. 1.

<sup>37</sup> V. KUROWSKA, TALLIS, *EU Border Assistance Mission: beyond border monitoring?*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 47 ss.

<sup>38</sup> Doc. del Consiglio 15446/05, 6<sup>th</sup> December 2005, *Strategy for the external dimension of JHA: Global freedom, security and justice*; SEC(2006)1498, *Progress report on the implementation of the Strategy for the External Dimension of JHA: Global Freedom, Security and Justice*; SEC(2008)1971, *Second progress report on the implementation of the Strategy for the External Dimension of JHA: Global Freedom, Security and Justice*. In dottrina, v. PAWLAK, *The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice: Hijacker or Hostage of Cross-pillarization?*, in *Journal of European Integration*, 2009, p. 25 ss.; RANDAZZO, *EU Security Policies and the Pillar Structure: A Legal Analysis*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2009, p. 506 ss.; *The external dimension of EU justice and home affairs: governance, neighbours, security* (a cura di Balzacq), Houndmills, 2009.

<sup>39</sup> L'approccio globale in materia di migrazione può essere definito come la dimensione esterna della politica di migrazione dell'Unione europea: si basa sul partenariato con i Paesi terzi, è integrato nelle altre politiche esterne dell'UE e affronta in modo esaustivo ed equilibrato tutte le questioni relative alla migrazione e all'asilo. Adottato nel 2005, manifesta l'ambizione dell'Unione europea di istituire un quadro intersettoriale per gestire la migrazione, tramite il dialogo politico e la cooperazione con i Paesi terzi. Le sue tre dimensioni essenziali sono la gestione dell'immigrazione legale, la lotta contro quella irregolare e la dimensione «migrazione e sviluppo».

<sup>40</sup> COM(2005)621 def., del 30 novembre 2005, *Priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione*. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court.

<sup>41</sup> La necessità di una risposta globale a tutte le dimensioni in gioco veniva affermata dal Consiglio europeo di dicembre 2005, v. doc. 15914/1/05 rev. 1, del 30 gennaio 2006, punto 8. L'obiettivo dichiarato di questo approccio è quello di «ridurre i flussi migratori clandestini e la perdita di vite umane, garantire il rientro dei migranti clandestini in condizioni di sicurezza, consolidare soluzioni durevoli per i profughi e sviluppare capacità per meglio gestire la migrazione, anche ottimizzando i benefici per tutti i partner coinvolti nella migrazione regolare, nel pieno rispetto dei diritti dell'uomo e del diritto della persona di chiedere asilo».

gli Stati membri nell'ambito dell'azione di coordinamento Frontex. La sua regia doveva comprendere: «misure di gestione delle frontiere nella regione mediterranea, in particolare operazioni congiunte e progetti pilota», la creazione di «squadre di reazione rapida» per assistenza in occasione di ingenti afflussi di migranti; nonché studi di fattibilità per la costituzione di una rete di pattuglie costiere nel Mar Mediterraneo e di un sistema di sorveglianza della frontiera marittima meridionale tramite tecnologie avanzate per il salvataggio di vite umane in mare e la lotta all'immigrazione clandestina.

Seguendo questa impostazione, la Commissione europea<sup>42</sup> (2006) ha proposto un modello europeo per la gestione integrata della gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea. Tale modello comprende: l'armonizzazione delle leggi e delle politiche nazionali, anche in materia di visti e di asilo; la cooperazione organizzativa e operativa tra le strutture nazionali incaricate; la cooperazione e la garanzia reciproca dei controlli alle frontiere; la condivisione delle informazioni e l'analisi dei rischi; la formazione della polizia di frontiera degli Stati membri o la creazione di guardie europee di frontiera.

La capacità operativa di Frontex viene indirizzata allo sviluppo degli strumenti di seconda generazione decisi dal Consiglio europeo. Tali strumenti perfezionano la «strategia europea della sicurezza interna». Il controllo delle persone comporterà verifiche dirette o telematiche alle frontiere, tramite tecnologie standardizzate, quali i passaporti biometrici, i sistemi di banche dati<sup>43</sup>. Si prevedono controlli generalizzati alle frontiere esterne, tramite un sistema integrato e diffuso di sorveglianza satellitare per i movimenti sospetti in barca o in aereo (Eurosur)<sup>44</sup>. Nella nuo-

<sup>42</sup> V. COM(2006)733 def., del 30 novembre 2006, Rafforzare la gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea.

<sup>43</sup> A partire dalla metà degli anni '90, i sistemi per controllare i movimenti delle persone e i mezzi di trasporto hanno assunto diverse configurazioni socio-tecnologiche sulla base dei principi di interoperabilità e disponibilità tra le banche dati e identificazione biometria. Per un'analisi delle questioni giuridiche sulla protezione dei dati personali, si rinvia al nostro lavoro: *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2008, p. 105 ss.

<sup>44</sup> COM(2008)69 def., del 13 febbraio 2008, Preparare le prossime fasi della gestione delle frontiere nell'Unione europea e SEC(2009)1265 final, 24<sup>th</sup> September 2009, *Report on Progress Made in Developing the European Border Surveillance System (Eurosur)*. In dottrina, v. GUILD, CARRERA, GEYER, *The Commission's new border package: Does it take us one step closer to a 'cyber fortress' Europe?*, CEPS Policy Brief No. 154, March 2008; JEANDESBOZ, *Reinforcing the Surveillance of EU Borders: The Future Development of FRONTEX and EUROSUR*, CEPS, Research Paper No. 11, August 2008; BIGO, CARRERA, GUILD, op. cit.. Sul quadro generale delle attività di sorveglianza marittima, v. COM(2009)538 def., del 15 ottobre 2009. Verso l'integrazione della sorveglian-

va «strategia della sicurezza interna» (2010)<sup>45</sup>, la gestione integrata delle frontiere assume un rilevante ruolo costitutivo.

Da ultimo, il Consiglio dell'Unione ha fissato una mappa delle misure di protezione delle frontiere esterne e della lotta all'immigrazione clandestina<sup>46</sup>.

##### 5. Limiti attuali e proposta di riforma del funzionamento e dei poteri di Frontex

A titolo di compromesso tra le opposte posizioni, la struttura organizzativa e funzionale di *Frontex* è stata concepita in autonomia dal controllo della Commissione e si caratterizza per la prevalenza degli aspetti intergovernativi su quelli sovranazionali. Il Consiglio di amministrazione dell'Agenzia è composto da soli due funzionari della Commissione e da tutti i responsabili dei servizi nazionali di frontiera. La sua capacità organizzativo-finanziaria è ridotta; il sostegno esterno degli Stati membri è volontario, limitato e variabile in termini di risorse materiali e umane. L'approccio procedurale «caso per caso» produce una riduzione della durata, della portata e dell'impatto delle missioni e la mancanza di certezza giuridica dell'attuazione delle norme internazionali<sup>47</sup>.

*Frontex* è un'agenzia del sistema Schengen. A riguardo può essere utile ricordare quanto deciso dalla Corte di giustizia<sup>48</sup> che ha respinto la

za marittima: un sistema comune per la condivisione delle informazioni sul settore marittimo dell'UE. Il progetto-pilota è costituito dal sistema satellitare *Sea Horse*, finanziato dall'Unione Europea, traccia i movimenti delle navi dei migranti dalle coste del Nord Africa ed è in grado di tracciare i movimenti delle persone e di attività illegali, tramite una rete unificata di comunicazione dati ad alta velocità. Al centro di coordinamento di Las Palmas giungono informazioni sui flussi di immigrazione e movimenti di navi sospette, dalle stazioni di sorveglianza di Capo Verde e Senegal. V. da ultimo la proposta di agenzia per la gestione operativa dei sistemi di tecnologia dell'informazione su larga scala del settore della libertà, della sicurezza e della giustizia la gestione dei vari sistemi automatizzati in materia, COM(2010)93 def., del 19 marzo 2010.

<sup>45</sup> Si tratta del settimo capitolo sulle dieci linee di azione prioritarie previste, *Draft Internal Security Strategy for the European Union: «Towards a European Security Model»*, doc. 5842/2/10 rev. 2 del 23 febbraio 2010.

<sup>46</sup> Il Consiglio GAI del 26 e 27 febbraio 2010 ha adottato delle conclusioni contenenti 29 misure volte a rafforzare la protezione delle frontiere esterne e a combattere l'immigrazione clandestina, v. doc. 6435/3/10.

<sup>47</sup> V. POLLAK, SLOMINSKI, *Experimentalist but not Accountable Governance? The Role of Frontex in Managing the EU's External Borders*, in *West European Politics*, 2009, p. 904 ss.

<sup>48</sup> Sent. 18 dicembre 2007, causa C-77/05, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2007, p. I-11459 ss.

pretesa del Regno Unito di parteciparvi senza prima aderire al settore di riferimento dell'*acquis* di Schengen. Secondo Consiglio e Commissione, sono applicabili in materia le regole del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea (che richiede il consenso unanime degli Stati Schengen). Così il Regno Unito, prima di poter partecipare a *Frontex*, dovrebbe esercitare il meccanismo di *opting-in* per tutte le regole sui controlli alle frontiere<sup>49</sup>.

Le operazioni congiunte via mare hanno la finalità di sviluppare la cooperazione e la reciproca assistenza tra Stati membri; mettono a disposizione risorse aggiuntive a beneficio del Paese ospitante, che sostiene il principale onere tramite le proprie strutture. Le operazioni sono gestite da un centro di coordinamento internazionale, su richiesta e sotto direzione dello Stato membro interessato. Allo stato dell'arte, *Frontex* può solo promuovere la massima partecipazione (volontaria) degli Stati membri.

In concreto, su richiesta degli Stati membri interessati, *Frontex* coordina la cooperazione operativa tra gli Stati membri ed organizza l'assistenza tecnico-operativa inviando i propri esperti (articoli 2, lett. *a*) e 8). Non dispone di poteri indipendenti o di potere di comando sulle attività svolte. Opera su richiesta di uno Stato membro anche quando mette a disposizione squadre di intervento rapido (RABIT) in situazioni straordinarie di urgente ed eccezionale pressione alle frontiere esterne. In materia di rimpatrio, coordina e co-finanzia l'organizzazione di una operazione congiunta (articoli 2, lett. *f*) e 9), che ricadono nella responsabilità dello Stato membro proponente. Nel quadro delle relazioni esterne, interviene a sostegno della cooperazione operativa tra Stati membri e Paesi terzi, con i quali può stabilire una cooperazione bilaterale con uno Stato terzo tramite accordi di lavoro (art 14).

Gli Stati membri interessati (Portogallo, Spagna, Francia, Italia, Slovenia, Malta, Grecia e Cipro) hanno stabilito una rete permanente di pattuglie costiere alle frontiere marittime meridionali, basata sulla cooperazione bilaterale con gli Stati terzi vicini<sup>50</sup>. *Frontex* ha fornito assistenza per la formulazione di piani operativi, definendo le aree geografiche e proponendo il miglior utilizzo delle risorse degli Stati membri.

<sup>49</sup> Secondo la Corte, l'art. 5, n. 1, 2° comma, del Protocollo di Schengen deve essere interpretato nel senso che può applicarsi soltanto alle proposte e alle iniziative fondate su un settore dell'*acquis* di Schengen al quale il Regno Unito e/o l'Irlanda sono stati ammessi a partecipare (a norma del precedente art. 4). In altri termini, il Regno Unito e l'Irlanda non possono essere ammessi a partecipare all'adozione di una misura senza essere stati previamente autorizzati dal Consiglio ad aderire al relativo settore.

<sup>50</sup> V. conclusioni del Consiglio europeo del 14-15 dicembre 2006, doc. 16879/1/06 rev. 1.

Le proposte di modifica del regolamento *Frontex* in discussione<sup>51</sup> prevedono un trasferimento progressivo del coordinamento gestionale all'Agenzia. Obiettivo è il consolidamento del quadro giuridico applicabile alle sue capacità operative. Nella riforma si prevede la creazione di «squadre comuni di sostegno» su bilancio dell'Agenzia<sup>52</sup> in relazione a singole operazioni o, a titolo di distacco, per brevi periodi dagli Stati membri. Nello svolgimento delle loro funzioni, resteranno sottoposti al regime di misure disciplinari degli Stati membri di origine.

Per le operazioni congiunte e i progetti pilota, viene previsto per la prima volta un processo decisionale e procedurale predefinito. Le istruzioni alle squadre comuni di sostegno sono impartite dallo Stato membro ospitante. *Frontex* assumerà un ruolo di codirezione insieme allo Stato membro in parola<sup>53</sup>. Viene peraltro confermato il suo ruolo nella valutazione, approvazione e coordinamento *ex ante* delle proposte degli Stati membri. *Frontex* avrà però il potere di iniziativa per operazioni da svolgere in cooperazione con gli Stati membri, finanziandole in tutto o in parte con sovvenzioni dal proprio bilancio.

La proposta in discussione estende il mandato di *Frontex* in materia di assistenza ai Paesi terzi, agevolando la cooperazione tra questi ultimi e gli Stati membri<sup>54</sup>. In particolare, si prevede la facoltà di inviare ufficiali di collegamento nei Paesi terzi e di condurre programmi di assistenza tecnica, finanziati tramite il proprio bilancio o i programmi dell'Unione.

<sup>51</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (*Frontex*) (COM(2010)61 def.). La base giuridica della proposta è la medesima del regolamento n. 2007/2004, costituita dagli articoli 74 e 77, par. 1, lett. *b*) e *c*) del TFUE (*ex* articoli 66 e 62, par. 2, lett. *a*) del TCE). A tal riguardo, sarebbe opportuno inserire nella base giuridica anche il par. 2, lett. *d*) dell'art. 77, in cui viene esplicitamente previsto che qualsiasi misura atta ad istituire un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne è soggetta alla procedura legislativa ordinaria.

<sup>52</sup> V. proposta del nuovo art. 3 *ter*, Composizione e invio delle squadre comuni di sostegno *Frontex*.

<sup>53</sup> V. proposta del nuovo art. 3, par. 2, sull'obbligo per l'Agenzia di istituire un pool di guardie di frontiera.

<sup>54</sup> V. proposta dei nuovi paragrafi dell'art. 14: il par. 2 permette all'Agenzia di inviare ufficiali di collegamento nei Paesi terzi, il par. 3 descrive i compiti degli ufficiali di collegamento; il par. 4 permette all'Agenzia di godere dei finanziamenti dell'Unione, varare progetti di assistenza tecnica nei Paesi terzi e invitare osservatori; il par. 5 impone agli Stati membri l'obbligo di chiarire ove opportuno il ruolo dell'Agenzia negli accordi bilaterali con i Paesi terzi. Di particolare rilievo per l'impatto gerarchico, il par. 7 subordina al previo parere favorevole della Commissione l'invio di ufficiali di collegamento e la conclusione di accordi di lavoro con Paesi terzi.

Per le operazioni di rimpatrio<sup>55</sup> *Frontex* svolge già azioni di coordinamento, ma il regolamento n. 2007/2004 menziona solo l'attività di «assistenza». La proposta conferisce esplicitamente le funzioni di coordinamento, su richiesta degli Stati membri, oltre alla possibilità di finanziare tali operazioni mediante il proprio bilancio o i programmi. Infine, è introdotta la possibilità di relazioni esterne nella crescente galassia delle agenzie dell'Unione che presenta rischi di sovrapposizione funzionale (oltre che con Europol, anche con altre strutture, quali l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo e l'Agenzia per i diritti fondamentali).

#### 6. La tutela giurisdizionale dei diritti

L'espansione delle esigenze di sicurezza ed il relativo accrescimento dei controlli sulla mobilità delle persone alle frontiere (e non solo) produce rischi per la tutela dei diritti fondamentali e l'effettività dei rimedi giurisdizionali<sup>56</sup>. Sul piano dei principi costituzionali, i «valori» posti alla base dell'azione dell'Unione europea (tolleranza, giustizia, solidarietà ed eguaglianza tra uomini e donne) dovranno avere un particolare impatto giuridico sul trattamento degli stranieri (art. 2 del NTUE)<sup>57</sup>. Si tratta di un principio caratterizzante dell'ordinamento europeo, nel quale i diritti umani prescindono per definizione dalla cittadinanza dell'Unione. Sino-ra, l'azione dell'Unione per l'attuazione della componente «libertà» dello SLSG in materia non ci sembra sia stata sempre improntata correttamente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Come abbiamo visto, nell'ambito del concetto di gestione integrata delle frontiere, la legislazione e la prassi dell'Unione tendono a trasferire i controlli nei Paesi di origine dei flussi migratori per bloccare «all'origine» ogni tentativo di immigrazione irregolare. Si tratta di un'evoluzione che presenta un elemento generale e costante di criticità in relazione al «diritto umano di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio» (art. 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU). Questo diritto di origine consuetudinaria può determinare la responsabilità degli Stati membri che parte-

<sup>55</sup> V. proposta dell'art. 9, par. 1 che introduce la possibilità per gli Stati membri di chiedere all'Agenzia di provvedere al coordinamento di un'operazione di rimpatrio.

<sup>56</sup> In dottrina, v. PALMISANO, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2009, p. 509 ss., nonché *Il trattamento del migrante clandestino*, in questo volume.

<sup>57</sup> V. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2005, p. 574 ss.

cipano alle missioni negli Stati terzi e sostengono le azioni per impedire ai cittadini degli Stati terzi di lasciare il proprio Paese.

La Corte di Strasburgo ha affermato il diritto degli Stati al controllo dei confini, contribuendo però a chiarire in quali circostanze e condizioni possono prodursi violazioni dei diritti umani. In primo luogo, ogni decisione a carattere penale, collegata all'attraversamento di frontiera, deve soddisfare il principio del giusto processo (art. 6 della CEDU). In secondo luogo, l'esercizio dei controlli deve rispettare il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, tra soggetti che si trovino in identica situazione, a meno che non esista una adeguata giustificazione (Protocollo n. 12). In terzo luogo, le condizioni del diniego di accesso o ammissione nel territorio possono costituire una violazione del divieto di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 della CEDU)<sup>58</sup>. In particolare, se la persona coinvolta si trova in posizione irregolare, proprio a causa della fuga da torture, trattamenti inumani o degradanti.

Per quanto riguarda i rifugiati, la Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 prevede espressamente che gli Stati membri non impongano sanzioni, a causa dell'ingresso o soggiorno irregolare, a coloro che, provenienti da un territorio in cui è stata minacciata la loro vita o libertà, entrino o si trovino sul loro territorio senza autorizzazione (art. 31, par. 1). Inoltre la circostanza che uno straniero sia entrato irregolarmente sul territorio di uno Stato non esclude che il diritto alla vita familiare ne possa precludere l'espulsione<sup>59</sup>.

Nella sentenza *Gebremedhin c. Francia*<sup>60</sup> (2007) il ricorrente privo di documenti di identità all'aeroporto di Parigi intendeva presentare appello contro la decisione negativa sul diritto d'asilo ed il relativo ordine di espulsione. A tal fine, otteneva un permesso provvisorio di soggiorno, sulla base di una misura provvisoria della Corte CEDU, ed, infine, si vedeva riconoscere in seconda istanza il diritto d'asilo<sup>61</sup>. Malgrado il posi-

<sup>58</sup> Cfr. anche il testo della Convenzione europea contro la tortura, *Council of Europe, ECPT, ETS no. 126, Strasbourg, 26 November 1987, amended according to the provisions of Protocol no 1 (ETS no 151) and no 2 (ETS no 152)*.

<sup>59</sup> Sent. 31 gennaio 2006, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer c. Paesi Bassi*.

<sup>60</sup> Sent. 26 aprile 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. Francia*, ricorso n. 25389/05; v. DE VITTOR, *Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato: la sospensione della misura di espulsione*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2008.

<sup>61</sup> Il ricorrente davanti alla Corte aveva dedotto la violazione dell'art. 13 (in quanto la legge francese non prevede un rimedio con effetto sospensivo contro le decisioni che rifiutano il permesso di ingresso o che impongono il rientro di un cittadino straniero) e dell'art. 5, par. 1 (sulla pretesa di essere stato privato illegalmente della sua libertà mentre era stato trattenuto nella zona internazionale dell'aeroporto). Relativamente a quest'ultima questione non vi era stata la violazione, secondo la Corte, in quanto il tratte-

tivo risultato finale della vicenda, la Corte accertava la violazione da parte dello Stato francese dell'art. 13 della CEDU. Infatti, la legge nazionale prevedeva che una decisione di rifiuto dell'ingresso impedisse di presentare domanda di asilo. La decisione immediatamente esecutiva imponeva che l'interessato fosse rinvioato verso il Paese di origine. Secondo la Corte, una procedura, nella quale l'appello contro una decisione di diniego del permesso di soggiorno non ha effetto sospensivo, appare in contrasto con i principi fissati dall'art. 3 della CEDU (proibizione di trattamenti inumani o degradanti), arrecando un danno irreversibile all'interessato.

#### 7. Segue: in occasione dell'intercettazione delle navi in alto mare senza approdo

Le attività di controllo sulla mobilità delle persone si svolgono spesso lontano dai confini territoriali, tramite azioni individuali o coordinate a livello europeo. Il contrasto dell'immigrazione clandestina viene effettuato sempre più nel mare internazionale. La sorveglianza lungo le rotte internazionali delle migrazioni<sup>62</sup> tende a legittimare lo svolgimento di attività potenzialmente lesive dei diritti umani.

Un sistema di frontiere sicure deve consentire in ogni caso il rispetto del principio di non respingimento verso il Paese di persecuzione per l'asilo e la protezione umanitaria tramite la verifica, «alle frontiere» o sulle navi, del titolo del richiedente a beneficiarne. La pratica più controversa è quella dell'intercettazione e deviazione delle imbarcazioni che trasportano immigrati a bordo verso il porto di provenienza. Questi comportamenti mettono a rischio la vita e la sicurezza delle persone e sono idonei a determinare la violazione del divieto di respingimento per eventuali richiedenti asilo a bordo<sup>63</sup>.

nimento alla frontiera non aveva ecceduto un limite ragionevole per impedire un ingresso non autorizzato nel Paese dell'art. 5.

<sup>62</sup> Per un'analisi delle rotte dell'immigrazione clandestina nel Mediterraneo, v. MONZINI, *Il traffico di migranti per via marittima: il caso dell'Italia*, in *L'Italia promessa. Geopolitica e dinamiche organizzative del traffico di migranti verso l'Italia* (a cura di Monzini, Pastore, Sciortino), CeSPI Working Papers 9/2004 (consultabile *on line*); ID., *Il traffico di migranti per mare verso l'Italia. Sviluppi recenti (2004-2008)*, CeSPI Working Papers 43/2008.

<sup>63</sup> V. GIL-BAZO, *The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited*, in *Int. Journal of Refugee Law*, 2006, p. 571 ss.; CERNADAS, *Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos*, in *Revista int. de derechos humanos*, 2009, p. 189 ss. (consultabile *on line*).

Il diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti (art. 3 della CEDU) comprende il principio di diritto consuetudinario del divieto di *refoulement* verso Stati in cui la persona corre il rischio di essere sottoposti a trattamenti di tal genere<sup>64</sup>. L'Agenzia per i Rifugiati (UNRA) ha sostenuto che il principio si applica a tutte le attività di governo anche all'esterno dei confini nazionali<sup>65</sup>.

Il «pattugliamento congiunto» delle frontiere marittime in acque internazionali nel Mediterraneo (e in Atlantico tra Isole Baleari e Mauritania/Senegal) rappresenta un'«esternalizzazione» territoriale delle pratiche di contrasto dell'immigrazione degli Stati membri, in qualche caso, tramite il trasferimento della responsabilità sui Paesi vicini di origine e di transito.

Gli Stati membri non sembrano intenzionati a rinunciare alla competenza esclusiva neanche sull'accertamento delle ipotesi di reati commessi sulle proprie navi di bandiera. Pertanto, non hanno adottato la proposta di adozione di una convenzione sui reati commessi in alto mare<sup>66</sup>.

Com'è noto, alcune navi italiane hanno respinto di recente, verso i porti della Libia, le imbarcazioni intercettate in mare. Le persone a bordo non sono state identificate al fine di consentire loro di qualificare la propria condizione di richiedenti asilo, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, nonché delle direttive comunitarie in materia<sup>67</sup>. L'applica-

<sup>64</sup> Sul carattere di *jus cogens* del *non-refoulement*, v. ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *Int. Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss.

<sup>65</sup> United Nation High Commission for Refugee, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, par. 24.

<sup>66</sup> Uno dei primi risultati della cooperazione Schengen ha consentito che i funzionari delle dogane di uno Stato membro siano legittimati ad agire nel territorio di un altro Stato membro, anche senza autorizzazione preventiva, v. in riferimento alle frontiere terrestri la Convenzione di attuazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, in *G.U.C.E.* 22 settembre 2000 *L* 239, p. 19, nonché, per qualunque tipo di frontiera, la Convenzione redatta sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea relativa alla mutua assistenza e alla cooperazione tra amministrazioni doganali, in *G.U.C.E.* 23 gennaio 1998 *C* 24, p. 2. L'iniziativa della Spagna, nell'ambito del terzo pilastro, per l'adozione di una convenzione limitata alla repressione del traffico illecito di droga in alto mare da parte delle amministrazioni doganali (5382/2002, in *G.U.C.E.* 19 febbraio 2002 *C* 45, p. 8 ss.), che secondo il Parlamento Europeo avrebbe dovuto essere estesa alla cooperazione tra le autorità competenti nella lotta contro tutti i reati commessi in alto mare (*G.U.U.E.* 28 aprile 2004 *C* 102, p. 29 ss.), prevedeva un'azione immediata e senza autorizzazione preventiva delle navi di uno Stato membro contro navi di un altro Stato membro, per motivi di urgenza, al di fuori delle acque territoriali.

<sup>67</sup> Il Trattato tra Italia e Libia di «amicizia, partenariato e cooperazione» firmato a Bengasi il 30 agosto 2008, entrato in vigore il 19 febbraio 2009, a seguito della legge di ratifica ed esecuzione 6 febbraio 2009 n. 7 (*G.U.* 18 febbraio 2009 n. 40) ha per oggetto tra l'altro la collaborazione tra i due Paesi nella lotta all'immigrazione clandestina via

bilità extraterritoriale della CEDU è stata confermata in una recente decisione in altro ambito materiale<sup>68</sup>. Le attività effettuate in mare da uno Stato parte CEDU, possono pertanto comportare specifiche responsabilità<sup>69</sup>.

L'estensione di poteri funzionali al controllo dell'immigrazione nel Mediterraneo raggiunge in qualche caso le acque territoriali di Stati terzi. Questo approccio trae origine dell'esperienza dell'assistenza italiana alla polizia locale nelle acque territoriali dell'Albania<sup>70</sup>. Successivamente, nel contesto dell'*Operazione Hera*, la Spagna e *Frontex*, hanno ormai stabilito una prassi per la dislocazione delle attività di contrasto verso l'Africa occidentale (migrazione da Senegal, Mauritania e dalle isole di Capo Verde verso le isole Canarie). Le operazioni congiunte nelle acque territoriali dei Paesi terzi si svolgono sulla base del consenso dei Paesi terzi interessati, tramite la conclusione di accordi internazionali o memorandum d'intesa tra i Ministeri degli Interni, sottratti ad un controllo parlamentare negli Stati membri. Solo con Capo Verde, la Spagna ha concluso un accordo internazionale che prevede pattugliamenti congiunti nelle acque territoriali dello Stato terzo in parola<sup>71</sup>.

La legittimità dell'intervento di *Frontex* troverebbe fondamento giuridico in una interpretazione estensiva del codice frontiere esterne

mare. Per quanto la Libia non sia parte contraente della Convenzione di Ginevra, ha tuttavia ratificato la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981), che riconosce il diritto di ricercare e ricevere asilo in territorio straniero e vieta le espulsioni (art. 12) e la Convenzione sugli aspetti propri ai problemi dei rifugiati in Africa (art. II sul divieto di *refoulement*). Questi riferimenti sono riportati da NASCIBENE, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione europea*, IAI (consultabile on line).

<sup>68</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 30 gennaio 2009, *Al-Saadoon and Mufdhi c. Regno Unito*, ricorso n. 61498/08, par. 85. In generale sul tema, v. DE SENA, *La nozione di giurisdizione nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

<sup>69</sup> V. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani* e TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2009, pp. 591 ss. e 604 ss.

<sup>70</sup> La missione Alba della forza multinazionale delle Nazioni Unite a guida italiana, ha affiancato le autorità locali e avviato un'azione di *institution building* in Albania (1997). Successivamente si è stabilita un'azione coordinata delle forze di polizia dei due paesi con l'invio di unità della Guardia Costiera e della Guardia di Finanza in Albania. Il progressivo intensificarsi dei controlli è stato rafforzato anche tramite l'intervento della Marina Militare italiana. La legge albanese del 1997 che vieta la produzione, l'uso, la vendita e l'importazione di gommoni e motori fuoribordo è stata recentemente rinnovata.

<sup>71</sup> Solo con il Capo Verde la Spagna ha un accordo a pieno titolo bilaterale sul posto che permette pattugliamenti congiunti nelle acque territoriali di questo Stato-isola: «Acuerdo entre España y Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde», BOE, nr. 136, 5/VI/2009, 47545 (consultabile nel sito [www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

Schengen, secondo cui lo scopo della sorveglianza delle frontiere è quello di impedire gli attraversamenti non autorizzati di frontiera (art. 12); in combinato disposto con il regolamento istitutivo che prevede il compito di facilitare la cooperazione tra Stati membri e paesi terzi (art. 14).

Come noto gli Stati parte sono responsabili quando si tratti di allontanamento verso uno Stato nel quale vi è un serio rischio di violazione di un diritto sancito dalla Convenzione<sup>72</sup>. L'esigenza dell'apprezzamento del rischio individuale è inversamente proporzionale alla situazione di rischio generalizzato di violazione dei diritti umani nel Paese di origine/destinazione<sup>73</sup>.

La sentenza della Corte di Strasburgo del 19 gennaio 2010 in relazione ad uno sbarco di migranti a Lampedusa non entra nel merito delle pretese violazioni<sup>74</sup> ma decide sul profilo formale dell'autenticità delle procure rilasciate ai legali e sulla mancanza di collegamento tra i difensori e i ricorrenti. La decisione in parola potrebbe avere un impatto sull'emanazione di provvedimenti cautelari, considerato l'obbligo degli Stati di non procedere subito all'allontanamento delle persone al fine di garantire il mantenimento del contatto tra difensore e ricorrente in modo da impostare adeguatamente la difesa. In un altro caso la Corte ha rilevato che l'efficacia del diritto di ricorso comporta che la Corte debba esaminare la richiesta secondo la procedura che sarebbe ostacolata in caso di espulsione del ricorrente<sup>75</sup>.

#### 8. Il principio di solidarietà tra Stati

Dal punto di vista della solidarietà tra Stati, le vicende drammatiche degli ultimi anni portano ad escludere la sostenibilità di un onere esclusivo di controllo e sorveglianza delle frontiere da parte degli Stati membri nel Mediterraneo. Sulle sue opposte sponde si confrontano differen-

<sup>72</sup> GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 449 ss.

<sup>73</sup> V. Corte di giustizia, sent. 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Elfagaji*, in *Raccolta*, 2009, p. I-921 ss.

<sup>74</sup> Si lamentava la violazione degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura e pene o trattamenti disumani e degradanti), 13 (diritto ad un ricorso effettivo), (diritto ad un ricorso individuale) e 34 della CEDU e dell'art. 4 del Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive).

<sup>75</sup> Cfr sent. 24 febbraio 2009, *Ben Khemais c. Italia*, ricorso n. 246/07; v. FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, consultabile nel sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

ziali di sviluppo così alti da motivare flussi migratori con ogni mezzo di trasporto e in qualsiasi circostanza di sfruttamento criminale.

Il principio di solidarietà è un corollario del principio di fiducia reciproca tra Stati membri e costituisce un aspetto caratterizzante del federalismo cooperativo. Sancito in connessione con l'accoglienza dei rifugiati e degli sfollati, il suo campo d'applicazione è stato esteso a tutti gli aspetti della politica comune dell'immigrazione, incluso il rilascio di visti e il controllo alle frontiere esterne. La solidarietà può intervenire a rafforzare la cooperazione operativa oppure determinare compensazioni finanziarie. I concetti di ripartizione degli oneri e di solidarietà hanno trovato attuazione concreta nel Fondo europeo per le frontiere esterne<sup>76</sup>.

Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario (art. 80 del TFUE) è ora previsto nel Trattato di Lisbona. Tale criterio, già richiamato dal Programma dell'Aja, acquista così il valore di base giuridica per le future azioni comunitarie. Al centro di questo processo di assunzione di responsabilità solidali si colloca l'impegno di risorse finanziarie e lo svolgimento di attività comuni tramite l'Agenzia *Frontex*. Il medesimo principio determina, altresì, il trasferimento di poteri all'Unione nel settore della protezione umanitaria, in cui sono possibili misure temporanee, a beneficio di uno o più Stati membri, in situazione di emergenza dovuta all'afflusso improvviso e di massa di cittadini di Stati terzi (art. 78, par. 3, del TFUE).

Il Fondo per le frontiere esterne, uno dei quattro strumenti finanziari del programma generale «Solidarietà e gestione dei flussi migratori», prevede un meccanismo a favore degli Stati membri che sostengono, nell'interesse della Unione europea, un onere finanziario duraturo in attuazione di norme comuni in materia di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne. Il sistema di ripartizione oggi è basato sulla dimensione delle acque Sar (*search and rescue*) controllate da ogni singolo Paese<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> All'interno del programma «Solidarietà e gestione dei flussi migratori» (2007-2013) l'*External Borders Fund* è stato adottato tramite la procedura di codecisione.

<sup>77</sup> V. COM(2005)0123 def. - COD 2005/0047 Proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo per le frontiere esterne per il periodo 2007-2013, nell'ambito del programma generale «Solidarietà e gestione dei flussi migratori» [SEC(2005) 435] Il budget del Fondo, per il periodo 2007-2013, è pari a 1.820 milioni di euro. Circa 1.543 milioni sono distribuiti fra gli Stati membri sulla base di criteri che rispecchiano l'onere sostenuto da ciascuno Stato per il controllo delle frontiere esterne e la politica dei visti; 109 milioni di euro sono gestiti direttamente dalla Commissione e destinati ad azioni comunitarie; 60 milioni di euro per azioni specifiche ai valichi di frontiera strategici in base alle analisi dei rischi dell'Agenzia di pattugliamento delle coste (*Frontex*). All'Italia sono stati destinati 211 milioni di euro per il periodo 2007-2013, mentre a Malta 112 milioni.

La ripartizione delle risorse per azioni ammissibili negli Stati membri<sup>78</sup>, per quanto attiene alla quota parte destinata alle frontiere marittime esterne<sup>79</sup>, viene decisa sulla base della loro estensione con un coefficiente di ponderazione per i livelli di minaccia<sup>80</sup> e di carico di lavoro<sup>81</sup>.

### 9. Prospettive e conclusioni

L'ulteriore esercizio delle competenze in materia è destinato a sviluppi nella nuova fase del Programma di Stoccolma<sup>82</sup>. Il nuovo programma per il periodo 2010-2014, assume un significato istituzionale e politico ben maggiore dei precedenti (Tampere e l'Aja) proprio per l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La parte relativa alla strategia di sicurezza interna prevede, oltre al rafforzamento della cooperazione di polizia e allo sviluppo di una più efficace cooperazione giudiziaria in

<sup>78</sup> Decisione n. 574/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 maggio 2007 che istituisce il Fondo per le frontiere esterne per il periodo 2007-2013, nell'ambito del programma generale «Solidarietà e gestione dei flussi migratori».

<sup>79</sup> Il Fondo è diviso tra: le frontiere terrestri esterne (trenta per cento); le frontiere marittime esterne (trentacinque per cento); gli aeroporti (venti per cento); per gli uffici consolari (quindici per cento), v. art. 14, lettere *a*), *b*), *c*), *d*).

<sup>80</sup> A) il settanta per cento per la lunghezza delle loro frontiere esterne che sarà calcolata, in base ai fattori di ponderazione sulla intensità della minaccia (intensità minima-massima da zero a otto), v. art. 15, par. 3, lett. *b*); b) il 30 % per il carico di lavoro alle rispettive frontiere marittime esterne.

<sup>81</sup> V. par. 7, lett. *a*): il carico di lavoro si basa sulle cifre medie degli ultimi due anni in relazione ai seguenti fattori: a) alle frontiere terrestri esterne e alle frontiere marittime esterne: i) il numero di persone che attraversano le frontiere esterne ai valichi di frontiera autorizzati; ii) il numero di cittadini di Paesi terzi cui è negato l'ingresso a tali frontiere esterne; iii) il numero dei cittadini di Paesi terzi fermati dopo l'attraversamento illegale della frontiera esterna, compreso il numero delle persone fermate in mare.

<sup>82</sup> Secondo il protocollo sulle disposizioni transitorie (art. 10), dopo un periodo di cinque anni saranno eliminati i limiti alla giurisdizione SLG agli atti del precedente terzo pilastro, che se «non trasformati» potranno però conservare la forma e gli effetti giuridici (si prevede che circa la metà degli atti in vigore sarà rinegoziata). Per la preparazione del Programma di Stoccolma, v. *Report of the Informal High Level Advisory Group on the Future of European Home Affairs Policy (The Future Group), Border Management and Cooperation with Third Countries*, 2008 paragrafi 34-38, in specie par. 38: «The Group strongly recommends developing further a strategy vis-à-vis third countries particularly in the fight against illegal migration, with a focus on border management problems, and support measures such as development of mobility partnerships and circular migration. This strategy should be mutually beneficial for all partners. The Group recognises that a comprehensive European strategy on visas gives political leverage when dealing with third countries». Per la parte relativa alle frontiere nel Programma di Stoccolma, v. Consiglio dell'Unione Europea del 2 dicembre 2009, doc. 17024/09, par. 5.1, Gestione integrata delle frontiere esterne.

materia penale, un impegno nella gestione e sorveglianza delle frontiere esterne.

Da ultimo, è forse utile ricordare che, in mancanza di una tutela internazionale del diritto alla mobilità transnazionale e di un obbligo corrispondente di accettazione dei migranti da parte degli Stati membri, l'Unione dovrebbe occuparsi ora dell'attraversamento delle frontiere per l'immigrazione regolare ed armonizzare le regole di ingresso per motivi di lavoro (e ricongiungimento familiare). Così dovrebbe essere migliorata la disciplina degli strumenti per la circolazione intra-Unione degli immigrati regolari, specie dei lungo-residenti.



## LA FAMIGLIA TRANSNAZIONALE FRA CONFLITTI DI CIVILIZZAZIONE E DIRITTI UMANI

Gabriella CARELLA\*

SOMMARIO: 1. Conflitti di legge, conflitti di civilizzazione e ordine pubblico. – 2. Inadeguatezza delle tecniche internazionalprivatistiche a risolvere i conflitti di civilizzazione. – 3. L'universalità dei diritti umani e l'applicazione selettiva della Convenzione europea in materia di diritto internazionale privato. – 4. *Segue*: applicazione selettiva e conflitti di civilizzazione.

### *1. Conflitti di legge, conflitti di civilizzazione e ordine pubblico*

Il diritto internazionale privato è tradizionalmente considerato espressione di tolleranza, cooperazione e pluralismo culturale perché, soprattutto quando opera per il tramite della norma di conflitto bilaterale, richiamando leggi straniere nell'ordinamento del foro pone quest'ultimo in contatto con istituzioni e cultura di altri ordinamenti.

I valori che contraddistinguono la materia internazionalprivatistica rischiano, tuttavia, di tradursi nel loro contrario quando il conflitto di legge si irrigidisce in un conflitto di civilizzazione<sup>1</sup>. Il passaggio dall'uno

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Sui conflitti di civilizzazione cfr. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et repudiation*, Genève, 1972; DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil des cours*, 1988-IV, p. 9 ss.; MEZGHANI, *Le juge français et les institutions de droit musulman*, in *Journal du droit int.*, 2003, p. 722 ss.; NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, 2005; MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 643 ss.

all'altro tipo di conflitto è determinato dal modo di operare dell'ordine pubblico. Nei conflitti di legge, esso opera in via eccezionale escludendo l'applicazione di una singola norma straniera di un determinato ordinamento per contrasto con i principi fondamentali del foro. Si ha conflitto di civilizzazione, invece, quando l'ordine pubblico opera regolarmente e sistematicamente per escludere l'applicazione di interi settori del diritto straniero, comuni ad un gruppo di Stati appartenenti ad una determinata area culturale, per contrasto con i principi comuni ad un altro gruppo di Stati di diversa civiltà.

Tale fenomeno si verifica nei rapporti tra gli Stati delle due sponde del Mar Mediterraneo<sup>2</sup> nell'ambito del diritto di famiglia inteso in senso ampio, inclusivo delle condizioni per contrarre matrimonio, degli effetti del matrimonio stesso, della filiazione e delle successioni<sup>3</sup>. Ed invero, il diritto di famiglia degli Stati della sponda europea generalmente non è applicabile ai cittadini degli Stati musulmani dell'altra sponda per contrasto con i principi della *Sharia*; il diritto di famiglia di tali ultimi Stati, a sua volta, non è applicabile nei primi per contrasto con i diritti umani entrati a far parte dell'ordine pubblico e consacrati, oltre che nelle costituzioni interne, anche negli atti internazionali tra i quali svolge un ruolo di primo piano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, particolarmente richiamata in questa materia<sup>4</sup>. Pertanto, negli Stati europei il ripudio, il matrimonio poligamico, la successione della moglie rispetto al marito vengono in blocco e strutturalmente ritenuti in contrasto con il principio di uguaglianza tra coniugi ed esclusi; negli Stati dell'Africa

<sup>2</sup> Per l'ordinamento italiano cfr. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 73 ss.; CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 21 ss.; ID., *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, *ibidem*, 2008, p. 43 ss.; PIZZOLANTE, *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 947 ss.; CONETTI, *Il matrimonio: conflitti di leggi o di culture?*, in *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società* (a cura di Ferrari), Bologna, 2008, p. 111 ss.; CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.

<sup>3</sup> Per il diritto islamico cfr. *Le droit musulman à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux* (a cura di Aldeeb, Bonomi), Zürich, 1999; ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Diritto islamico: fondamenti, fonti, istituzioni* (ed. it. a cura di Arena), Roma, 2008; per il carattere confessionale degli ordinamenti degli Stati islamici, CHARFI, *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, in *Recueil des cours*, 1987-III, p. 329 ss.

<sup>4</sup> Le norme della Convenzione europea che vengono soprattutto in considerazione sono l'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, l'art. 12 sul diritto alla famiglia, l'art. 14 sul divieto di discriminazioni e l'art. 5 del settimo protocollo aggiuntivo sul diritto di uguaglianza tra coniugi durante il matrimonio e nei rapporti con i figli.

settentrionale e del Medio Oriente, invece, l'adozione, l'accertamento della filiazione naturale rispetto al padre, il matrimonio della donna musulmana con un non musulmano, il matrimonio della donna senza tutore (*wali*) contrastano con i principi della *Sharia* e non producono effetto. Il Mediterraneo diventa quindi un fossato culturale che separa due fortezze asserragliate nella strenua difesa della propria identità; è il luogo attraversando il quale si perdono gli *status*, si vanificano i rapporti personali, si spezza la continuità della vita privata e familiare.

Poiché i conflitti di civilizzazione sono determinati da una applicazione ad oltranza del limite dell'ordine pubblico, per eliminare o attenuare gli effetti di tali conflitti pregiudizievoli per i privati, è parso naturale ricorrere, in prima battuta, ai tradizionali strumenti internazionalprivatistici di ridimensionamento dell'ordine pubblico. Pertanto, sono stati evocati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sia la teoria dell'ordine pubblico attenuato, sia la nozione di ordine pubblico di prossimità, elaborata dalla dottrina francese<sup>5</sup>, sia, infine, il principio della inapplicabilità dell'ordine pubblico alla questione preliminare. Si afferma così che, sebbene le norme sul matrimonio poligamico e sul ripudio non possano essere applicate direttamente dal giudice italiano, quest'ultimo, tuttavia, potrebbe riconoscere gli effetti di tali istituti se posti in essere all'estero data la maggiore estraneità della fattispecie rispetto al foro. Analogamente, in base alla teoria dell'ordine pubblico di prossimità, applicabile non solo in caso di riconoscimento di rapporti costituiti all'estero, ma altresì in caso di domanda diretta al giudice italiano, si esclude l'operare dell'ordine pubblico quando la fattispecie non sia collegata al foro da criteri significativi, quali il domicilio o la cittadinanza<sup>6</sup>. Quanto all'inapplicabilità dell'ordine pubblico alle questioni preliminari, la nostra Corte di Cassazione ha affermato che il matrimonio poligamico può essere riconosciuto ove si renda necessario accertare preventivamente l'esistenza

<sup>5</sup> Sull'ordine pubblico di prossimità, cfr. COURBE, *L'ordre public de proximité*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 227 ss.

<sup>6</sup> È la concezione accolta nella Risoluzione finale della sessione di Cracovia del 2005 dell'*Institut de droit international* «Cultural diversity and Public Policy in the Private International Law of the Family». Tale orientamento è stato tradotto in diritto positivo nella legge belga del 2007 sul diritto internazionale privato il cui art. 57 subordina il riconoscimento di effetti del ripudio al fatto che nessuno dei coniugi abbia la nazionalità o la residenza abituale in uno Stato che non ammette tale forma di scioglimento del matrimonio. La legge belga richiede altresì i requisiti della procedura giurisdizionale e del consenso della donna che hanno un ruolo centrale, come vedremo, in altre posizioni dottrinali.

di un legame matrimoniale ai fini di risolvere una questione principale in materia successoria<sup>7</sup>.

Con riguardo alle richiamate teorie, fondate sull'idea comune, ma variamente espressa, di una applicazione dell'ordine pubblico direttamente proporzionale all'intensità del legame della fattispecie con il foro, può rilevarsi, però, una sostanziale inadeguatezza ad essere applicate a casi in cui il contrasto con l'ordine pubblico è determinato dalla violazione di fondamentali principi in materia di diritti umani, quale il principio di uguaglianza. Ed invero, le suddette teorie sono state elaborate con riferimento ad un ordine pubblico dal carattere tipicamente nazionale che, in quanto costituito dai principi che connotano un ordinamento distinguendolo dagli altri, appariva giustificato non applicare a fattispecie particolarmente estranee. Nel momento in cui, invece, i diritti umani sono entrati a far parte dell'istituto, esso, limitatamente a tale contenuto, ha assunto un rilievo addirittura universale perché i diritti umani sono riconosciuti ad ogni individuo indipendentemente dal legame che abbia con un determinato Stato. Pertanto, non sono configurabili fattispecie che, rispetto ad un ordine pubblico siffatto, siano più o meno estranee<sup>8</sup>. Non è fondato affermare, ad esempio, che possono riconoscersi gli effetti del ripudio se posto in essere nei confronti di una donna di cittadinanza straniera, dato che la principale conseguenza dell'affermarsi della tutela internazionale dei diritti umani è stato appunto il superamento della distinzione tra cittadini e stranieri: l'applicazione dell'ordine pubblico di pros-

<sup>7</sup> Sentenza della Cassazione del 2 marzo 1999, n. 1739, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 613; tra i numerosi commenti cfr. ZAMBRANO, *Matrimonio islamico e successione del coniuge*, in *Famiglia e diritto*, 1999, p. 327 ss. e quello di BALENA, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1458 ss.; v. altresì CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale*, in *Dir. imm.*, 2000, n. 3, p. 30 ss. Nella specie, però, si trattava di matrimonio solo potenzialmente poligamico in quanto celebrato in Somalia tra una cittadina, nubile, di quello Stato e un cittadino, vedovo, italiano. Sulla giurisprudenza francese relativa alla non incidenza dell'ordine pubblico nelle questioni preliminari relative a matrimoni poligamici cfr. da ultimo FOYER, *Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes*, cit., 2005, p. 292 ss.

<sup>8</sup> Giustamente PICONE, *Le materie internazionalistiche nella formazione del giurista contemporaneo*, Relazione svolta nell'ambito del convegno organizzato dalla Società Italiana di Diritto Internazionale, presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali – CNR, Roma, 2 febbraio 2006, mette in guardia dai pericoli che potrebbero derivare, per la stessa sopravvivenza del diritto internazionale privato dalla possibilità che la tutela dei diritti umani, rientrando nell'ordine pubblico, intacchi il carattere relativo di questo, rendendo necessario un ripensamento sia dell'ordine pubblico attenuato sia dell'*Inlandsbeziehung*. Come vedremo nel seguito del discorso, però, tali pericoli possono essere superati grazie ai principi e con le tecniche proprie della materia dei diritti umani e, in particolare, del sub-sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

simità, in tal caso, non farebbe altro che aggiungere alla violazione del principio di uguaglianza tra i sessi quella del principio di uguaglianza senza distinzioni di nazionalità e lo stesso potrebbe verificarsi con riguardo alle altre teorie richiamate.

Per vero, con riferimento ai diritti garantiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si è affermato che, in considerazione della natura regionale di tale Convenzione, essi costituirebbero un ordine pubblico europeo e non realmente internazionale; di conseguenza, solo le fattispecie comunque collegate a Stati europei non potrebbero mai considerarsi estranee rispetto ad esso, mentre, con riguardo a quelle collegate a Stati extraeuropei, potrebbero pur sempre applicarsi le varie teorie di ridimensionamento dell'operare dell'ordine pubblico. In realtà, la maggior parte dei diritti sanciti nella Convenzione europea coincide, nel suo nucleo essenziale, con quelli garantiti in atti di portata universale – come i Patti delle Nazioni Unite del 1966 – o adottati in altri ambiti regionali e quindi se ne può affermare la valenza universale, in quanto principi, a prescindere dall'ambito di applicazione territoriale limitato. Ciò vale sicuramente per i diritti contemplati nella Convenzione europea che vengono invocati nei conflitti di civilizzazione in quanto si tratta principalmente del divieto di discriminazioni, in base al sesso, tra i coniugi e tra figli legittimi e naturali, di cui può affermarsi l'appartenenza al diritto internazionale generale<sup>9</sup>.

Va aggiunto che, indipendentemente dalla inammissibilità teorica delle concezioni che ridimensionano l'ordine pubblico, esse non sono state accolte, come vedremo, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha utilizzato un criterio di gradazione nell'applicazione dei diritti garantiti diverso da quello del maggiore o minore collegamento della fattispecie rispetto al foro<sup>10</sup>.

Con specifico riferimento alla teoria dell'esclusione dell'applicazione dell'ordine pubblico alle questioni preliminari, infine, va precisato che, in ogni caso, non è pacifico che essa operi indipendentemente dalla soluzione data al problema delle questioni preliminari<sup>11</sup>. È stato af-

<sup>9</sup> Il divieto di discriminazione tra figli legittimi e naturali e il diritto dei fanciulli ad una famiglia sono applicazioni del principio del superiore interesse del fanciullo, ritenuto ormai di natura consuetudinaria, per il quale v. CANNONE, *L'interesse del fanciullo nelle convenzioni internazionali dell'Aja*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 549 ss.

<sup>10</sup> Vedi *infra*, par. 3.

<sup>11</sup> Ai fini del discorso, deve assumersi come riferimento la tradizionale impostazione delle questioni preliminari, ma, per una ricostruzione preferibile, si rinvia alla classica opera di PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1971, p. 106 s.

fermato, infatti, che l'esclusione dell'ordine pubblico si giustifica quando venga adottata la soluzione congiunta e sia la norma di conflitto del foro, applicata alla questione principale, sia la norma di conflitto della *lex causae*, applicata alla questione preliminare, richiamino leggi straniere dato che, in tal caso, la fattispecie è complessivamente inserita in ordinamenti stranieri<sup>12</sup>. Lo stesso dovrebbe valere, nel caso indicato, se si applichi quel particolare tipo di soluzione congiunta costituita dalla teoria dell'assorbimento per la quale la questione preliminare è disciplinata dalle norme materiali della *lex causae*. Nel caso in cui, invece, la norma di conflitto applicata alla questione principale richiami la *lex fori* per la disciplina di questa, non appare giustificato escludere l'applicazione dell'ordine pubblico alla questione preliminare perché comunque ci si muove nell'ambito dell'ordinamento del foro. A maggior ragione ciò vale quando per il problema in questione si prescelga la soluzione disgiunta applicando alla questione preliminare la norma di conflitto del foro<sup>13</sup>.

## 2. Inadeguatezza delle tecniche internazionalprivatistiche a risolvere i conflitti di civilizzazione

Un'altra tecnica internazionalprivatistica utilizzata per attenuare i conflitti di civilizzazione consiste nel ricorrere ad una qualificazione estremamente liberale degli istituti stranieri che guardi più alla funzione che alla struttura. Se ne ha una applicazione nel caso del ripudio che, soprattutto nella giurisprudenza francese, è stato talvolta ammesso a produrre effetti perché qualificato come divorzio. In particolare, quando la donna lo ottenga dal marito dietro pagamento di una somma o presenti domanda di riconoscimento del ripudio effettuato all'estero, la giurisprudenza qualifica la fattispecie come divorzio consensuale. Si qualifica la

<sup>12</sup> LAGARDE, *La règle de conflit applicable aux questions préalables*, in *Revue critique de droit int. privé*, 1960, p. 459 ss., afferma: «lorsqu'un juge saisi d'une situation de droit international privé est amené à appliquer une loi étrangère à une question préalable à celle qu'il doit principalement trancher, il ne peut écarter cette loi au nom de l'ordre public que si la solution de la question principale avait été attribuée à la loi interne du for par le droit international du for».

<sup>13</sup> Cfr. FOYER, op. cit., p. 299, il quale ricorda la sentenza della Cassazione francese del 3 gennaio 1980 nel caso *Beneddouche* in cui bisognava decidere delle pretese successorie della seconda moglie di uno straniero poligamo deceduto con beni in Francia. In tal caso la Cassazione, ispirandosi implicitamente alla soluzione disgiunta, applicò la norma di conflitto francese all'accertamento della qualità di coniuge e, poiché veniva richiamata la legge nazionale algerina che ammetteva i matrimoni poligami, invocò l'ordine pubblico; rifacendosi però alla teoria dell'ordine pubblico attenuato riconobbe i diritti successori della seconda moglie.

fattispecie di ripudio come divorzio unilaterale in due casi: a) quando l'ordinamento straniero prevede il ripudio nella sua forma tradizionale, ma ammette il ricorso al divorzio unilaterale da parte della donna. In tal caso il principio di uguaglianza sarebbe rispettato, se non riguardo al singolo istituto, nell'economia complessiva del sistema in quanto il ripudio potrebbe essere considerato come un divorzio unilaterale maschile complementare a quello distinto previsto per la donna<sup>14</sup>; b) quando sia giurisdizionalizzato e preveda delle garanzie finanziarie per la donna<sup>15</sup>.

In realtà, il ripudio, per struttura ed effetti, non è in alcun modo assimilabile al divorzio perché quest'ultimo è fondato su una situazione oggettiva, quella del fallimento del matrimonio, che deve essere accertata dal giudice o evidenziata da una separazione di fatto prolungata, mentre il primo consiste nella facoltà assolutamente discrezionale dell'uomo di liberarsi dal matrimonio e crea una situazione di sottomissione della donna, sottoposta alla minaccia perenne di essere ripudiata se non asseconda l'autorità del marito. È quindi una prerogativa che non trova equivalente per la sposa, neppure quando le venga riconosciuto il divorzio unilaterale, e che costituisce una lesione della sua dignità tanto più grave in quanto sia priva di indipendenza economica. Il ricorso alla tecnica della qualificazione, quindi, occulta il conflitto di civilizzazione senza eliminarlo perché si limita a cambiare il nome, ma non la sostanza degli istituti; esso può essere strumento di un formalismo produttivo di ingiustizie. Si pensi al caso in cui, ricorrendo alla qualificazione come divorzio, si ammettano gli effetti del ripudio il cui riconoscimento è stato chiesto dal marito al solo scopo di impedire alla moglie, rimasta in un Paese europeo, di chiedere il divorzio in base alla legge del foro ottenendo gli alimenti e, eventualmente, l'affidamento dei figli.

Ulteriori strumenti internazionalprivatistici proposti, spesso in una prospettiva *de iure condendo*, per attenuare i conflitti di civilizzazione

<sup>14</sup> Per una critica di tale argomento alla luce non tanto dei diritti della Convenzione, quanto dei principi dell'ordine pubblico italiano, cfr. CLERICI, op. cit., p. 2002.

<sup>15</sup> Tale qualificazione ha giustificato il riconoscimento del ripudio in Francia, a partire dalla sentenza della Cassazione nel caso *Rohbi* del 3 novembre 1983, quando vi siano garanzie procedurali e finanziarie a favore della donna, prescindendo dal principio di uguaglianza. Il ripudio è un atto unilaterale, discrezionale ed extragiudiziale. Tali caratteristiche sintetizzano il ripudio coranico, ma non la sua traduzione in diritto positivo in quanto molti Stati islamici, quali ad esempio, il Marocco, l'Egitto e l'Algeria, hanno giurisdizionalizzato il ripudio. Particolare è la posizione delle Tunisia la cui legge 18 febbraio 1981 apre il ripudio all'uomo come alla donna e lo subordina ad una procedura giudiziaria. La giurisdizionalizzazione del ripudio non incide sulla discrezionalità del marito, ma ha come obiettivo esclusivamente di assicurare che la donna ne sia informata e che il giudice possa eventualmente attribuirle un risarcimento nel caso si evidenzi l'infondatezza della causa di ripudio.

sono l'abbandono del criterio di collegamento della cittadinanza, ed il ricorso a metodi diversi da quello della norma di conflitto localizzatrice<sup>16</sup>.

Quanto al primo punto, si ritiene che il rilievo tuttora attribuito in materia familiare alla cittadinanza, nonostante l'Italia sia divenuta un Paese di immigrazione, determinando il frequente richiamo del diritto islamico nel nostro ordinamento, oltre ad ostacolare l'integrazione, sarebbe la causa prima del sorgere dei conflitti di civilizzazione<sup>17</sup>. Né gli effetti del criterio della cittadinanza risultano attenuati dalla previsione, all'art. 13 della legge 31 maggio 1995 n. 218, dell'istituto del rinvio in quanto le condizioni di operatività di quest'ultimo, in particolare nella forma del rinvio indietro, non si creano nei rapporti con gli Stati islamici che adottano anch'essi il criterio della cittadinanza.

In realtà, l'abbandono del criterio della cittadinanza in favore di un criterio territoriale, quale il domicilio o la residenza, lungi dal risolvere il problema, lo peggiorerebbe. Difatti, la contrapposizione tra ordinamenti che, in materia di famiglia, adottano un criterio territoriale ed ordinamenti che si rifanno alla cittadinanza avrebbe nei rapporti tra Stati islamici ed europei un rilievo molto diverso da quello che esso ha nei rapporti tra ordinamenti europei. In quest'ultimo caso, tale contrapposizione conduce all'applicazione di leggi diverse al momento della costituzione del rapporto, ma non ne pregiudica, in genere, la continuità perché il riconoscimento di un rapporto già costituito non è subordinato al fatto che per la sua costituzione sia stata applicata la stessa legge richiamata dalle norme di conflitto del foro.

Diversamente vanno le cose nei rapporti con i Paesi islamici a causa della peculiare funzione religiosa che svolge in essi il criterio della cittadinanza. Esso infatti differisce profondamente dal criterio di elaborazione manciniana che ha influenzato i sistemi europei in quanto è collegato al carattere confessionale del diritto di famiglia e serve ad assicurare che tutti gli islamici siano assoggettati all'Islam<sup>18</sup>. Tale funzione è conferma-

<sup>16</sup> Sulla pluralità dei metodi e per una trattazione di ciascuno di essi cfr. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998; ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 276, 1999, p. 1 ss.

<sup>17</sup> Su tale aspetto cfr. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, cit.; per una diversa prospettiva, v. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des cours*, t. 251, 1995, p. 9 ss.; ID., *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, ivi, t. 282, 2000, p. 9 ss.; v. altresì sulla problematica MALATESTA, op. cit., p. 651.

<sup>18</sup> La funzione di tipo religioso del criterio della cittadinanza, collegata alla natura

ta dal fatto che, quando essa non possa essere realizzata, la cittadinanza cede a favore del c.d. privilegio di religione per il quale allo straniero musulmano non è applicato il suo diritto nazionale – cosa che comporterebbe l'assoggettamento di un islamico ad un diritto civile laico –, bensì quello locale musulmano; analogamente, nei rapporti misti, il diritto confessionale islamico della nazionalità del coniuge musulmano prevale rispetto alla legge nazionale del coniuge straniero non musulmano.

Dalla valenza religiosa del criterio della cittadinanza consegue il suo carattere assoluto e totalizzante con l'applicazione sia alla costituzione dei rapporti che al loro riconoscimento. Pertanto, non saranno mai riconosciuti in uno Stato islamico situazioni e rapporti posti in essere all'estero applicando il diritto civile laico ad uno straniero musulmano residente. Ne consegue l'esclusione sistematica e radicale della continuità dei rapporti e degli *status* rispetto all'ordinamento di provenienza<sup>19</sup>. Nel caso di totale volontà di integrazione dell'immigrato ciò non produce inconvenienti, ma per coloro – e sono la maggioranza – che non interrompono i rapporti con l'ordinamento di origine, si crea una situazione molto grave che, per il carattere assoluto e totalizzante del criterio della nazionalità, persiste indefinitamente nel tempo e sopravvive persino – per effetto dell'indicato privilegio di religione – all'acquisto della cittadinanza di uno Stato occidentale da parte dell'immigrato musulmano<sup>20</sup>.

L'inconveniente della rottura di continuità degli *status* si verifica

confessionale del diritto, comporta una serie di conseguenze sul modo di essere complessivo dei sistemi di diritto internazionale privato islamico. Da essa consegue, ad esempio, l'esclusione del rinvio in quanto quest'ultimo, ad esempio nel caso del rinvio indietro, comporterebbe l'applicazione del diritto islamico al non musulmano straniero residente (e lo stesso potrebbe avvenire nel caso del rinvio oltre), mentre non appare utile far debordare la religione dal proprio ambito naturale di applicazione. Altra conseguenza è inoltre una limitata operatività dell'ordine pubblico perché all'Islam interessa l'applicazione unitaria a tutti i musulmani, ma, quanto all'applicazione del diritto straniero allo straniero non musulmano, si manifesta estrema tolleranza. Il diritto dei Paesi islamici pertanto è estremamente liberale nell'applicazione del diritto straniero perché essa è limitata agli stranieri non musulmani.

<sup>19</sup> L'inasprimento e la radicalizzazione del conflitto che ne conseguirebbero sono testimoniate dal fatto che taluni autori hanno proposto l'abbandono, da parte dei Paesi islamici, del principio della personalità del diritto e l'applicazione del diritto confessionale islamico anche agli stranieri a titolo di rappresaglia contro la violazione in Europa dello statuto musulmano degli emigrati.

<sup>20</sup> Ad esempio, un immigrato di terza generazione e di cittadinanza italiana che non è mai stato in Libano, nipote di un libanese musulmano emigrato in Italia, se torna nel suo Paese è sottoposto al diritto musulmano. Se egli sposa una italiana cristiana, i loro rapporti sono sottoposti al diritto musulmano per cui se il marito muore e la moglie chiede l'*exequatur* della sentenza italiana che riconosce i suoi diritti successori, se lo vedrà negare perché sarà applicato il diritto musulmano che esclude la successione della moglie cristiana al marito musulmano.

anche nel caso in cui l'esclusione del richiamo del diritto nazionale islamico dipenda non dal criterio adottato, ma dal ricorso ad un metodo diverso da quello localizzatore. Così, è noto che nel nostro ordinamento, in materia di filiazione, le norme di conflitto utilizzano il metodo delle considerazioni materiali per il quale, tra le varie leggi richiamate dalla norma di conflitto, viene scelta quella più favorevole all'accertamento della filiazione<sup>21</sup>. In caso di filiazione naturale, poiché essa non è ammessa dal diritto islamico, quest'ultimo generalmente non troverà applicazione ancorché costituisca la legge nazionale di uno dei soggetti implicati (figlio o genitori). La conseguenza sarà spesso la mancanza di effettività della decisione che, se il padre è tornato nel suo Paese di origine, non sarà mai ivi riconosciuta.

Le considerazioni sin qui svolte inducono ad escludere che un rimedio ai conflitti di civilizzazione consista nel ricorso a tecniche che impediscano il richiamo del diritto islamico<sup>22</sup> e a ritenere che, al contrario, per garantire la continuità degli *status*, tale richiamo vada favorito preoccupandosi solo di assicurare un corretto temperamento con i diritti umani. L'attenuazione o soluzione dei conflitti di civilizzazione, pertanto, non può risultare dal ricorso a tecniche internazionalprivatistiche, bensì da una riflessione sulla portata e sui limiti dell'applicazione dei diritti umani nella materia, riflessione che ci accingiamo a compiere nelle pagine che seguono<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Sul metodo delle considerazioni materiali, PICONE, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 277 ss.; ID., *La riforma italiana*, cit., p. 303 ss.; ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 276, 1999, p. 84 ss.; v. altresì CARELLA, *Commento agli articoli 33, 34, 35, 36*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1184 ss.; ID., *Norme di conflitto a carattere materiale e scelta di legge*, in *Divenire sociale*, cit., II, p. 1213 ss.

<sup>22</sup> In caso di esclusione del richiamo del diritto islamico il conflitto di civilizzazione resta invariato nei suoi effetti rispetto al caso dell'operare dell'ordine pubblico ed anzi risulta esasperato. Ed invero, nella seconda ipotesi, si ha comunque un richiamo del diritto straniero e quindi i due mondi si conoscono, si creano occasioni di adattamento, mentre nel caso dell'adozione di criteri territoriali o di metodi che escludano il richiamo della legge islamica si interrompe ogni tipo di contatto e i due universi restano separati ed irraggiungibili come due monadi senza porte e finestre di comunicazione.

<sup>23</sup> Cfr. altresì CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra i due sistemi*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato* (a cura di Carella), Torino, 2009, p. 1 ss.

### 3. L'universalità dei diritti umani e l'applicazione selettiva della Convenzione europea in materia di diritto internazionale privato

I conflitti di civilizzazione originano dal mancato conseguimento della universalità dei diritti umani che, affermata in linea di principio, non è riuscita a realizzarsi. In particolare, tali diritti non sono riusciti del tutto a penetrare nelle legislazioni confessionali islamiche in materia di famiglia, mentre, al contrario, ad essi sono improntati i diritti laici occidentali.

Secondo una componente sempre più numerosa del pensiero occidentale, però, l'universalità non è perseguibile ed anzi andrebbe negata concettualmente per contrasto con il pluralismo e con il diritto all'identità culturale. L'idea della universalità sostanzierebbe una forma di imperialismo ideologico-culturale esercitando il quale gli Stati occidentali pretenderebbero di imporre i propri modelli culturali alle altre società. Bisognerebbe, invece, sostenere il relativismo dei diritti umani adattando l'osservanza di questi ultimi alle specificità culturali di ogni gruppo; solo in tal modo si favorirebbero il dialogo e, per quanto attiene al diritto internazionale privato, la continuità dei rapporti e *status*. Nell'ordinamento francese il pensiero relativistico ha trovato concreta applicazione in alcune decisioni della Cassazione che, a partire da quella del 3 luglio 2001 nel caso *Douabi*, hanno riconosciuto il ripudio escludendo che il principio di uguaglianza tra coniugi venisse in considerazione con riguardo ad istituti del diritto islamico<sup>24</sup>.

Il relativismo dei diritti umani, se inteso in termini assoluti, cioè escludendo ogni sia pur minimo contenuto universale della materia, non può accogliersi perché concettualmente inammissibile ed in contrasto sia con le esigenze di dialogo che con quelle di continuità dei rapporti giuridici.

Ed invero, il relativismo dei diritti umani inteso in termini assoluti,

<sup>24</sup> Una nuova inversione di tendenza si è avuta con le sentenze della Cassazione del 17 febbraio 2004 che reintroducono il confronto dell'istituto con l'art. 5 del settimo Protocollo aggiuntivo della Convenzione europea; tale orientamento ha formato oggetto di apprezzamento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione 8 novembre 2005, *D.D. c. Francia*, reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), cui si rinvia, ove non indicato diversamente, per la consultazione di altra giurisprudenza della Corte richiamata nel testo, in cui tuttavia la Corte non ha potuto pronunciarsi sulla questione sollevata della legittimità del riconoscimento di un ripudio perché la causa è stata cancellata dal ruolo. Sulle cinque sentenze rese il 17 febbraio 2004 dalla Corte di Cassazione francese, cfr. LEMONTEY, *Le volontarisme en jurisprudence: l'exemple des répudiations musulmanes devant la Cour de Cassation*, in *Travaux du Comité français de droit international privé. Années 2004-2006*, Paris, 2008, 63 ss.

nega se stesso perché ammette che almeno un valore assoluto esiste, ravvisabile nello stesso relativismo. In altri termini, se si afferma in termini assoluti il diritto all'identità culturale, si ammette che almeno tale diritto è riconoscibile da tutti e quindi universale.

Il relativismo assoluto dei diritti umani, inoltre, con il pretesto di favorire il reciproco rispetto, in realtà cristallizza le differenze rendendole definitive e creando isolamento. Si registra così, tra le due sponde del Mediterraneo, una inedita alleanza tra gli esponenti occidentali «giacobini» del movimento dei diritti umani e le correnti più conservatrici dei Paesi islamici<sup>25</sup>, mentre vengono private di appoggio le correnti riformiste che operano all'interno della stessa cultura islamica<sup>26</sup>. Quest'ultima non è mai stata monolitica, ma si è da sempre caratterizzata come variegata per la presenza di diverse correnti interpretative<sup>27</sup> alcune delle quali

<sup>25</sup> Entrambe le correnti propugnano il relativismo culturale, ma sulla base di ideologie e motivazioni differenti. Gli occidentali lo fondano sull'individualismo istituzionalizzato per il quale l'individuo è libero di disporre come meglio crede della propria vita ed i pubblici poteri debbono limitarsi a garantire l'esercizio di questa libertà (ed eventualmente il presupposto su cui essa è basata, e cioè una corretta conoscenza dei dati necessari per effettuare una scelta): in tema di matrimonio e famiglia, quindi, qualsiasi modello di famiglia sarebbe accettabile purché sia sempre assicurato alle parti il diritto di recesso in cui si estrinseca la libertà dell'individuo che sta al centro di tutto il sistema. In base a tale ragionamento, tutto è ammissibile, incluse le stesse mutilazioni sessuali, se frutto di una scelta di persona adulta consapevole: la tutela dei minori e degli incapaci, cioè dei soggetti che non sono in grado di esercitare validamente il proprio potere di autodeterminazione, resta infatti l'unico limite validamente sostenibile in questa prospettiva. Nella prospettiva individualistica occidentale che conduce alla pluralizzazione delle forme familiari può dirsi anzi che le diversità etniche portate dagli immigrati sono state enfatizzate proprio al fine di un maggior relativismo e individualismo giuridico in campo familiare (ad esempio per ammettere matrimoni tra persone dello stesso sesso). Gli islamici sostengono invece il relativismo multiculturale sulla base della opposta concezione del comunitarismo che privilegia la nozione di comunità su quella di individuo ed impegna l'autorità pubblica a difendere e far valere i diritti collettivi anche contro la volontà individuale. In questo senso l'individuo «appartiene» alla comunità di cui fa parte (per nascita o per conversione) e l'ordinamento giuridico statale deve riconoscere le istituzioni tradizionali di quest'ultima, astenendosi da qualsiasi giudizio di valore. Il ripudio troverà la sua giustificazione non nella libera scelta dell'individuo che ha deciso di celebrare un matrimonio regolato dal diritto islamico, ma nell'appartenenza di quell'individuo alla comunità musulmana. La negazione delle esigenze individuali è quasi totale e culmina nella esclusione radicale del diritto di recesso dalla comunità.

<sup>26</sup> Sottolinea l'effetto negativo di isolamento in cui i riformisti dei Paesi musulmani sono posti dalle correnti occidentali sostenitrici del relativismo MEZGHANI, op. ult. cit.; NIBOYET, *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes*, in *Revue int. de droit comparé*, 2006, p. 29 ss.; GANNAGÉ, *Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen*, *ibidem*, p. 109 ss.

<sup>27</sup> Le principali scuole di pensiero sono: la *malikita*, che privilegia la Sunna e si serve quindi ampiamente dei detti del Profeta; l'*hanafita*, che privilegia l'opinione personale del giudice; la *shafi'ita*, che privilegia il consenso comunitario e l'*hanbalita*, la più stret-

oppongono oggi ad una lettura decontestualizzata delle prescrizioni coraniche una interpretazione adeguatrice. Non va scordato che tali correnti hanno condotto in alcuni Paesi ad importanti modifiche del diritto di famiglia islamico operate all'interno della *sharia* e mantenendo fermo il principio, sancito nelle costituzioni, per il quale l'islamismo è la religione di Stato<sup>28</sup>. Va ricordato anzitutto il codice di famiglia tunisino che, a partire dal 1956, ha soppresso la poligamia ed equiparato la posizione dell'uomo e della donna quanto allo scioglimento del matrimonio introducendo il divorzio. Esso, lungi dal costituire un caso di laicizzazione, fu presentato dal Presidente Bourghiba come il frutto del diretto collegamento alle fonti del Corano e della Sunna, superando le incrostazioni della tradizione e privilegiando lo spirito sulla lettera<sup>29</sup>. Più di recente, in Marocco il nuovo Codice della famiglia, adottato con legge del 5 febbraio 2004 n. 70, ha introdotto il principio dell'uguaglianza tra coniugi modificando molti istituti del diritto di famiglia<sup>30</sup>. Più caute le riforme

ta, che privilegia il Corano e la Sunna, escludendo qualsiasi opinione personale del giudice. Esse si sono diffuse in tutta la *umma*, contaminandosi talora l'una con l'altra, ma segnando tuttavia della loro impronta intere regioni di espansione dell'Islam. Nelle regioni lungo la sponda africana del Mediterraneo le due scuole più presenti sono la *malikita*, prevalente in tutto il *Maghreb*, e la *hanafita*, presente soprattutto in Egitto. Le differenze tra le scuole possono essere significative. Ad esempio, gli *hanafiti* ammettono che la donna possa contrarre matrimonio mentre, secondo i *malikiti* la donna vergine non è esperta della vita e resta sotto il potere del tutore (*wali*) il quale interviene nella formazione della volontà. Con riguardo allo scioglimento del matrimonio, secondo la scuola *hanafita*, soltanto se nell'uomo c'è un vizio che rende impossibile il rapporto sessuale la donna può divorziare, mentre i *malikiti* ammettono con assai maggiore larghezza la donna a chiedere lo scioglimento del matrimonio e tale dottrina è alla base delle legislazioni che ammettono il divorzio come rimedio di carattere generale.

<sup>28</sup> In tal senso dispongono, con varietà di formulazioni, l'art. 6 della Costituzione del Marocco, l'art. 2 della Costituzione giordana, l'art. 2 della Costituzione algerina e l'art. 1 della Costituzione tunisina.

<sup>29</sup> Su tale riforma cfr., da ultimo, CHEDLY, *Les relations pécuniaires entre époux. Cinquante ans après l'entrée en vigueur du Code du statut personnel tunisien*, in *Revue int. de droit comparé*, 2007, p. 551 ss. Oggi, nonostante una interpretazione conservatrice del codice dello statuto personale, alcuni tribunali tunisini invocano direttamente i trattati internazionali – inclusa la Convenzione del 1979 per l'eliminazione della discriminazione contro la donna – oltre che la costituzione, per escludere il riconoscimento di ripudi, dell'impedimento successorio per disparità di culto, e della proibizione del matrimonio tra una musulmana e un non musulmano ammessi in altri Stati musulmani (rispettivamente, sentenza del Tribunale di Tunisi del 27 giugno 2000, in *Revue tunisienne de droit*, 2000; sentenza del Tribunale di Tunisi del 18 maggio 2000, *ibidem*, p. 247, sentenza del Tribunale di Tunisi del 29 giugno 1999, *ibidem*, citate da MEZGHANI, *Quelle tolérance pour les répudiations?*, in *Revue int. de droit comparé*, 2006, p. 70).

<sup>30</sup> Nel nuovo codice di famiglia il marito non è più il capo della famiglia e non ha più autorità sulla moglie, gli sposi hanno diritti e doveri reciproci, la donna non è più obbligata ad avere un tutore matrimoniale, l'affidamento dei figli è deciso guardando al superiore interesse del minore. Ripudio e poligamia sono conservati, ma il ripudio è giuri-

dell'Algeria<sup>31</sup> e dell'Egitto ove è stata introdotta la legge del 29 gennaio 2000 sul divorzio che dà alla donna la possibilità di rompere unilateralmente il legame coniugale<sup>32</sup>.

Oltre ad irrigidire le differenze ed escludere il dialogo, il relativismo dei diritti umani neppure conduce, nel diritto internazionale privato, alla continuità dei rapporti e degli *status*. Esso infatti può avere come unico risultato che negli Stati europei siano riconosciuti gli istituti del diritto islamico nonostante la loro eventuale contrarietà a norme sui diritti umani, ma non è in grado di incidere sui sistemi islamici nei quali gli istituti europei continuerebbero a non essere applicati per contrasto con la *sharia*. Conseguenza del relativismo sarebbe quindi, ancora una volta, la rottura in via generale della continuità delle situazioni giuridiche dei privati. Il problema non è di poco conto se si pensa ai collegamenti con le società di origine e alle esigenze di ritorno degli immigrati naturalizzati e di quelli di seconda generazione, generalmente integrati e soggetti all'applicazione del diritto occidentale, che vedrebbero non riconosciuti nelle società di origine i loro *status* matrimoniali e di filiazione.

L'universalità dei diritti umani va pertanto affermata, ma in termini corretti. Ciò ci conduce ad affrontare il problema dei limiti in cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo può essere applicata rispetto al richiamo di norme straniere e al riconoscimento di sentenze di altri ordinamenti<sup>33</sup>.

sdizionalizzato ed è previsto l'obbligo degli alimenti. Sul codice di famiglia marocchino cfr. QUIÑONES ESCÁMEZ, *La reception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 877 ss.; FOBLETS, LOUKILI, *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2006, p. 521 ss.

<sup>31</sup> SAIDI, *La réforme du droit algérien de la famille: pérennité et rénovation*, in *Revue int. de droit comparé*, 2006, p. 121 ss.

<sup>32</sup> Va ricordato che nessuna scuola sunnita autorizza la donna a divorziare senza il consenso del marito se non in alcuni limitati e gravi casi.

<sup>33</sup> Sul problema del controllo di conformità alla Convenzione (e ai diritti umani in generale) delle norme e delle sentenze straniere, cfr. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français*, in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, 1950, p. 255; COHEN, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*, in *Revue critique de droit int. privé*, 1989, p. 451 ss.; MAYER, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, ivi, 1991, p. 651 ss.; HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public*, ivi, 1997, p. 2 ss.; FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruxelles, 1999; GANNAGE, *Les droits fondamentaux face aux droits étrangers*, in *Les droits fondamentaux. Inventaire et théorie générale*, Bruxelles, 2005, p. 407 ss.; FAWCETT, *The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law*, in *The Int. and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 1 ss.; MAR-

Dalla universalità dei diritti umani di cui è partecipe la Convenzione europea scaturiscono la sua applicazione a fattispecie con elementi di estraneità e la necessità di confrontare con le disposizioni convenzionali sia le norme straniere richiamate che le decisioni di altri ordinamenti di cui si chiede il riconoscimento.

Con riguardo al primo tipo di controllo, esso scaturisce dall'obbligo assunto dagli Stati di rispettare la Convenzione: ed invero, l'applicazione della norma straniera, in tal caso, avviene direttamente da parte del giudice nazionale con la conseguenza che la violazione della Convenzione indotta dalla norma straniera è direttamente riconducibile ad un atto dell'autorità di uno Stato parte. È assolutamente giustificato, pertanto, che il giudice consideri se il proprio atto, quale risulterebbe dall'applicazione della norma straniera, sia conforme a Convenzione. Del resto, nella materia dell'allontanamento degli stranieri la giurisprudenza inaugurata dal caso *Soering*<sup>34</sup> evidenzia che gli Stati non devono contribuire all'applicazione di norme straniere contrarie alla Convenzione persino quando tale applicazione si realizzi all'estero e quindi a maggior ragione essi non possono farlo nel loro territorio<sup>35</sup>.

Nel caso di riconoscimento di decisioni straniere, la contrarietà alla Convenzione europea potrebbe essere determinata dal contenuto della sentenza che viola un diritto sostanziale – ad esempio il diritto di proprietà o la libertà di manifestazione del pensiero –, ovvero dal procedimento da cui essa è scaturita che non è conforme alle garanzie procedurali convenzionalmente stabilite. Nel primo caso, l'atto di riconoscimento estende al territorio dello Stato richiesto la violazione del diritto sostanziale e quindi si aggiunge alla decisione straniera nel realizzare tale violazione; la Corte del resto ha espressamente ammesso la necessità di tale controllo nel caso *Lindberg*<sup>36</sup> pur escludendo la possibilità di un uso poco corretto di tale tipo di ricorso al meccanismo europeo di garanzia<sup>37</sup>.

CHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007.

<sup>34</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, series A n. 161, p. 34 ss.

<sup>35</sup> Il controllo di conformità alla Convenzione delle norme straniere che sarebbero applicate all'estero in caso di allontanamento dello straniero è stato generalmente affermato con riguardo ai diritti fondamentali inderogabili di cui all'art. 15 che riguardano la materia penale e non vengono in considerazione nel diritto internazionale privato.

<sup>36</sup> Decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 gennaio 2004, *Odd F. Lindberg c. Svezia*.

<sup>37</sup> Difatti, il soggetto che lamenta la contrarietà ad una garanzia sostanziale della decisione di uno Stato parte della Convenzione ha a disposizione il ricorso alla Corte, nei termini stabiliti, direttamente contro lo Stato di provenienza della sentenza. Se l'interessato lasci scadere i termini per la presentazione di tale ricorso, non può costituire

Nel secondo caso, invece, la violazione risulta realizzata all'estero dallo Stato straniero; tuttavia, nei casi *Pellegrini*<sup>38</sup> e *MacDonald*<sup>39</sup>, la Corte ha opportunamente affermato l'obbligo dello Stato parte di controllare nei giudizi di *exequatur*, rispettivamente, l'applicazione delle garanzie procedurali e le norme sulla competenza giurisdizionale.

Il rilievo della Convenzione nei casi sin qui indicati, tuttavia, non può essere integrale, ma deve limitarsi a taluni contenuti risultando così ristretta e selettiva.

L'esclusione della applicazione integrale deriva dalla inapplicabilità alla Convenzione della categoria internazionalprivatistica delle norme di applicazione necessaria per mancanza nella prima delle caratteristiche essenziali delle seconde. Anzitutto, mentre le norme di applicazione necessaria sono tali perché non ammettono eccezioni alla loro applicazione nel territorio dello Stato, i diritti contemplati nella Convenzione, salvo taluni, sono generalmente derogabili e suscettibili di limiti ed eccezioni per le ragioni e secondo le modalità previste nella stessa disposizione che enuncia il diritto. Inoltre, a differenza delle norme di applicazione necessaria, le disposizioni della Convenzione europea non vogliono essere applicate ad ogni costo perché cedono dinanzi ad una disciplina più favorevole, interna o di altra convenzione. Va altresì considerato che le norme della Convenzione pongono i criteri cui deve essere conforme la legislazione materiale, ma non sono in se stesse suscettibili di apprestare una regolamentazione di una fattispecie, mentre le norme di applicazione necessaria sono disposizioni materiali che stabiliscono direttamente la disciplina di specifici aspetti di una fattispecie<sup>40</sup>. Infine, mentre le norme di applicazione necessaria tutelano interessi specifici di uno Stato e sono espressione di particolarismo, le norme della Convenzione europea sono volte ad una armonizzazione dei diritti degli Stati parti ed appaiono piuttosto assimilabili alle norme materiali di diritto internazionale privato che realizzano una disciplina uniforme per fattispecie realmente internazionali.

un rimedio alla sua inerzia il ricorso contro la sentenza di *exequatur* di uno Stato parte; quest'ultimo ricorso risulta ammissibile, nell'ipotesi in considerazione, generalmente quando la sentenza provenga da uno Stato terzo rispetto alla Convenzione.

<sup>38</sup> Si tratta della nota sentenza del 20 luglio 2001, che ha condannato lo Stato italiano, a causa della dichiarazione di efficacia, da parte di una Corte di Appello, di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: su di essa v. per tutti FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso Pellegrini*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 955 ss.

<sup>39</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 aprile 2008, *MacDonald c. Francia*.

<sup>40</sup> Cfr. MAYER, op. cit., p. 663.

L'argomentazione internazionalprivatistica, se consente di escludere l'applicazione integrale della Convenzione a fattispecie con elementi di estraneità, non fornisce tuttavia il criterio di selettività del controllo. Ciò in quanto essa è un argomento aggiuntivo, ma non il vero fondamento del controllo selettivo. Tale fondamento si rinviene, infatti, nella struttura stessa delle garanzie apprestate dalla Convenzione che fornisce altresì la chiave di individuazione del limite del controllo<sup>41</sup>.

Bisogna partire dalla considerazione che, come si è ricordato, fatta eccezione per i diritti menzionati all'art. 15, assolutamente inderogabili ed insuscettibili di eccezioni persino in caso di guerra, le libertà attribuite dalla Convenzione, per espressa previsione, possono essere limitate sempre che il limite risulti dalla legge, sia necessario al perseguimento di una finalità di pubblico rilievo ed interesse e sia proporzionato al perseguimento di tale finalità. Diverso dal caso dei limiti apposti dalle autorità è il ridimensionamento al contenuto dei diritti derivante dal bilanciamento. Quest'ultimo si applica quando all'attribuzione di un diritto ad un soggetto corrisponde la riduzione del diritto di un altro e consente di contemperare i diritti in conflitto alla luce delle circostanze del caso concreto. Altro generale principio di esclusione dell'applicazione di garanzie, che conosce limitate eccezioni, è quello della rinunciabilità dei diritti da parte del soggetto titolare.

Il caso della norma o della sentenza straniera in contrasto con uno dei diritti convenzionali può ricondursi generalmente all'ipotesi delle limitazioni al contenuto dei diritti. Tale limitazione può ritenersi in linea di principio ammissibile – onde non costituirà un ostacolo all'applicazione della norma straniera – perché è consentita dalla legge, cioè dalla norma di conflitto, ed è volta al perseguimento della finalità della cooperazione internazionale che la stessa Corte ha ritenuto un importante valore<sup>42</sup>. Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte è consolidato il principio per il quale le limitazioni non devono restringere «le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même»<sup>43</sup>. Tale principio va esteso all'applicazione di norme e sentenze

<sup>41</sup> Per maggiori approfondimenti sulle considerazioni che seguono v. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, cit.

<sup>42</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 giugno 1992, *Drozdz e Janousek c. Francia e Spagna*, série A n. 240, p. 17 ss. Si pensi altresì al fatto che la cooperazione internazionale è stata considerata contenuto degli obblighi positivi che la Corte ha desunto da alcune disposizioni convenzionali: sul punto v. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, cit.

<sup>43</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 dicembre 1987, *F. c. Svizzera*, par. 32. Il principio della preservazione della sostanza del diritto è stato affer-

straniere che incontrerà anch'essa il limite delle garanzie rientranti nel nucleo essenziale dei diritti. Il criterio di selezione del controllo, pertanto, non è costituito dal tipo di diritto in esame, ma, posto che tutti i diritti possono venire in considerazione, è fondato sulla distinzione tra modalità essenziali e meno essenziali di esercizio dello stesso diritto. Tale criterio è l'unico che può trovare un fondamento certo nel testo della Convenzione e nella stessa giurisprudenza della Corte, mentre non altrettanto potrebbe dirsi di un criterio che si rifacesse ad una selezione dei diritti, distinguendo tra diritti fondamentali e non. Difatti, tale distinzione o è rimessa alla discrezionalità della Corte, ovvero, nel caso della Convenzione europea, potrebbe essere oggettivamente fondata solo sull'art. 15 che individua i diritti assolutamente inderogabili. Tuttavia, ritenere che solo questi ultimi siano i diritti fondamentali a cui deve essere limitato il controllo in caso di fattispecie con elementi di estraneità non ha alcuna utilità nei giudizi civili perché si tratta di diritti rilevanti per i giudizi penali<sup>44</sup>.

Le conclusioni raggiunte sulla base di una valutazione complessiva del sistema della Convenzione trovano conferma espressa nella giurisprudenza della Corte con riguardo ai casi di riconoscimento di sentenze penali straniere. Così, nel caso *Lindberg*, la Corte ha affermato che la decisione svedese di *exequatur* di una sentenza norvegese che secondo il ricorrente violava l'art. 10 poteva giustificarsi perché *l'exequatur* era «clearly 'necessary'» ai sensi del secondo paragrafo della stessa disposizione invocata. Analogamente, nel caso *Drozd e Janousek*<sup>45</sup>, la Corte ha affermato che, nel procedimento di *exequatur* di una sentenza penale di Andorra, «il n'incombait pas à la France de rechercher si la procédure qui déboucha sur cette condamnation remplissait chacune des conditions de l'article 6» perché tale controllo «contrecarrerait aussi la tendance actuelle au renforcement de l'entraide internationale dans le domaine judiciaire, tendance normalement favorable aux intéressés». In tali casi pertanto, il controllo che gli Stati contraenti devono esercitare *nell'exequatur* deve essere limitato in quanto essi «doivent [...] se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un

mato a partire dalla decisione del 23 luglio 1968 nell'affare linguistico belga, par. 5 ed è stato variamente ribadito: cfr. MARCHADIER, op. cit., p. 464 ss.

<sup>44</sup> Si tratta infatti del divieto di essere sottoposto a tortura o schiavitù, del principio di irretroattività della legge penale e delle pene, del diritto alla vita e del divieto della pena di morte di cui al sesto Protocollo aggiuntivo.

<sup>45</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 giugno 1992, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, cit.

déni de justice flagrant»<sup>46</sup>. Nella materia dell'*exequatur* si menziona il flagrante diniego di giustizia o la violazione flagrante del diritto invocato, ma ciò non muta lo *standard* generale in quanto «use of the adjective is clearly intended to impose a stringent test of unfairness going beyond mere irregularities or lack of safeguards in the trial procedures such as might result in a breach of Article 6 if occurring within the Contracting State itself [...] what the word “flagrant” is intended to convey is a breach of the principles of fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article»<sup>47</sup>.

Il fatto che le affermazioni riportate riguardino il riconoscimento di sentenze penali, non intacca il loro valore di principi generali applicabili tutte le volte in cui, venendo in considerazione una fattispecie con elementi di estraneità, le esigenze della cooperazione devono conciliarsi con quelle della tutela dei diritti individuali. A conferma di ciò può ricordarsi che anche nella diversa materia dell'extradizione di stranieri, ove si pongono le stesse esigenze, la Corte non ha ritenuto che gli Stati membri dovessero accertare il rispetto, nel giudizio estero cui era stato o sarebbe stato sottoposto l'estradando, di tutte le garanzie dell'art. 6, ma ha ribadito che il controllo deve essere limitato ad escludere «a flagrant denial of justice»<sup>48</sup>. In quest'ultima materia emerge anzi con chiarezza la

<sup>46</sup> Alla tesi dei ricorrenti per i quali «l'ordre public français... engloberait la Convention», con la conseguenza che vi sarebbe una responsabilità perché «les juridictions françaises n'exerceraient aucun contrôle sur les jugements d'un tribunal andorran dont la composition et la procédure méconnaîtraient les exigences de l'article 6», la Corte risponde che «la Convention n'obligeant pas les Parties contractantes à imposer ses règles aux États ou territoires tiers, il n'incombait pas à la France de rechercher si la procédure qui déboucha sur cette condamnation remplissait chacune des conditions de l'article 6 (art. 6). Exiger un tel contrôle de la manière dont une juridiction non liée par la Convention applique les principes se dégageant de ce texte contrecarrerait aussi la tendance actuelle au renforcement de l'entraide internationale dans le domaine judiciaire, tendance normalement favorable aux intéressés. Les États contractants doivent toutefois se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant».

<sup>47</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 febbraio 2005, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, Opinione parzialmente dissidente dei giudici Bratza, Bonello e Hedigan. Per una analoga interpretazione della nozione di «violazione flagrante», cfr. la sentenza dell'*House of Lords*, *EM (Lebanon) c. Secretary of State for the Home Department*, in *European Human Rights Law Review*, 2009, p. 84 ss.

<sup>48</sup> Si tratta di una giurisprudenza costante inaugurata dal caso *Soering*, cit., par. 113 e ribadita nelle decisioni successive (v., ad esempio, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 febbraio 2005, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, par. 88). Il flagrante diniego di giustizia consiste nella violazione dei diritti essenziali della difesa e cioè dell'assistenza di un avvocato, della pubblicità dell'udienza, della notifica del giudizio, dell'imparzialità del giudice (sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del

distinzione tra l'applicazione a fattispecie con elementi di estraneità dell'art. 3 e delle altre disposizioni inderogabili ai sensi dell'art. 15 e l'applicazione delle altre norme: la prima è piena ed assoluta, la seconda è limitata alle violazioni flagranti.

L'applicabilità del controllo selettivo all'*exequatur* di sentenze civili non è smentita dal fatto che nella sentenza *Pellegrini* la Corte non abbia menzionato il criterio della violazione flagrante dell'art. 6: il silenzio si spiega con il fatto che, nella specie, la violazione del contraddittorio era così chiaramente grave, da rendere inutile il richiamo di detto criterio. Esso quindi sottende implicitamente la decisione; a conferma può ricordarsi che, nel caso *Lindberg*, la sentenza *Pellegrini* è menzionata assieme alle altre in cui è applicato espressamente il criterio del flagrante diniego di giustizia «even though» dice la Corte «no express mention was made of the said criterion in that judgment»<sup>49</sup>.

#### 4. Segue: applicazione selettiva e conflitti di civilizzazione

Un controllo di conformità alla Convenzione europea delle norme e sentenze straniere svolto limitatamente al nucleo essenziale dei diritti derogabili potrebbe sembrare poco utile nella materia dei conflitti di civilizzazione. Difatti, il diritto islamico limita il principio di eguaglianza tra i sessi, nonché tra figli naturali e legittimi, con tale estensione ed intensità da potersi ritenere che l'eguaglianza sia sostanzialmente vanificata perché intaccata nel suo nucleo essenziale. Non meraviglia, pertanto, che la Corte abbia affermato, incidentalmente e in linea di principio, la contrarietà della *Sharia* «avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention»<sup>50</sup> traendone la conseguenza che «la Turquie, comme toute autre Partie contractante, peut légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettent la discrimination fonde

24 ottobre 1995, *Iribarne Pérez c. Francia*, series A, n. 325-C, p. 63 ss.) e del diritto per il ricorrente o il suo rappresentante di assistere all'udienza (decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 10 settembre 1997, *Sogn Koutsofotinos c. Norvegia e Grecia*, reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 ottobre 2001, *Einhorn c. Francia*, in *European Court of Human Rights Publications*, 2001-XI).

<sup>49</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Odd F. Lindberg c. Svezia*, cit., par. 1.

<sup>50</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 31 luglio 2001, *Refah Partisi c. Turchia*, par. 72.

sur le sexe des intéressés telles que la poligamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction»<sup>51</sup>. Il carattere netto della condanna deriva dal fatto che la Corte stava valutando non una ipotesi di applicazione ad un caso concreto del diritto islamico, bensì la rispondenza teorica e di principio di tale diritto, complessivamente considerato, alle norme della Convenzione<sup>52</sup>. Condotta l'analisi in tali termini, non può che riscontrarsi un contrasto con la Convenzione europea, ancorché si limiti il confronto al nucleo essenziale dei diritti. Non è pertanto la selettività del controllo a giocare un ruolo decisivo in tale materia, ma sono i principi del bilanciamento e della rinunciabilità dei diritti<sup>53</sup> a favorire la continuità di rapporti e *status* nonché il riconoscimento di effetti degli istituti di diritto islamico. Valgano alcuni esempi.

Prendiamo in esame il caso del matrimonio poligamico. In esso vanno anzitutto distinti gli effetti orizzontali, che si producono nei rapporti dei coniugi tra loro, da quelli verticali, che attengono al rapporto di ciascuno dei coniugi con i figli. Con riguardo al primo tipo di effetti, qualora ne venga chiesto il riconoscimento in Italia<sup>54</sup>, vanno apprezzate le conseguenze dell'applicazione della norma straniera che ammette la poligamia rispetto sia alla prima che alla seconda o ulteriore moglie. Se nei confronti della prima moglie l'applicazione della norma sulla poligamia determina una violazione del principio di uguaglianza, nei confronti della seconda moglie l'esclusione della stessa norma determina

<sup>51</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 febbraio 2003, *Refah Partisi c. Turchia*, par. 128.

<sup>52</sup> Nelle due decisioni in questione si trattava di giudicare della legittimità dello scioglimento di un partito politico turco il cui programma ed obiettivo consisteva nel realizzare un regime fondato sulla *sharia*.

<sup>53</sup> Secondo MARCHADIER, op. cit., p. 464 ss., il riferimento ad un contenuto essenziale non sarebbe accettabile perché costituirebbe un parametro astratto che determinerebbe comunque l'esclusione dell'applicazione delle norme di Stati islamici: a tale affermazione può risponderci appunto che essa non tiene conto del bilanciamento tra più diritti essenziali che entrano in conflitto tra loro.

<sup>54</sup> Un simile matrimonio non potrebbe ovviamente essere celebrato in Italia, ostandovi l'art. 86 cod. civ. (unanimemente ritenuto come norma di applicazione necessaria), a sua volta richiamato dall'art. 116, comma 2, cod. civ.: cfr. CARELLA, *Commento agli articoli 27 e 28*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1184 ss. L'esclusione del riconoscimento di effetti del matrimonio poligamico è disposta invece nella materia di rilievo pubblicistico dell'immigrazione ove altri sono gli interessi da ponderare; la direttiva 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare all'art. 4, comma 4, sancisce infatti il divieto per gli Stati membri di autorizzare il ricongiungimento di un altro coniuge nei confronti di un «soggiornante» che già convive con un coniuge nei rispettivi territori. La legittimità di tale limitazione è stata avallata dalle istanze europee di tutela dei diritti umani.

una violazione del diritto alla vita familiare o, quanto meno, di quello alla vita privata<sup>55</sup> in cui può farsi rientrare il diritto al rispetto della continuità di *status*. I due diritti vanno allora bilanciati in concreto e se la tutela esclusiva del diritto all'uguaglianza arrechi una lesione eccessiva al diritto alla vita privata, potranno essere riconosciuti alcuni effetti (ad esempio quelli successori) del matrimonio poligamico a vantaggio della seconda moglie.

Appare evidente la superiorità dei meccanismi propri della materia dei diritti umani rispetto a quelli internazionalprivatistici. Questi ultimi individuano in astratto solo determinate ipotesi in cui è consentito riconoscere effetti al diritto islamico (se esso venga in rilievo a titolo di questione preliminare, ovvero in sede di riconoscimento, o se manchino nella fattispecie i collegamenti della nazionalità e residenza), mentre la tecnica del bilanciamento consente tale risultato sulla base di una analisi concreta che può essere svolta sempre (anche riguardo alla questione principale, o alla costituzione del rapporto o se sussistano i collegamenti della cittadinanza e residenza) tenendo conto delle circostanze del caso. Grazie alla tecnica del bilanciamento, inoltre, vengono evitate talune gravi incongruenze determinate talvolta dagli strumenti internazionalprivatistici. Non si vede perché, ad esempio, applicando l'ordine pubblico di prossimità, i diritti della seconda moglie debbano essere garantiti o meno in funzione della nazionalità e della residenza della prima.

Nei rapporti verticali con i figli, il diritto all'uguaglianza della prima moglie va bilanciato non solo con il diritto alla vita privata della seconda, ma soprattutto con il superiore interesse del fanciullo e con il suo diritto a vedersi riconosciuta una famiglia. Pertanto, gli effetti di instaurazione della filiazione legittima, che si producono rispetto al figlio e quelli di acquisizione dello *status* di genitore, che si determinano in capo a ciascuno dei coniugi, dovranno essere generalmente riconosciuti. Va rilevato come la peculiare importanza oggi attribuita alla tutela dell'interesse del fanciullo faccia sì che persino nella materia di rilievo pubblicistico del ricongiungimento si riconosca effetto al matrimonio poligamico al fine di consentire alla seconda o ulteriore moglie di assistere i figli minori che si trovano in Italia con il padre<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> La Corte ha infatti ristretto la nozione di famiglia di cui agli artt. 8 e 12 alle relazioni personali, anche di fatto, monogamiche ed eterosessuali.

<sup>56</sup> Cfr. decreto della Corte di appello di Torino dell'11 aprile 2001, in *Dir. imm.*, 2001, 3, p. 173; decreto della Corte di appello di Torino del 18 aprile 2001, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 1492 ss.; ordinanza del Tribunale di Bologna del 12 marzo 2003, in *Dir. imm.*, 2003, 2, p. 140. In quest'ultimo caso, è stata accolta la richiesta del figlio a ricongiungersi con la propria madre, già in Italia ma destinata al rimpatrio in quanto seconda moglie di un cittadino del Marocco qui convivente con la prima, attri-

Mentre per il riconoscimento di effetti del matrimonio poligamico assume rilievo il bilanciamento, nel caso del ripudio è importante l'applicazione del principio di rinunciabilità dei diritti da parte del titolare<sup>57</sup>. Se la donna chiede essa stessa il riconoscimento del ripudio o vi presti acquiescenza, può ammettersi il riconoscimento se si accerti che le suddette circostanze sostanziano una rinuncia al proprio diritto da parte dell'interessata. Perché la rinuncia sia configurabile, però, è necessario che sussistano talune condizioni richiedendosi che essa sia inequivoca<sup>58</sup> che la volontà sia libera ed esente da costrizione<sup>59</sup>, che abbia carattere circostanziato e specifico, non essendo ammissibile una rinuncia generale ed astratta ai propri diritti<sup>60</sup>. Ancora una volta, possono apprezzarsi i vantaggi del ricorso alle tecniche della tutela dei diritti umani piuttosto che a quelle internazionalprivatistiche. La salvaguardia del principio di uguaglianza che si realizza per il tramite dell'ordine pubblico, infatti, è astratta e rischia di pregiudicare l'effettività del diritto in quanto la donna può avere un concreto interesse al riconoscimento del ripudio per recuperare in modo semplice e rapido la libertà di stato evitando di ricorrere alle più complesse e costose procedure di divorzio. D'altra parte, il rilievo della rinuncia comporta, come abbiamo visto un attento accertamento delle circostanze concrete per verificare che sussistano tutti i requisiti richiesti; al contrario, il ricorso alla qualificazione come divorzio consensuale per il caso di richiesta da parte della donna conferisce in astratto il carattere della consensualità alla fattispecie prescindendo da ogni indagine relativa alla inequivocità e libertà del consenso della donna. Infine, l'esclusivo rilievo garantito in questa materia, secondo i principi dei diritti umani, alla volontà dell'interessato comporta che in nessun modo si possano attribuire effetti al ripudio il cui riconoscimento è chiesto dal marito, ancorché giurisdizionalizzato ovvero ancorché sia previsto nell'ordinamento islamico il divorzio unilaterale della donna per dissidio insanabile; in tal modo, è radicalmente escluso il ricorso fraudolento al

buendo così alla genitrice il diritto di rimanere in Italia (a quanto risulta senza limiti di tempo).

<sup>57</sup> Sul carattere esteso ed ormai consolidato di tale principio nella giurisprudenza della Corte, cfr. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, 2001.

<sup>58</sup> Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 agosto 1991, *FCB c. Italia*, par. 33, e del 16 ottobre 2001, *Einhorn c. Francia*, par. 33.

<sup>59</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 febbraio 1980, *Deweert c. Belgio*, par. 49.

<sup>60</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 febbraio 2003, *Refah Partisi c. Turchia*. Per l'ulteriore requisito che non vi sia contrasto con un interesse pubblico cfr. la sentenza del 21 febbraio 1990, *Hakansson e Sturesson c. Svezia*, par. 67.

riconoscimento del ripudio per privare la donna delle garanzie finanziarie e in materia di affidamento dei figli che deriverebbero dal divorzio.

In conclusione, se è vero che la tutela dei diritti umani è all'origine dei conflitti di civilizzazione, è anche vero che solo all'interno di essa si trovano gli strumenti più adeguati al superamento di tale conflitto che consentono di conciliare l'universalità dei diritti, limitata al nucleo essenziale di essi, con il pluralismo e la tolleranza del diritto internazionale privato, relativi alle modalità non essenziali di tutela dei diritti, tenendo conto altresì degli interessi contrapposti di tutte le parti coinvolte nonché dell'effettività della tutela.

**LA NOZIONE DI «PROTEZIONE ADEGUATA»  
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA  
DEI DIRITTI DELL’UOMO,  
CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA FATTISPECIE  
DELL’ALLONTANAMENTO DI MIGRANTI MALATI**

Adele DEL GUERCIO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: l’art. 3 e l’allontanamento dei cittadini dei Paesi terzi. – 2. La nozione di «protezione adeguata» nella giurisprudenza di Strasburgo. – 3. L’applicazione dell’art. 3 all’allontanamento dello straniero malato. – 4. *Segue*: la sentenza della Grande Camera nel caso *N. c. Regno Unito*. – 5. Conclusioni.

*1. Introduzione: l’art. 3 e l’allontanamento dei cittadini dei Paesi terzi*

Secondo la nota formula utilizzata dai giudici di Strasburgo in apertura delle sentenze rese in materia di immigrazione: «Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens». Tuttavia, limiti a quella che tradizionalmente rientra tra le prerogative sovrane dello Stato sono stati ricavati dalla Commissione<sup>1</sup>, prima, e dalla Corte, poi, sulla base dell’art. 3, attraverso il meccanismo della *protection par ricochet*<sup>2</sup>, che consente

\* Dottore di ricerca in «Diritti umani: evoluzione, tutela, limiti», Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> Già nel 1961 la Commissione europea aveva fatto derivare dal divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti il principio del *non refoulement* (decisione 19 maggio 1961, *X. c. Belgio*, ricorso n. 984/61), poi richiamato dall’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa nella raccomandazione n. 434 del 1965, nella quale si legge che «by prohibiting inhuman treatment, [Article 3] binds contracting parties not to return refugees to a country where their life or freedom would be threatened».

<sup>2</sup> L’espressione *protection par ricochet* è stata coniata da G. Cohen Jonathan e da F.

di estendere l'ambito di applicazione della CEDU, andando a configurare una responsabilità degli Stati parti quando dall'allontanamento derivi allo straniero un pregiudizio rispetto ad uno dei diritti contemplati dal dettato pattizio<sup>3</sup>.

Il *leading case* in materia è *Soering c. Regno Unito*, concernente la richiesta di estradizione, verso lo Stato della Virginia, di un cittadino tedesco, responsabile, insieme alla fidanzata statunitense, dell'omicidio dei genitori di lei<sup>4</sup>. Per la prima volta i giudici della CEDU giungono ad affermare: «Extradition in such circumstances, while not explicitly referred to in the brief and general wording of Article 3, would plainly be contrary to the spirit and intendment of the Article, and in the Court's view this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article» (par. 88). Sebbene la prassi seguita fino a quel momento escludes-

Sudre in seguito al ricorso *Soering*. Si veda JULIENE-LAFERRIERE, *L'application par ricochet de l'article 3 CEDH. L'exemple des mesures d'éloignement des étrangers*, in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (a cura di Chassin), Bruxelles, 2006, p. 141.

<sup>3</sup> La protezione *par ricochet* riguarda essenzialmente, oltre all'art. 3, gli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (rispetto della vita privata e familiare). In via eccezionale è stata prospettata anche una violazione *par ricochet* dell'art. 6 (diritto ad un giusto processo), qualora vi sia il rischio di un «dénî de justice flagrant» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88). Dubbia è invece la possibilità di invocare tale protezione in relazione all'art. 5, qualora vi sia il rischio di arresto arbitrario nel Paese di destinazione (Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 22 giugno 2004, *F. c. Regno Unito*, ricorso n. 17341/03). Cfr. al riguardo LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008, in particolare p. 8 ss. In generale sulle garanzie derivanti dalla CEDU in tema di espulsione cfr. anche, tra i molti contributi in argomento, COSTA, *Expulsion et réadmission: la protection des libertés fondamentales*, in *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno. Atti del IX Convegno SIDI del 17/18 giugno 2004* (a cura di Leanza), Napoli, 2005, p. 142 ss.; *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention des droits de l'homme* (a cura di Lambert, Pettiti), Bruxelles, 2003; PALMISANO, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2009, p. 509 ss; PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, in particolare p. 757 ss.

<sup>4</sup> Su tale pronuncia si vedano i commenti di GAJA, *Rapporti tra trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione* (a cura di Salerno), Padova, 2003, p. 125 ss.; LABAYLE, *Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale: réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *La Semaine Juridique*, 1990, p. 3452 ss.; PADELLETTI, *Estradizione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. diritti umani*, 1996, p. 656 ss.; SUDRE, *Extradition et peine de mort: Arrêt Soering de la Cour Européen des droits de l'homme du 7 juillet 1989*, in *Revue générale de droit int. public*, 1990, p. 103 ss.

se la possibilità per gli organi di Strasburgo di pronunciarsi sulle violazioni *potenziali*, la necessità di applicare le situazioni giuridiche soggettive contemplate nella CEDU in maniera «practical and effective» (par. 87) e la considerazione del valore fondamentale che nelle società democratiche riveste il divieto di trattamenti contrari all'art. 3 (par. 88), la cui violazione produce una sofferenza «serious and irreparable», richiedevano una ridefinizione dei principi applicabili «where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country» (par. 91).

In tali circostanze, la responsabilità che si viene a configurare rispetto alla CEDU non è dello Stato di destinazione, che nel caso di specie non ha ratificato la Convenzione<sup>5</sup>, ma della Parte contraente, «by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment» (par. 91)<sup>6</sup>.

La possibilità di estendere il ragionamento seguito nell'esame del caso *Soering c. Regno Unito* alla fattispecie dell'*espulsione* è stata ammessa dalla Corte già nelle sentenze adottate in merito ai ricorsi *Cruz Varas c. Svezia*<sup>7</sup> e *Vilvarajah c. Regno Unito*<sup>8</sup>, rispetto ai quali, tuttavia, è stata esclusa la violazione del dettato pattizio.

È solo nel 1996, nel pronunciarsi sul ricorso *Chahal c. Regno Unito*<sup>9</sup>, che l'organo di controllo di Strasburgo, applicando i principi sviluppati in *Soering*, e quindi sulla base della situazione personale del ricorrente e di quella del Paese di destinazione, giunge a constatare la violazione di valori protetti dalla CEDU con riguardo ad un caso di *espulsione*<sup>10</sup>. La doglianza era stata sollevata da un cittadino di origini indiane, esponente di spicco del movimento separatista Sikh, colpito da un ordine

<sup>5</sup> La CEDU è inefficace nei confronti dello Stato terzo – nel caso di specie gli Stati Uniti – verso il quale viene allontanato il ricorrente. Tale interpretazione è in linea con l'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il cui contenuto corrisponde senza dubbio al diritto consuetudinario in materia.

<sup>6</sup> A costituire trattamento inumano e degradante non è la pena capitale a cui sarebbe stato condannato il ricorrente ma la sindrome *del braccio della morte* che ne sarebbe derivata.

<sup>7</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 20 marzo 1991, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, ricorso n. 15576/89.

<sup>8</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87.

<sup>9</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 25 ottobre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ricorso n. 70/1995/576/662, adottata con il voto favorevole di dodici giudici su diciannove.

<sup>10</sup> Va altresì sottolineato che *Chahal c. Regno Unito* rappresenta il primo caso in cui la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 3 in relazione ad un individuo accusato di terrorismo.

di rimpatrio in seguito al diniego dello *status* di rifugiato, in quanto considerato dall'*Home Office* britannico un terrorista, a causa del supporto finanziario e logistico fornito, sia a Londra che nel Punjab, al suddetto movimento. Il giudice della CEDU, rigettate le argomentazioni del governo convenuto, afferma il principio secondo il quale, quando ci si trovi di fronte al rischio di trattamenti inumani e degradanti, «the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration» (par. 80). Non vengono sottostimate «the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence» ma, ciononostante, viene ribadito il carattere assoluto e inderogabile delle garanzie offerte dalla disposizione di cui sopra, che sancisce «one of the most fundamental values of democratic society» (par. 79). Pertanto nessun bilanciamento può essere accettato quando in gioco vi sia l'integrità fisica e mentale della persona (par. 81)<sup>11</sup>.

Le sentenze sopra esaminate dimostrano come la tecnica della *protection par ricochet* abbia consentito alla Corte di Strasburgo di ampliare la nozione di vittima – e quindi l'ambito di applicazione della Convenzione – in modo da ricomprendere non solo coloro che abbiano già subito la violazione di una delle situazioni giuridiche contemplate dalla stessa, ma anche coloro che corrano un *rischio reale* in tal senso. Nei casi riguardanti l'allontanamento dello straniero a rilevare è, pertanto, il timore – sempre che abbia natura personale, sia fondato e possa essere dimostrato «beyond unreasonable doubt» – di poter subire tortura o trattamenti e pene inumani e degradanti una volta giunto nello Stato di destinazione. Né rileva la condotta dell'individuo coinvolto o il costituire un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale.

<sup>11</sup> Tale orientamento è stato di recente confermato nella sentenza della Grande Camera del 28 gennaio 2008, *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06. Per alcuni primi commenti alla sentenza si rimanda a CERNIC, *National Security and Expulsion to a Risk of Torture*, in *Edinburgh Law Review*, 2008, p. 486 ss.; CONCOLINO, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: l'espulsione di presunti terroristi*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2008, p. 627 ss.; DE LONDRAS, *International Decisions: Saadi v. Italy*, in *American Journal of Int. Law*, 2008, p. 616 ss.; GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 450 ss.; MOEKLI, *Saadi v. Italy: the Rules of the Game Have not Changed*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 534 ss.; SACCUCCI, *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non-refoulement*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2009, n. 1, p. 36 ss.

## 2. La nozione di «protezione adeguata» nella giurisprudenza di Strasburgo

In una prima fase, l'applicazione dell'art. 3 era limitata ai casi in cui il rischio di essere sottoposti a tortura e a trattamenti inumani e degradanti in seguito all'allontanamento derivasse da atti – commissivi e omissivi – attribuibili allo Stato. Tuttavia, in linea con gli sviluppi giurisprudenziali che hanno interessato la Convenzione europea nel suo complesso, anche la posizione degli organi di Strasburgo relativamente all'origine del rischio è mutata, ed è stata ammessa la responsabilità dello Stato parte altresì per atti commessi da *privati*, seppure in specifiche circostanze, ovvero quando le autorità del Paese di destinazione non siano in grado di fornire al ricorrente una *protezione adeguata*.

L'applicazione orizzontale del dettato convenzionale era già stata prefigurata nella sentenza adottata in merito al ricorso *Costello-Roberts c. Regno Unito*<sup>12</sup>. Nel caso di specie la responsabilità statale derivava dalla mancata ottemperanza all'obbligo positivo di protezione insito nell'art. 3. Non solo, infatti, lo Stato è tenuto a non adottare comportamenti che possano configurare trattamenti inumani e degradanti o tortura; ma dovrebbe altresì adoperarsi per porre in essere un sistema – legislativo, giurisdizionale, amministrativo – che offra adeguata protezione all'individuo anche nel caso in cui il pericolo provenga da terzi, fermo restando che anche in tal caso unico responsabile sul piano internazionale è comunque lo Stato<sup>13</sup>.

In quanto alla fattispecie che andiamo considerando, quella dell'allontanamento del non cittadino verso un territorio nel quale potrebbe subire trattamenti lesivi della sua integrità psico-fisica, la responsabilità statale per atti commessi da privati è stata per la prima volta affermata in linea di principio nella sentenza *H.R.L. c. Francia*<sup>14</sup>, adottata il 29 aprile 1997<sup>15</sup>. Il ricorrente, cittadino colombiano, temeva, se rimpa-

<sup>12</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, ricorso n. 13134/87.

<sup>13</sup> Sugli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 della CEDU si vedano CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2008, in particolare p. 63 ss.; MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Italian Yearbook of Int. Law*, 2003, p. 3 ss.

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo [Grande Camera], sent. 22 aprile 1997, *H.R.L. c. Francia*, ricorso n. 11/1996/630/813.

<sup>15</sup> Già la Commissione si era pronunciata sulla responsabilità dello Stato di invio per il rischio derivante da atti commessi da privati. Si vedano *X. c. RFA* (decisione 20 maggio 1976, ricorso n. 7216/75), rispetto al quale il rischio promanava da *commandos* palestinesi, e *X c. Regno Unito* (decisione 6 marzo 1980, ricorso n. 8581/79), riguardante

triatto, di subire ritorsioni da parte del cartello della droga dal quale era stato assoldato nel Paese di origine e contro il quale aveva testimoniato dopo l'arresto da parte della polizia francese. La Corte ha rigettato nel merito la doglianza ma ha ammesso «Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that the Article 3 of the Convention may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that *the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk providing appropriate protection*» (par. 40 – corsivo aggiunto)<sup>16</sup>.

Un'altra fattispecie rispetto alla quale è stata ammessa la responsabilità dello Stato parte per maltrattamenti commessi da privati è quella che concerne l'allontanamento verso Paesi nei quali sia in corso un conflitto armato dal quale è derivata una situazione di instabilità o di collasso istituzionale. In tali circostanze è infatti presumibile ritenere che le autorità statali, laddove ancora presenti, non siano in grado di tutelare adeguatamente il ricorrente una volta rimpatriato. In tal senso si sono pronunciati i giudici di Strasburgo in due casi nei quali erano coinvolti cittadini somali. Sia in *Ahmed c. Austria*<sup>17</sup> sia in *Salah Sheek c. Paesi Bassi*<sup>18</sup>, infatti, la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 3 se il rimpatrio fosse stato attuato sebbene il rischio per i ricorrenti di essere sottoposti a trattamenti lesivi della dignità umana non promanasse da agenti pubblici, ma da soggetti privati, ovvero dai *clan* in lotta tra loro per il controllo del territorio<sup>19</sup>.

un individuo che aveva collaborato con la polizia e che temeva in caso di rimpatrio in Turchia di subire ritorsioni.

<sup>16</sup> Per un commento alla sentenza *H.R.L. c. Francia* si veda CHAUVIN, *L'interprétation de l'article 3 CEDH: réelle avancée ou restriction déguisée?*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1997, p. 351 ss. La responsabilità del governo convenuto per atti commessi da privati è stata riscontrata anche in *N. c. Finlandia*, sent. 26 luglio 2005, ricorso n. 38885/02. I giudici di Strasburgo hanno infatti ritenuto fondato il timore del ricorrente, cittadino dell'ex Zaire, che aveva lavorato nelle forze speciali incaricate della protezione del presidente Mobutu, di subire, se rimpatriato, atti di vendetta da parte dei familiari dei dissidenti politici.

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 27 novembre 1996, *Ahmed c. Austria*, ricorso n. 71/1995/577/663.

<sup>18</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 23 maggio 2007, *Salah Sheek c. Paesi Bassi*, ricorso n. 1948/04.

<sup>19</sup> In quanto alla sentenza emessa con riguardo al ricorso *Salah Sheek c. Paesi Bassi*, cit., va sottolineato come questa segni un cambiamento nella giurisprudenza della Corte europea nel senso del temperamento del requisito della natura individuale del rischio, orientamento poi esplicitato e sviluppato nella sentenza della Grande Camera, *Sadi c. Italia* (29 gennaio 2008, ricorso n. 13229/03). Si veda al riguardo SACCUCCI, op. cit., p. 36.

L'ambito di applicazione dell'art. 3 è stato poi ulteriormente ampliato, con la sentenza *D. c. Regno Unito*<sup>20</sup>, alla fattispecie dell'allontanamento di non cittadini affetti da gravi patologie quando nel Paese di destinazione non siano disponibili i medicinali necessari alla cura, né strutture sanitarie adeguate, né familiari che possano offrire sostegno morale e materiale al malato. Anche in tal caso, infatti, sebbene il rischio non possa essere ricondotto, direttamente o indirettamente, alle autorità statali del Paese di destinazione, viene a determinarsi una situazione *de facto* suscettibile di incidere sull'integrità psico-fisica dell'individuo coinvolto, e che comporterà violazione dell'art. 3 qualora raggiunga la soglia di gravità richiesta da tale articolo.

Prima di passare, nel paragrafo successivo, ad esaminare più dettagliatamente la giurisprudenza sviluppata in questo campo, ci sembrano opportune alcune precisazioni. La valutazione svolta dai giudici di Strasburgo al fine di verificare la compatibilità dell'allontanamento con gli obblighi pattizi avviene sulla base delle condizioni oggettive che emergono dal caso di specie e non è sufficiente la *bona fides* dimostrata dalle autorità del Paese di destinazione. Ad esempio, nel caso *Chahal c. Regno Unito*, precedentemente richiamato, l'organo di controllo istituito dalla Convenzione ha riconosciuto l'impegno del Governo indiano a favorire una stabilizzazione della situazione presente nel Paese ma, tuttavia, non ha potuto fare a meno di constatare che «the violation of human rights by certain members of the security forces in Punjab and elsewhere in India is a recalcitrant and enduring problem» (par. 105), e pertanto non potrebbe essere garantita, al sig. Chahal, una protezione adeguata in caso di rimpatrio.

Va a tal proposito precisato che, quando i giudici di Strasburgo chiamano in causa, quale elemento probatorio, la *protezione* che le autorità del Paese di destinazione sono o meno in grado di garantire in modo *adeguato*, si riferiscono alla preservazione dell'individuo da trattamenti lesivi della dignità umana. Lo standard della *appropriate protection* non vuole comunque significare che l'espulsione – o l'extradizione – sia legittima solo verso ordinamenti improntati alla *rule of law*, alla democrazia e al rispetto delle libertà fondamentali<sup>21</sup>. Tanto meno l'attuazione dell'allontanamento può essere subordinata alla sussistenza di condizioni socio-economiche analoghe a quelle garantite dalla Parte contraente che

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 21 aprile 1997, *D. c. Regno Unito*, ricorso n. 146/1996/767/964.

<sup>21</sup> In tal senso anche MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo. Extradizione ed espulsione*, cit., p. 172.

adotta il provvedimento<sup>22</sup>. Ad esempio, nel pronunciarsi sul ricorso *Bensaid c. Regno Unito*, la Corte ha affermato: «The fact that the applicant's circumstances in Algeria would be less favorable than those enjoyed by him in the United Kingdom is not decisive from the point of view of Article 3 of the Convention»<sup>23</sup>.

La nozione di *adeguata protezione* ha in effetti trovato, nel sistema istituito dalla Convenzione europea, un'applicazione limitata ai cd. *core rights*, ovvero a quelle previsioni che l'art. 15 espressamente sottrae al potere di deroga degli Stati<sup>24</sup>. Invero la giurisprudenza di Strasburgo si è sviluppata prevalentemente sulla base dell'art. 3.

<sup>22</sup> Tali considerazioni sono tanto più vere con riguardo ai diritti economici e sociali. Non possono infatti essere chiamati in causa la situazione di povertà diffusa o di disoccupazione del Paese di destinazione, né tanto meno la non conformità del sistema di sicurezza sociale con gli *standard* europei, perché si venga a configurare la responsabilità dello Stato Parte in seguito all'allontanamento. Sebbene non sia stata espressamente esclusa la possibilità di applicare la *protection par ricochet* ad altre disposizioni della CEDU, la Corte, e precedentemente anche la Commissione, hanno esaminato per lo più doglianze relative agli articoli 3 e 8. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 6 maggio 2001, *Bensaid c. Regno Unito*, ricorso n. 44599/98, par. 38, e decisione 29 giugno 2004, *Salkic e altri c. Svezia*, ricorso n. 7702/04.

<sup>23</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bensaid c. Regno Unito*, cit., par. 38. Tuttavia appare di un certo rilievo che la Corte europea dei diritti umani, nel giugno 2009, abbia accolto la richiesta di misure provvisorie del Centro finlandese per l'assistenza ai rifugiati secondo il quale il trasferimento in Italia (quindi in uno Stato Parte della CEDU) di due minori, ai sensi del regolamento Dublino, avrebbe determinato una violazione dei loro diritti umani fondamentali in ragione delle cattive ed insufficienti condizioni di accoglienza offerte ai minori richiedenti asilo dal Paese di destinazione, dove è documentato che i soggetti in questione si trovano spesso a vivere privi di assistenza e di una fissa dimora (Corte europea dei diritti dell'uomo, decisioni 12 giugno 2009, *D.H.*, ricorso n. 30815/09, e 16 giugno 2009, *M.A.*, ricorso n. 31333/09). Interessante che le misure provvisorie siano state richieste in relazione allo *standard* di accoglienza, ritenuto non adeguato, che andrebbe ad incidere sul godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione. Com'è noto, i provvedimenti cautelari del suddetto organo non sono motivati (sulla questione si veda SACCUCCI, *Le misure provvisorie della Corte europea dei diritti umani nell'ambito della procedura di ricorso interstatale Georgia c. Russia*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2009, p. 129 ss. e bibliografia ivi indicata), tuttavia quella della Corte nel caso di specie appare essere un'apertura verso una possibile evoluzione della propria giurisprudenza con riguardo alla nozione di *protezione adeguata*, come già prospettato in dottrina. Ad esempio LAMBERT, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Human rights files series, n. 8, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2008, p. 34, ritiene che dall'art. 8 CEDU possa essere ricavato un diritto di soggiorno nel territorio dello Stato Parte a favore dello straniero che, in seguito all'allontanamento, si verrebbe a trovare in una situazione caratterizzata da condizioni di vita insufficienti.

<sup>24</sup> Cfr. CATALDI, *Art. 15: deroga in caso di stato d'urgenza*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di Bartole, Conforti, Raimondi), Padova, 2001, p. 425; ID., *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in *La tutela internazionale dei diritti umani* (a cura di Pine-schi), Milano, 2006.

### 3. L'applicazione dell'art. 3 all'allontanamento dello straniero malato

Tale approccio restrittivo è ben visibile se si guarda alla casistica sviluppata sulla base dei ricorsi in cui oggetto della doglianza è l'allontanamento verso un Paese nel quale non sia disponibile il trattamento sanitario necessario alla cura della patologia da cui è affetto il ricorrente. Il caso *D. c. Regno Unito*<sup>25</sup>, sopra richiamato, è in realtà l'unico in cui la violazione dell'art. 3 è stata riscontrata, con voto unanime della Camera chiamata a decidere. Esso riguardava un cittadino dell'isola Saint Kitts, arrestato dalle autorità britanniche appena sbarcato all'aeroporto di Gatwick per possesso di un ingente quantitativo di droga e condannato a sei anni di detenzione, durante i quali aveva scoperto di essere affetto dal virus dell'HIV. Sul caso si era pronunciata in senso favorevole la Commissione, la quale aveva riscontrato, con una maggioranza di undici voti su diciotto, e con una argomentazione sensibile alla dimensione umana della vicenda, la violazione dell'art. 3.

La Corte, ribadito che la disposizione in questione si applica in linea di principio a quelle situazioni nelle quali il rischio di trattamenti vietati derivi da agenti statali o da privati quando le autorità governative non siano in grado di fornire una protezione adeguata (*appropriate protection* – par. 49), afferma che il sistema della CEDU è sufficientemente flessibile da consentirle di estendere la tutela derivante dalla suddetta norma ad ulteriori fattispecie. In particolare, essa è consapevole che nel caso in esame «the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stems from factors which cannot engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country [dell'isola St. Kitts], or which, taken alone, do not in themselves infringe the standards of that Article [art. 3]» (par. 49), ma tale considerazione non le impedisce di esaminare il caso in quanto «to limit the application of Article 3 in this manner would be to undermine the absolute character of its protection» (par. 49). Il ragionamento della Corte appare, d'altra parte, rispondente alla necessità di garantire il beneficio delle situazioni giuridiche contemplate dalla Convenzione in modo *effettivo*. I giudici di Strasburgo svolgono quindi «a rigorous scrutiny» e verificano che il ricorrente è un malato terminale, al quale è stata diagnostica una speranza di vita di otto-dodici mesi, che si abbasserebbe notevolmente se venisse rimpatriato giacché nel suo Paese di origine non sono disponibili i medicinali che gli vengono somministrati gratuitamente in Gran Bretagna, né strutture ospedaliere attrezzate per questo tipo di patologia, né tanto me-

<sup>25</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *D. c. Regno Unito*, cit.

no una famiglia che possa dargli conforto<sup>26</sup>. In queste *exceptional circumstances*, e tenendo conto dello stadio avanzato della malattia, il rimpatrio andrebbe a configurare un *trattamento inumano* e determinerebbe la responsabilità dello Stato convenuto per violazione dell'art. 3. La Corte evidenzia infatti che «the respondent State has assumed responsibility for treating the applicant's condition since August 1994. He has become reliant on the medical and palliative care which he is at present receiving and is no doubt psychologically prepared for death in an environment which is both familiar and compassionate. Although it cannot be said that the conditions which would confront him in the receiving country are themselves a breach of the standards of Article 3, *his removal would expose him to a real risk of dying under most distressing circumstances and would thus amount to inhuman treatment*» (par. 53 – corsivo aggiunto).

È evidente come, nel caso in esame, la violazione non derivi da un atto – omissivo o commissivo – volontario delle autorità di St. Kitts ma emerga, in modo oggettivo, dal contesto socio-economico generale nel quale verrebbe a trovarsi il ricorrente e che metterebbe a rischio la sua stessa sopravvivenza. Il governo convenuto aveva provato a respingere tale argomentazione ritenendo che nel caso di specie non fosse rispettato il requisito della natura personale del rischio, giacché tutti i malati terminali di AIDS dell'isola condividono lo stesso destino non potendo accedere a cure specifiche (par. 42). Tuttavia, osserva la Corte, il sig. D. vive in Gran Bretagna da diversi anni, qui ha scoperto di aver contratto il virus ed ha ricevuto le cure mediche e l'assistenza psicologica che quantomeno gli garantiranno una morte dignitosa, e quindi la sua situazione deve essere considerata peculiare rispetto a quella degli altri cittadini di Saint Kitts<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Tutti i familiari del sig. D. erano emigrati negli Stati Uniti, Paese rispetto al quale egli non avrebbe potuto presentare domanda di ingresso in quanto ne era stato espulso per motivi connessi al traffico di stupefacenti. Né la madre, anziana e indigente, aveva modo di rientrare a St. Kitts per prendersi cura del figlio.

<sup>27</sup> Sembra emergere, dalla posizione adottata dalla Corte di Strasburgo nel caso di specie, un'adesione implicita alla dottrina, sviluppata nel diritto internazionale, c.d. dei *diritti acquisiti*. Secondo tale dottrina, elaborata con riguardo al diritto di proprietà nell'ambito della successione degli Stati, ma estendibile a maggior ragione ai diritti fondamentali, considerato il rilievo ad essi attribuito dalla comunità internazionale (si veda in tal senso la «Separate opinion» del giudice Weeramantry nella sentenza della Corte internazionale di giustizia, *Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia*, in *ICJ Reports*, 1993, p. 225, un individuo non può essere arbitrariamente privato dei diritti acquisiti nello Stato dal quale viene espulso. Si veda al riguardo PHUONG, *The Concept of 'Effective Protection' in the Context of Irregular Secondary Movements and Protection in Regions of*

Nel pronunciarsi sul ricorso *D. c. Regno Unito* i giudici di Strasburgo hanno quindi dimostrato grande sensibilità per le difficoltà che il ricorrente si sarebbe trovato a dover affrontare nel Paese di destinazione<sup>28</sup>. Tuttavia, successivamente alla suddetta sentenza, non è stata più riscontrata la violazione dell'art. 3 rispetto a fattispecie analoghe. Alcuni dei ricorsi presentati sono stati considerati irricevibili in quanto la malattia non aveva raggiunto uno stadio avanzato e pertanto non ricadeva nell'ambito di applicazione dell'art. 3. Il tal senso si sono pronunciate la Commissione, con riguardo al caso *Karara c. Finlandia*<sup>29</sup>, e la Corte, relativamente al caso *Arcila Henao c. Paesi Bassi*<sup>30</sup>, concernenti rispettivamente un cittadino ugandese e uno colombiano affetti da HIV. Respin- ti anche i ricorsi *SCC c. Svezia*<sup>31</sup>, *Ndangoya c. Svezia*<sup>32</sup> e *Amegnigan c. Paesi Bassi*<sup>33</sup>, nei quali a giocare a sfavore dei ricorrenti è stata la constatazione della disponibilità dei medicinali necessari al trattamento sanitario, seppure ad un costo elevato, nel Paese di destinazione. La violazione dell'art. 3 è poi stata esclusa anche nella sentenza resa in merito al ricorso *Bensaid c. Regno Unito*<sup>34</sup>, riguardante un cittadino algerino, affetto da schizofrenia, in cura presso una struttura sanitaria britannica da diversi anni. Secondo il giudice della CEDU il rischio, lamentato dal ricorrente, di un peggioramento delle proprie condizioni di salute una volta rimpatriato in Algeria, è «speculative»<sup>35</sup>. Viene infatti sottolineato che i medicinali utilizzati dal sig. Bensaid sono disponibili nel Paese di origine,

*Origin*, Global Migration Perspective No. 26, aprile 2005 (consultabile nel sito [www.gcim.org](http://www.gcim.org)).

<sup>28</sup> Nelle *Twenty Guidelines on Forced Return*, documento non vincolante adottato dal Comitato dei Ministri il 4 maggio 2005, tra le garanzie sostanziali che limitano la discrezionalità statale in materia di immigrazione (*Guideline n. 2*) compare anche il divieto di allontanamento dello straniero malato allo stadio terminale, seppure solo laddove si riscontrino *circostanze eccezionali*. A tal riguardo le linee-guida rimandano alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, in particolare, alla sentenza *D. c. Regno Unito*.

<sup>29</sup> Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione 29 maggio 1998, *Karara c. Finlandia*, ricorso n. 40900/98.

<sup>30</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 24 giugno 2003, *Arcila Henao c. Paesi Bassi*, ricorso n. 13669/03.

<sup>31</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 15 febbraio 2000, *SCC c. Svezia*, ricorso n. 46553/99.

<sup>32</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 22 giugno 2004, *Ndangoya c. Svezia*, ricorso n. 17868/03.

<sup>33</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 25 novembre 2004, *Amegnigan c. Paesi Bassi*, ricorso n. 25629/04.

<sup>34</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bensaid c. Regno Unito*, cit. Per una ricostruzione della giurisprudenza degli organi di Strasburgo relativa all'allontanamento di migranti malati si rimanda ai paragrafi 35-41 della sentenza della Grande Camera del 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*, ricorso n. 26565/05.

<sup>35</sup> Come nella sentenza *N. c. Regno Unito*, cit.

seppure previo ricovero presso una struttura psichiatrica, e nessun rilievo viene attribuito alla circostanza che quella più vicina è a circa 80 Km dal villaggio e che la famiglia del ricorrente non possiede un proprio automezzo per raggiungerla.

*Bensaid* è, tuttavia, l'unico caso nel quale è stato svolto l'esame altresì sotto il profilo dell'art. 8, seppure non ne sia stata constatata la violazione. Affermano i giudici «Not every act or measure which adversely affects moral or physical integrity will interfere with the right to respect to private life guaranteed by Article 8. However, the Court's case-law does not exclude that treatment which does not reach the severity of Article 3 treatment may nonetheless breach Article 8 in its private-life aspect where there are sufficiently adverse effects on physical and moral integrity» (par. 46). È indubbio che la salute mentale sia una indispensabile preconditione per un effettivo godimento della propria vita privata (par. 47). Pertanto il rimpatrio del ricorrente, da undici anni in Gran Bretagna, dove ha sviluppato una propria vita privata, costituisce di per sé una interferenza nella situazione giuridica garantita dall'art. 8. Nel caso di specie l'interferenza risponde tuttavia, secondo la Corte, ai requisiti di legalità, necessità e proporzionalità che rendono la stessa legittima ai sensi del secondo paragrafo della suddetta disposizione (par. 48); in particolare, ad essere chiamata in causa è la tutela del benessere economico dello Stato.

Dalla giurisprudenza summenzionata emerge come gli organi di Strasburgo ritengano, in linea di principio, ammissibile una doglianza anche quando la condizione lesiva della dignità umana derivi da una patologia, fisica o mentale, emersa spontaneamente ma che risulterebbe aggravata dall'attuazione di un provvedimento di allontanamento<sup>36</sup>. La Convenzione è infatti caratterizzata da un sistema di protezione flessibile che consente di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 3 anche a fat-

<sup>36</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *N. c. Regno Unito*, cit., par. 29. Principio già sancito nella sent. 29 luglio 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, par. 52, nella quale il giudice della CEDU ha fornito alcune indicazioni al fine di individuare i trattamenti che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 3: «As regards the types of 'treatment' which fall within the scope of Article 3 of the Convention, the Court's case-law refers to 'ill-treatment' that attains a minimum level of severity and involves actual bodily injury or intense physical or mental suffering. Where treatment humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual's moral and physical resistance, it may be characterised as degrading and also fall within the prohibition of Article 3. The suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental, may be covered by Article 3, where it is, or risks being, exacerbated by treatment, whether flowing from conditions of detention, expulsion or other measures, for which the authorities can be held responsible» (par. 52).

tispecie nelle quali il rischio presunto non derivi da atti o omissioni intenzionali delle autorità statali o di agenti privati ma, per l'appunto, dall'infermità e dalla mancanza di risorse sufficienti a curarla nel Paese di destinazione<sup>37</sup>. Tuttavia, nell'effettuare la valutazione del rischio, il giudice della CEDU applica «the high threshold set in *D. v. the United Kingdom*» e ciò ha fatto sì che non venisse più riscontrata la violazione della suddetta norma. In un unico caso la Commissione aveva configurato la potenziale responsabilità del governo convenuto se il ricorrente, malato di AIDS e con una grave immunodepressione, fosse stato rimpatriato nella Repubblica democratica del Congo, dove non era disponibile il trattamento medico necessario e non vi erano familiari che potessero prendersi cura di lui<sup>38</sup>. In seguito la Francia aveva accettato di non allontanare il sig. B.B. e pertanto il ricorso era stato cancellato dal ruolo.

#### 4. Segue: la sentenza della Grande Camera nel caso *N. c. Regno Unito*

Recentemente, con la sentenza *N. c. Regno Unito* del 27 maggio 2008<sup>39</sup>, la Grande Camera ha cercato di ricostruire i principi applicabili con riguardo alle doglianze sollevate da cittadini di Paesi terzi affetti, non solo da HIV/AIDS, ma da qualsiasi altra patologia, fisica o mentale, «which may cause suffering, pain and reduce life expectancy and require specialised medical treatment which may not be so readily available in the applicant's country of origin or which may be available only at substantial cost» (par. 45). Viene innanzitutto limitata l'applicazione dell'art. 3 a quei casi nei quali si rinvergono *circostanze eccezionali*. Non è sufficiente che la speranza di vita del ricorrente subisca una notevole riduzione in seguito all'allontanamento. La Convenzione non attribuisce infatti alcun diritto soggettivo di soggiorno al fine di continuare a beneficiare dell'assistenza sanitaria o sociale offerta dallo Stato Parte (par. 42)<sup>40</sup>. In *D. c. Regno Unito* a rilevare erano state considerazioni di tipo umanitario, giacché il ricorrente si trovava in fin di vita e nel Paese di

<sup>37</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *N. c. Regno Unito*, cit., par. 43.

<sup>38</sup> Commissione europea dei diritti dell'uomo, Rapporto (31) del 9 marzo 1998, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza di radiazione dal ruolo 7 settembre 1998, *B.B. c. Francia*, ricorso n. 30930/96, in *Reports of Judgments and Decision*, 1998-VI.

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *N. c. Regno Unito*, cit. Era stata la quarta sezione della Corte a rimettere il caso alla Grande Camera sulla base dell'art. 30 della CEDU.

<sup>40</sup> Tale affermazione era presente altresì nella sentenza *D. c. Regno Unito* (al par. 54) ma non aveva precluso alla Corte la possibilità di riscontrare la violazione del dettato convenzionale.

destinazione sarebbe stato abbandonato al proprio destino di solitudine e di sofferenza inumana (par. 42). Sebbene non venga escluso che si possano far ricadere anche altre fattispecie nell'ambito di applicazione dell'art. 3, viene tuttavia precisato che la valutazione deve seguire criteri molto rigorosi (par. 43). Preso atto che i livelli di sviluppo scientifico, sociale ed economico tra gli Stati parti e quelli di destinazione possono variare considerevolmente, dalla disposizione in questione non può essere fatta derivare «an obligation on the Contracting State to alleviate such disparities through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. A finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States» (par. 44)<sup>41</sup>. D'altronde lo scopo della Convenzione – precisa la Corte – non è tutelare i diritti economici e sociali, piuttosto quelli civili e politici. Aggiunge, inoltre, che «inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights» (par. 44)<sup>42</sup>.

I giudici Tulkens, Bonello e Spielmann, nella loro *Joint Dissenting Opinion* allegata alla sentenza *N. c. Regno Unito*, hanno sottolineato le discrepanze tra la posizione abbracciata dalla Corte nel caso di specie con riguardo alla dimensione sociale della Convenzione e l'*approccio integrato* cui era giunta la stessa in *Airey c. Irlanda*: «The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation – notably financial – reigning in the State in question. On the other hand, the Convention must be interpreted in the light of the present-day conditions [...] and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals. Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor

<sup>41</sup> La formulazione utilizzata sembra far pensare che l'assistenza sanitaria debba essere invero garantita agli stranieri regolarmente residenti.

<sup>42</sup> Tale bilanciamento era stato in realtà ammesso, con riguardo all'art. 3, nella sentenza *Soering c. Regno Unito*, cit. Fortemente criticato in dottrina (BATTJES, *The Soering threshold: why only fundamental values prohibit refoulement in ECHR case law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, p. 205 ss.; BLAKE, HUSAIN, *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford, 2003, pp. 77-78), è stato poi rinnegato dalla stessa Corte di Strasburgo nella giurisprudenza successivamente emessa.

against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention»<sup>43</sup>.

L'aver rigettato nel merito la doglianza sollevata dalla signora N., anche sulla base di considerazioni di tipo economico-finanziario, non sembra, inoltre, a nostro avviso, compatibile con il valore assoluto e inderogabile tutelato dall'art. 3 e con gli orientamenti giurisprudenziali a cui questa disposizione ha dato origine<sup>44</sup>. Sulla base di analoghe considerazioni si ritiene debba essere respinto qualsiasi bilanciamento tra interesse individuale e statale quando rilevi un'esigenza connessa alla disposizione in questione<sup>45</sup>. Sebbene non si voglia sottovalutare la difficoltà che gli Stati incontrano con riguardo alla sostenibilità dei propri sistemi di sicurezza sociale, anche in conseguenza dell'ampliarsi dei beneficiari a seguito dei movimenti migratori, non sembra che a tale considerazione dovrebbe essere attribuito rilievo quando vi sia in gioco la tutela della dignità dell'essere umano. Nel caso di specie, poi, la ricorrente viveva in Gran Bretagna e già riceveva il trattamento sanitario che le consentiva di mantenere condizioni di salute stabili. L'espulsione l'avrebbe privata delle cure che aveva ricevuto fino a quel momento ed era stato confermato dagli stessi medici che le sue condizioni sarebbero peggiorate e sarebbe andata incontro a «ill-health, discomfort, pain and death within a few years» (par. 47)<sup>46</sup>. Più che salvaguardare un valore fondamentale quale quello sancito dall'art. 3, sembra che la Corte abbia voluto prevenire l'affermazione di un divieto assoluto di allontanamento nei confronti di migranti affetti da gravi patologie in cura nel territorio degli Stati partiti. Una fedele applicazione dei principi sanciti in *D. c. Regno Unito* avrebbe infatti comportato la condanna delle autorità britanniche per la potenziale violazione del dettato convenzionale, considerata l'analogia tra le due fattispecie giunte dinanzi ai giudici di Strasburgo. Ha quindi prevalso, nonostante la gravità delle condizioni di salute della signora N.,

<sup>43</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, par. 26, corsivo aggiunto.

<sup>44</sup> Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Saadi c. Italia*, cit., par. 138.

<sup>45</sup> Si veda per tutte la sentenza della Grande Camera, *Saadi c. Italia*, cit., par. 138: «[...] Since protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to [...] expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment. As the Court had repeatedly held, there can be no derogation from that rule [...]».

<sup>46</sup> Rappresenta, questo, uno dei passaggi della sentenza in esame rispetto al quale maggiore è l'incongruenza con il ragionamento seguito dalla Corte nel pronunciarsi su *D. c. Regno Unito*. Si confronti con il par. 53 di quest'ultima.

la volontà di evitare il consolidamento di un orientamento limitativo della sovranità statale in materia di immigrazione<sup>47</sup>.

Ancora due considerazioni in proposito.

Innanzitutto, da un punto di vista statistico, non si può ritenere il numero di coloro che, affetti da gravi patologie, possano mettersi in viaggio, tale da poter inficiare la capacità degli Stati c.d. economicamente avanzati di continuare a soddisfare le esigenze dei propri cittadini con le risorse a disposizione. D'altra parte, i casi giunti all'esame dei giudici di Strasburgo erano stati presentati da persone soggiornanti nel territorio dello Stato convenuto – e quindi sottoposte a tutti gli effetti alla giurisdizione dello stesso<sup>48</sup> – che ivi già ricevevano le cure mediche e palliative per il trattamento della patologia dalla quale erano affette.

La seconda considerazione è strettamente connessa alla situazione della ricorrente, cittadina ugandese, proveniente da un'area rurale del Paese dove i medicinali di cui necessitava non arrivavano<sup>49</sup>, la cui speranza di vita, anche qualora le fosse stato accordato il diritto di restare nel territorio britannico, era comunque limitata dalla grave patologia da cui era affetta. In tali circostanze, ci si chiede se le considerazioni umanitarie non avrebbero dovuto prevalere per consentire alla stessa di continuare a vivere, e morire, in modo dignitoso. Invece, secondo la Corte, le condizioni di salute di N. non erano, al momento dell'esame del caso, critiche, e: «The rapidity of the deterioration which she would suffer and the extent to which she would be able to obtain access to medical treat-

<sup>47</sup> Sembra di poter condividere, a proposito dell'interpretazione restrittiva dell'art. 3 abbracciata dalla Corte di Strasburgo in relazione alle doglianze di cittadini di Paesi terzi affetti da gravi patologie, le osservazioni di BLAKE, HUSAIN, op. cit., p. 90, secondo i quali: «The European Court does not want to develop the positive obligations to such an extent as to encourage migration to contracting states for the purpose of receiving health care superior to that which is available in the home state».

<sup>48</sup> Sulla nozione di giurisdizione nella CEDU si rimanda a DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002, pp. 24-30 e GAJA, *Art. 1*, in *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, cit.

<sup>49</sup> Tra l'altro la Corte era cosciente che: «In Uganda [...] in common with most sub-Saharan African countries, the availability of antiretroviral drugs is hampered by limited financial resources and by shortcomings in the health-care infrastructure required to administer them effectively. As a result, according to research carried out by the World Health Organization, approximately only half of those needing antiretroviral therapy in Uganda receive it (World Health Organization, "Progress on Global Access to HIV Antiretroviral Therapy", March 2006, at pp. 9, 11 and 72). [...] There are also significant disparities in the provision of drugs between urban and rural areas (World Health Organization Country Profile for HIV/AIDS Treatment Scale-Up for Uganda, December 2005). In addition, progress in providing medical care has been offset by the ever-increasing numbers of people requiring treatment (UNAIDS/World Health Organization, "AIDS Epidemic Update", 2006, at p. 18)» (par. 19 della sentenza).

ment, support and care, including help from relatives, must involve a certain degree of speculation, particularly in view of the constantly evolving situation as regards the treatment of HIV and AIDS worldwide» (par. 50).

Va evidenziato come, anche sotto questo profilo, il ragionamento seguito nella sentenza *N. c. Regno Unito* si ponga in contrasto con una giurisprudenza consolidata che ammette la possibilità di far ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 3 anche le c.d. violazioni *potenziali*<sup>50</sup>. In diversi passaggi viene infatti posto l'accento sulle condizioni di salute della ricorrente al momento del procedimento dinanzi alla Corte, che sarebbero stabili e le consentirebbero di intraprendere il viaggio di ritorno (paragrafi 47 e 50). Rispetto a tali considerazioni ci si chiede, tuttavia, «si, pour l'application de l'article 3, il convient de considérer l'état de l'intéressée avant la prise ou l'exécution de la décision d'éloignement, ou après»<sup>51</sup>. È indubbio che lo stato di salute della ricorrente, che riceve in Gran Bretagna cure mediche adeguate, non configuri, al momento dell'esame del caso, un trattamento inumano e degradante. Ma la questione dovrebbe essere, piuttosto, se una volta giunta in Uganda non si verrebbe a concretizzare il rischio di trattamenti «which may cause suffering, pain and reduce life expectancy» (par. 45). La Corte dimostra di essere consapevole che «if the applicant were to be deprived of her present medication her condition would rapidly deteriorate and she would suffer ill-health, discomfort, pain and death within a few years» (par. 47). Pertanto è chiaro, anche agli occhi dei giudici, che diretta conseguenza dell'allontanamento sarebbe il peggioramento delle condizioni di salute della signora N. Tuttavia la responsabilità delle autorità britanniche viene esclusa perché non vi è la certezza che i medicinali, una volta giunta in Uganda, non saranno disponibili e, soprattutto, *si può sempre confidare negli sviluppi scientifici*. Paradossali le argomentazioni abbracciate dalla Corte, la cui gravità è ancora maggiore se si considera che a pronunciarsi in tal senso è stata la Grande Camera<sup>52</sup>. Quest'ultima non solo ha escluso la violazione dell'art. 3 ma ha altresì affermato, a fondamento della propria posizione, che la doglianza è basata «*solely on her serious medical condition and the lack of sufficient treatment available for it in her home country*» (par. 46 – corsivo aggiunto). A noi sembra piuttosto

<sup>50</sup> Sul punto anche l'opinione dissidente congiunta dei giudici Tulkens, Bonello e Spielmann.

<sup>51</sup> JULIENE-LAFERRIERE, *L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, p. 269.

<sup>52</sup> Con sentenza adottata con una maggioranza di quattordici voti contro tre.

che la certezza della sofferenza della ricorrente, una volta rimpatriata, di una morte più rapida cui andrebbe incontro se privata delle cure mediche, della solitudine dovuta alla totale assenza di familiari disposti a prendersene cura<sup>53</sup>, non solo non ha niente di *speculative*, ma costituisce già di per sé una motivazione ragionevole per constatare la potenziale violazione dell'art. 3 CEDU<sup>54</sup>.

Non si può quindi che condividere l'osservazione espressa in dottrina secondo cui : «L'arrêt N. c. Royaume-Uni pose la question de savoir si les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme doivent consacrer tous les moyens, y compris financiers nécessaires à la garantie du droit proclamé par l'article 3 de la Convention ou si la garantie effective de ce droit doit plier devant les limites, y compris financières imposées par les Etats»<sup>55</sup>.

### 5. Conclusioni

Volendo fare una sintesi dei principi emersi dall'esame della giurisprudenza sopra considerata si potrebbe dire che, con riguardo alla fattispecie dell'allontanamento di migranti malati, la violazione dell'art. 3 viene riscontrata solo qualora la malattia sia stata scoperta dopo l'arrivo nello Stato Parte, sia giunta ad uno stadio terminale, e nel Paese di destinazione non sia disponibile alcun trattamento medico né siano presenti familiari che possano prendersi cura del ricorrente. Laddove, invece, i medicinali siano in astratto disponibili, sebbene ad un costo elevato, e il malato possa contare sulla presenza di familiari, anche una malattia grave non porterà alla constatazione della responsabilità del governo convenuto in caso di espulsione.

Come è stato evidenziato – non senza rammarico – nel corso della trattazione, la giurisprudenza della Corte europea inerente all'allontanamento di migranti malati non segue lo stesso orientamento garantista affermatosi con riguardo all'espulsione di individui accusati di terrori-

<sup>53</sup> Il governo si era appellato al fatto che nel Paese di origine la ricorrente avrebbe potuto contare su alcuni familiari. Tuttavia la signora N. aveva precisato che cinque dei sei fratelli erano deceduti per patologie connesse all'HIV (a dimostrazione, tra l'altro, dell'inadeguatezza del sistema sanitario ugandese) e che in Uganda, come nella quasi generalità dei Paesi sub-sahariani, le persone affette da tale infermità sono oggetto di stigmatizzazione e che quindi non vi è nessuno disposto a prendersene cura, nemmeno gli stessi familiari.

<sup>54</sup> Si veda anche in tal senso anche l'opinione dissidente congiunta dei giudici Tulkens, Bonello e Spielmann.

<sup>55</sup> JULIEN-LAFERRIERE, *L'éloignement des étrangers malades*, cit., p. 278.

simo<sup>56</sup>. Non si dubita che ciò sia dettato da una forma di attenzione (a nostro avviso, eccessiva) da parte del giudice della CEDU nei confronti del bilancio degli Stati parti, messi alla prova da recessione economica, crisi finanziaria e incremento dei movimenti migratori. Ciononostante, non si può fare a meno di condividere la posizione abbracciata dalla ormai estinta Commissione, la quale, nel constatare la violazione dell'art. 3 con riguardo al caso *B.B. c. Francia* (radiato dal ruolo dopo che il governo convenuto aveva rilasciato al ricorrente un permesso di soggiorno), aveva affermato: «Given that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective [...], the Commission considers that exposing a person to a real and substantiated risk to his health which is so serious as to amount to a violation of Article 3 on account of other factors in the receiving country, such as the lack of medical care and services, as well as social and environmental factors, are capable of engaging the responsibility of the State intending to expel the person»<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Si veda al riguardo la sentenza della Grande Camera, *Saadi c. Italia*, cit., che conferma i principi già espressi in *Chahal c. Regno Unito*, cit.

<sup>57</sup> Commissione europea dei diritti dell'uomo, *B.B. c. Francia*, cit., par. 54.



# LE ASSICURAZIONI DIPLOMATICHE ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Maura MARCHEGIANI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: lo sviluppo dell'istituto delle assicurazioni diplomatiche alla luce della prassi più recente. – 2. La rilevanza delle assicurazioni diplomatiche secondo la prospettiva della Corte europea. – 3. Gli elementi che la Corte prende in considerazione nell'apprezzamento del grado di affidabilità delle assicurazioni diplomatiche. – 4. L'ambito di applicazione delle assicurazioni diplomatiche: a) il rilievo delle assicurazioni diplomatiche in relazione alla pena capitale e alla tortura: l'assenza di distinzione tra le due ipotesi nella prospettiva della Corte europea. – 5. *Segue*: b) Le assicurazioni diplomatiche nel contesto dell'extradizione e in quello dell'espulsione. – 6. Considerazioni conclusive.

## *1. Introduzione: lo sviluppo dell'istituto delle assicurazioni diplomatiche alla luce della prassi più recente*

La prassi recente mette in evidenza un crescente ricorso allo strumento delle assicurazioni diplomatiche. Tale tendenza si manifesta in particolare nelle situazioni in cui l'allontanamento di un individuo dal territorio di uno Stato prospetti un rischio serio di tortura o trattamento inumano o degradante nello Stato di destinazione<sup>1</sup>. Com'è noto, il ricorso

\* Dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea, Università degli Studi di Macerata.

<sup>1</sup> Questo dato si evince dall'analisi di una prassi che appare quanto mai varia e diversificata. Alcuni Stati manifestano la tendenza a concludere intese bilaterali volte a indicare in linea di principio modalità, forme e condizioni delle assicurazioni diplomatiche da rendersi nei singoli casi concreti. È questo il caso in particolare del Regno Unito, che ha concluso *memoranda of understanding* con Giordania (10 agosto 2005), Libia (18 ot-

alle assicurazioni diplomatiche si pone tradizionalmente nello specifico contesto dell'extradizione ed è finalizzato all'ottenimento di garanzie circa il rispetto, da parte dello Stato richiedente l'extradizione, di determinate condizioni, che riguardano, nella maggior parte dei casi, l'impegno a non condannare o a non sottoporre il soggetto da estradare alla pena capitale<sup>2</sup>.

Lo sviluppo dell'istituto delle assicurazioni diplomatiche, che ha assunto recentemente rilievo soprattutto in tema di allontanamento di sospetti terroristi, può essere considerato sotto un duplice profilo<sup>3</sup>. Il ricorso a tali garanzie si è innanzitutto esteso al di là del contesto dell'extradizione, ricomprendendo qualsiasi ipotesi di allontanamento: assicura-

tobre 2005), Libano (23 dicembre 2005), Etiopia (dicembre 2008). Altri Stati che ricorrono alla ricerca di garanzie (in particolare Svezia, Germania, Austria, Canada, Stati Uniti, Turchia, Russia, Georgia, Italia) sono soliti ricercare assicurazioni in relazione ai singoli casi di specie attraverso l'assunzione di specifici obblighi convenzionali o di impegni unilaterali da parte dello Stato di destinazione. Su tali aspetti, si veda GIANELLI, *Obbligo di non refolement e assicurazioni diplomatiche*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 363 ss.

<sup>2</sup> Numerose disposizioni contenute in strumenti convenzionali in materia subordinano infatti la concessione dell'extradizione, su richiesta dello Stato di invio, all'assunzione dell'impegno da parte dello Stato richiedente a garantire all'estraddando un determinato trattamento, in particolare, ad escludere il rischio di sottoposizione o condanna alla pena capitale, come pure ad assicurare il rispetto dei diritti relativi alla tutela giurisdizionale. Con riguardo alla prima categoria, si confrontino, a titolo esemplificativo, l'art. 11 della Convenzione europea sull'extradizione (1957), nonché, per limitarsi agli accordi bilaterali di estradizione conclusi dall'Italia, i seguenti accordi: Convenzione italo-libanese del 1970, art. 17.3; Trattato italo-canadese del 1981, art. V lett. f); Trattato di estradizione italo-australiano del 1985, art. 6; Trattato italo-brasiliano del 1989, art. 4; Trattato di estradizione italo-statunitense del 1983, art. XI, sulla cui legittimità si è pronunciata la Corte Costituzionale nel caso Venezia, con sentenza del 27 giugno 1996, n. 223 (sulla quale, v. la nota di DI PAOLO, *I riflessi internazionali del caso Venezia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 495 ss.).

Con riguardo alla seconda categoria di disposizioni, si vedano il II Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 1978, art. 3.1; il Modello di Trattato sull'extradizione adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1990, art. 3 lett. g); la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (decisione del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, in *G.U.C.E.* 18 luglio 2002 L 190), art. 5.

<sup>3</sup> Una definizione di assicurazioni diplomatiche, che tiene conto degli sviluppi recenti dell'istituto, è stata fornita, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dal *Groupe de Spécialistes sur les Droits de l'Homme et la Lutte contre le Terrorisme*, *Rapport final d'activité du DH-S-TER sur les assurances diplomatiques*, che ha inteso con tale espressione «les engagements écrits (notes verbales, memorandum of understanding, etc.) et les promesses données par les canaux diplomatiques à l'égard de l'éloignement forcé d'une personne d'un pays vers un autre et qui visent à garantir que les droits fondamentaux de la personne éloignée seront respectés» (Doc. CM(2006)64, 13-IV-2006, *Appendix 2*, par. 13 (xi)).

zioni diplomatiche sono infatti sempre più frequentemente rese o ricercate anche in occasione di espulsioni o di respingimenti. L'ampliamento concerne, in secondo luogo, anche l'oggetto stesso delle assicurazioni diplomatiche, che non risulta più essenzialmente collegato solo all'applicazione della pena capitale, ma ricomprende anche l'ipotesi di rischio di sottoposizione a tortura o a trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione.

Questa prassi ha sollevato critiche da parte di organismi a tutela dei diritti umani<sup>4</sup>, ha destato l'interesse della dottrina<sup>5</sup> ed è stata oggetto di considerazione anche nell'ambito dei lavori condotti dalla Commissione di diritto internazionale in tema di espulsione. In particolare, il Memorandum sull'espulsione, elaborato per la Commissione dal Segretario Generale nel 2006, rileva il ricorso crescente alla richiesta di garanzie diplomatiche nel caso in cui l'espulsione determini un rischio di sottoposizione a tortura e trattamenti inumani o degradanti, mettendo tuttavia in evidenza i limiti e la delicatezza dell'applicazione di un tale istituto a si-

<sup>4</sup> Critiche al riguardo sono state espresse sia da parte delle organizzazioni non governative (in particolare si veda *Human Rights Watch, Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, 2005, disponibile nel sito [www.hrw.org](http://www.hrw.org)), sia da parte di organi internazionali di controllo sul rispetto dei diritti umani. Tali critiche si incentrano da un lato sulla *faiblesse*, insita nella stessa necessità di richiedere assicurazioni diplomatiche, che implicherebbe l'effettiva esistenza di un rischio reale e riconosciuto di torture e trattamenti inumani o degradanti (*Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Rapport à la suite de sa visite en Italie du 13 au 15 janvier 2009*, 16 avril 2009, (Comm DH (2009)16, par. 111), *Rapport à la suite de sa visite en Suède du 21 au 23 avril 2003*, (Comm DH (2004)13, par. 19) e *Rapport sur sa visite au Royaume Uni du 4 au 12 novembre 2004*, (Comm DH (2005)6, par. 28-30)), dall'altro lato sulle difficoltà di istituire un efficace sistema di monitoraggio (*Report of the Special Rapporteur on the question of torture*, Nowak, 23 dec. 2005, doc. E/CN.4/2006/6, par. 31); GOLDMAN, *Report of the independent expert on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, E/CN.4/2005/103, paragrafi 56 e 61; *Human Rights Committee, Concluding observations: Sweden*, 24/04/2002, doc. CCPR/C/74/SWE, 24 aprile 2002, par. 12. In tal senso anche *Steering Committee for Human Rights (CDDH), Meeting Report*, 62nd meeting, Strasbourg, 4-6 april 2006, doc. CDDH (2006)007, par. 15.

<sup>5</sup> Tra i numerosi contributi, si vedano in particolare GIANELLI, op. cit., p. 363 ss.; SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione «al ribasso» degli obblighi internazionali*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2009; FORNARI, *Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional*, in *Anuario Español de Derecho Int.*, 2007, p. 389 ss.; SKOGLUND, *Diplomatic Assurances Against Torture – An Effective Strategy?*, in *Nordic Journal of Int. Law*, 2008, p. 319 ss.; NOLL, *Diplomatic Assurances and the Silence of Human Rights Law*, in *Melbourn Journal of Int-Law*, 2006, p. 104 ss.

tuazioni profondamente eterogenee e per finalità non del tutto equiparabili a quelle per le quali esso è stato originariamente concepito<sup>6</sup>.

I profili problematici che questa prassi solleva sono molteplici; essi riguardano infatti il valore giuridico e gli effetti delle assicurazioni diplomatiche, le differenze tra assicurazioni diplomatiche rese in relazione al rischio di pena capitale e quelle in ipotesi di rischio di tortura, il diverso rilievo che esse assumono a seconda che si tratti di fattispecie di estradizione ovvero di espulsione<sup>7</sup>.

Con intensità crescente peraltro organi di controllo istituiti nell'ambito di sistemi convenzionali a tutela di diritti umani hanno rivolto attenzione a questa evoluzione nella prassi delle assicurazioni diplomatiche<sup>8</sup>, manifestando un atteggiamento senza dubbio cauto, ma comunque improntato ad una certa considerazione delle stesse<sup>9</sup>: l'analisi della prassi che ne è derivata induce ad interrogarsi sulla rilevanza che tali garanzie assumono nella giurisprudenza e sulla loro idoneità ad incidere sulla portata, oltre che sull'effettivo rispetto, del divieto di allontanare un individuo in presenza di un rischio serio di subire tortura o trattamenti inumani o degradanti nello Stato di destinazione.

La presente analisi intende esaminare la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo circa la rilevanza delle assicurazioni diplomatiche nella valutazione dell'esistenza di un serio rischio che l'individuo destinatario di un provvedimento di allontanamento subisca tortura o

<sup>6</sup> *International Law Commission, Expulsion of Aliens, Memorandum by the Secretariat*, 31 marzo 2006, (doc. A/CN.4/565), paragrafi 585- 594.

<sup>7</sup> La presente analisi non intende esaminare la questione della natura giuridica delle assicurazioni diplomatiche e dei loro effetti ma si concentra piuttosto sull'incidenza che l'impiego delle assicurazioni diplomatiche da parte degli Stati determina sul principio di *non refoulement*. Per un'approfondita analisi del fenomeno delle assicurazioni diplomatiche, della loro natura, nonché degli effetti di un loro uso con riguardo all'obbligo di *non refoulement*, si fa nuovamente rinvio a GIANELLI, op cit.

<sup>8</sup> *Human Right Committee, Alzery, Communication* n. 1416/2001, doc. CCPR/C/88/D/1416/2005, del 10 novembre 2006; *Committee against Torture, Agiza c. Sweden, Communication* n. 233/2003, doc. CAT/C/34/D/233/2003, del 24 maggio 2005; *Committee against Torture, Attia c. Sweden, Communication* n. 199/2002, doc. CAT/C/31/D/199/2002, constatazioni del 24 novembre 2003, par. 12.3; sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 dicembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ricorso n. 22414/93, in *Reports of Judgements and Decisions*, 1996- V, p. 1853 ss., par. 80; del 12 aprile 2005, *Ahmed c. Austria*, ricorso n. 25964/94, in *Reports of Judgements and Decisions*, 1996- VI, p. 2206, paragrafi 39-40; del 20 febbraio 2007, *Shamayev and 12 others c. Georgia e Russia*, ricorso n. 36378/02, par. 62 ss.; del 7 marzo 2000, *Al-Moayad c. Germania*, ricorso n. 35865/03, par. 69.

<sup>9</sup> In questo senso GIANELLI, op. cit., in particolare p. 376; PALCHETTI, *Spetta alle autorità nazionali il compito di fugare i dubbi sui trattamenti disumani*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 3, p. 86 ss.; SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza*, cit.

trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione, in violazione quindi del divieto assoluto previsto dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, così come costantemente interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo. L'obiettivo è quello di stabilire se ed in che modo la Corte europea sia disposta a «valorizzare» le assicurazioni diplomatiche fornite dallo Stato di destinazione dell'individuo da allontanare. In ultima analisi, si tratta di vedere se, attraverso il rilievo attribuito alle assicurazioni diplomatiche, la Corte non abbia finito per accettare un abbassamento del livello di tutela previsto dall'art. 3<sup>10</sup>.

## 2. La rilevanza delle assicurazioni diplomatiche secondo la prospettiva della Corte europea

Come è noto, la Corte di Strasburgo ha costantemente ribadito il carattere assoluto dell'obbligo posto dall'art. 3, obbligo considerato non suscettibile di alcuna forma di bilanciamento, indipendentemente dal contenuto di un eventuale interesse contrastante<sup>11</sup>. Nello stesso tempo, tuttavia, la Corte non esclude affatto, a priori e *tout court*, che le assicurazioni diplomatiche possano assumere rilievo ai fini di accertare l'esistenza di un rischio di violazione dei diritti coperti dalla Convenzione, procedendo invece ad esaminare il rilievo che esse svolgono nella soluzione del singolo caso concreto<sup>12</sup>.

Nella prospettiva della Corte dunque le assicurazioni diplomatiche sono oggetto di una valutazione nel merito e assumono rilevanza ai fini

<sup>10</sup> Si veda sul punto il contributo di SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza*, cit.

<sup>11</sup> Il carattere assoluto di entrambi i profili collegati all'art. 3 è riaffermato con particolare vigore nella sentenza *Saadi c. Italia*, cit. Nel precedente caso *Chahal*, l'opinione dissidente congiunta di sette giudici aveva prospettato la possibilità di intravedere un'attenuazione del profilo relativo all'obbligo di non allontanare, suscettibile di subire qualche forma di compressione, per venire incontro ad esigenze di sicurezza nazionale. Tale orientamento, riproposto dal Regno Unito in occasione del caso *Saadi*, non è stato invece, in quella occasione, affatto accolto dalla Corte, che si è mostrata compatta e unanime nel ribadire il carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3 nel suo complesso. Su tali aspetti, PALCHETTI, *Spetta alle autorità nazionali il compito di fugare i dubbi sui trattamenti disumani*, cit., p. 86.

<sup>12</sup> Tali osservazioni sono state prontamente formulate in dottrina. Si veda, in particolare GIANELLI, op. cit.; ID. *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 449 ss.; PALCHETTI, *Spetta alle autorità nazionali il compito di fugare i dubbi sui trattamenti disumani*, cit.

del giudizio<sup>13</sup>, concorrendo a determinare l'insieme degli elementi fattuali da prendere in considerazione al fine di accertare o escludere l'esistenza, in caso di allontanamento, di un «serio rischio» nello Stato di destinazione. Tale orientamento costituisce peraltro un tratto costante non solo degli organi di controllo istituiti da trattati internazionali in materia di diritti umani<sup>14</sup>, ma anche della prassi di tribunali interni<sup>15</sup>.

Un simile atteggiamento induce tuttavia a domandarsi come la Corte stessa riesca a conciliare il ricorso alle assicurazioni diplomatiche con il carattere assoluto del divieto di allontanamento in caso di rischio di trattamenti contrari all'art. 3. A questo proposito può essere utile notare come la Corte, laddove si sia trovata ad esaminare l'esistenza di un tale rischio, abbia progressivamente articolato il proprio ragionamento in due fasi successive: dapprima, attraverso l'analisi di una prima serie di elementi di fatto<sup>16</sup>, i giudici di Strasburgo valutano l'esistenza o meno del rischio; successivamente, una volta attestato che effettivamente, nel caso di specie, il rischio per l'individuo sussiste, essi procedono a verificare se le assicurazioni diplomatiche rese nel singolo caso siano in concreto capaci di escludere quel rischio. Questo meccanismo di analisi si delinea con particolare chiarezza proprio nei recenti casi di condanna dell'Italia per le espulsioni in Tunisia<sup>17</sup>. Solo infatti dopo aver concluso per

<sup>13</sup> In questo senso GIANELLI, *Obbligo di non refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, cit., p. 377; PALCHETTI, *Spetta alle autorità nazionali il compito di fugare i dubbi sui trattamenti disumani*, cit.

<sup>14</sup> *Human Right Committee, Alzery, Communication*, cit.; *Committee against Torture, Attia c. Sweden*, cit.; e *Agiza c. Sweden*, cit. È tuttavia il caso di notare come la prospettiva assunta dalla Corte europea appaia lievemente differente da quella degli altri organi di controllo, che si pongono in un atteggiamento di sostanziale condanna delle assicurazioni diplomatiche in quanto tali, pur procedendo all'analisi delle stesse. In questo senso anche SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza*, cit., p. 27. Si veda tuttavia *Agiza c. Sweden*, cit., *Opinion séparée de M. Alexander Yakovlev (partiellement dissidente)*, par. 2.

<sup>15</sup> Per una ricognizione sulla prassi relativa alle assicurazioni diplomatiche, si confrontino *Human Rights Watch: «Empty Promises» Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture* (aprile 2004); *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture* (aprile 2005); *«Diplomatic Assurances» against Torture - Questions and Answers* (novembre 2006); *Cases Involving Diplomatic Assurances against Torture, Developments since May 2005* (gennaio 2007), reperibili nel sito [www.hrw.org](http://www.hrw.org).

<sup>16</sup> Tra tali elementi acquistano un valore peculiare i rapporti resi da fonti non governative. Si confrontino, in questo senso, in particolare, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06; del 24 aprile 2008, *Ismoilov c. Russia*, ricorso n. 2947/06; del 23 ottobre 2008, *Soldatenko c. Ucraina*, ricorso n. 2440/07.

<sup>17</sup> Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 febbraio 2009, *Ben Khemais c. Italia*, ricorso n. 246/07; *Bouyahia c. Italia*, ricorso n. 46792/06; *C.B.Z. c.*

l'esistenza di un rischio reale di comportamenti contrari all'art. 3 nello Stato di destinazione, sulla base di «faits sérieux et avérés», la Corte procede a verificare se le assicurazioni diplomatiche fornite dallo Stato di destinazione «suffisent à écarter ce risque»<sup>18</sup>. In concreto, i casi menzionati si sono tutti risolti con la constatazione che, nel caso in cui ai provvedimenti di espulsione fosse data esecuzione, l'Italia si sarebbe resa responsabile della violazione dell'art. 3, in quanto avrebbe sottoposto i ricorrenti ad un rischio serio di subire trattamenti inumani o degradanti, che le assicurazioni diplomatiche, rese nei singoli casi dallo Stato di destinazione, non erano effettivamente idonee ad escludere.

Siffatta modalità di operare ha condotto la Corte europea, in taluni casi relativi specificamente alla sola ipotesi di estradizione, ad accordare alle assicurazioni diplomatiche un rilievo che si è rivelato determinante al fine di escludere l'esistenza, nello Stato di destinazione, di un rischio grave di subire trattamenti contrari non solo all'art. 2, ma anche all'art. 3<sup>19</sup>.

Nel caso *Chamaïev et al. c. Georgia e Russia* in particolare, la Corte analizza anzitutto la situazione generale della Federazione russa, Paese richiedente l'estradizione, osservando come proprio la constatazione dell'esistenza di un rischio reale per i ricorrenti abbia indotto le autorità georgiane a richiedere determinate garanzie<sup>20</sup>. La Corte rileva inoltre come la Georgia abbia provveduto ad estradare solo i soggetti per i quali avesse ottenuto assicurazioni: la prospettiva che emerge dal ragionamen-

*Italia*, ricorso n. 4406/06; *Ben Salah c. Italia*, ricorso n. 38128/06; *O. c. Italia*, ricorso n. 37257/06; *Abdelhei c. Italia*, ricorso n. 2638/07; *Darraji c. Italia*, ricorso n. 11549/05; *Soltana c. Italia*, ricorso n. 37336/06; *Hamraoui c. Italia*, ricorso n. 16201/07; e del 5 maggio 2009, *Sellem c. Italia*, ricorso n. 12584/08.

<sup>18</sup> *Ben Khemais c. Italia*, cit., par. 56 e, nello stesso senso, *Sellem c. Italia*, cit., par. 38.

<sup>19</sup> Un tale orientamento si è manifestato innanzitutto nel caso *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* (sentenze del 4 febbraio 2005, ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, par. 76), in cui la Corte, rilevando il carattere «relatif par essence» dell'apprezzamento del giudice nella valutazione della soglia di gravità del rischio, che dipende «de l'ensemble des données de la cause», procede alla valutazione, peraltro piuttosto sommaria, degli elementi fattuali di cui dispone, analizzando sia i rapporti di organizzazioni non governative, dai quali tuttavia non emergerebbe un rischio «individualizzato» per i ricorrenti, sia il contenuto delle assicurazioni diplomatiche rese e l'organo che le ha prodotte, per arrivare ad affermare l'assenza di motivi sostanziali per affermare l'esistenza di un «risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3» in Uzbekistan, Stato richiedente l'estradizione. V., anche, le sentenze del del 20 febbraio 2007, *Al Moayad c. Germania*, ricorso n. 35865/03, par. 69; del del 12 aprile 2005, *Chamaïev et al. c. Georgia e Russia*, ricorso n. 36378/02, par. 62 ss.; del 17 febbraio 2009, *Gasayev c. Spagna*, ricorso n. 48514/06.

<sup>20</sup> *Chamaïev et al. c. Georgia e Russia*, cit., par. 341.

to della Corte sembra in definitiva riconoscere che le assicurazioni diplomatiche acquistano rilievo proprio quando una situazione di rischio reale per l'individuo sia in qualche modo astrattamente appurata<sup>21</sup>.

In *Al Moayad c. Germania*, la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità del caso, sembra addirittura rovesciare il ragionamento, fondando principalmente la constatazione del venir meno del rischio proprio sulle assicurazioni diplomatiche fornite dagli Stati Uniti<sup>22</sup>. L'effettività e l'affidabilità delle garanzie prestate, che vengono espressamente qualificate dalla Corte come strumenti «binding under public international law»<sup>23</sup>, riposerebbe sul comportamento tenuto in precedenza dagli Stati Uniti proprio in relazione a pregressi casi di estradizione<sup>24</sup>. Le assicurazioni diplomatiche sembrano in questa circostanza costituire l'elemento fattuale determinante e decisivo per la soluzione del caso<sup>25</sup>.

Nel recente caso *Gasayev c. Spagna*, le assicurazioni diplomatiche, fornite dalla Federazione russa, vengono considerate sufficienti ad escludere l'esistenza di un rischio reale, basandosi essenzialmente sulla valutazione condotta dalle autorità giurisdizionali spagnole<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Nel caso di specie, la Corte giunge alla conclusione per cui, pur non escludendo che i ricorrenti avrebbero potuto essere confrontati ad un rischio di maltrattamenti, tuttavia in tali circostanze «une simple possibilité de mauvais traitements n'entraîne pas en soi une atteinte à l'article 13 d'autant que les autorités géorgiennes avaient obtenu de leurs homologues russes des garanties couvrant même une telle éventualité» (*Chamaïev et al. c. Georgia e Russia*, cit., par. 352, corsivo aggiunto).

<sup>22</sup> Nel caso *Al Moayad c. Germania*, cit., gli Stati Uniti si sono formalmente impegnati nei confronti della Germania a non giudicare il ricorrente in base al *Presidential Military Order* del 2001 e a non trasferirlo in un luogo di detenzione situato al di fuori del territorio statunitense (*Presidential Military Order on Detention, Treatment and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, November, 13 201 (66 FED. REG. 57831-57836(2001))).

<sup>23</sup> *Al Moayad c. Germany*, cit., par. 69.

<sup>24</sup> *Al Moayad c. Germany*, cit., par. 68. La posizione della Corte nel caso di specie presta tuttavia il fianco ad alcune critiche, relative in particolare alle ragioni essenzialmente politiche su cui si fonda e che hanno esercitato un peso considerevole sulla decisione di inammissibilità. In questo senso, TONINI ALABISO, *Estradizione di sospetti terroristi, violazioni di diritti fondamentali e assicurazioni diplomatiche: il caso Al-Moayad c. Germania*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2008, p. 155.

<sup>25</sup> In questa prospettiva, l'assenza di documentazioni relative a violazioni dei diritti umani nei centri di detenzione in territorio statunitense sembra invece assumere minore importanza, semplicemente confermando una valutazione fondata sostanzialmente proprio sul rilievo delle assicurazioni diplomatiche. *Al Moayad c. Germania*, cit., par. 70.

<sup>26</sup> La Corte si sofferma in particolare sull'«examen approfondi et diligent des assurances fournies par les autorités russes», giungendo così a dichiarare la manifesta infondatezza dei motivi di ricorso fondati sugli articoli 2 e 3, in quanto «en l'absence de tout élément pouvant la convaincre du contraire, la Cour ne saurait infirmer ces conclusions des juridictions internes, qui ont eu le bénéfice d'entendre directement les parties, dans le

Come dunque risulta da questa disamina della giurisprudenza più recente, le assicurazioni diplomatiche costituiscono, nella prospettiva della Corte europea, un elemento fattuale particolarmente rilevante ai fini dell'accertamento dell'esistenza del rischio nello Stato di destinazione. In particolare, le assicurazioni costituiscono un elemento potenzialmente capace di annullare un rischio che, con specifico riferimento all'individuo ricorrente, è già stato considerato esistente ed attuale, sulla base di numerosi riscontri di violazioni gravi e generalizzate<sup>27</sup>.

### 3. Gli elementi che la Corte prende in considerazione nell'apprezzamento del grado di affidabilità delle assicurazioni diplomatiche

Nell'esame volto a verificare il grado di affidabilità delle assicurazioni diplomatiche, la Corte europea si sofferma solitamente su taluni elementi ricorrenti. Questi sembrano in effetti assumere progressivamente il ruolo di parametri di riferimento su cui fondare il giudizio relativo all'attendibilità delle assicurazioni diplomatiche. Tali elementi riguardano in particolare la forma e il contenuto delle assicurazioni diplomatiche, la previsione di un efficace sistema di monitoraggio circa il rispetto delle stesse<sup>28</sup>, l'identificazione dell'autorità e del ruolo occupato all'interno dell'organizzazione dello Stato dall'organo che le rende<sup>29</sup>, le circostanze attuali del caso di specie, attraverso un'analisi che si articola nell'esame della situazione generale del Paese<sup>30</sup>, da considerarsi però contestualmente alle specifiche circostanze della singola fattispecie<sup>31</sup>.

Innanzitutto, con specifico riferimento ad assicurazioni diplomatiche

cadre d'un examen contradictoire de la demande d'extradition» (*Gasayev c. Spagna*, cit., pp. 7-8).

<sup>27</sup> Questa prospettiva crea qualche perplessità e presenta qualche incongruenza in particolare con uno dei principi elaborati, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dal *Group de Spécialistes sur les Droits de l'Homme et la Lutte contre le Terrorisme, Rapport final d'activité du DH-S-TER sur les assurances diplomatiques*, che, concentrandosi proprio sulla prassi delle assicurazioni diplomatiche in caso di espulsione, ha sostenuto che «si l'étude de l'affaire conclut à l'existence d'un risque, le fait d'avoir obtenu des assurances diplomatiques ne change pas cette conclusion» (doc. CM(2006)64, 13-IV-2006, *Appendix 2*, par. 13 (xi)).

<sup>28</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 giugno 2008, *Ryabikin c. Russia*, ricorso n. 8329/04; *Ben Khemais c. Italia*, cit.

<sup>29</sup> *Shamaiev c. Georgia e Russia*, cit.; *Soldatenko c. Ucraina*, cit.; *Riabikin c. Russia*, cit.; *Ben Khemais c. Italia*, cit.

<sup>30</sup> *Mamatkoulou c. Turchia*, cit.; *Saadi c. Italia*, cit.; *Ismoilov c. Russia*, cit.; *Soldatenko c. Ucraina*, cit.

<sup>31</sup> *Ben Khemais c. Italia*, cit.; *Mamatkulov c. Turchia*, cit.

rese in relazione all'espulsione, la Corte ha stabilito che l'esistenza di norme interne o obblighi convenzionali relativi alla tutela dei diritti fondamentali non sono sufficienti ad assicurare una protezione adeguata contro il rischio di trattamenti contrari all'art. 3<sup>32</sup>, soprattutto nel caso in cui vi siano autorevoli fonti che attestano l'esistenza, nel Paese di destinazione, di atteggiamenti, adottati o comunque tollerati dalle autorità, palesemente in contrasto con i principi della Convenzione<sup>33</sup>.

Acquista in secondo luogo un rilievo significativo, nella prospettiva della Corte, la considerazione dell'organo dello Stato di destinazione che rende le assicurazioni diplomatiche. È così ad esempio che, nel caso *Chamaïev et al. c. Georgia e Russia*, è stato rilevato come le assicurazioni diplomatiche provenissero dal procuratore generale della Federazione russa e come tale dato fosse indice della affidabilità delle stesse<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> «L'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque, comme en l'espèce, des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention» (*Saadi c. Italia*, cit., par. 147). Nello stesso senso, *Ben Khemais c. Italia*, cit., par. 57; *Abdelhedi c. Italia*, cit., par. 46; *Sellem c. Italia*, cit., par. 38.

<sup>33</sup> Questa constatazione appare tuttavia tanto più significativa se comparata all'orientamento assunto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 10 agosto 2006, resa nell'affare *Olaechea Chauas c. Spagna*, ricorso n. 24668/03, relativo ad un'ipotesi di estradizione. Nel caso di specie, la constatazione dell'assenza di violazione dell'art. 3 si fonda, secondo il ragionamento della Corte, sull'esame degli elementi fattuali, tra cui ha assunto un rilievo particolare la circostanza che l'extradizione sia stata disposta in seguito all'ottenimento di garanzie, da parte delle autorità peruviane, che il ricorrente avrebbe beneficiato, tra l'altro, di un trattamento conforme alle norme internazionali sui diritti fondamentali, «dont fait partie le contrôle opéré par la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme» (par. 43). In senso analogo, *Einhorn c. Francia*, cit., in cui l'irricevibilità della domanda, con riguardo all'art. 3 si fonda, tra l'altro, sulla «Constitutions de la Pennsylvanie (ch. IV, art. 9) et des dispositions législatives en vigueur dans cet Etat (loi 71 Pa C.S.A., art. 299)» (par. 27).

Benché la questione sarà analizzata più diffusamente *infra* (si veda par. 4 b), è opportuno precisare fin d'ora che qualche differenza sembra emergere, oltre che nel grado di rigore che la Corte adotta nell'esame delle assicurazioni diplomatiche, anche nella valutazione stessa degli elementi di riferimento, a seconda che si tratti di casi di estradizione piuttosto che di espulsione.

<sup>34</sup> *Chamaïev et al. c. Georgia e Russia*, cit., par. 144: «appréciant la crédibilité que les autorités géorgiennes ont pu attribuer à ces garanties, la Cour juge important le fait que celles-ci émanaient du procureur général, lequel dans le système russe contrôle les activités de l'ensemble des procureurs de la Fédération de Russie, qui soutiennent l'accusation devant les tribunaux [...]. Il convient également de relever que les autorités du parquet remplissent un rôle de supervision du respect des droits des détenus dans la Fédération de Russie, ce rôle comprenant entre autres le droit de visite et de contrôle sans entraves dans les lieux de détention».

Al contrario, in alcuni casi, l'effettiva autorità dell'organo statale a fornire assicurazioni diplomatiche per conto dello Stato ha suscitato perplessità nell'analisi della Corte<sup>35</sup>.

La previsione di un adeguato ed effettivo sistema di monitoraggio del rispetto delle assicurazioni rese, costituisce un ulteriore parametro che riveste un peso considerevole nella valutazione della Corte. Questa ha messo in discussione il valore delle assicurazioni sia nel caso in cui le garanzie non prevedano adeguati strumenti volti ad assicurarne l'effettivo rispetto<sup>36</sup>, sia nel caso in cui sia carente, nello Stato di destinazione, un sistema effettivo di protezione contro la tortura in generale<sup>37</sup>.

L'esistenza infine di un esame giurisdizionale dell'affidabilità delle assicurazioni diplomatiche, condotto da organi giudiziari nazionali dello Stato di invio, costituisce un elemento di notevole importanza nella prospettiva della giurisprudenza di Strasburgo. In più di un'occasione, la Corte si è pronunciata per l'irricevibilità di casi in cui la constatazione dell'idoneità delle assicurazioni diplomatiche ad escludere il rischio, in caso di estradizione, fosse avvenuta ad opera di tribunali interni<sup>38</sup>.

In merito a tale profilo occorre tuttavia articolare due considerazioni. Innanzitutto è opportuno mettere in rilievo che la tendenza della Corte a non mettere sostanzialmente in discussione i risultati dell'indagine condotta dalle giurisdizioni interne circa l'affidabilità delle assicurazioni diplomatiche si è manifestata, quantomeno fino ad ora, con esclusivo ri-

<sup>35</sup> Nel caso *Soldatenko c. Ucraina*, cit., par. 73 la Corte nota come «it is not at all established that the First Deputy Prosecutor General or the institution which he represented was empowered to provide such assurances on behalf of the State». Si veda, nello stesso senso, *Ben Khemais c. Italia*, cit., par. 59, in cui la Corte rileva «qu'il n'est pas établi que l'avocat général à la direction générale des services judiciaires était compétent pour donner ces assurances au nom de l'Etat».

<sup>36</sup> *Ryabikin c. Russia*, par. 119, in cui la Corte punta proprio sul fatto che «there appears to be no objective means of monitoring their fulfilment».

<sup>37</sup> *Ben Khemais c. Italia*, par. 59. La Corte afferma infatti che in assenza di un meccanismo di controllo «il est difficile de vérifier que les assurances données seront respectées».

<sup>38</sup> Nel caso *Gasayev c. Spagna*, cit., in particolare par. 1, la Corte ha motivato la propria valutazione facendo riferimento al fatto che i giudici spagnoli erano giunti a considerare le assicurazioni «suffisantes et convaincantes», in seguito ad un «examen approfondi et diligent des assurances fournies». La Corte ha così dichiarato la manifesta infondatezza dei motivi di ricorso fondati sugli articoli 2 e 3, in quanto «en l'absence de tout élément pouvant la convaincre du contraire, la Cour ne saurait infirmer ces conclusions des juridictions internes, qui ont eu le bénéfice d'entendre directement les parties, dans le cadre d'un examen contradictoire de la demande d'extradition». Nello stesso senso, si confrontino le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Einhorn c. Francia*, ricorso n. 71555/01; *Abu Salem c. Portogallo*, ricorso n. 26844/04; *Saoudi c. Spagna*, ricorso n. 22871/06.

ferimento alle ipotesi di estradizione<sup>39</sup>. Pur non avendo ancora avuto occasione di prendere in considerazione la posizione dei giudici interni su assicurazioni diplomatiche rese in caso di espulsione<sup>40</sup>, la Corte sembra tuttavia rivendicare in questo contesto un ruolo autonomo<sup>41</sup>.

L'esistenza inoltre di una valutazione ad opera di tribunali interni, sull'affidabilità delle assicurazioni diplomatiche rese nel caso di specie, non dovrebbe esimere la Corte dal realizzare un controllo giurisdizionale autonomo. La valutazione dei giudici interni può senza dubbio costituire un utile punto di riferimento<sup>42</sup>, a condizione tuttavia che i parametri utilizzati dagli organi giurisdizionali interni equivalgano a quelli adottati a Strasburgo. Al riguardo permane, alla luce della giurisprudenza in tema di assicurazioni diplomatiche, qualche incertezza sull'avvenuta elaborazione di criteri di riferimento chiari ed uniformi da parte della Corte, nonché sull'effettiva adozione degli stessi da parte dei giudici interni.

<sup>39</sup> Il ragionamento condotto dalla Corte sull'esistenza di una valutazione giudiziale interna delle assicurazioni diplomatiche e della loro idoneità ad escludere il rischio nel caso concreto evoca in qualche modo l'orientamento della Corte in relazione al principio del margine di apprezzamento riservato alle autorità nazionali in tema di emergenza alla vita della nazione. Si confronti, da ultimo, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 febbraio 2009, *A. e al. c. Gran Bretagna*, ricorso n. 3455/05.

<sup>40</sup> Nella recente prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo l'ottenimento di assicurazioni diplomatiche in caso di espulsione segue temporalmente l'eventuale convalida da parte delle autorità giudiziarie del provvedimento di espulsione, per cui gli organi giurisdizionali interni non si sono trovati a valutare l'idoneità delle garanzie tese ad escludere il rischio di trattamenti contrari all'art. 3 (emblematici in questo senso sono tutti i casi relativi all'Italia: si veda, da ultimo, il caso tuttora pendente dinanzi alla Corte europea, *Toumi c. Italia*, ricorso n. 25716/09, *Deuxième Section, Exposé des faits et questions*, 14 agosto 2009).

<sup>41</sup> Con riguardo ad ipotesi di espulsione, la Corte si è trovata infatti a sottolineare costantemente come «il appartient à la Court d'examiner si les assurances données par l'Etat de destination fournissent, dans leur application effective, une garantie suffisante quant à la protection du requérant contre les risques de traitements interdits par la Convention» (*Chalal c. Regno Unito*, cit., par. 105). Nella medesima prospettiva, si confrontino *Saadi c. Italia*, cit., par. 148; *Abdelhedi c. Italia*, cit., par. 46; *Ben Khemais c. Italia*, cit., par. 57; *Sellem c. Italia*, cit.

<sup>42</sup> L'esigenza di un controllo giurisdizionale delle assicurazioni diplomatiche si evidenzia anche dalle indicazioni che provengono dal Gruppo di Specialisti sui Diritti dell'Uomo e la Lotta al Terrorismo del Consiglio d'Europa, (DH-S-TER) *Extraits du 15<sup>e</sup> Rapport général d'activités du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) couvrant la période du 1<sup>er</sup> août 2004 au 31 juillet 2005*, DH-S-TER (2005)009, Strasbourg, 2 déc. 2005, per cui «il convient également de souligner que, avant le renvoi, toute procédure d'éloignement impliquant des assurances diplomatiques doit pouvoir être susceptible de recours devant une autorité indépendante et que tout recours doit avoir un effet suspensif sur l'exécution de la mesure d'éloignement. C'est là le seul moyen d'assurer un examen rigoureux et à temps de la sûreté des arrangements envisagés dans un cas donné» (par. 41).

Significativo a questo proposito è l'esame della giurisprudenza della Corte sulle assicurazioni diplomatiche, condotto dalla *House of Lords* nel recente caso *Othman*<sup>43</sup>, avente ad oggetto la conformità agli obblighi derivanti dalla Convenzione europea di tre provvedimenti di espulsione adottati per ragioni di sicurezza nazionale. I ricorrenti, due individui di nazionalità algerina e uno di nazionalità giordana, adducevano infatti che l'espulsione verso i rispettivi Paesi di origine li avrebbe esposti al rischio di subire trattamenti contrari a quanto disposto dagli articoli 3, 5 e 6 della Convenzione<sup>44</sup>. Con particolare riferimento alla rilevanza che le assicurazioni diplomatiche possono assumere per la soluzione del caso di specie, i *Lords* fanno leva sull'espressione «adequate guarantees of safety», concetto questo che la Corte richiama fin dal caso *Chahal*, senza tuttavia chiarirne precisamente la portata<sup>45</sup>. La prospettiva secondo cui le assicurazioni diplomatiche costituiscono solo uno degli elementi fattuali da prendere in considerazione nell'accertamento dell'esistenza del rischio, risulta senza dubbio conforme all'orientamento costantemente manifestato dalla Corte europea, senza tuttavia coincidere completamente con esso. Alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo in tema di espulsione<sup>46</sup>, emerge infatti che, nel ragionamento della Corte, la constatazione dell'esistenza del rischio precede la valutazione delle assicurazioni diplomatiche ed è funzionale ad escludere l'idoneità delle stesse ad eliminare un rischio già considerato come esistente ed attuale. L'analisi delle assicurazioni diplomatiche non è dunque preordinata a rafforzare la constatazione dell'assenza del rischio<sup>47</sup>, quanto piuttosto confermarne la sua effettiva sussistenza, data l'inidoneità

<sup>43</sup> *House Of Lords, Opinions Of The Lords Of Appeal For Judgment in the Cause RB (Algeria) (FC) and another (Appellants) c. Secretary of State for the Home Department (Respondent) OO (Jordan) (Original Respondent and Cross-appellant) c. Secretary of State for the Home Department (Original Appellant and Cross respondent)*, 18 February 2009, SESSION 2008–09, [2009] UKHL 10.

<sup>44</sup> Com'è noto, il meccanismo peculiare creato dallo *Human Right Act* del 1998 ha garantito una sorta di «tutela indiretta» dei *conventional rights* permettendone l'invocabilità di fronte alle Corti interne inglesi.

<sup>45</sup> Secondo la Suprema Corte britannica, dalla prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo, non potrebbe ritenersi stabilito il principio per cui «assurances must eliminate all risk of inhuman treatment before they can be relied upon», in quanto l'esistenza di un «real risk» si fonda sulla «consideration of all the relevant circumstances of which assurances form part». Si vedano, in particolare, le considerazioni di Lord Phillips Of Worth Matravers, par. 114.

<sup>46</sup> Si confrontino i rilievi svolti *supra*, par. 2.

<sup>47</sup> Una simile impostazione appare particolarmente consolidata nelle considerazioni di Lord Phillips Of Worth Matravers, par. 108.

delle stesse assicurazioni diplomatiche ad eliminare quel rischio<sup>48</sup>. Il punto di vista delle due istanze giurisdizionali non sembra dunque essere esattamente il medesimo<sup>49</sup>.

4. *L'ambito di applicazione delle assicurazioni diplomatiche: a) il rilievo delle assicurazioni diplomatiche in relazione alla pena capitale e alla tortura: l'assenza di distinzione tra le due ipotesi nella prospettiva della Corte europea*

Anche nelle ipotesi in cui le assicurazioni diplomatiche siano finalizzate ad offrire una pluralità di garanzie da parte dello Stato di destinazione, come frequentemente accade<sup>50</sup>, la Corte europea è solita condurre un'analisi congiunta dell'incidenza delle assicurazioni diplomatiche rispetto alla tutela dei diritti contemplati dagli articoli 2 e 3 della Convenzione europea. Dalla giurisprudenza della Corte emerge infatti una pressoché totale assenza di distinzione circa il diverso ruolo che le assicurazioni diplomatiche sono idonee a svolgere a seconda che il rischio nel

<sup>48</sup> Si veda, da ultimo, in termini inequivocabili e particolarmente stringenti, *Ben Khemais, c. Italia*, cit., paragrafi 57 e 61. Questa è anche la posizione già assunta dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (si veda la ris. 1433 (2005), relativa alla legittimità della detenzione di persone a Guantanamo Bay), come del resto riconosciuto dagli stessi USA nel dibattito presso il Consiglio dei diritti umani sul rapporto del Relatore speciale sulla tortura, doc. A/HRC/2/SR.6, 2 ottobre 2006, par. 71, secondo cui le assicurazioni diplomatiche non riuscirebbero mai, in quanto tali, a costituire una forma particolare di adempimento degli obblighi di *non refoulement* da parte dello Stato che rinvia» (p. 380). Ancora più drastica la Commissione Venezia, secondo cui «lorsqu'il existe des éléments concrets permettant de soupçonner qu'un pays pratique ou tolère la torture à l'encontre de certaines catégories de prisonniers, ces garanties ne réduisent pas forcément et de manière satisfaisante ce risque» *Commission Européenne de la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis N° 363 / 2005, sur les Obligations légales internationales des Etats Membres du Conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers, CDL-AD(2006)009*, 17 marzo 2006, par. 142.

<sup>49</sup> La pronuncia resa dai *Lords* il 18 febbraio 2009 è oggetto di un ricorso tuttora pendente presso la Corte di Strasburgo, che, il 19 febbraio 2009, ha disposto, ai sensi dell'art. 39 del regolamento della Corte, misure cautelari che sospendono l'esecuzione dell'espulsione del ricorrente (*Communiqué du Greffier* n. 131, del 19 febbraio 2009, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Omar Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, ricorso n. 8139/09).

<sup>50</sup> Tale circostanza si verifica nel caso in cui le assicurazioni diplomatiche si articolino in una serie di garanzie relative anche al rispetto del diritto ad un equo processo, alla libertà personale, al rispetto della vita privata e familiare.

Paese di destinazione riguardi la sottoposizione a pena capitale piuttosto che a tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

Le due ipotesi tuttavia non appaiono agevolmente assimilabili, in considerazione dell'esistenza di una differenza «strutturale» del divieto di tortura rispetto al divieto di pena di morte<sup>51</sup>.

Un'indicazione in questo senso si ricava anche dai lavori della Commissione di diritto internazionale in tema di espulsione<sup>52</sup>. Nel suo Quinto Rapporto infatti, il Relatore Speciale Kamto ha proposto l'adozione di una norma relativa all'espulsione in caso di rischio di sottoposizione a pena capitale, che contiene un richiamo alle garanzie diplomatiche<sup>53</sup>. La richiesta di garanzie in tali circostanze tende, secondo la stessa formulazione della disposizione<sup>54</sup>, ad assumere il valore di una condizione preliminare, necessaria al fine di dare esecuzione al provvedimento di espulsione. La Commissione di diritto internazionale sostanzialmente conferma questa impostazione<sup>55</sup>, sottolineando l'opportunità di precisare le condizioni al ricorrere delle quali le garanzie siano da considerarsi sufficientemente adeguate<sup>56</sup>. Un richiamo al ricorso alle assicurazioni diplomatiche nel caso in cui l'espulsione determini un rischio di subire tortura o trattamenti inumani o degradanti nello Stato di destinazione non

<sup>51</sup> Si confronti su tali aspetti in particolare GIANELLI, *Obbligo di non refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, cit., in particolare par. 8, che riconduce l'assenza di sostanziali analogie tra assicurazioni rese nelle due diverse ipotesi, sia al diverso contesto normativo (per l'inesistenza, nell'ordinamento internazionale, di una norma «universale» che vieti la pena di morte, a differenza di quanto non accada invece con riguardo al divieto di tortura), sia ad una differenza di ordine pratico (per la difficoltà di monitorare, nel caso di assicurazioni relative alla tortura, l'effettivo rispetto di esse da parte dello Stato di destinazione, diversamente dall'ipotesi della applicazione della pena di morte).

<sup>52</sup> KAMTO, *Cinquième rapport sur l'expulsion des étrangers*, del 27 marzo 2009, doc. A/CN.4/611.

<sup>53</sup> *Projet d'article 9, Cinquième rapport sur l'expulsion des étrangers*.

<sup>54</sup> Il paragrafo 2 del *Projet d'article 9* è infatti così formulato: «un État qui a aboli la peine de mort ne peut expulser une personne condamnée à mort vers un État où cette personne risque l'exécution, sans obtenir au préalable la garantie que la peine capitale ne sera pas exécutée».

<sup>55</sup> *Rapport de la Commission du droit international, Soixante et unième session 4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2009, Examen du Cinquième Rapport sur l'expulsion*, doc. A/64/10.

<sup>56</sup> A tal fine, la Commissione suggerisce di specificare le procedure volte a controllare l'effettivo rispetto delle assicurazioni fornite, oltre chiarire le conseguenze di una eventuale violazione delle stesse e determinare infine in che misura la disposizione in questione si riferisca all'espulsione piuttosto che all'extradizione. *Rapport de la Commission du droit international*, cit., par. 116.

compare affatto nella proposta di disposizione dedicata all'espulsione in caso di rischio di tortura nello Stato di destinazione<sup>57</sup>.

La prassi relativa alle assicurazioni diplomatiche in caso di espulsione non appare ancora né uniforme né consolidata<sup>58</sup>. La Commissione di diritto internazionale manifesta tuttavia un'apertura verso la possibilità dell'utilizzo dell'istituto delle assicurazioni diplomatiche con riguardo all'espulsione, nella misura in cui l'espulsione stessa rischi di risolversi nella violazione dell'obbligo convenzionale di abolizione della pena di morte. L'atteggiamento improntato ad una certa apertura nei confronti dell'impiego di assicurazioni diplomatiche anche in contesti diversi dall'extradizione, non si estende tuttavia in alcun modo alla possibilità di concepire il ricorso a qualsiasi forma di garanzia in relazione all'esistenza di un rischio di violazione del divieto assoluto di tortura o trattamenti inumani o degradanti<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> *Projet d'art. 11*. Il paragrafo 2 della disposizione in oggetto risulta attualmente così formulato: «Un État ne peut expulser une personne vers un pays où il existe un risque sérieux qu'elle soit soumise à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants».

<sup>58</sup> La stessa prassi degli Stati europei in relazione al ricorso alle assicurazioni diplomatiche in caso di espulsione, non è univoca ed evidenzia posizioni contrastanti. A conferma di ciò, si confronti, in particolare la posizione assunta dal Governo olandese nel caso *Ramzi c. Olanda*, cit., par. 106, secondo cui «as the topic of diplomatic assurances was currently the subject of an intense debate in the international community, the Government considered that the question whether diplomatic assurances were acceptable had not been sufficiently determined». Allo stesso modo può essere valutato l'atteggiamento assunto dalla Svezia, che, dopo aver fatto uso delle assicurazioni diplomatiche in caso di espulsione, ha dichiarato di non voler più ricorrere alle stesse, anche a seguito delle constatazioni di condanna rese nei suoi confronti da organi di controllo istituiti da sistemi convenzionali a tutela dei diritti umani (*Human Right Committee, Alzery, Communication*, cit., par. 9.1). L'assenza di prassi costante ed uniforme sulle assicurazioni diplomatiche in caso di espulsione emerge anche dal *Rapport final d'activité du DH-S-TER sur les assurances diplomatiques* (doc. CM(2006)64, 13-IV-2006, *Appendix 2, Annexe II*, cit.), che ha concluso i lavori, rinviando l'adozione di linee guida, in attesa che la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronunci sul punto. In una situazione del genere, una presa di posizione netta sulla questione da parte della Corte europea, si rende quanto mai opportuna, proprio al fine di fornire indicazioni al riguardo.

<sup>59</sup> Nel discutere la questione, la Commissione di diritto internazionale ha peraltro suggerito di inserire un richiamo all'esigenza di ottenere garanzie, da parte dello Stato di destinazione, di non sottoporre l'individuo espulso a tortura o maltrattamenti (Rapporto della Commissione di diritto internazionale, cit., par. 124), senza tuttavia chiarirne in alcun modo i presupposti, né se l'ottenimento di tali garanzie si renda necessario sempre o solo al ricorrere di determinate circostanze.

5. Segue: b) *Le assicurazioni diplomatiche nel contesto dell'extradizione e in quello dell'espulsione*

Il ruolo che le assicurazioni diplomatiche svolgono assume connotati diversi a seconda che l'allontanamento di un individuo avvenga mediante espulsione piuttosto che attraverso estradizione. Nel caso di estradizione infatti la consegna di un individuo allo Stato che ne richiede l'extradizione corrisponde al contenuto di un obbligo internazionale: le assicurazioni diplomatiche possono di conseguenza rappresentare il mezzo attraverso cui lo Stato richiesto adempie al proprio obbligo nei confronti dello Stato richiedente l'extradizione, senza incorrere nella violazione di obblighi posti da norme a tutela dei diritti umani, a seguito delle garanzie rese dallo Stato richiedente. L'espulsione, al contrario, non risponde all'esigenza di ottemperare un impegno nei confronti di un altro Stato, ma è finalizzata a garantire un interesse unilaterale dello Stato che espelle.

Le differenze fondamentali tra estradizione ed espulsione sono chiare alla Corte europea, che sembra aver manifestato un atteggiamento improntato ad un maggior rigore nella valutazione della rilevanza delle assicurazioni diplomatiche in caso di espulsione. Benché il costante orientamento della Corte appaia improntato ad una sostanziale considerazione in termini unitari dell'allontanamento, per cui né il motivo che determina l'allontanamento, né la forma che il relativo provvedimento assume sono idonei ad incidere sul carattere assoluto dell'art. 3 e sulla conseguente impossibilità di dar luogo qualsiasi forma di bilanciamento<sup>60</sup>, la giurisprudenza fino ad ora resa in materia di assicurazioni diplomatiche manifesta una tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a mantenere distinta la fattispecie dell'extradizione da quella dell'espulsione<sup>61</sup>, quantomeno con riferimento agli effetti giuridici ed alle conseguenze pratiche che tali assicurazioni diplomatiche sono idonee a produrre<sup>62</sup>, anche se, in

<sup>60</sup> In questo senso va interpretata tutta la giurisprudenza della Corte, a partire dalla sentenza del 29 marzo 1991, resa nell'affare *Cruz Varas et al. c. Svezia*, par. 69-70.

<sup>61</sup> Tendenza che per la verità sembra essersi in qualche modo delineata già dalle differenze che emergono dalle pronunce *Soering*, cit., (par. 89), e *Chahal*, cit., (par. 81).

<sup>62</sup> Questo atteggiamento potrebbe forse trovare giustificazione alla luce della tradizionale appartenenza dell'istituto delle assicurazioni diplomatiche al contesto dell'extradizione, nonché del rilievo che la Corte stessa riconosce all'extradizione in quanto strumento consolidato di cooperazione nella prassi dei rapporti tra Stati per il contrasto alla criminalità, come si evince già dal caso *Soering*, cit., in particolare par. 89. Sul rapporto tra estradizione e tutela dei diritti umani nella giurisprudenza della Corte europea, si veda STARACE, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione* (a cura di Salerno), Padova, 2003, p. 97 s.

termini astratti, la valutazione delle assicurazioni diplomatiche si fonda sui medesimi criteri nel caso dell'espulsione come in quello dell'estradizione<sup>63</sup>. La Corte ha infatti considerato le assicurazioni diplomatiche determinanti al fine di escludere il rischio solo in ipotesi di estradizione<sup>64</sup>, mentre in tutti i casi in cui le assicurazioni diplomatiche fossero preordinate a dare esecuzione ad un provvedimento di espulsione, la Corte ne ha costantemente negato il rilievo decisivo.

Occorre tuttavia notare come, a fronte del moltiplicarsi, nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dei casi di allontanamento – inteso in senso ampio – implicanti assicurazioni diplomatiche, la Corte abbia reagito con rinnovato rigore e progressivo irrigidimento nei confronti delle assicurazioni diplomatiche e del loro peso effettivo nella soluzione del caso di specie<sup>65</sup>: a partire dal caso *Saadi* infatti la valutazione circa l'affidabilità e la credibilità delle assicurazioni diplomatiche e la loro idoneità ad eliminare il rischio in concreto, ha pressoché costantemente condotto la Corte a escludere che le garanzie rese fossero idonee a far venir meno il *real risk* di trattamenti contrari all'art. 3 nello Stato di destinazione<sup>66</sup>. Si potrebbe allora sostenere che

<sup>63</sup> *Supra*, par. 2.

<sup>64</sup> *Al – Moayad c. Germania*, cit.; *Mamatkoulov e Askarov c. Turchia*, cit.; *Gasayev c. Spagna*, cit.; *Einhorn c. Francia*, cit.; *Abu Salem c. Portogallo*, cit.; *Saoudi c. Spagna*, cit.

<sup>65</sup> In questo senso, LEGIDO, *Garantías Diplomáticas, No Devolución y Prohibición de la Tortura*, in *Revista española de derecho int.*, 2008, p. 11 ss.

<sup>66</sup> In controtendenza con questo orientamento si pone esclusivamente il caso *Gasayev*, cit., in cui la Corte ha escluso che l'estradizione avrebbe dato luogo a violazione dell'art. 3. Tale caso presenta tuttavia caratteri peculiari di cui occorre tener conto. Come la Corte stessa rileva infatti, la Federazione Russa è parte della Convenzione europea e, in quanto tale, è destinataria degli obblighi che da tale sistema convenzionale derivano, tra i quali figura ovviamente anche il rispetto del diritto alla vita e il divieto assoluto di trattamenti inumani o degradanti (*Gasayev c. Spagna*, cit., pag. 8): questa circostanza potrebbe aver influito sulla soluzione accolta dalla Corte, per un duplice ordine di ragioni. Si potrebbe innanzitutto far leva sull'esistenza di una sorta di «presunzione di rispetto degli obblighi» che la Convenzione impone a tutti gli Stati parti e dunque anche allo Stato di destinazione. Nell'ipotesi in cui quest'ultimo Stato ponga in essere condotte che risultino in contrasto con gli obblighi assunti con l'adesione alla Convenzione, esisterebbe inoltre la possibilità di esperire il meccanismo di controllo istituito dallo stesso sistema convenzionale anche nello Stato di destinazione. In questo senso, MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, cit., p. 168. Si potrebbe peraltro ritenere, sotto un diverso profilo, che gli accordi di estradizione su cui si fonda il trasferimento dell'individuo, nel caso in cui sia lo Stato richiedente che lo Stato estradante siano entrambi parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo siano da interpretare in modo conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per effetto dell'art. 31.3 lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e che tale circostanza sia idonea ad evitare che la stessa procedura di

l'atteggiamento della Corte, fino ad oggi costante nell'escludere in concreto il rilievo determinante delle assicurazioni diplomatiche con riguardo alle ipotesi di espulsione<sup>67</sup>, appaia orientato verso una progressiva chiusura, nel senso di escludere la rilevanza decisiva che le assicurazioni diplomatiche siano capaci di svolgere anche con riguardo ai casi di estradizione<sup>68</sup>. La giurisprudenza fino ad ora resa dalla Corte lascia tuttavia permanere qualche margine di incertezza.

## 6. Considerazioni conclusive

Nonostante la riaffermazione costante del carattere assoluto del divieto di allontanamento in presenza di un rischio serio di subire, nello Stato di destinazione, trattamenti contrari all'art. 3, l'analisi della giurisprudenza della Corte relativa alle assicurazioni diplomatiche induce infatti a ritenere che la valorizzazione delle assicurazioni diplomatiche da parte della Corte costituisca un elemento che rischia di determinare un abbassamento del grado di tutela previsto dallo stesso art. 3 della Convenzione.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di Strasburgo, il carattere assoluto dell'art. 3 osta categoricamente al ricorso a qualsivoglia operazione di bilanciamento con eventuali interessi contrastanti<sup>69</sup>, a differenza di quanto non avvenga, ad esempio, per rimanere nell'ambito dei diritti rilevanti in tema di allontanamento, in relazione all'art. 8, rispetto al quale la Corte presume in via generale ed astratta la possibilità di procedere ad una sorta di ponderazione tra eventuali valori concorrenti<sup>70</sup>.

estradizione si perfezioni, qualora sussista un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti nello Stato di destinazione. Sul punto, GAJA, *Trattati di estradizione e diritti umani*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, cit., p. 136 s.

<sup>67</sup> Si vedano in tal senso la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'11 dicembre 2008, *Muminov c. Russia*, ricorso n. 42502/06; nonché tutte le sentenze relative all'Italia: *Ben Khemais c. Italia*, cit., *Bouyahia c. Italia*, cit., *C.B.Z. c. Italia*, cit.; *Ben Salah c. Italia*, cit.; *O. c. Italia*, cit.; *Abdelhei c. Italia*, cit.; *Darraji c. Italia*, cit.; *Soltana c. Italia*, cit.; *Hamraoui c. Italia*, cit.; *Sellem c. Italia*, cit.

<sup>68</sup> Si vedano in tal senso le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *Ismoilov et al. c. Russia*, ricorso n. 2947/06; del 19 giugno 2008, *Ryabikin c. Russia*, ricorso n. 8320/04; del 23 ottobre 2008, *Soldatenko c. Ukraine*, ricorso n. 2440/07.

<sup>69</sup> Si veda per tutti *Saadi c. Italia*, cit., in cui la Corte è unanime nell'affermare il carattere assoluto dell'art. 3 nel suo complesso, sottratto quindi a qualsiasi logica di bilanciamento.

<sup>70</sup> Si veda sul punto TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nel-*

La compressione di un diritto fondamentale può tuttavia risultare da un diverso percorso logico, che passa attraverso un abbassamento del rigore nell'accertamento fattuale dell'esistenza del rischio in caso di allontanamento. Il carattere assoluto dell'art. 3 dovrebbe determinare non solo la sottrazione a qualsiasi forma di bilanciamento, ma ugualmente il mantenimento di un alto grado di rigore nell'accertamento delle condizioni di fatto dalle quali si deduce l'esistenza di un rischio di violazione di tale disposizione.

La valorizzazione delle assicurazioni diplomatiche da parte della Corte presta invece il fianco a questo pericolo: l'esame nel merito che la Corte conduce su tali assicurazioni diplomatiche è infatti già di per sé idoneo, ad avviso di chi scrive, a determinare un'attenuazione delle conseguenze che derivano dal riconoscimento del carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3.

La constatazione del carattere «relatif par essence» dell'apprezzamento che il giudice conduce nella valutazione della soglia di gravità del rischio, che dipende «de l'ensemble de données de la cause»<sup>71</sup> e quindi anche dalle assicurazioni diplomatiche e dalle specifiche esigenze a cui la richiesta delle stesse è preordinata<sup>72</sup>, manifesta del resto la permanenza, in capo all'organo giudicante, di un margine di apprezzamento, ancorché attinente alla valutazione dei fatti, che mal si concilia tuttavia con la connotazione assoluta dell'obbligo di cui all'art. 3<sup>73</sup>. Ciò soprattutto perché, avvalendosi di questo margine di apprezzamento, la Corte può essere indotta a dare rilevanza ad esigenze diverse da quelle relative alla tutela dei diritti individuali del soggetto colpito dal provvedimento di allontanamento. In altre parole, valorizzando le assicurazioni

*la giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2006, in particolare p. 689, in cui l'autore distingue tra un'operazione riportabile al c.d. «definitional balancing», in cui la ponderazione si realizza in via generale ed astratta, dal processo di «arbitraggio» che la Corte conduce con riferimento all'art. 3, in cui vengono presi in considerazione gli interessi ricorrenti nel caso specifico e la regola di equilibrio tra gli stessi risulta valida solo per il singolo caso di specie».

<sup>71</sup> Tale impostazione costituisce una costante nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si veda per tutti *Mamatkoulou c. Turchia*, cit., par. 70.

<sup>72</sup> Questa conseguenza appare con tutta evidenza nel ragionamento svolto dalla *House of Lords* nel citato caso *RB and OO*. Si confronti, in particolare, l'*Opinion* di Lord Hope of Craighead, secondo cui, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alle assicurazioni diplomatiche, «the words “substantial” and “real risk” show that the court's approach is essentially a practical one that strikes a balance between the interests of the community and the protection of the individual» (par. 242).

<sup>73</sup> In questo senso anche SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza*, cit., in particolare p. 26 e, con riferimento, più in generale, al concetto di margine di discrezionalità nella giurisprudenza della Corte, p. 16, nota 31 e dottrina ivi citata.

diplomatiche alla stregua di «elementi fattuali» da prendere in considerazione in quanto idonei ad incidere sulla soluzione del caso concreto, la Corte compie un'operazione che consente in sostanza di tenere conto di eventuali interessi contrapposti, che riguardano prevalentemente il contrasto al terrorismo internazionale e la lotta alla criminalità, senza formalmente mettere in discussione il carattere assoluto del divieto previsto dall'art. 3<sup>74</sup>. Al di là della riaffermazione di principio del carattere assoluto del divieto di tortura, tuttavia, una tale operazione finirebbe evidentemente per «relativizzare» una protezione che si vuole invece come assoluta<sup>75</sup>, a scapito quindi della tutela di diritti che non sono comprimibili<sup>76</sup>.

Al fine di evitare il rischio di comprimere nei fatti la tutela di un diritto che si vuole assoluto, appare allora quanto mai opportuno che la Corte fornisca parametri certi ed indicazioni precise, chiare e puntuali, nell'affrontare un fenomeno che appare destinato a trovare sviluppi ulteriori<sup>77</sup>.

Vale peraltro la pena sottolineare, come già notato<sup>78</sup>, come la Corte si stia muovendo proprio nella direzione di mostrare un atteggiamento improntato ad progressivo irrigidimento nei confronti delle assicurazioni diplomatiche<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> In particolare, TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, cit., p. 684, secondo cui la Corte ricorre alla tecnica del «bilanciamento interpretativo», che si estrinseca, in ultima analisi, in una sorta di ponderazione, su cui pesano eventuali interessi contrastanti, determinando l'«infiltrazione di meccanismi proporzionalistici», a scapito della tutela di diritti assoluti.

<sup>75</sup> VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dan le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2001, p. 125. Nello stesso senso, SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza*, cit., in particolare p. 19.

<sup>76</sup> Si confrontino, benché con specifico riferimento al caso *Saadi*, le puntuali osservazioni formulate da PALCHETTI, *Spetta alle autorità nazionali il compito di fugare i dubbi sui trattamenti disumani*, cit., p. 87, secondo cui «è evidente che la Corte possiede un margine di apprezzamento nel valutare i diversi elementi che entrano in gioco al fine di stabilire se esiste un rischio effettivo di maltrattamenti in caso di espulsione. Non si può escludere che, nell'esercizio in concreto di questo potere di apprezzamento, la Corte possa essere spinta a tenere conto di esigenze che essa invece esclude di valorizzare in un'ottica generale di bilanciamento».

<sup>77</sup> L'assunzione di una posizione chiara ed univoca da parte della Corte sul tema delle assicurazioni diplomatiche potrebbe anche essere funzionale alla ripresa dei lavori sul tema delle assicurazioni diplomatiche, che erano stati avviati nell'ambito del Consiglio d'Europa e che si sono conclusi senza un nulla di fatto proprio in attesa di una presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rapport final d'activité du DH-S-TER sur les assurances diplomatiques*, cit., par. 18.

<sup>78</sup> *Supra*, par. 2.

<sup>79</sup> L'occasione per precisare e confermare questa tendenza potrebbe essere rappre-

Il carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3 non dovrebbe infatti solo comportare l'impossibilità di procedere ad un contemperamento tra valori contrapposti, ma, più radicalmente, dovrebbe risolversi nell'affermazione chiara dell'esistenza di un limite alla disponibilità degli Stati di servirsi del mezzo delle assicurazioni diplomatiche, in tutte le ipotesi in cui il rischio di tortura o trattamenti inumani o degradanti non sia rigorosamente escluso<sup>80</sup>.

sentata proprio dal caso *Othman*, che si caratterizza per la presenza di alcuni elementi particolarmente rilevanti.

Il caso *Othman* costituisce infatti l'unico caso di espulsione, fino ad ora sottoposto all'attenzione della Corte, in cui l'analisi delle assicurazioni diplomatiche sia stata condotta da parte di organi giurisdizionali interni. Tale caso fornisce inoltre l'occasione alla Corte europea di prendere posizione sulla recente prassi del regno Unito, che ha strutturato la propria politica in tema di allontanamento proprio attorno alle assicurazioni diplomatiche, come emerge anche dalla conclusione di *Memoranda of Understanding* con molti dei Paesi di destinazione degli individui.

<sup>80</sup> In questo senso, si veda anche la posizione espressa dalla Commissione Venezia, *Avis* 363/2005, cit., paragrafi 141-143. In termini più ampi, si veda anche *Special Rapporteur to the United Nations*, 1 settembre 2004, doc. A/59/324, secondo cui «in circumstances where there is a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights, or of systematic practice of torture, the principle of *non refoulement* must be strictly observed and diplomatic assurances should not be resorted to».

QUARTA SESSIONE

**INTEGRAZIONE ECONOMICA E CULTURALE  
ECONOMIC AND CULTURAL INTEGRATION**

PRESIDENZA

Prof. Fausto POCAR



# ASSESSMENT OF THE EUROPEAN NEIGHBOURHOOD POLICY

Egidio CANCIANI\*

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Memory. – 3. Legal construction. – 4. Assessment. – 5. Analysis. – 6. Temptations. – 7. Conclusions.

## *1. Introduction*

You have asked me for a forward looking assessment of the European Neighbourhood Policy. This is indeed a demanding task for somebody, as I am, which is not an academic, an international law expert or political analyst, but rather a «practitioner». I do have the advantage of a certain historical memory (as I have been associated with the Neighbourhood Policy «almost» from the beginning) but not the luxury of being able to take a detached view as ENP is still my daily pre-occupation.

I will try nevertheless to use memory to give you a flavour about the original thinking and to outline more in details what are our main pre-occupation concerning the policy and its future. I will also try to give to my reflection a Mediterranean flavour as this is the theme of the meeting and highlight a few interesting «legal» or «quasi legal» aspects of the ENP construction.

## *2. Memory*

Almost five years ago (drawing on a communication issued a year

\* ENP General co-ordination Unit.

earlier) the Commission in its European Neighbourhood Policy Strategy paper, set out the policy vision, its principles and its methodology.

In particular it is worth recalling *the vision*, that of «[...] a ring of countries, *sharing the EU fundamental values and objectives*, drawn into an increasingly close relationship, going beyond co-operation to involve a *significant measure of economic and political integration*». Bringing «[...] *enormous gains to all involved in terms of increased stability, security and well being*».

The context underpinning this vision was one of a Union that had just managed its biggest enlargement putting an end to the division of the continent, where wealth was growing everywhere and especially in new Member States and that was about to ratify an ambitious constitutional Treaty.

The Union was confident (perhaps over-confident) in its «power of attraction» vis à vis neighbouring countries and in its soft power. Even in the «impossibility» to offer to its neighbours an accession perspective, that Union did not want to renounce the chance to shape and influence reform in neighbouring countries. It could be argued that by simply adopting the EU model and integrating more deeply economically (and politically) with the EU neighbouring countries would have enjoyed prosperity gains similar to those of the new Member States.

It is also (but not only) because of a reflection of this strong Union that pushed the Commission (at that time led by President Prodi) to direct the ENP not just to Eastern Neighbours, and thus as a response to Ukraine and Moldova membership aspirations, but also to infuse new vigour to the stalled Euro-Mediterranean process by activating a more dynamic bilateral track. As a result the ENP is an offer to 16 neighbouring countries and is active in 12.

It is because of that confidence that «*shared values and principles*» were placed at the heart of the policy (*from Copenhagen – 2002*) and that ENP saw a shift towards a more bilateral and differentiated approach as opposed to a more inclusive «regional co-operation model».

It is also because of that, that the «ambition» of the policy potentially extends to the entire «acquis» and involves a number of actors going beyond traditional foreign policy circles (NGOs, local and regional authorities, social partners)... *from the beginning the ENP had a sizeable public diplomacy component*.

In fairness it should be said that it was not the first time that the Union was trying to extend the acquis beyond its borders. But except for the case of Enlargement this was often done in a piecemeal/sectoral approach. This time the approach was much more comprehensive with

the idea of creating the room for possible trade offs (e.g. a concession in agriculture against a reform in justice).

It was, of course clear from the beginning that the ENP needed time to deploy its effect: reform, especially political reform is a long process not least because of the need to create an internal consensus for it. In addition to that reform costs (economical and political) are to be paid upfront while prosperity gains can only be reaped in the future. This was (and still is) one of the main reason why ENP needs to offer strong incentives to partners.

### 3. Legal construction

From the beginning the ENP was set to operate in the context of the existing «mixed» agreements establishing the contractual framework between the European Union and the Neighbouring countries, in particular, for the Southern Neighbours, the Association agreements. The bodies established under these agreements (Association Councils, Association Committees and Sub-committees) were to have an important role in monitoring and advancing the policy.

The key operational instrument of the policy is what is called the European Neighbourhood Policy Action Plan. A document, agreed between the EU and the partner country setting out the priorities to be pursued in a short to medium term to advance the policy (*priorities mainly focusing on legal approximation, regulatory convergence, reform*).

The Action Plan is negotiated with the partner country, adopted by the College of Commissioner as a «proposal for a EU position to be adopted by the Association Council», adopted as a common position by the Council and final adopted by the Association Council established by the agreement with a formula that recommends its implementation.

I leave to the lawyers to comment this «convoluted» and yet elegant legal construction. I would like to underline here how the ENP fits into what political scientist define its «soft power». Broad contractual frameworks are complemented by more operational instruments receiving political and legal legitimacy.

This framework has a lot of potential for evolution. Current agreement may be replaced by other and deeper agreements (*it will be the case soon for Ukraine*) and indeed this was already foreseen in 2004 when the Communication spoke about «Neighbourhood Agreements». Current Action Plans may be replaced by new documents of similar

nature (Association Agenda for Ukraine). Current negotiations with Morocco highlights that there is a scope for further intermediary documents such as the «Joint document on the Statu Avancé» which may pave the way for an Action Plan of a new generation. But the basic articulation remains the same.

It is interesting to note the difference with the enlargement policy where Action Plan like document are adopted by the Council to signify that the process is much more EU driven.

#### *4. Assessment*

What can be said about ENP after five years?

If we look at process we have achieved a lot. With 12 out of 16 neighbours we have functioning agreements, ENP Action Plans in place, regular dialogue on a vast number of issues including the most difficult ones (e.g. Political issues and Human Rights in Tunisia). With some partners we are also looking at deepening our relationship: Israel, Morocco, Moldova, and Ukraine and more recently for the South Tunisia, Egypt and Jordan.

If we look at sectoral issues we see noticeable progress across the neighbourhood in many areas. To give but a few examples taken from the reports just published: negotiations with Mediterranean countries on the liberalisation of services and right of establishment are progressing, all partners progressed in the preparatory work towards negotiations of bilateral agreements on Conformity Assessment and Acceptance of Industrial Products (ACAA); Egypt, Georgia, Moldova, Morocco and Tunisia have pushed ahead with their Customs reform; Armenia, Moldova, Morocco and Tunisia have amended their tax legislation and simplified their tax system.

However if we look at what has happened in 2008 on the governance front (in particular democratic governance) the picture is more mixed and progress was all but steady. In certain cases one could even dare speaking about regression.

2008 was not much better in terms of stability (Gas crisis, war in Georgia, Palestine) and prosperity (economic crisis). Little can be seen in terms of increased prosperity and stability. Some may say that ENP has had little positive influence in that respect.

## 5. Analysis

In summary we can see that ENP has been successful in creating a robust framework for bilateral dialogue. This has been instrumental in promoting reform and convergence towards the EU model in a number of sectors but, so far, less successful in promoting convergence towards EU values and principles and fostering stability.

There are reasons for that:

*One* is obviously time. It would be naïve to think that in a relatively short time ENP can decisively contribute to the solution of conflicts that have been there for many years. It should also be recalled that mustering internal support for political reform is complex and takes long time. Finally it takes time before the spill over effects of sectoral reforms on governance (e.g. better public administration) and economic growth can be seen.

A *second* is that the EU offer may not be attractive enough to «leverage» political reform: Ukraine and Moldova want a membership perspective that the EU is not in a position to give. Nor the EU has been ready to offer substantial financial resources to make a significant difference in economic development (*some would argue that this would be even more necessary in the absence of an enlargement perspective*).

The EU has also not been very forthcoming on trade concession in sensitive products or mobility. On sensitive products negotiations are often blocked for months on a few tons of tomatoes or hectolitres of wine. Mobility has been mentioned in every communication since 2003. And yet a citizen of a partner country wanting to enter the EU for a legitimate purpose still needs to queue for hours (if not days) to get an entry visa.

A *third* may be the fact that the EU model is losing attraction and other competing models are emerging. The economic crisis and internal difficulties are shaking EU self confidence. Compared with 2004 the EU looks less prosperous and less able to speak with one voice. Membership is not shielding Hungary or other Eastern MS from the consequences of the financial crisis. By contrast Russia is back on its feet and may be ready to offer tangible support and China is competing for influence in Africa (including North Africa) and may look as a successful alternative model for élites unwilling to democratise.

## 6. Temptations

From this the growing temptation of making the policy less «value based» and more «pragmatic». Why not focussing just on «interest» and neglect those areas which bring constant frictions? This is an argument emerging mostly (but not only) when it come to relations with our southern neighbours where many see a trade off between stability and democratic values. In other words, it is better to have a stable and reliable undemocratic neighbour than to a more open but fragile one. (*Libya because of its key role in migration control or Algeria which is a strategic hydrocarbon supplier are clear examples*).

This is in my view a temptation that needs to be resisted. Watering down the value content of the policy will be tantamount of trading short term gains for the medium-long term success of the policy. It will also be tantamount of dumping the ENP «public diplomacy» aspects and alienating the support of civil societies in partner countries. The EU cannot afford that.

From this also the temptation to clearly separate our policy *vis à vis* Eastern Neighbours from our policy *vis à vis* the Southern Mediterranean. The assumption is that eastwards we have a more «shared» basis of values and principles than in the South. Thus we can afford to be more demanding (and go further) with eastern neighbours that with Southern one. If pushed, and in spite of the visibility of «High politics» initiatives this line will lead to a Mediterranean policy purely based on interests and privileging the short term. This will not be in the interest of the Mediterranean States on both side of the border.

## 7. Conclusions

What than? Is the policy vision not the right one? Can we dispose of ENP?

*Yes the policy long term vision of an area of stability and prosperity is the right one* and can only be realised if we manage to create a common basis of values and principles. It may take time to realise but it corresponds to a long term EU interest (and I believe, of partner countries as well).

It is for this reason that it found its way in the Lisbon Treaty which in its art. 8, para. 1 EUT underlines that: «The Union shall develop a special relationship with neighbouring countries, aiming to establish an area of prosperity and good neighbourliness, founded on the values of

the Union and characterized by close and peaceful relations based on co-operation». This is a novelty on which legal experts and politicians will need to reflect more in the coming years.

... *and no we cannot dispose of ENP*. In creating the ENP the EU has demonstrated enough self confidence to propose its model as a basis for partner's country reforms and for further economic and political integration with the EU. As such one can argue that ENP is, besides Enlargement, the most (*the only*) example of a truly EU foreign policy initiative where all the pillars of the European construction are brought on line. Renouncing the ENP for the EU will mean abdicating its regional role. This will have far reaching consequences not only for our neighbours, which will turn to other competing model but also for the EU position in the world. Of all the geographical areas this is the one where we cannot afford to fail.

I believe we do not really have a choice but to pursue an increasingly ambitious ENP. In that respect the Union for the Mediterranean and the Eastern partnership are useful complements.

... but especially in this moment of crisis the EU needs to be prepared to offer more. More in terms of funding (*for instance to bring on line an ambitious cohesion policy*), more in terms of mobility and trade concessions... (*and for that we are in the hands of Member States*).

... and while doing that we also need to be patient. If ENP is partnership for reform we certainly need to relay on an intense dialogue, put pressure when necessary and offer assistance if needed but we also need to leave to the reform the time to display its full effects especially in terms of stability and prosperity.



## TENDENZE E PROSPETTIVE DELL'INTEGRAZIONE ECONOMICA EUROMEDITERRANEA

Gianfranco VIESTI\*

Il mio intervento non è concentrato sulle misure dell'integrazione economica europea per mostrare con l'aiuto di tabelle e numeri quanto essa sia grande. Propone invece alcune considerazioni di tipo qualitativo, per cercare di comprendere perché questa integrazione non è stata maggiore e che cosa può avvenire in futuro<sup>1</sup>.

Il bilancio dell'integrazione economica tra UE e Mediterraneo è discreto. L'integrazione è proceduta nella maniera più consueta, cioè sotto forma di integrazione dei commerci; il commercio è molto cresciuto e negli ultimi dieci anni ha triplicato il suo valore; tuttavia questa crescita è stata in linea con quella del commercio globale dei Paesi mediterranei. Per questi ultimi l'UE non è diventata un partner più importante di quanto già non fosse. L'integrazione è stata invece meno felice dal punto di vista degli investimenti europei nei Paesi mediterranei che infatti hanno raccolto una quota relativamente piccola delle attività estere delle imprese europee.

Il commercio euromediterraneo è molto vantaggioso per l'Europa, che ha un saldo stabilmente positivo nei confronti dei Paesi mediterranei. È naturalmente decisivo per loro, dal momento che il commercio con l'Europa costituisce circa la metà del loro totale mentre è relativamente piccolo per l'Europa (meno del 10%). Come è facile immaginare, il nostro commercio consiste principalmente nella vendita di beni manufatti,

\* Professore ordinario di economia applicata, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Per approfondimenti si veda, *The Euro-Mediterranean Dialogue: Prospects for an Area of Prosperity and Security* (a cura di *Foundation for European Progressive Studies*).

principalmente beni capitali; in cambio ne abbiamo energia (da alcuni Paesi come l'Algeria) e altri beni manufatti a minore intensità tecnologica. Si tratta di un classico commercio nord/sud, con pochi servizi e molti beni. È un'integrazione commerciale molto diversa da Paese a Paese, come si vede dai dati: con la Tunisia c'è un'integrazione molto maggiore, in Marocco è molto cresciuta; il commercio è sensibile con Algeria e Turchia, mentre con Giordania e Libano è molto più modesto.

Fin qui le caratteristiche dell'integrazione fino ad ora; ma a questo punto ci si può chiedere cosa aspettarsi nel futuro.

A questo proposito, una prima, necessaria, considerazione è relativa all'incidenza della debolezza politica dell'Unione europea sul futuro dell'integrazione. Negli ultimi decenni il cammino dell'UE non è stato costante: la costruzione europea ha proceduto ad ondate, con accelerazioni e frenate. Solo quindici anni fa abbiamo celebrato un momento di straordinaria importanza come quello della Moneta unica, che sembrava del tutto irraggiungibile; attualmente ci troviamo in un periodo più delicato, di ristrutturazione degli assetti istituzionali (cosa non facile nell'UE-27), alle prese con il Trattato di Lisbona e con il lungo e complesso processo di ratifica e attuazione.

L'UE si sta riorganizzando al suo interno. Questo periodo, nella mia personale opinione, coincide con un momento di particolare debolezza della Commissione. La Presidenza Barroso è stata particolarmente inefficace; la sua riconferma potrebbe consolidare la tendenza di questa presidenza a dare poco protagonismo all'istituzione comunitaria in quanto tale, lasciando invece molto spazio alle relazioni intergovernative. Quella degli ultimi anni è stata un'Europa nella quale hanno contato di più gli Stati membri e meno le istituzioni comunitarie. Dal punto di vista dell'integrazione mediterranea, questo non è un fatto positivo. L'opinione pubblica di molti Paesi europei mostra preoccupazione soprattutto per quanto riguarda ciò che è fuori dall'UE. È diffusa la paura delle immigrazioni con una conseguente diffusione della xenofobia in molti Stati, a cominciare dall'Italia (dove un partito xenofobo è parte, con un peso molto importante, della coalizione di governo). Ma anche in altri Paesi, come l'Austria, la Gran Bretagna, gli Stati membri dell'Est, quelli scandinavi. La crisi attuale determina poi qualche tensione protezionistica di troppo. In questo quadro le prospettive di lungo periodo, che comportino maggiore integrazione, appaiono particolarmente difficili.

Da qui deriva una seconda considerazione. Se è vero che gli Stati membri pesano più dell'istituzione comunitaria, è necessario che quelli fra loro che si affacciano sul Mediterraneo, più interessati all'integrazione, mettano in atto strategie politico – istituzionali più forti. Da questo

punto di vista, due dei tre grandi Paesi che si affacciano sul Mediterraneo, Francia e Spagna hanno provato a porre il tema sull'agenda europea (le proposte di Sarkozy; l'attenzione della Spagna). Purtroppo (e non è una questione recente) l'interesse strategico dell'Italia appare particolarmente modesto. Guardando gli altri partner che contano in Europa, appare decisivo quello che succede in Germania e nei Paesi centrosetentrionali dell'UE: le loro complesse relazioni con i vicini ad est rendono la prospettiva euromediterranea un po' sfocata, sullo sfondo.

La costruzione dell'Unione europea, così come si è evoluta nei decenni, mostra un tema di interesse assai grande: quello dei diversi stadi dell'integrazione. Argomento che ha un *cotè* prettamente giuridico: Stati membri, in adesione, che hanno diverse forme di associazione. Ma quello che succede negli ultimi anni è che il processo che può portare Stati fuori dall'UE ad avvicinarsi progressivamente all'Unione sembra essersi inceppato di fronte alla prospettiva dell'adesione per i Paesi attualmente candidati: due Paesi piccolo ma rilevanti come la Macedonia e la Croazia, e soprattutto la Turchia. È venuta a mancare la certezza della prospettiva dell'adesione. Ciò è importantissimo nel caso dei Balcani, perché qui la mancanza di certezze, non sui tempi ma sul risultato stesso dell'adesione, senza dubbio indebolisce le forze proeuropee al loro interno. È un rapporto non paritario quello con l'UE: ai Paesi candidati viene chiesto molto ma non viene garantito, neanche a distanza di decenni, il risultato dell'adesione. Questo non vale solo per Croazia e Macedonia, ma anche per gli altri Paesi balcanici, la Bosnia, la Serbia, il Montenegro e l'Albania, che non potranno che far parte dell'Europa, ma che, al momento, costituiscono una specie di «buco» all'interno dell'UE che è decisivo per l'Italia, in particolare per le sue regioni adriatiche. Il protrarsi nel tempo di questa situazione asimmetrica non è irrilevante. L'asimmetria fra Romania e Serbia è importante, e ne può condizionare gli sviluppi economici; qualsiasi investitore in Romania opera in un Paese membro, che dunque offre una certezza di trattamento giuridico e di status economico, enormemente diverso rispetto a quello della Serbia. Ciò aumenta l'incertezza. Non a caso molto forte è la relazione di alcuni Paesi balcanici, in particolare della Serbia, con la Russia.

Un altro elemento da considerare parte dal presupposto che siamo abituati, benché non fosse necessariamente questa la strada dei padri fondatori, ad un modello in cui l'economia precede la politica e il commercio guida l'economia. Vale a dire ad un'integrazione basata sul commercio. A partire dal Trattato di Roma che ha prodotto l'Atto unico. Lo sviluppo dell'integrazione commerciale, nell'esperienza degli Stati membri originari e dei primi allargamenti, ha prodotto quel

tessuto di relazioni economiche tali da consolidare fortemente anche quelle politiche.

Nel caso europeo è stato uno straordinario successo. Nel caso dei Paesi mediterranei un modello di integrazione in cui è l'economia, in particolare il commercio, a dover «tirare» la cooperazione politica, è un po' più debole. I Paesi del nord Mediterraneo sono indubbiamente diversi da tutti gli Stati membri, lì l'agricoltura pesa molto, mentre l'integrazione commerciale che noi offriamo loro pone grandi limiti all'agricoltura. Di conseguenza il tipo di scambio che si può sviluppare non è molto ampio. Si tratta di Paesi in cui l'attrattività di mercato per gli investimenti privati non è altissima. Sono mercati relativamente piccoli. Nei confronti dei Paesi dell'est hanno un'attrattività localizzativa più bassa, forza lavoro meno qualificata, sistemi legali che offrono minore grado di certezza agli investitori. Dunque commercio e investimenti diretti non necessariamente possono portare ad un rafforzamento delle relazioni tale da facilitare le relazioni socio-politiche. In questo caso è anche particolarmente debole lo scambio sud/sud nonostante l'integrazione fra i Paesi del sud del mondo negli ultimi tempi abbia fatto straordinari passi in avanti. L'integrazione economica in America latina è ormai un caso di successo e smentisce i luoghi comuni sul fatto che storicamente due Paesi del sud abbiano difficoltà ad integrarsi fra loro. Certamente in quel caso è coinvolta un'economia forte come quella del Brasile che si integra con l'Argentina. Ma anche gli Stati minori partecipano al commercio, reggono all'urto della crisi valutaria del 2001. Una forte integrazione sud/sud favorisce quella internazionale.

I Paesi mediterranei sono ancora «lontani». Molto banalmente, le infrastrutture e le comunicazioni, canali fondamentali di circolazione, in questi contesti sono piuttosto scarse. Non a caso l'Europa ha implementato grandi infrastrutture di trasporto orizzontale per integrare sempre di più i Paesi dell'est, dall'alta velocità alle grandi strade. Il progetto delle autostrade del mare è molto più raccontato che realizzato, mentre invece una rete di collegamenti aerei serve ormai perfettamente i Paesi dell'est Europa. L'interesse strategico nella costruzione delle «strade» del mare sembra debole anche negli Stati membri. In Italia è assai modesto. I porti del Mezzogiorno, che dovrebbero costituire le porte dell'integrazione, non sono al centro delle politiche di infrastrutturazione. Taranto non vale il Brennero; probabilmente non lo vale in assoluto per l'interesse economico, dal momento che il Brennero porta verso un mercato molto più ampio, ma Taranto dovrebbe condurre verso il nord Africa e il Mediterraneo in generale.

Naturalmente tutto questo è sottoposto alla crisi in corso. Un fatto

epocale, da cui nessuno sa come si uscirà. È chiaro che è di straordinaria intensità e che purtroppo potrebbe avere una durata lunga: proprio l'intensità e la lunga durata possono cambiare molte cose. Dunque tutto ciò che valeva prima del 2008 va ripensato con attenzione alla luce di questa crisi perché anche i Paesi mediterranei, quelli balcanici e la stessa Turchia stanno sperimentando difficoltà economiche molto forti. Anche i grandi investitori dei fondi sovrani arabi in questi Paesi sono in difficoltà; come si apprende in questi giorni, ad Abu Dhabi e Dubai si interrompono le costruzioni dei palazzi. Ciò vuol dire che i progetti di questi investitori nei Paesi della costa nord dell'Africa possono rallentare. Certamente le tensioni sul mercato del lavoro di questi Paesi si faranno più forti. A ciò si aggiunge un fenomeno a cui si assiste per la prima volta, che non si conosce ma che è da gestire con grande attenzione: la disoccupazione sta crescendo in Europa, e i nuovi disoccupati sono in misura più che proporzionale gli immigrati (perché sono i più deboli, meno tutelati e spesso hanno lavori a tempo determinato). Dunque nel quadro generale, ad una maggiore difficoltà economica dei Paesi mediterranei si aggiungerà la presenza di quote di immigrati disoccupati nelle nazioni europee.

Non si deve prospettare un quadro tragico. Tuttavia è necessario sapere che finché non vi sarà una forte ripresa, confidare troppo sulle spinte economiche è errato. Non si sa cosa ne sarà degli investimenti pubblici. Si va infatti incontro ad una crescita esplosiva del debito pubblico di tutti i Paesi europei che dovranno mettere in campo politiche di rientro piuttosto consistenti. Da questo punto di vista, per citare un'esperienza positiva, l'idea della Cassa Depositi e Prestiti italiana o della *Caisse des Dépôts et consignations* francese di creare un fondo di investimento di lungo termine in particolare sui Paesi del Mediterraneo può rappresentare un utile strumento di reazione.

In un contesto simile, il tema delle migrazioni è centrale, oggi e nel futuro. Preoccupa l'immagine che se ne ha nei nostri Paesi. La sovrapposizione mediatica dei flussi mediterranei crea una reazione psicologico-politica molto pericolosa e del tutto superiore rispetto alla realtà. Solo il 10% degli irregolari in Italia arriva dal mare, ma la televisione mostra solo questi e non l'altro 90%. Meno di un quarto degli immigrati presenti in Italia sono mediterranei; lo stesso succede in Spagna; i flussi provenienti dall'Europa dell'est sono più grandi. Tuttavia, come si diceva, i flussi che passano dal Mediterraneo creano reazioni molto forti nell'opinione pubblica europea. La paura nei confronti della pressione immigratoria può condizionare fortemente le relazioni con i Paesi dell'area mediterranea. Si dice che una delle soluzioni per questo sia il loro svi-

luppo. Purtroppo, in particolare Italia e Francia hanno disatteso pressoché totalmente gli impegni in termini di aiuti allo sviluppo per questi Paesi. L'Italia destina agli aiuti allo sviluppo complessivamente meno dello 0,2% del suo PIL, una cifra del tutto inconsistente.

Infine, un tema che fa il paio con quello dell'immigrazione e che sarà condizionante per il futuro. Il concetto di confine e la sua «gradazione». La storia dell'Unione ci insegna che per smantellare confini domani è essenziale non costruirne di nuovi oggi. Tutto quello che è intorno all'Europa deve essere permeato da scambi culturali, politici, economici sempre più ampi nel beneficio dei Paesi membri e di quelli confinanti. Ciò naturalmente impone una progressione dell'integrazione, geometrie differenti, non fisse, nelle relazioni fra i Paesi. Quanto più si riesce a disegnare crescenti modalità di collaborazione fra Paesi, indipendentemente dal fatto di essere al di là e al di qua dei confini UE, tanto meglio sarà. Lo stare dentro o fuori l'UE non dovrebbe più significare una differenza netta.

## IL PARTENARIATO EURO-MEDITERRANEO

Cosimo RISI\*

Il Mediterraneo, ai fini dell'azione esterna UE, si è «ristretto» dopo l'ingresso di Cipro e Malta (2004) e la collocazione della Turchia nella zona grigia della preadesione perpetua<sup>1</sup>. Il Mediterraneo è la sfera meridionale del vicinato e comprende il Maghreb e il Mashrak con la eccezione della Libia, il solo Paese dell'area con cui l'Unione avvia solo nel XXI secolo relazioni convenzionali.

Alcuni Paesi maghrebini sono stati i primi destinatari della prima politica esterna della Comunità: la politica mediterranea. Le relazioni euro-mediterranee sono oggi nella piena maturità. Con Israele e Marocco sono più avanzate che con gli altri; il che provoca malumori, ad esempio in Egitto, perché Israele, riconosciuto come Stato democratico vicino agli standard europei, non subisce le stesse condizioni dei Paesi arabi e in più è ammesso ad alcune politiche materiali UE quali la ricerca<sup>2</sup>.

\* Diplomatico, già Alto Funzionario italiano euro-mediterraneo, docente di relazioni internazionali, Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Sulla politica verso Medio Oriente e Golfo si rinvia a: SCHIAVO, *Le relazioni con i Paesi terzi del Mediterraneo e con il Golfo Persico*, in *L'azione esterna dell'Unione europea* (a cura di Risi), Napoli, 2007.

<sup>2</sup> La bibliografia su Mediterraneo, Medio Oriente e Golfo è immensa. Ai fini del presente lavoro, oltre ai documenti ufficiali del partenariato euromediterraneo, si è fatto particolare riferimento a: RIZZI, *Un Mediterraneo di conflitti*, Roma, 2004; ALIBONI, *The Euro-Mediterranean Partnership: Going beyond the First Ten – Year Experience*, Comunicazione alla Conferenza Konrad Adenauer Stiftung su «Perspectives of European Foreign and Security Policy», Antalya, 15-16 settembre 2006; *Il futuro del Medio Oriente dopo il conflitto in Libano* (a cura di Aliboni), Senato della Repubblica, Roma, 2006, n. 56; ATTINA, *L'Unione europea nelle relazioni internazionali*, Comunicazione al Convegno sul governo della globalizzazione fra diritto, economia, politica, Università di Salerno, 19-20 gennaio 2006; CINGOLI, *Beirut, Ginevra, Gerusalemme. Percorsi di pace in Medio Oriente*, 2006 (reperibile on line sul sito [www.cipmo.org](http://www.cipmo.org)); CODOVINI, *Storia del conflitto arabo israeliano palestinese*, Milano, 2006; *Siria dalle antiche città stato alla*

Il Mediterraneo è luogo di unità e diversità. Di unità perché partner meridionale della strategia di Barcellona e dei suoi seguiti. Di diversità perché ciascun Paese è destinatario di uno specifico approccio europeo. La strategia di Barcellona fu il primo organico quadro in cui l'Unione iscrisse la cooperazione fra le due regioni nel 1995: un quadro giuridico e diplomatico assortito da accordi bilaterali ed azioni a dimensione regionale.

Una certa corrente di pensiero sostiene che il Mediterraneo si estende fino al Golfo. Bichara Khader richiama tale corrente allorché retrodata al Dialogo euro-arabo del 1973 il primo caso di approccio regionale e multilaterale alla sponda meridionale. Il Dialogo fu lanciato dalla Comunità europea in reazione alla prima crisi petrolifera seguita alla Guerra arabo-israeliana dello Yom Kippur. Prima di allora «gli Stati del Golfo erano una sorta di *terra incognita* per la maggiore parte dei Paesi europei»<sup>3</sup>. Soltanto l'Inghilterra era presente nella regione da decenni e «intimamente implicata nei suoi meandri politici e nelle sue complessità sociali, mentre per gli altri europei il Golfo era sinonimo di pesca delle perle, ricchezza petrolifera, spiagge sabbiose».

Mediterraneo e Golfo scrivono sin da allora una storia comune: quella tradizionale dell'arabismo e dell'islamismo, quella nuova delle reciproche interferenze politiche. Quanto accadeva nel Sinai negli anni settanta del XX secolo si ripercuoteva nel Golfo e dal Golfo rimbalzava in Europa. Quanto accade in Iraq e Iran lascia segni in Palestina e Libano e torna in Europa. La globalizzazione politica si manifestò precocemente fra il Golfo ed il Mediterraneo oltre trenta anni fa.

«Il tema culturale [...] oggi è forse il cuore di tutti i problemi» – scrive Biagio De Giovanni riecheggiando alcune conclusioni del Rapporto

*primavera interrotta di Damasco* (a cura di Guidetti), Roma, 2006; HROUB, *Hamis*, Milano, 2006.

Per la bibliografia specifica sull'Unione per il Mediterraneo si rinvia a: RISI, *L'azione esterna dell'Unione europea: processo di Barcellona e Unione per il Mediterraneo*, in *Processi storici e politiche di pace*, 2008, n. 5; ID., *Da Barcellona a Pargi: il viaggio del multilateralismo nello spazio euro-mediterraneo*, in *Factores politicos y de seguridad en area euro-mediterranea* (a cura di Stavridis, Fernandez Sola), Zaragoza, 2009.

Sul piano storico – politico v. in particolare: MORRIS, *Vittime storia del conflitto arabo-sionista 1881 – 2001*, Milano, 2005; BEN-AMI, *Palestina la storia incompiuta*, Milano, 2007; *L'alternativa mediterranea* (a cura di Cassano, Zolo), Milano, 2007.

<sup>3</sup> KHADER, *EU – GCC Relations: a Concise Balance Sheet of the Last 25 Years (1981 – 2006)*, Comunicazione al Laboratorio IAI – GRC «Fostering EU – Italy – GCC Cooperation: the Political, Economic and Energy Dimensions», Roma, 13 dicembre 2006.

to che il Gruppo dei Saggi rese alla Commissione europea nel 2003<sup>4</sup>. È difficile – secondo i Saggi – considerare il Mediterraneo come un insieme coerente senza tenere conto delle fratture e dei conflitti che lo agitano: Palestina-Israele, Libano, Cipro, Balcani occidentali, Grecia-Turchia, Algeria-Marocco, i riflessi di crisi lontane come l’Afghanistan, l’Iraq, l’Iran. Il Mediterraneo è composto di numerosi sottogruppi che rifiutano facili idee di unificazione. Pur tuttavia «il conflitto non è una fatalità né una predestinazione». La vicinanza all’Europa lo spinge ad avvertire l’esigenza di relazioni migliori e più aperte.

Come l’Unione prende a motivo l’allargamento per interrogarsi su identità e limiti, così il Mediterraneo prende a motivo la globalizzazione per interrogarsi su assetti interni e equilibri internazionali. La globalizzazione si accompagna a mutamenti fondamentali su ambedue le sponde. Tra un fatalismo rassegnato riguardo ad una globalizzazione essenzialmente economica ed i ripiegamenti identitari di esclusione, il solo mezzo per tutti di costruire un avvenire comune creativo è di cercare di condurre insieme l’evoluzione.

Il partenariato euro-mediterraneo rinnovato potrebbe dare una risposta. La cultura è il nucleo attorno al quale fondarlo. La cultura è essenzialmente il terreno dell’uguaglianza tra tutte le forme che può rivestire, è il fondamento ed il vettore di una relazione fra eguali. Poiché i due attori del partenariato nell’arco di alcuni decenni saranno complementari, è bene prepararli sin d’ora all’evento, di modo che le società civili si incontrino grazie agli scambi di persone. La combinazione armoniosa delle diversità culturali e religiose, della libertà di coscienza senza restrizioni ed in tutte le sue dimensioni, è possibile – secondo i Saggi – «nella neutralità dello spazio pubblico [...] in una secolarizzazione aperta, senza la quale i pregiudizi razzisti, in particolare antisemiti e islamofobi, potrebbero perdurare».

Il Mediterraneo, con il Golfo, è l’area privilegiata dell’azione esterna dell’Unione: il *topos* dove si misura l’efficacia delle strumentazioni PESC e PESD e delle politiche europee tradizionali. Al centro dell’area si collocano la crisi libanese e la crisi israelo-palestinese.

La risoluzione ONU n. 1701 (2006) dà il via alla missione UNIFIL 2 per proteggere la frontiera settentrionale di Israele dagli attacchi delle milizie di Hezbollah. Il Segretario Generale delle Nazioni Unite parteci-

<sup>4</sup> Il Gruppo dei Saggi è istituito dalla Commissione europea nel periodo 2002-2003, con la presidenza di Assia Alaoui Bensalah e Jean Daniel. Il suo rapporto, *Le Dialogue entre les Peuples et les Cultures dans l’Espace euro-méditerranéen* (Bruxelles, 2003), serve di base ad alcune proposte poi recepite dal Vertice euromediterraneo del decennale (Barcellona 2005). Il Rapporto è disponibile sul sito [www.euromedi.org](http://www.euromedi.org).

pa al Consiglio affari generali e relazioni esterne (agosto 2006) e sollecita l'impegno UE all'applicazione della risoluzione. Il Consiglio approva la volontà degli Stati membri di «contribuire rapidamente al rafforzamento delle forze UNIFIL insieme ai *partners* internazionali. [...] a riprova che] l'Unione europea tiene fede alle sue responsabilità [...] con un sostanzioso numero di truppe da dispiegare in Libano nonché di forze aeree e marittime, di comando, comunicazioni, supporto logistico [...] Il che dà all'Unione un ruolo di *leadership* in seno a UNIFIL»<sup>5</sup>.

Le conclusioni del Consiglio imprimono una svolta all'azione europea riscattandola dallo stallo in cui si trovava dal 2003, quando si divise al suo interno circa l'intervento in Iraq. Danno vita ad una sorta di cooperazione rafforzata grazie alla quale alcuni Stati membri partecipano in maniera significativa alle forze sul campo e la totalità degli Stati membri approva (*welcome*) l'operazione.

A Tampere (novembre 2007) i Ministri degli Esteri euro-mediterranei raggiungono un faticoso quanto significativo compromesso attorno ad alcuni impegni di ordine generale. È una novità rispetto al recente passato. Il vertice euro-mediterraneo del decennale (Barcellona, novembre 2005) non aveva infatti prodotto conclusioni condivise. In Finlandia i Trentacinque «ribadiscono l'impegno all'obiettivo di raggiungere una comune area di pace, stabilità e prosperità condivisa nella regione mediterranea». L'obiettivo si permea di democrazia, principio di legalità, rispetto dei diritti umani, sviluppo economico e sociale sostenibile ed equilibrato, misure per combattere povertà ed esclusione, promozione di un ampio dibattito e della migliore comprensione fra culture e popoli. Dalla premessa deriva la volontà di risolvere il conflitto arabo-israeliano lungo le linee della Conferenza di Madrid e della *road map*. Sul piano operativo, forte è l'attenzione alle iniziative PESD, evidentemente sulla scorta di quanto l'Unione ha messo in opera in Libano.

La presidenza Sarkozy in Francia segna la svolta fra «vecchia» e «nuova» strategia euro-mediterranea. L'originario progetto francese di Unione mediterranea (o Unione latina) si apre a tutti gli Stati membri UE, si estende a tutti i Paesi terzi mediterranei, diventa Unione per il Mediterraneo (Dichiarazione di Parigi, luglio 2008; Dichiarazione di Marsiglia, novembre 2008).

Il Consiglio europeo (marzo 2008) approva «il principio di un'Unione per il Mediterraneo che comprenderà gli Stati membri UE e gli Stati costieri mediterranei non appartenenti all'UE». Definisce il

<sup>5</sup> Consiglio dell'Unione europea, doc. 12286/06, 25 agosto 2006, disponibile sul sito [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

nuovo approccio come «Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo»<sup>6</sup>. Il Vertice euro-mediterraneo di Parigi definisce il nuovo formato della cooperazione euro-mediterranea, che si pone esplicitamente in continuità con il processo di Barcellona. La riunione ministeriale di Marsiglia delinea l'architettura di quella che da allora in poi si chiama semplicemente Unione per il Mediterraneo (UpM):

- a) cooperazione bilaterale (accordi di associazione) e multilaterale (progetti regionali);
- b) vertici di Capi di Stato o di governo;
- c) riunioni ministeriali (esteri e settoriali);
- d) riunioni a livello funzionari (provenienti dalle capitali e residenti a Bruxelles);
- e) segretariato generale (sede a Barcellona);
- f) Fondazione Anna Lindh per il dialogo fra culture (sede ad Alessandria, Egitto).

I principi di base sono quelli condivisi che già informavano la Dichiarazione di Barcellona 1995. La novità principale riguarda la gestione delle attività di cooperazione. L'UpM mette l'accento sulla titolarità congiunta (*co-ownership*) che trova il suo terreno di elezione nella attuazione di grandi progetti comuni, tali da recare vantaggi concreti ai cittadini delle due sponde. Una prima lista di progetti è allegata alla Dichiarazione di Parigi. Il segretariato generale è chiamato a gestirli in maniera consensuale fra le parti.

L'UpM include tutti gli Stati mediterranei, compresi i balcanici e Monaco. In questo modo si espone al rischio di una cooperazione debole e di allontanarsi dallo spirito originario di una associazione fra Paesi *like-minded*. Le crisi regionali ne turbano presto l'operatività. Quella scoppiata a Gaza (dicembre 2008) induce le delegazioni arabe a chiedere la sospensione delle riunioni a carattere politico. Il tradizionale appuntamento dei Ministri degli esteri (novembre 2009) è rinviato. Il segretariato non completa i ranghi.

Il Consiglio europeo (marzo 2009) riconosce lo stallo e «chiede la ripresa dell'attuazione dei progetti individuati nel vertice di Parigi [... e di] accelerare i lavori sull'istituzione di un segretariato permanente [...] a Barcellona»<sup>7</sup>. Il Consiglio europeo (dicembre 2009) dà conto di una timida ripresa dell'UpM e si compiace «del processo di consolidamento delle relazioni e delle iniziative mirate a potenziare ulteriormente la coo-

<sup>6</sup> Segretariato Generale del Consiglio, doc. 7652/08 CONCL 1, 25 febbraio 2008.

<sup>7</sup> Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo del 19-20 marzo 2009 (doc. 7880/09 CONCL 1, 20 marzo 2009).

perazione e il dialogo e istituire le strutture dell'Unione per il Mediterraneo». Il vertice peraltro «rileva l'impegno dell'Unione europea a proseguire l'attuazione del partenariato orientale e a promuovere nei paesi partner le riforme politiche e socioeconomiche che favoriscano l'avvicinamento all'Unione europea».

L'Unione sembra così riconoscere che la politica europea di vicinato (PEV), che pure continua a qualificare di quadro unico e coerente della politica europea verso i Paesi vicini, si articola ormai nei filoni orientale e meridionale, ciascuno con propri ritmi e procedure. Mentre l'Est è proiettato verso «la prospettiva europea», e cioè l'adesione a termine, il Sud cerca la via della stabilità per uscire dalle crisi.

# **DEMOCRAZIA E DIRITTI FONDAMENTALI: COERENZA DELL'AZIONE ESTERNA DELL'UNIONE EUROPEA E POLITICA VERSO IL MEDITERRANEO**

Lucia Serena ROSSI\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Politica di cooperazione comunitaria e principio di condizionalità. – 3. Il tema dei diritti umani nell'evoluzione dei rapporti euromediterranei. – 4. Strumenti giuridici ed ostacoli politici per la promozione dei diritti umani nelle relazioni euromediterranee. – 5. Le sollecitazioni del Parlamento europeo e della Commissione e la ricerca di una nuova strategia. – 6. La «*realpolitik*» dell'Unione per il Mediterraneo. – 7. Il Trattato di Lisbona e la promozione dei diritti fondamentali sul piano esterno: una questione di coerenza.

## *1. Premessa*

La protezione dei diritti individuali, a seguito di un lungo percorso culminato con l'attribuzione di valore vincolante alla Carta di diritti fondamentali da parte del Trattato di Lisbona, è diventata per l'Unione europea un filtro attraverso il quale vagliare la legittimità delle proprie politiche, tanto interne quanto esterne. Tale filtro opera preventivamente, in fase di adozione degli atti (la Commissione accompagna infatti le proprie proposte con una scheda di conformità ai diritti fondamentali), quanto *ex post*, una volta che l'atto è stato adottato, con una possibile impugnazione davanti alla Corte di giustizia.

Sul piano esterno, la Comunità europea ha da tempo e con una progressione crescente collegato la propria politica commerciale e di cooperazione al rispetto dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto, tanto che, come rileva Silvia Angioi<sup>1</sup>, si può oggi parlare di una ve-

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Bologna.

<sup>1</sup> ANGIOI, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea europea*, Napoli,

ra e propria «strategia della condizionalità» come una direttrice fondamentale della azione esterna dell'Unione. Un esame della prassi mostra però grandi divergenze fra le dichiarazioni di principi e i testi giuridici da una parte e la loro concreta applicazione dall'altra, poiché tale applicazione risulta effettiva in alcune aree geografiche e del tutto assente in altre.

Questo problema acquista crescente rilievo anche perché il Trattato di Lisbona da un lato introduce standard più qualificati per il rispetto dei diritti fondamentali e dall'altro sottolinea il c.d. principio di coerenza nelle relazioni esterne dell'Unione europea. Nel presente lavoro si analizzeranno questi temi con particolare riferimento alla politica mediterranea dell'UE.

## 2. *Politica di cooperazione comunitaria e principio di condizionalità*

Nei Trattati originari, pur essendo prevista la possibilità di concludere accordi di associazione, mancavano disposizioni specifiche sulla cooperazione allo sviluppo. Pertanto inizialmente i rapporti della Comunità europea con i Paesi in via di sviluppo (i c.d. PTOM, Paesi e Territori d'oltre mare, per lo più ex colonie) miravano principalmente alla realizzazione di obiettivi commerciali, tramite regimi preferenziali in accordi commerciali e tariffari (prima Convenzione di Yaoundé, 1963). A partire dagli anni Settanta, sotto la pressione di eventi esterni, quali la decolonizzazione, le conferenze UNCTAD e l'adesione del Regno Unito (che portava con sé le variegate relazioni del Commonwealth)<sup>2</sup>, la Comunità ha cominciato a riflettere su una nuova politica di aiuto allo sviluppo.

Gli strumenti della nuova politica furono gli accordi di associazione i quali, pur avendo diverso contenuto (si pensi ad esempio agli accordi di preadesione conclusi con i Paesi europei) comportano di solito, rispetto a quelli commerciali, una maggiore istituzionalizzazione ed organi comuni paritetici<sup>3</sup>. Poiché detti accordi potevano essere conclusi solo con il pare-

2006, p. 6; LANNON, INGLIS, HAENEBALCKE, *The Many Faces of EU Conditionality in Pan-Euro-Mediterranean Relations*, in *The EU's Enlargement and Mediterranean Strategies: A Comparative Analysis* (a cura di Maresceau, Lannon), London, 2000, p. 97 ss.

<sup>2</sup> Furono così concluse con i Paesi ACP la seconda Convenzione di Yaoundé (1969) e una serie di Convenzioni di Lomè. Con gli stessi Paesi è stato infine concluso l'Accordo di Cotonou, firmato il 23 giugno 2000 per una durata di 20 anni e riveduto per la prima volta nel 2005, che si propone di stimolare lo sviluppo economico, sociale e culturale dei Paesi ACP, di contribuire alla pace e alla sicurezza e di favorire un clima politico stabile e democratico.

<sup>3</sup> Come precisa l'art. 310 del TCE, essi prevedono diritti ed obblighi reciproci, a-

re conforme del Parlamento europeo<sup>4</sup>, la voce di quest'ultimo ha spesso cercato di spronare ed indirizzare la politica di cooperazione europea.

Il principio di condizionalità si è progressivamente affermato come una proiezione esterna del riconoscimento dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE, con una sorta di parallelismo: la Comunità, man mano che diventava più consapevole dell'importanza dei diritti fondamentali nei confronti dell'ordinamento giuridico interno, si faceva sempre più esigente anche verso i propri partners.

Inizialmente un riferimento ai diritti umani era appena accennato nel preambolo di alcuni accordi di associazione (ad esempio nella terza Convenzione di Lomè) ed è solo a partire dalla IV Convenzione di Lomè<sup>5</sup> che nel testo dell'Accordo (art. 5) si inserisce la cosiddetta «clausola fondamentale», che afferma che il rispetto dei diritti dell'uomo è considerato come fattore fondamentale e che la politica di sviluppo e cooperazione sono strettamente connesse con il rispetto dei diritti fondamentali. L'obiettivo di tale clausola era di promuovere l'adesione, la ratifica e l'applicazione degli strumenti internazionali sui diritti umani, ma il suo tenore non consentiva, in caso di inadempimento, di sospendere o denunciare l'accordo.

Solo negli anni '90 si cominciò a caldeggiare l'inserzione di clausole più efficaci negli accordi con i Paesi terzi. Nel 1991 il Consiglio europeo di Lussemburgo adottò una Dichiarazione sui diritti umani poi seguita da una Risoluzione del Consiglio in cui si affermava che il rispetto i principi democratici e dei diritti umani doveva essere un elemento essenziale degli accordi di cooperazione ed associazione conclusi con i partner della CSCE. Nel 1995 la Commissione emanò due comunicazioni<sup>6</sup> rispettivamente sull'«inclusione del rispetto della democrazia e dei diritti umani negli accordi tra la Comunità e gli Stati terzi» e su «l'UE e la dimensione esterna dei diritti umani: da Roma a Maastricht e oltre». Ma già a partire dal 1992 la Comunità ha introdotto in tutti gli accordi di cooperazione delle *clausole di condizionalità*<sup>7</sup>. Esse innanzitutto qualifica-

zioni in comune e procedure particolari.

<sup>4</sup> Furono a tal fine utilizzati come basi giuridiche l'art. 235 (ora 308) assieme agli articoli 113 (ora 133) e 238 (ora 310). Il Trattato di Maastricht ha poi introdotto gli articoli 130 U,W,Y e il Trattato di Nizza l'art 181, che offrono un fondamento più specifico agli accordi di cooperazione.

<sup>5</sup> Firmata a Roma il 15 dicembre 1989, *G.U.C.E.* 17 agosto 1991 *L* 229.

<sup>6</sup> COM(95)216 def. e COM(95)567 def.

<sup>7</sup> Sul tema v. BRANDTNER, ROSAS, *Human Rights and External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice*, in *European Journal of Int. Law*, 1998, p. 478 ss.; DELAPLACE, *L'Union Européenne et la Conditionnalité de l'aide au développement*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 609 ss.; *The EU's*

no il rispetto dei diritti umani e della *rule of law* come «elemento essenziale» dell'accordo (clausole elemento essenziale).

Dal punto di vista del diritto internazionale la clausola mira a pre-determinare il non rispetto dei diritti umani e dello stato di diritto come violazione sostanziale del trattato ai sensi dell'art. 60 della Convenzione di Vienna (VCLT), così da consentire di sospendere l'accordo senza violare la regola internazionale *pacta sunt servanda* (o, secondo l'art 62 VCLT, addirittura l'estinzione dello stesso in base alla clausola *rebus sic stantibus* per mutamento radicale di circostanze che sono state base essenziale del consenso). In conseguenza della violazione dei diritti umani o dei principi dello stato di diritto da parte del Paese associato, l'Unione europea può adottare delle misure appropriate fra cui appunto la sospensione o l'estinzione di un accordo di cooperazione o associazione.

Le clausole di condizionalità, oggi presenti in accordi conclusi con 120 Paesi, in realtà non sono una prerogativa esclusiva della Comunità europea, poiché sono state utilizzate anche dal FMI e dalla Banca mondiale<sup>8</sup>, ma l'approccio europeo, più politico e più globale si differenzia rispetto a quello seguito da queste ultime istituzioni.

In tempi più recenti, dette disposizioni si sono accompagnate a clausole di sospensione, relative alle conseguenze del non rispetto di tale elemento. Dapprima fu utilizzata la c.d. «clausola baltica», secondo cui le Parti si riservavano il diritto di sospendere con effetto immediato l'applicazione dell'accordo in caso di inosservanza delle disposizioni essenziali. In taluni accordi conclusi con Paesi asiatici la clausola elemento essenziale non è accompagnata da clausole di non esecuzione (è il caso dell'Accordo con l'India) o è addirittura assente (come per l'Accordo con l'Argentina). Successivamente si è passati alla c.d. «clausola bulgara», che stabiliva procedure di consultazione e meccanismi di soluzione delle controversie<sup>9</sup> in seno al Consiglio di associazione e imponeva di scegliere come sanzioni le misure che perturbassero il meno possibile il funzionamento dell'accordo. A seguito di questa evoluzione si inseriscono negli accordi, oltre alle clausole di elemento essenziale e di sospensione, dichiarazioni volte a precisare e delimitare le misure sanzionatorie che possono essere adottate.

Questo approccio è stato seguito a partire dall'Accordo di Coto-

*Approach to Human Rights Conditionality in Practice* (a cura di Fierro), London, 2003, p. 93 ss.; BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, 2005.

<sup>8</sup> ANGIOI, op. cit., p. 222.

<sup>9</sup> V. art. 96 dell'Accordo di Cotonou.

nou<sup>10</sup>, firmato con i Paesi ACP il 23 giugno 2000<sup>11</sup>. Esso costituisce un accordo di nuovo genere, basato sul rispetto dei diritti dell'uomo, dei principi democratici e dello stato di diritto e sulla sana gestione degli affari pubblici (*good governance*)<sup>12</sup>, stabilendo le assegnazioni di una parte del Fondo europeo di sviluppo in funzione degli impegni in materia di riforme istituzionali legate alla governance, tra cui i diritti umani, la democrazia e lo stato di diritto

Nella pratica, come risulta dal recente *Reflection Paper on Political Clauses in agreements with third countries* del Consiglio UE, l'applicazione concreta di tali clausole è stata principalmente concentrata sui Paesi ACP ed ha portato all'esame di numerosi casi di non esecuzione delle clausole sui diritti umani, che sono sfociate per lo più nell'adozione di misure sanzionatorie parziali e temporanee<sup>13</sup>.

Le clausole di condizionalità rappresentano quella che è stata definita la «condizionalità negativa», in cui l'applicazione di tali misure viene da una parte della dottrina equiparata a delle sanzioni.

Accanto alle clausole sopramenzionate, che costituiscono dei «bastoni», la politica europea non manca di offrire alcune «carote», costituite da incentivi (condizionalità positiva) a supporto della promozione dei diritti umani e della democrazia. Fra questi ultimi si colloca l'EIDHR (European Initiative for Democracy and Human Rights), più recentemente sostituito dallo strumento finanziario 2007-2013 per la promozione

<sup>10</sup> G.U.C.E. 15 dicembre 2000 L 317, p. 3. Art. 9 dell'Accordo di Cotonou: «Respect for human rights, democratic principles and the rule of law, which underpin the ACP-EU Partnership, shall underpin the domestic and international policies of the Parties and constitute the essential elements of this Agreement» L'Accordo è stato poi modificato a Lussemburgo il 25 giugno 2005, G.U.U.E. 28 ottobre 2005 L 287, p. 1.

<sup>11</sup> Sul tema v. PILLITU, *La Tutela dei Diritti dell'uomo e dei Principi Democratici nelle relazioni della Comunità e dell'Unione Europea con gli stati ACP*, Torino, 2003.

<sup>12</sup> Sul passaggio da governance a good governance e infine a democracy, v. PACE, *The Euro-mediterranean Challenge. Democratisation or Good Governance?*, in *The European Union and the Mediterranean* (a cura di Xuereb), 2004, consultabile nel sito [www.fscpo.unict.it](http://www.fscpo.unict.it), p. 247 ss.

<sup>13</sup> Consiglio dell'UE, doc. 7008/09, 17 febbraio 2009: «Up to now the Community has only taken partial and temporary measures for non-execution of obligations related to political clauses which have emerged within the Cotonou Agreement and concerned exclusively the HR clause. From the 19 cases of consultations under article 96 registered since 1995, only one case led to a total or almost total suspension (Togo 1998) plus Sudan, (since 1990 though not based on article 96, but decided on an ad-hoc basis); in two cases, no suspension was decided (Guinea-Bissau in 1999 and again in 2003). In 15 cases partial suspension was decided (Niger (1996), Comoros (1999), Niger (1999), Ivory Coast (2000 and 2002), Fiji (2000 and 2007 ongoing), Haiti (2000), Liberia (2001), Guinea-Conakry (2003-ongoing), Zimbabwe (2002-ongoing), Central African Republic (2003), Togo (2003 and 2004), Mauritania (2005). For Mauritania (2008), no decision on appropriate measures has yet been taken».

della democrazia e dei diritti umani nel mondo<sup>14</sup> e il regolamento (CE) 1638/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 2006, recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato<sup>15</sup>

Il tema dei diritti fondamentali ha acquisito per l'Unione europea un rilievo ancor più significativo a partire dal Trattato di Maastricht, che da un lato ha introdotto con l'art. 6 TUE un richiamo generale al rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni e degli atti comunitari, e dall'altro ha istituito la PESC<sup>16</sup>.

Sul piano delle relazioni esterne, gli orientamenti della politica dell'UE relativa alla promozione dei diritti umani e della democrazia sono stati poi precisati da una serie di comunicazioni della Commissione<sup>17</sup>. Un ulteriore stimolo è venuto nel 2000, con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali a Nizza. Ben prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nonostante non avesse valore vincolante, la Carta è stata considerata dalle istituzioni un punto di riferimento per guidare l'azione esterna dell'UE<sup>18</sup>. Nel 2001, infatti, la Commissione emanò una comunicazione<sup>19</sup> in cui si affermava che «l'azione della Commissione nel settore delle relazioni esterne sarà guidata dal rispetto dei diritti dell'uomo e dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali

<sup>14</sup> Regolamento (CE) 1889/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e dei diritti umani nel mondo, *G.U.U.E.* 29 dicembre 2006 L 386, p. 1.

<sup>15</sup> Regolamento (CE) 1638/2006 del 24 ottobre 2006 recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato, *G.U.U.E.* 9 novembre 2006 L 310, p. 1.

<sup>16</sup> Secondo DUSEPULCHRE, *Dimension politique de la politique communautaire de coopération au développement, quelle cohérence?*, in *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne?* (a cura di Dony, Rossi), Bruxelles, 2008 p. 265 ss., la coerenza fra le varie politiche dell'Unione ed il principio di condizionalità è stata resa più difficile anche dalla struttura in pilastri dell'Unione, che si rifletteva anche sul piano esterno.

<sup>17</sup> L'Unione europea e gli aspetti esterni della politica in materia di diritti dell'uomo, COM(95)567 def.; Il richiamo al rispetto dei principi democratici e dei diritti dell'uomo negli accordi tra la Comunità e i paesi terzi, COM(95)216 def.; Democratizzazione, Stato di diritto, rispetto dei diritti dell'uomo e sana gestione degli affari pubblici: le sfide del partenariato tra l'Unione europea e i paesi ACP, COM(98)146 def.; Lotta contro il razzismo, la xenofobia e l'antisemitismo nei paesi candidati, COM(99)256 def.; comunicazione della Commissione in materia di assistenza e monitoraggio delle elezioni da parte dell'UE, COM(2000)191 def.

<sup>18</sup> V. la Dichiarazione congiunta sulla politica di sviluppo della CE, Consiglio e Commissione, 10 novembre 2000, consultabile nel sito [europa.eu](http://europa.eu).

<sup>19</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo dell'8 maggio 2001, Il ruolo dell'Unione europea nella promozione dei diritti umani e della democratizzazione nei paesi terzi, COM(2001)252 def.

dell'UE, poiché tale rispetto assicurerà la coerenza tra l'approccio interno dell'UE e quello delle sue relazioni esterne». In tale comunicazione si evidenziava la necessità di un approccio integrato a sostegno dei diritti umani.

Anche il Consiglio Ecofin il 13 dicembre 2001 adottò delle «Linee direttrici dell'Unione europea per i dialoghi in materia di diritti umani»<sup>20</sup>, con cui l'Unione europea si impegnavà a inserire di più i diritti umani in tutti gli aspetti della sua politica estera. Secondo tali *guidelines*, in tutti i dialoghi e le discussioni con i Paesi terzi si deve affrontare il tema dei diritti umani, con particolare riguardo a: ratifica e attuazione degli strumenti internazionali in materia di diritti umani; cooperazione con gli strumenti internazionali nel settore dei diritti umani; lotta contro la pena di morte; lotta contro la tortura; lotta contro ogni forma di discriminazione; rispetto dei diritti dei bambini; rispetto dei diritti delle donne; libertà di espressione; ruolo della società civile; cooperazione in materia di giustizia internazionale; prevenzione dei conflitti; promozione della democrazia e buona gestione degli affari pubblici. La valutazione deve essere basata sui rapporti in materia realizzati da organizzazioni non governative (ONG), dalle Nazioni Unite e da altre organizzazioni internazionali, dal Parlamento europeo e dalla Commissione europea.

Il Trattato di Lisbona, come si vedrà oltre, costituisce un ulteriore passo avanti per la promozione dei diritti fondamentali anche nelle relazioni esterne dell'Unione europea, vincolando quest'ultima non solo al rispetto della Carta dei diritti fondamentali ma anche ad un principio di coerenza dell'azione esterna.

### *3. Il tema dei diritti umani nell'evoluzione dei rapporti euromediterranei*

Anche per quanto riguarda specificamente i rapporti con i Paesi del Mediterraneo, il cammino verso l'inclusione di strumenti volti a promuovere il rispetto dei diritti umani e del principio democratico è stato lento e graduale. In tale ambito però, rispetto ad altre aree geografiche, l'impatto della politica europea per la promozione dei diritti e della democrazia è stato assai poco efficace, non tanto per la mancanza di strumenti giuridici che specificamente coprissero quei valori, quanto piuttosto per la scarsa volontà politica di applicarli.

Va innanzitutto ricordato che inizialmente la Comunità non ha avuto un approccio unitario nei confronti degli Stati mediterranei, anche perché

<sup>20</sup> L'atto è consultabile nel sito [europa.eu](http://europa.eu).

essi rappresentavano realtà molto diverse: Paesi europei (ivi compresa la Turchia) che sono stati visti sin dall'inizio come potenziali membri, quelli francofoni del Magreb, quelli più eterogenei dell'area Mashreq, e Paesi come Israele e Libano al centro di gravi conflitti interni o internazionali. Per tale ragione gli accordi di associazione conclusi con i singoli Paesi presentavano caratteristiche molto diverse<sup>21</sup> gli uni dagli altri.

Dopo che nel Vertice di Parigi del 1972 fu affermata la necessità di un *approccio globale*, furono stipulati negli anni seguenti con i singoli Paesi del Mediterraneo accordi bilaterali definiti di cooperazione (anche se tecnicamente erano accordi di associazione) molto simili fra loro. Tali accordi, ispirati alla realizzazione di un nuovo ordine economico internazionale, coprivano molti temi fra cui commercio, cooperazione tecnica e finanziaria, norme sociali per i lavoratori migranti, senza però contenere alcuna dimensione «politica» né tanto meno clausole di condizionalità per il rispetto dei diritti umani, della democrazia e dello stato di diritto<sup>22</sup>.

Con l'ingresso di Grecia (1981), Spagna e Portogallo (1986) la politica mediterranea della Comunità ebbe un nuovo impulso. Il Parlamento europeo<sup>23</sup> da un lato e alcuni Stati membri (Italia, Francia e Spagna) dall'altro lanciarono l'idea di una Conferenza per la sicurezza e al Cooperazione Mediterranea (CSCM), che però non fu mai realizzata, e di una revisione generale degli accordi esistenti, per introdurre una dimensione politica. La necessità di una simile dimensione fu peraltro accentuata dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, che aveva introdotto la PESC.

Negli anni successivi il rapporto della Comunità e dell'Unione europea con i Paesi del Mediterraneo è andato progressivamente evolvendosi verso una *partnership* più strutturata e paritaria<sup>24</sup>. Il Consiglio europeo di Lisbona del 1992 mise l'accento sulla necessità di stabilizzare i Paesi vicini all'UE, affermando un concetto di *partnership*, basato sulla condivisione di obiettivi e responsabilità, sulla solidarietà e benefici reciproci. La *partnership* era basata sull'instaurazione di meccanismi istituzionali che miravano ad instaurare un dialogo politico permanente ad

<sup>21</sup> Sul tema v. *The Eu's Enlargement and Mediterranean Strategies: A Comparative Analysis* (a cura di Maresceau, Lannon), Basingstoke, 2000.

<sup>22</sup> Essi prevedevano un Consiglio (cui partecipavano membri del Consiglio e della Commissione CE) e un comitato di cooperazione in cui sedevano rappresentanti di ogni Stato membro comunitario e della Commissione e il rappresentante del paese associato, in composizione paritetica.

<sup>23</sup> Nel 1991 il Parlamento europeo approvò un documento in tal senso (Per un quadro politico-negoziale globale dell'Unione europea nel Mediterraneo) Doc.2 1995.

<sup>24</sup> Sul tema v. *Aspetti giuridici del partenariato euromediterraneo* (a cura di Marchisio), Milano, 2001.

ampio raggio, su temi non solo economici ma anche politici (ad esempio lotta al terrorismo ed immigrazione), con l'inclusione della democrazia, del rispetto dei diritti umani e della *rule of law* fra gli obiettivi principali. Il concetto di una *partnership* euro-mediterranea fu poi rilanciato dai Vertici di Corfù del 1994 e di Cannes del 1995.

Nel 1995 la Commissione presentò la comunicazione sul «Rafforzamento della politica mediterranea dell'UE: verso un partenariato euro-mediterraneo»<sup>25</sup>, in cui si sottolineava la necessità di promuovere politiche relative alla protezione dei diritti umani della democrazia e dello stato di diritto, in un'ottica di interdipendenza e cooperazione pluridimensionale. Gli aspetti economici e commerciali venivano legati all'obiettivo di promuovere nei Paesi mediterranei uno sviluppo sostenibile anche al fine di diminuire l'immigrazione, in modo da costituire nel 2010 un'area di libero scambio (ai sensi del WTO). Nella Conferenza di Barcellona del 27 e 28 novembre 1995, vero e proprio atto fondativo della cooperazione euro-mediterranea<sup>26</sup>, furono approvati all'unanimità una Dichiarazione ed un programma di lavoro. L'obiettivo era quello di instaurare un quadro multilaterale di dialogo che integrasse il sistema precedente di accordi bilaterali.

Veniva previsto un partenariato globale, incentrato su tre dimensioni: dialogo politico e di sicurezza, dialogo economico e finanziario e dialogo sociale, culturale ed umano<sup>27</sup>. Caratteristica della nuova *partnership* era l'istituzionalizzazione dei rapporti mediante un regolare dialogo politico rafforzato, che si aggiunge ai tradizionali meccanismi istituzionali previsti dagli accordi di associazione. Tutto il sistema veniva sottoposto ad un monitoraggio permanente al fine di vigilare sull'applicazione

<sup>25</sup> Doc. COM(95)72 def, dell'8 marzo 1995. Sul tema v. RAUX, *Towards a Pan-Euro Mediterranean Association of Proximity*, in *The Eu's Enlargement and Mediterranean Strategies*, cit., p. 42 ss., e FLAESCH-MOUGIN, *Differentiation and Association Within the Pan-Euro-Mediterranean Area*, ivi, p.63 ss.

<sup>26</sup> Alla Conferenza presero parte i rappresentanti degli allora 15 Stati membri dell'Unione europea più dodici Paesi terzi mediterranei (PTM): Algeria, Cipro, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Malta, Marocco, Siria, Tunisia, Turchia e Autorità palestinese. La Lega degli Stati arabi e l'Unione del Maghreb arabo (UMA) furono invitate così come la Mauritania (in qualità di membro dell'UMA). Dopo l'ultimo allargamento, il 1° maggio 2004, due nuovi partner mediterranei (Cipro e Malta) hanno aderito all'Unione europea. Il partenariato euromediterraneo riunisce oggi 27 Stati membri dell'UE e 12 partner mediterranei (Algeria, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Marocco, Autorità palestinese, Siria, Tunisia e Turchia, Mauritania, Monaco, Croazia, Albania, Bosnia-Erzegovina, Montenegro). La Libia ha lo *status* di osservatore.

<sup>27</sup> Sul tema v. BARUFFI, *Le competenze esterne della Comunità e dell'Unione europea. Uno sguardo ai rapporti con i Paesi del Mediterraneo*, in *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione* (a cura di Baruffi), Padova, 2008, p. 127 ss.

dei «principi di Barcellona», svolto da due istituzioni comuni: la Conferenza euro-mediterranea, formata da un rappresentante di ogni Stato partecipante, e il Comitato euro-mediterraneo, formato dalla troika europea e dai rappresentanti dei Paesi mediterranei, che si riunisce ogni tre mesi e prepara le Conferenze. A partire dal 2003 il quadro istituzionale è stato completato dall'Assemblea parlamentare (EMPA, formata da parlamentari di ogni Paese partner e da membri del PE) e dalla Fondazione Anna Lindh per il dialogo tra culture e civiltà (dialogo interculturale e interreligioso).

Nell'ambito di questo partenariato ambizioso ed articolato il tema dei diritti umani e della democrazia è presente in vari settori, anche se in maniera programmatica.

Secondo la Dichiarazione di Barcellona le parti si impegnavano nell'ambito del partenariato politico ad agire in conformità della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, come pure di altri obblighi a norma del diritto internazionale, segnatamente quelli risultanti dagli strumenti regionali ed internazionali. L'Unione Europea dal canto suo si impegnava a dare un supporto finanziario a tali azioni. Erano più volte ribaditi i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (comprese la libertà di espressione, la libertà di associazione, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione). Si prefigurava inoltre un dialogo tra le parti, gli scambi di informazioni su questioni attinenti ai diritti dell'uomo, alle libertà fondamentali, al razzismo ed alla xenofobia. Più specificatamente i Paesi mediterranei avrebbero dovuto raggiungere gli standard internazionali in materia elettorale; avrebbero approfondito il dialogo sui diritti umani in collegamento con gli organi delle Nazioni Unite, perseguito l'uguaglianza fra i generi e la protezione dei diritti delle donne in particolare con riferimento al lavoro e all'istruzione.

Le parti si impegnavano ad introdurre lo stato di diritto e la democrazia nei loro sistemi politici, riconoscendo in questo quadro il diritto di ciascun partecipante di scegliere e sviluppare liberamente il suo sistema politico, socioculturale, economico e giudiziario. Nell'ambito del partenariato economico e finanziario si prevedeva, oltre alla graduale instaurazione di una zona di libero scambio entro il 2010, una serie di obiettivi di mercato e sociali come la promozione del ruolo della donna nello sviluppo.

Il partenariato sociale, culturale e umano era incentrato da un lato su un compromesso – non privo di ambiguità – tra l'esistenza, il riconoscimento e il rispetto reciproco di tradizioni, di culture e di civiltà diverse su entrambe le sponde del Mediterraneo e dall'altro, sulla valorizzazione

delle radici comuni mediante il dialogo interculturale e interreligioso, l'attuazione di programmi educativi e culturali rispettosi delle identità culturali e il rispetto dei diritti sociali fondamentali. Successivamente alla conferenza euromediterranea dei ministri degli Esteri, svoltasi a Valencia il 22 e 23 aprile 2002, fu deciso di creare la fondazione Anna Lindh incaricata di promuovere il dialogo tra le culture e le civiltà.

Numerose Conferenze si sono susseguite negli anni<sup>28</sup> sino a culminare in una nuova Conferenza di Barcellona del 2005 che ha adottato un programma di lavoro per cinque anni<sup>29</sup>.

Nel «processo di Barcellona» il tema dei diritti umani e della democrazia è stato sottolineato a più riprese ed in maniera crescente, ma si è trattato per lo più di mere dichiarazioni di principio, frutto di compromessi e non prive di ambiguità. Se da un lato le parti si impegnavano ad introdurre lo stato di diritto e la democrazia nei loro sistemi politici, dall'altro si ribadiva il diritto di ciascun partecipante di scegliere e sviluppare liberamente il proprio sistema politico, socioculturale, economico e giudiziario.

#### *4. Strumenti giuridici ed ostacoli politici per la promozione dei diritti umani nelle relazioni euromediterranee*

A seguito del processo sopra descritto, anche se fra gli obiettivi dei singoli accordi bilaterali di cooperazione euromediterranei non figurano i diritti umani e la democrazia, ciononostante in tutti questi accordi sono state inserite clausole di condizionalità<sup>30</sup> che, anche se con talune variazioni, definiscono tali valori come «elemento essenziale»<sup>31</sup>. I singoli piani d'azione per Paese adottati recentemente indicano come prioritario il

<sup>28</sup> Dalla conferenza di Barcellona del 1995, si sono tenute altre sette conferenze euromediterranee dei ministri degli Esteri: a Malta nell'aprile 1997, a Stoccarda nell'aprile 1999, a Marsiglia nel novembre 2000, a Bruxelles il 5 e 6 novembre 2001, a Valencia, il 22 e 23 aprile 2002, a Napoli, il 2 e 3 dicembre 2003 e a Lussemburgo il 30 e 31 maggio 2005. Inoltre, si sono tenute riunioni informali di ministri degli Esteri a Palermo nel giugno 1998 e a Lisbona nel maggio 2000.

<sup>29</sup> Consultabile nel sito [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu).

<sup>30</sup> Sul tema v. BARTELS, *A Legal Analysis of Human Rights Clauses in the European Union's Euro-Mediterranean Association Agreements*, in *Mediterranean Politics*, 2004, p. 368.

<sup>31</sup> Si veda ad esempio l'Accordo di associazione con la Tunisia, *G.U.C.E.* 30 marzo 1998 *L* 97, p. 2, il cui art. 2 prevede: «Relations between the Parties, as well as all the provisions of the Agreement itself, shall be based on respect for human rights and democratic principles which guide their domestic and international policies and constitute an essential element of the Agreement».

rispetto della democrazia e dei diritti umani e rinviano alla clausola elemento essenziale contenuta nell'accordo di associazione. In alcuni accordi (ad esempio in quelli con Israele e Libano) si fa rinvio ai diritti elencati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (dunque un'ampia gamma di diritti), a cui viene in tal modo attribuito un valore giuridico nell'ambito di applicazione dell'accordo di associazione<sup>32</sup>; in altri (Marocco e Algeria), il riferimento sembra meno chiaro (tale cioè da richiamare la Dichiarazione con il suo proprio valore) e in altri ancora (Tunisia) ci si riferisce genericamente ai diritti umani ed ai principi democratici, mentre la Dichiarazione non è menzionata.

Oltre alla clausola «elemento essenziale», negli accordi euromediterranei vi è anche una clausola di non esecuzione per violazione sostanziale degli obblighi previsti dall'accordo che disciplina anche le procedure per garantire che, salvo in casi di particolare urgenza, le contromisure (che devono comunque essere proporzionate<sup>33</sup> e compatibili con il diritto internazionale) siano prese consultando la controparte, stabilendo anche, in seno al Consiglio, meccanismi che facilitino il dialogo e la soluzione delle controversie. Nella scelta delle misure, si privilegiano quelle che meno perturbano il funzionamento dell'accordo. Non sempre è agevole ricollegare tali clausole a quelle dell'elemento essenziale, almeno in quei casi in cui esse sembrano più riferite alle relazioni fra le parti che non all'oggetto dell'accordo di associazione<sup>34</sup>.

Analizzando la prassi emerge chiaramente una maggior propensione dell'UE ad utilizzare invece verso i Paesi di quest'area strumenti di «condizionalità positiva», come incentivi finanziari, o «neutri», come il dialogo politico. La previsione di quest'ultimo strumento è contenuta in tutti gli accordi euromediterranei, ma con diverse sfumature: il dialogo può avvenire a livello ministeriale a livello di comitati e sub comitati tematici, o anche parlamentare e può essere riferito ai soli diritti o anche alla democrazia. Si registra anche un tentativo da parte delle istituzioni comunitarie di interpretare le clausole di condizionalità degli accordi

<sup>32</sup> Così BARTELS, *op. cit.*, p. 374.

<sup>33</sup> In realtà tale precisazione non è contenuta negli Accordi con Israele e Tunisia.

<sup>34</sup> Così gli Accordi con Tunisia, Libano, Autorità palestinese, Israele, Egitto, Giordania. BARTELS, *op. cit.*, pp. 379-381, rileva che si potrebbe sostenere che la clausola sui diritti umani non appartiene al contenuto dell'accordo ma è una condizione dello stesso. La conseguenza giuridica sarebbe non l'applicazione della clausola di non esecuzione, ma piuttosto la sospensione o denuncia del Trattato ai sensi degli articoli 62 e 60, 3° comma, della Convenzione di Vienna, per mutamento di fondamentale delle circostanze sul base del fatto che l'altra parte avrebbe con il suo comportamento ripudiato l'accordo stesso.

conclusi con i Paesi mediterranei come capaci di fornire esse stesse la base per interventi di condizionalità positiva

Alle forme di cooperazione bilaterale fra l'UE ed i singoli Paesi mediterranei interessati si affiancano forme di cooperazione multilaterale, inizialmente finanziate dal programma MEDA<sup>35</sup>. Tale programma, avviato nel 1995, è stato il principale strumento finanziario per l'attuazione del partenariato euromediterraneo e delle sue attività. L'art. 3 del regolamento MEDA afferma che il regime previsto dal regolamento si fonda sul rispetto per i principi democratici, della *rule of law* e dei diritti umani, che sono considerati come elemento essenziale. Tali misure, che pur potevano essere decise dal Consiglio a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, non sono tuttavia mai state adottate.

Nel 2004 le relazioni con i Paesi mediterranei furono incluse nell'ambito della Politica europea di vicinato (PEV)<sup>36</sup>. Con l'attrazione dei Paesi euromediterranei nella Politica Europea di Vicinato il programma MEDA dal 2007 è stato sostituito al SEVIP (strumento europeo di vicinato e partenariato). Il quadro è completato da un regolamento che prevede le misure appropriate in caso di inadempimento da parte del Paese beneficiario del sostegno relativo ad un elemento essenziale dell'accordo<sup>37</sup>. Più recentemente la Commissione ha lanciato anche uno «Strumento per la democrazia» (2007-2013)<sup>38</sup>, volto a sostenere i partner che dimostrino un impegno inequivocabile nei confronti dei valori co-

<sup>35</sup> Regolamento (CE) 1488/96 del Consiglio, del 23 luglio 1996, relativo a misure d'accompagnamento finanziarie e tecniche (MEDA) a sostegno della riforma delle strutture economiche e sociali nel quadro del partenariato euromediterraneo, *G.U.U.E.* 9 ottobre 1996 *L* 255, p. 24. Il programma MEDA è volto a attuare misure di cooperazione destinate ad aiutare i Paesi terzi mediterranei a procedere alla riforma delle loro strutture economiche e sociali e ad attenuare gli effetti dello sviluppo economico a livello sociale ed ambientale. Il regolamento è stato poi modificato dal regolamento (CE) 2698/2000.

<sup>36</sup> V. la comunicazione della Commissione del 4 dicembre 2006 sullo sviluppo della politica europea di vicinato (COM(2006)0726 def.) e il regolamento (CE) 1638/2006 del 24 ottobre 2006 recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato, *G.U.U.E.* 9 novembre 2006 *L* 310. Per una valutazione degli effetti della PEV sui paesi euromediterranei v. COMELLI, PACIELLO, *The ENP's potential for reform in the Southern Mediterranean: A Cost/Benefit Analysis*, in *The European Neighbourhood Policy and the Southern Mediterranean* (a cura di Comelli, Eralp, Ustün), Ankara, 2009, p. 53 ss.

<sup>37</sup> V. il regolamento (CE) 780/98, del 7 aprile 1998, che modifica il regolamento (CE) n. 1488/96 per quanto riguarda la procedura per l'adozione di misure appropriate in assenza di un elemento fondamentale per il proseguimento delle misure di sostegno a favore di un partner mediterraneo, *G.U.C.E.* 15 aprile 1998 *L* 113.

<sup>38</sup> Regolamento (CE) 1889/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e dei diritti umani nel mondo, *G.U.U.E.* 29 dicembre 2006 *L* 386.

muni e delle priorità concordate in relazione alle riforme politiche promuovendo il buon governo, il rispetto dei diritti umani e i principi democratici.

Va osservato che questi strumenti, previsti non da un accordo ma da regolamenti, costituiscono un atto unilaterale dell'UE e sono dunque svincolati dal rispetto delle regole che governano i trattati internazionali. La sospensione dei benefici per i Paesi terzi in caso di inadempimento degli impegni da essi assunti è dunque assai più semplice rispetto a quanto avviene per i trattati bilaterali. D'altro canto però, per essere efficace, la clausola elemento essenziale avrebbe dovuto essere collegata anche a specifici progetti e finanziamenti anziché soltanto al regolamento stesso, il quale è fonte comunitaria e non ha effetti per gli Stati terzi.

L'evoluzione sin qui brevemente ricordata mostra che nelle relazioni euro-mediterranee sono venuti a cumularsi nel tempo diversi strumenti: dal sistema di preferenze generalizzate in tema commerciale agli accordi di cooperazione, dagli strumenti di cooperazione allo sviluppo<sup>39</sup> e di assistenza tecnica e finanziaria a quelli di vicinato<sup>40</sup>. Il principio di condizionalità, pur innestandosi in maniera disomogenea in questi strumenti, troverebbe comunque un supporto giuridico adeguato. La sua applicazione nell'area mediterranea tuttavia è stata pressoché inesistente e non certo per l'assenza di violazioni dei valori che sono alla base della condizionalità<sup>41</sup>.

Le ragioni di tale inefficacia sono principalmente politiche. L'area mediterranea è al centro di questioni identitarie e territoriali particolarmente sensibili. Com'è stato rilevato<sup>42</sup>, dati i problemi politico-strategici

<sup>39</sup> V. il regolamento 1905/2006, *G.U.C.E.* 27 dicembre 2006 L 378.

<sup>40</sup> Sul tema v LANNON, *The EU's Strategic Partnership with the Mediterranean and the Middle East: a new geopolitical dimension of the EU's proximity Strategies*, in *Law and practice of the EU External Relations* (a cura di Maresceau, Dashwood), Cambridge, 2008, p. 360 ss.

<sup>41</sup> Per dati empirici sulla situazione dei diritti e della democrazia singoli Paesi dell'area mediterranea v. PACE, *op. cit.*, p. 46 ss. Secondo tale autore: «Although there are some signs of progress in the Mediterranean region such as allowing more political contestation at local level in some countries and strengthening gender rights, progress on the key democratic issues such as democratic and transparent elections, the control of corruption and full media freedom remains elusive. Besides, the progress achieved so far is uneven and varies from state to state. It can also be a case of cosmetic change in one sector and regress in others. [...] Moreover, the political and legal measures implemented so far in Morocco, Jordan and Egypt, continue neither to benefit the majority of citizens nor to trigger a genuine substantive political transformation. In particular, the balance of power within the society has remained unchanged; elections for the parliament or presidential positions continue to be formal exercises rather than open political competitions; and human rights violations seem to have increased in recent years».

<sup>42</sup> Così ANGIOI, *op. cit.*, p. 328.

dell'area mediterranea e la sua prossimità geografica all'Unione europea, quest'ultima, nonostante le dichiarazioni formali, sembra incline a mettere in primo piano le esigenze di stabilità, sicurezza e pace anche a discapito delle altre dimensioni. Il conflitto israelo-palestinese ha poi evidenziato la difficoltà per l'Unione europea di decidere di irrogare sanzioni contro Israele e di conseguenza l'impossibilità di adottarne anche contro Paesi mussulmani.

Va inoltre ricordato che la leva negoziale di cui l'Unione europea dispone nei confronti dei Paesi dell'area mediterranea è minore, sia rispetto a Paesi candidati all'adesione che a Paesi più poveri.

##### *5. Le sollecitazioni del Parlamento europeo e della Commissione e la ricerca di una nuova strategia*

Il fatto che nell'area mediterranea le clausole di condizionalità non siano state di fatto mai applicate nella loro dimensione «negativa», nonostante le violazioni della democrazia e dei diritti umani non siano mancate, ha sollevato crescenti proteste da parte della Commissione UE e del Parlamento europeo<sup>43</sup>.

La Commissione ha adottato due Comunicazioni nel 2001 e nel 2003 specificamente dedicate alla promozione dei diritti umani e della democrazia nei rapporti con i Paesi mediterranei<sup>44</sup>. Nella comunicazione del 2003 si afferma che «dette clausole non sono necessariamente indice di un approccio negativo o punitivo – esse possono essere utilizzate per promuovere il dialogo e la cooperazione tra i partner, incoraggiando azioni congiunte dirette alla democratizzazione e al rispetto dei diritti umani, inclusa l'attuazione effettiva degli strumenti internazionali sui diritti umani e la prevenzione di crisi, tramite l'istituzione di un rapporto di cooperazione coerente e duraturo». La comunicazione del 2003 traccia però un quadro assai critico della situazione relativa al rispetto dei diritti umani e della democrazie, propone un nuovo impulso alle azioni dell'UE con i partner euromediterranei nel campo dei diritti umani e formula dieci raccomandazioni.

<sup>43</sup> Sul punto v. BARTELS, op. cit., p. 369.

<sup>44</sup> V. comunicazione della Commissione dell'8 maggio 2001, Il ruolo dell'Unione europea nella promozione dei diritti umani e della democratizzazione nei paesi terzi, COM(2001)252 def., e comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 21 maggio 2003, Imprimere un nuovo impulso alle azioni dell'UE coi partner mediterranei nel campo dei diritti umani e della democratizzazione - Documento d'orientamento strategico, COM(2003)294 def.

Tenendo anche conto della relazione 2002 del programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo (UNDP) sullo sviluppo umano nel mondo arabo, la comunicazione rileva che «i deficit di governance connessi alla libertà, all'emancipazione delle donne e all'informazione impediscono lo sviluppo dei valori democratici e la promozione dei diritti umani; la marginalizzazione delle donne impedisce lo sviluppo economico e sociale; l'ordinamento giudiziario non è sufficientemente indipendente; le ONG non possono intervenire nelle amministrazioni pubbliche e sono escluse dalle reti internazionali della società civile; l'istruzione è impartita in modo diseguale e non è sufficientemente conforme alle esigenze dell'economia moderna; l'autoritarismo e il cattivo andamento economico e sociale favoriscono i movimenti radicali». La comunicazione osserva altresì che «sebbene i Paesi della regione siano perlopiù firmatari degli strumenti internazionali più importanti in materia di diritti umani, nella pratica la situazione è ben differente poiché essi non rispettano queste norme internazionali».

Secondo la Commissione, i piani d'azione nazionali per il rispetto dei diritti umani (elaborati nell'ambito del programma MEDA) devono analizzare la situazione, identificare obiettivi e promuovere la cooperazione dello Stato con la società civile. Inoltre, in relazione ai partner mediterranei, la strategia dell'Iniziativa europea per la democrazia e i diritti umani (EIDHR) dev'essere rivista allo scopo di rafforzare la capacità della società civile a livello regionale nel campo della libertà di associazione e di espressione, della difesa dei diritti dei gruppi specifici, della buona governance e della lotta contro la corruzione, rafforzando la complementarità con i programmi MEDA<sup>45</sup>.

A fronte delle difficoltà politiche ad applicare concretamente la condizionalità nell'area mediterranea, si sta recentemente affermando una diversa strategia dell'Unione europea per cercare di incentivare «dal basso» il rispetto dei diritti umani e della democrazia, ricorrendo a sistemi diversi da quelli sanzionatori attraverso il coinvolgimento della società civile e delle ONG e delle istituzioni pubbliche dei Paesi interessati. Esempi di tale strategia sono stati la creazione della rete euromediterranea dei diritti umani (REMD) e l'incoraggiamento a redigere una Carta sulla pace e la stabilità, i *forum* interparlamentari e della società civile.

Questa strategia è riecheggiata anche nella comunicazione dal titolo «Decimo anniversario del partenariato euromediterraneo: un programma

<sup>45</sup> Questi principi sono poi stati ripresi dalla Relazione finale sul Partenariato strategico dell'UE con il Mediterraneo e il Medio Oriente, approvata dal Consiglio europeo di giugno 2004, consultabile nel sito [consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu).

di lavoro per far fronte alle sfide dei prossimi cinque anni»<sup>46</sup>, presentata il 12 aprile 2005, in occasione della decennale del processo di Barcellona, dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. La comunicazione ribadisce che «è indispensabile progredire in settori quali le riforme politiche ed economiche, i diritti delle donne e l'istruzione. Il ritardo accusato nella realizzazione degli obiettivi enunciati nella dichiarazione di Barcellona è dovuto in parte all'impegno a volte carente dei partner nei confronti dei principi sottoscritti e in parte al perdurare dei conflitti nella regione». La Commissione afferma che i partner devono riflettere su come agire in tal senso, definendo tra l'altro politiche volte a promuovere la parità tra i sessi e i diritti fondamentali e sociali, a coinvolgere le parti sociali e la società civile e a favorire lo sviluppo di quest'ultima.

In effetti il coinvolgimento della società civile nei Paesi mediterranei è auspicabile anche per aiutare il radicamento e la propagazione di quei valori che sono percepiti come fondamentali per l'UE, ma che rischiano di rimanere del tutto estranei nelle società dei Paesi della sponda sud del Mediterraneo. Essa però di per sé non sembra sufficiente.

Più incisivo potrebbe in futuro rivelarsi l'intervento del Parlamento europeo, il quale sta crescentemente interessandosi agli aspetti di promozione dei diritti umani e della democrazia negli Stati con cui l'Unione europea conclude accordi ed ha indicato alcune possibili misure che dovrebbero essere adottate a questo scopo.

Il Parlamento europeo (PE) il 14 febbraio 2006 ha approvato una risoluzione relativa ai diritti dell'uomo e alla democrazia negli accordi dell'Unione europea<sup>47</sup>. L'Assemblea premette che lo sviluppo e il consolidamento della democrazia, dello stato di diritto e dei diritti umani costi-

<sup>46</sup> COM(2005)139 def. La Commissione formula dieci raccomandazioni, la cui esecuzione richiede una complementarità tra il dialogo politico e gli aiuti finanziari, tra il programma MEDA e gli aiuti nel quadro dell'Iniziativa europea per la democrazia e i diritti umani (EIDHR) e tra la dimensione nazionale e quella regionale. In particolare, si afferma che «l'Unione deve assicurare l'inclusione sistematica delle questioni relative ai diritti umani e alla democratizzazione in tutti i dialoghi bilaterali su base istituzionalizzata con i Paesi partner mediterranei. Occorre potenziare la cooperazione in questioni quali le riforme giuridiche, il contesto normativo che disciplina il funzionamento della società civile e delle organizzazioni non governative (ONG), la libertà di espressione e di associazione e i diritti delle donne garantendo l'esecuzione delle risoluzioni delle Nazioni Unite nell'area dei diritti umani. È necessario che l'Unione possieda una maggiore competenza istituzionale e sia documentata sui settori chiave connessi ai diritti umani di ogni paese mediterraneo, al fine di assicurare un dialogo regolare ed approfondito con i Paesi della regione. A tal fine, la situazione di ciascuno dei Paesi partner sarà analizzata in base ad un sistema standard e aggiornamenti periodici».

<sup>47</sup> La risoluzione è basata sul c.d. Rapporto Agnoletto, doc. P6\_TA(2006)0056.

tuiscono un obiettivo globale della politica estera e di sicurezza comune e devono essere parte integrante della politica esterna dell'Unione europea e che gli sforzi tesi a promuovere il rispetto dei diritti umani e la democrazia quali obiettivi fondamentali delle politiche nell'ambito delle relazioni esterne dell'UE sono destinati a fallire se non si darà sufficiente priorità ai principi ad essi sottesi in relazione agli interessi economici, politici e di sicurezza. Sottolineando poi che l'Unione europea deve essere in grado di reagire ed efficacemente in caso di gravi e persistenti violazioni dei diritti umani e dei principi democratici, e che molte volte ciò non è avvenuto, il PE chiede una maggiore vigilanza affinché il paese terzo in questione rispetti le norme internazionali in materia di diritti umani al momento della firma dell'accordo ed un monitoraggio sull'applicazione della clausola sugli «elementi essenziali».

Secondo il PE uno dei motivi che hanno compromesso l'applicazione della clausola è la genericità della sua stessa formulazione, dato che essa non individua modalità precise di interventi «in positivo» e «in negativo» nell'ambito della cooperazione UE-Paesi terzi, accordando così una supremazia all'azione del Consiglio e alle esigenze nazionali degli Stati membri rispetto a quelle più generali dei diritti umani.

Di conseguenza esso si dichiara a favore dell'elaborazione di un nuovo testo di «clausola modello», tale da perfezionare l'attuale formulazione del cosiddetto «articolo 2» degli accordi di cooperazione, in modo da garantire un approccio più coerente, efficace e trasparente alla politica europea dei diritti umani negli accordi con i Paesi terzi. Secondo il PE, il testo dovrebbe tener conto dei seguenti principi: «la promozione della democrazia, dei diritti umani, compresi i diritti delle minoranze, dello stato di diritto e della “good-governance” sono un elemento fondamentale della cooperazione multilaterale [...]; le parti dovrebbero fare riferimento in particolare ai loro obblighi ed impegni internazionali<sup>48</sup>, mentre dev'essere chiaro che le parti hanno l'obbligo di conformarsi alle norme che costituiscono un “elemento essenziale” dell'accordo». La clausola dovrebbe prevedere anche una procedura di consultazione tra le parti, che illustri dettagliatamente i meccanismi politici e giuridici cui ricorrere in caso di richiesta di sospensione della cooperazione bilaterale per violazioni ripetute e/o sistematiche dei diritti umani in spregio del diritto internazionale.

<sup>48</sup> In particolare, le parti dovrebbero impegnarsi a promuovere i diritti fondamentali definiti dalla dichiarazione dell'ONU sui diritti dell'uomo del 1948, dalle due convenzioni ONU sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali nonché dalle convenzioni e norme imperative dell'ONU riconosciute a livello internazionale.

Ma poiché la sospensione è un'extrema ratio, andrebbe sviluppato un chiaro sistema di sanzioni per offrire un sistema di intervento alternativo; ed in ogni caso l'approccio positivo ai diritti umani non dovrebbe comunque escludere la possibilità di arrivare alla sospensione temporanea della cooperazione per violazione dei diritti umani e della clausola democratica. La clausola dovrebbe altresì includere i dettagli di un meccanismo che consenta la temporanea sospensione dell'accordo di cooperazione, come pure un meccanismo di early warning.

Certo tali richieste di per sé non sono nuove. Ma il Parlamento sottolinea di non essere più disposto a dare il proprio parere conforme a nuovi accordi internazionali che non contengano una clausola relativa ai diritti dell'uomo e alla democrazia. Esso inoltre chiede di partecipare alla definizione del mandato negoziale relativo a nuovi accordi con Paesi terzi e di essere successivamente associato ai Consigli di Associazione e alle sottocommissioni sui diritti umani. Il PE chiede alla Commissione di elaborare, insieme alle sottocommissioni per i diritti umani, una relazione annuale e di discutere in sede di Parlamento europeo in merito all'applicazione della clausola relativa; ritiene che tali sottocommissioni dovrebbero riunirsi periodicamente ed elaborare raccomandazioni specifiche in tale contesto. Esso infine «ritiene che, per il caso specifico dei Paesi con cui l'UE condivide valori fondamentali e politiche comuni a lungo termine, per esempio i Paesi interessati dalla "nuova politica di vicinato", si potrebbe prevedere la firma di accordi che vadano oltre la "clausola relativa ai diritti dell'uomo e alla democrazia", basati sulla condivisione di istituzioni comuni per la promozione dei principi democratici e dei diritti umani, sull'esempio del Consiglio d'Europa e/o di altre istituzioni regionali».

Il Parlamento europeo, non avendo alcun ruolo nei negoziati, può esprimere liberamente il proprio pensiero critico e potrà dunque giocare un ruolo fondamentale per rafforzare la dimensione dei diritti umani e della democrazia nell'ambito delle relazioni euromediterranee. Anche perché, dettaglio tutt'altro che insignificante, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il Parlamento acquisisce poteri di bilancio assai più vasti ed incisivi.

#### 6. La «realpolitik» dell'Unione per il Mediterraneo

Un tentativo di rilanciare il processo di Barcellona si è avuto il 13 luglio 2008 con la Dichiarazione comune al Vertice di Parigi per il Mediterraneo<sup>49</sup> che ha promosso la creazione dell'Unione per il Mediterra-

<sup>49</sup> COM(2008)319 def., 20 maggio 2008.

neo (UPM), vale a dire di un quadro regionale di cooperazione multilaterale che si aggiunge e non sostituisce gli accordi di associazione bilaterali conclusi dall'UE con i singoli Paesi.

I capi di Stato e di governo hanno in quell'occasione sottolineato «qu'ils sont déterminés a renforcer la démocratie et le pluralisme politique par le développement de la participation a la vie politique et l'adhésion a l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils affirment également leur ambition de bâtir un avenir commun fondé sur le plein respect des principes démocratiques, des droits de l'homme et des libertés fondamentales, consacrés par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, comme la promotion des droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques, le renforcement du rôle des femmes dans la société, le respect des minorités, la lutte contre le racisme et la xénophobie, ainsi que la promotion du dialogue culturel et de la compréhension mutuelle».

A tale dichiarazione ne è seguita una adottata a Marsiglia dai ministri degli Esteri il 3 e 4 novembre 2008, che effettua una rifocalizzazione degli obiettivi ed un mutamento di tono. Il terreno su cui si svilupperà principalmente l'azione della UPM è dato da obiettivi concreti, sicuramente importanti ed attuali, ma che non necessariamente implicano il rispetto della *rule of law* e dei diritti fondamentali: energia, agricoltura, sviluppo, lotta al terrorismo, ambiente, acqua, ricerca, turismo, protezione civile. Il traguardo più ambizioso rimane quello della creazione di un'area di libero scambio.

Rispetto al passato il linguaggio risulta più *soft*, anche in relazione a temi che pure si presterebbero a fornire solide basi per promuovere i diritti fondamentali e la democrazia. Così in relazione alla dimensione sociale si accenna a temi prevalentemente economici. Il dialogo fra culture e diversità culturali viene in gioco principalmente per combattere il traffico illecito di beni e tesori culturali, e promuovere la conoscenza da parte dei popoli del proprio patrimonio artistico e culturale, grazie anche al Programma Euromed Héritage IV. È alla Fondazione Anna Lindh, di cui peraltro si ribadisce il ruolo di semplice osservatore, che si lascia il compito di promuovere il dialogo interculturale, la diversità e la comprensione reciproca assieme all' *Alliance des civilisations* dell'ONU.

La parte della Dichiarazione di Marsiglia che qui più rileva è quella concernente la giustizia e i diritti. Se da un lato si afferma che «l'espace euro-méditerranéen a l'ambition de respecter totalement la liberté, la sécurité et la justice, la primauté du droit, les droits de l'homme, les libertés fondamentales et les conventions internationales», dovrebbero però essere «les professionnels du droit, les universités et les acteurs juridi-

ques» a vigilare sulla corretta applicazione delle convenzioni e delle sentenze per garantire lo stato di diritto in particolare partecipando a reti nazionali e mediterranee. È invece previsto uno stanziamento di risorse comunitarie per sostenere la cooperazione giudiziaria (Euromed Justice II) e di polizia (Euromed Police II).

Quanto al ruolo delle donne nella società è prevista l'organizzazione di conferenze e gruppi tematici relativi alla partecipazione femminile alla vita politica, ai diritti sociali delle donne e sviluppo sostenibile e ai diritti delle donne in ambito culturale e ruolo della comunicazione e dei media.

La Dichiarazione di Marsiglia conferma un approccio che basa la promozione dei diritti e della democrazia sempre più sul coinvolgimento della società civile piuttosto che sulla minaccia di sanzioni agli Stati. I diritti umani sono incorporati all'interno di altri *volets* e sembrano cessare di essere una priorità autonoma. Questo approccio dal basso è sicuramente utile ma c'è da chiedersi se sia sufficiente.

L'UPM per la verità non sembra almeno sino ad ora un esperimento di grande successo, poiché è stata subito bloccata sul piano politico a causa del conflitto israelo-palestinese e al momento prosegue sul piano tecnico. Ma l'impressione è che stia prevalendo una sorta di *realpolitik*, volta a conseguire più efficacemente obiettivi di carattere economico, strategico e di sicurezza, ma assai più conciliante sul tema dei diritti fondamentali e della democrazia. A questo si aggiunga che l'accento che viene posto sempre più sulla «diversità culturale» come chiave di valutazione del rispetto dei diritti umani e della *rule of law* rischia di giustificare un relativismo che di fatto rinnega il valore universale di certi diritti (si pensi a quelli delle donne).

La stessa idea di condizionalità, in una *partnership* sempre più orientata ai progetti concreti, rischia di perdere importanza nelle relazioni euro-mediterranee<sup>50</sup>.

Il Parlamento europeo, il 19 febbraio 2009 ha adottato due risoluzioni concernenti rispettivamente l'UPM<sup>51</sup> e la Revisione dello strumento della politica europea di vicinato e partenariato<sup>52</sup> in cui ha cercato di mettere nuovamente l'accento sui diritti umani.

Nella prima risoluzione il PE menziona il «bilancio deludente del processo di Barcellona» e «i limiti della politica europea di vicinato (PEV) con i Paesi mediterranei che, privilegiando le relazioni bilaterali, si sta rivelando priva di equilibrio e incapace di contribuire a un processo

<sup>50</sup> Così ERALP, ÜSTÜN, *Introduction*, in *The European Neighbourhood Policy*, cit., p. 8.

<sup>51</sup> Doc. P6\_TA-PROV(2009)0077.

<sup>52</sup> Doc. P6\_TA-PROV(2009)0078.

comune di riforme significative nella regione». Il Parlamento sottolinea che uno degli obiettivi principali della politica euromediterranea è la promozione dello stato di diritto, della democrazia, del rispetto dei diritti dell'uomo e del pluralismo politico, ma che dall'avvio del processo di Barcellona, in relazione ai valori e principi comuni formulati nella dichiarazione che essi stessi hanno sottoscritto nel 1995, alcuni Paesi partner non hanno compiuto progressi significativi né in termini di adesione, né di rispetto di tali valori e principi. In particolare per quanto concerne la democrazia, i diritti dell'uomo e lo stato di diritto, continuano a esistere violazioni molto gravi. Il Parlamento chiede pertanto di valutare i risultati fin qui raggiunti e l'adeguatezza degli strumenti messi in atto nell'ambito del partenariato e sollecita la Commissione ad elaborare criteri di ammissibilità ben definiti per tali strumenti, anche per quanto riguarda altre organizzazioni internazionali, come il Consiglio d'Europa, e a istituire un sistema efficace per il monitoraggio della loro attuazione. In tale contesto auspica la definizione di un quadro politico-istituzionale condiviso che permetta di valorizzare la dimensione della reciprocità sia nell'individuazione dei problemi che nella ricerca di soluzioni comuni.

La risoluzione esorta dunque il Consiglio e la Commissione ad iscrivere chiaramente la promozione dei diritti dell'uomo e della democrazia negli obiettivi della nuova iniziativa, a rafforzare ulteriormente l'applicazione dei meccanismi esistenti, tra cui la clausola sui diritti dell'uomo contenuta negli accordi di associazione, ed a creare un meccanismo per l'applicazione di tale clausola negli accordi di nuova generazione e nei piani d'azione bilaterali della PEV. Si indica poi la necessità di garantire una maggiore coerenza politica tra le istituzioni europee.

Nella seconda risoluzione, il PE sottolinea la necessità di adottare un approccio specifico per ciascun paese in fatto di condizionalità politica, finalizzato, tra l'altro, alla promozione della democrazia, dello stato di diritto e del buongoverno, del rispetto dei diritti dell'uomo e delle minoranze.

Il PE appare dunque oggi l'istituzione più attenta all'affermarsi del principio di condizionalità. Esso dispone di un importante potere in quanto deve dare la sua approvazione per la conclusione non solo degli accordi di associazione, ma anche di quelli che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione e degli accordi che hanno ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione<sup>53</sup>. In passato è già successo che il Parlamento abbia negato il proprio parere

<sup>53</sup> Il Trattato di Lisbona (art 218, par. 6, del TFUE) prevede non più un parere conforme ma una «approvazione» dell'accordo da parte del PE.

conforme ad un Accordo con la Bielorussia proprio a causa del non rispetto dei diritti umani da parte di tale Paese<sup>54</sup>. Va tuttavia rilevato che l'approvazione del PE è richiesta solo per la conclusione di detti accordi, mentre per quel che riguarda la loro applicazione – ed in particolare quella delle clausole di sospensione –, il PE è semplicemente informato.

### 7. Il Trattato di Lisbona e la promozione dei diritti fondamentali sul piano esterno: una questione di coerenza

Il Trattato di Lisbona persegue, attraverso diverse disposizioni, relative alle competenze, alle istituzioni ed ai principi ispiratori, l'obiettivo di rendere più coerente l'azione esterna dell'Unione<sup>55</sup>. Le molte dimensioni dell'azione esterna della Comunità e dell'Unione europea, cui si ricollegano diverse competenze e diversi strumenti pongono infatti non di rado un problema di coerenza.

Il tema della protezione dei diritti fondamentali è divenuto centrale con il Trattato di Lisbona, innanzitutto per il valore vincolante che viene attribuito alla Carta dei diritti fondamentali (art. 6 del TUE). Ma soprattutto esso diventa principio ispiratore di tutta l'azione esterna dell'UE. L'art. 3, 5° comma, del TUE precisa che «nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite».

Il Trattato di Lisbona prevede, con riferimento agli accordi di associazione, una curiosa dicotomia. Quelli riferiti ai PTOM sono disciplinati dalla parte IV del TFUE mentre tutti gli altri rientrano nel campo di applicazione dell'art. 217 del TFUE<sup>56</sup>, il quale è a sua volta compreso nella parte V dello stesso Trattato (Azione esterna dell'Unione).

La diversa collocazione ha una conseguenza importante dal punto di vista giuridico. La Parte V infatti, secondo l'art 205 del TFUE, è fondata sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità delle di-

<sup>54</sup> La risoluzione è pubblicata in *G.U.C.E.* 28 aprile 1997 C 132.

<sup>55</sup> Sul tema v. BOURRICHE, *La cohérence de la politique européenne de coopération au développement*, in *Démocratie, cohérence et transparence*, cit., p. 249 ss.

<sup>56</sup> Secondo tale articolo: «L'Unione può concludere con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali accordi che istituiscono un'associazione caratterizzata da diritti ed obblighi reciproci, da azioni in comune e da procedure particolari».

sposizioni generali di cui al capo 1 del titolo V del Trattato sull'Unione europea. Quest'ultimo dispone all'art. 21 del TUE che «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale». L'Unione si adopera per sviluppare relazioni e istituire partenariati con i Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali, regionali o mondiali, che condividono i principi di cui sopra e promuove soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite. Fra gli scopi dell'azione esterna vi sono quelli di consolidare e sostenere la democrazia, lo stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale (lett. *b*) e di promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale (lett. *h*).

A ben guardare tuttavia è difficile sostenere che gli accordi di associazione conclusi con i PTOM siano esclusi dagli obiettivi sopra citati. Infatti il Trattato di Lisbona prescrive non solo la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna, ma anche e più in generale la coerenza di questi ultimi con le altre politiche<sup>57</sup>. Su tale coerenza dovranno vigilare il Consiglio e la Commissione, assistiti dall'Alto rappresentante.

Va rilevato che i principi di cui sopra dovranno ispirare l'azione esterna dell'Unione in tutti i suoi aspetti, ivi compresa la PESC. Rispetto a quest'ultima rimane però una differenza fondamentale per quello che riguarda l'adozione da parte dell'UE di atti che violino tali principi. Tale violazione infatti potrebbe esser causa di annullamento di un atto (ad esempio la decisione di aderire ad una convenzione internazionale) da parte della Corte di giustizia solo se questo non riguarda la PESC.

Occorre a questo punto chiedersi quali riflessi potranno avere tali innovazioni nei rapporti con i Paesi euromediterranei. La risposta più evidente è che il ruolo dei diritti fondamentali da un lato e l'obbligo di coerenza dall'altro dovrebbero presumibilmente influenzare in maniera maggiore la politica di associazione e più in generale l'azione europea in seno all'UPM. I diritti fondamentali assumeranno, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona un ruolo «quasi costituzionale» e non potranno

<sup>57</sup> Il principio di coerenza dell'azione dell'Unione è espresso in via generale dall'art. 7 del TFUE. Per quel che riguarda l'azione esterna v. gli articoli 18, 21, 26 del TUE.

essere facilmente ignorati in nome della *realpolitik*. Del resto, l'art. 8 del TUE stabilisce: «L'Unione sviluppa con i Paesi limitrofi relazioni privilegiate al fine di creare uno spazio di prosperità e buon vicinato fondato sui valori dell'Unione e caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione».

A ciò si aggiunga che il tradizionale garante dei diritti nelle relazioni esterne dell'UE, cioè il Parlamento europeo, vedrà con il Trattato di Lisbona aumentati i suoi poteri, ivi compresa la sua capacità politica di influenzare la Commissione (ma ancora una volta non in ambito PESC).

Un riflesso anticipato dell'influenza del Trattato di Lisbona potrebbe esser visto nel già menzionato *Reflection Paper* del Consiglio dell'UE sulle clausole politiche e gli accordi con i Paesi terzi<sup>58</sup>. Tali clausole comprendono oggi non solo quelle sui diritti umani e la *rule of law* ma anche quelle relative alle armi di distruzione di massa (*MDW clause*), alle armi leggere (*SALW*), alla lotta al terrorismo, e all'adesione alla Corte penale internazionale e da ultimo, in taluni accordi anche le clausole di riammissione e sulla *good governance* fiscale. Fra queste solo la clausola relativa ai diritti umani, democrazia e *rule of law* è un elemento essenziale mentre tutte le altre non lo sono (eccetto quella sulle MDW, che è considerata essenziale solo in parte).

Il documento affronta il problema della scarsa credibilità che le clausole in questione ormai rivestono, in ragione della riluttanza che l'Unione ha dimostrato nell'applicare il meccanismo di sospensione in caso di non esecuzione e formula alcune proposte per migliorare la situazione. Si raccomanda innanzitutto al Coreper di vigilare sulla coerenza complessiva degli accordi in modo che interessi settoriali non prevalgano su quelli più generali. Se da un lato si suggerisce di non moltiplicare le clausole elemento essenziale, dall'altro si ribadisce che quella sui diritti umani dovrà essere mantenuta e che la flessibilità su di essa in sede di negoziato dovrà essere limitata. Si raccomanda infine di prevedere una procedura *fast track* di dialogo prima della sospensione dell'accordo.

Si tratta di una riflessione generale sugli strumenti che sembra indicare una volontà politica nuova, anche a tutela della credibilità dell'Unione europea, compromessa dalle continue violazioni dei principi che sono alla base delle sue intese con i Paesi terzi da parte di questi ultimi.

I recenti sviluppi delle relazioni fra le due sponde del Mediterraneo sembrano al momento troppo condizionati dal processo di pace in Medio Oriente per promettere sviluppi positivi nel breve periodo. La politica di

<sup>58</sup> Consiglio dell'UE, doc. 7008/09, cit.

condizionalità dell'Unione europea è allo stato attuale, particolarmente con riferimento a quest'area, ricca di incongruenze, contraddizioni ed ambiguità. Essa rischia di essere percepita dai Paesi terzi come discriminatoria, in quanto condizionata fortemente ad considerazioni politiche che spingono ad essere – a parità di violazioni – più o meno severi con chi le commette. E sicuramente non è in linea con il requisito prescritto dal Trattato di Lisbona, della coerenza delle relazioni esterne con i valori fondamentali dell'UE (rispecchiati prima di tutto dalla Carta dei diritti fondamentali) ma anche della coerenza della politica euromediterranea con le altre politiche esterne dell'UE.

Il Trattato di Lisbona impone dunque all'UE di perseguire con maggiore determinazione anche verso i Paesi del Mediterraneo, come ha fatto con altri, la tutela della *rule of law* e dei diritti umani, intesi come diritti universali, senza tollerare in nome della diversità culturale e di una correttezza politica che spesso è solo ipocrisia, violazioni eclatanti degli stessi. Ciò tanto più se vorrà continuare a perseguire attraverso l'UPM il disegno di un'area sempre più integrata.

L'Unione europea dovrà dunque cercare di proseguire la promozione dei suoi valori fondamentali anche nelle relazioni con l'area mediterranea, anche se tale promozione per essere meglio accettata dovrebbe forse cercare di ancorarsi a strumenti universali e non solo prettamente «europei». E la costituzione di fori di dialogo permanente, previsti dagli accordi di associazione, dalla politica di vicinato e dall'UPM rappresentano senza dubbio preziose occasioni di confronto e di comprensione reciproca. La stessa creazione di aree di libero scambio, come ha dimostrato il processo di integrazione europea, può innescare un crescente avvicinamento anche sul piano politico.

Ma rimane sullo sfondo, ancora irrisolta, la questione se i «valori condivisi» cui fanno riferimento tutti i processi di partnership euromediterranea siano davvero tali<sup>59</sup> e cosa possano essi rappresentare per i Paesi di quest'area, che li giudicano in una prospettiva ben diversa da quella europea o di chi pensa un giorno di poter aderire all'UE.

<sup>59</sup> Secondo ALIBONI, *The ENP in the Mediterranean: Evaluating the Political and Strategic Dimensions in The European Neighbourhood Policy*, cit., p. 20: «the “shared values” assumption is completely invented. The Southern Mediterranean governments do not share democracy and respect for human rights neither ideologically nor politically».

## UN PRIMO SGUARDO ALL'UNIONE PER IL MEDITERRANEO: LUCI E OMBRE\*

Susanna CAFARO\*\*

SOMMARIO: 1. Gli antecedenti logici dell'Unione per il Mediterraneo. – 2. L'iniziativa francese. – 3. I caratteri dell'Unione per il Mediterraneo: profili istituzionali. – 4. I progetti. – 5. Conclusioni.

### *1. Gli antecedenti logici dell'Unione per il Mediterraneo*

Il 13 luglio 2008, sotto la presidenza congiunta del Presidente della Repubblica Francese e del Presidente della Repubblica Araba d'Egitto a Parigi si è tenuta a battesimo l'Unione per il Mediterraneo.

Erano presenti tutti gli Stati e le organizzazioni internazionali che insistono nell'area, le banche di sviluppo e le istituzioni preposte al dialogo culturale. Gli Stati rappresentati erano quarantaquattro: i ventisette membri dell'Unione europea, i Paesi già membri del partenariato euro mediterraneo (tra essi anche l'Autorità palestinese, che Stato – ancora – non è) e altri quattro di nuovo ingresso: Bosnia-Herzegovina, Croazia, Monaco e Montenegro. Presiedeva Sarkozy, in qualità di padrone di casa e presidente di turno dell'Unione europea, ma anche di ideatore del nuovo organismo multilaterale che succede al dialogo euromediterraneo strutturato noto come processo di Barcellona.

\* Per un approfondimento ulteriore del tema, si veda il contributo sul tema in *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli - Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Napoli, 2010 e da ultimo l'articolo *Unione per il Mediterraneo*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2010, p. 105 ss.

\*\* Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università del Salento.

Per comprendere quest'ultimo stadio di evoluzione delle relazioni euro-mediterranee è bene fare un passo indietro.

Il meccanismo, varato a Barcellona nel novembre 1995<sup>1</sup> – l'ultimo dei tentativi della Comunità di darsi una politica «mediterranea»<sup>2</sup> – ambiva, sia pure con grossi limiti, alla stabilizzazione dell'area mediterranea, articolandosi in tre assi: il dialogo politico, la cooperazione economica e il dialogo umanitario, sociale e culturale al fine di ridurre tanto il divario di sviluppo quanto il divario in termini di rispetto dei diritti umani e democratici, a favorire lo scambio culturale, a realizzare entro il 2010 un'area di libero scambio. Vi partecipavano tutti i Paesi mediterranei della sponda sud, ad esclusione della Libia alla quale solo successivamente è stato concesso lo status di osservatore<sup>3</sup>.

La vera ossatura del dialogo euromediterraneo era, in realtà, bilaterale. Si fondava – e si fonda tutt'ora – sul fascio di accordi di associazio-

<sup>1</sup> Dando seguito agli orientamenti già definiti dai Consigli europei di Lisbona (giugno 1992), Corfù (giugno 1994) e Essen (dicembre 1994) e alle proposte della Commissione, l'Unione europea decideva di creare una nuova cornice per le sue relazioni con i Paesi del bacino mediterraneo che presentasse le caratteristiche del partenariato. Questo progetto si è concretizzato in occasione della conferenza di Barcellona che ha riunito, il 27 e 28 novembre 1995, i quindici ministri degli Esteri degli Stati membri dell'UE e quelli di Algeria, Cipro, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Malta, Marocco, Siria, Tunisia, Turchia e Autorità palestinese. La Lega degli Stati arabi e l'Unione del Maghreb arabo (UMA) sono state invitate così come la Mauritania (in qualità di membro dell'UMA).

<sup>2</sup> Con la Conferenza di Parigi del 1972, la Commissione Europea, su proposta del Ministro degli Esteri francese M. Schumann, elaborò per la prima volta una politica uniforme nei confronti dei Paesi mediterranei non comunitari, denominata politica mediterranea globale (PMG), seguendo le indicazioni provenienti dal Parlamento. Essa prevedeva un incentivo allo sviluppo dell'area mediterranea, attraverso maggiore cooperazione economica, finanziaria e tecnica: misure di finanziamento e scambi commerciali semplificati, intensificazione delle esportazioni e la creazione di infrastrutture agricole e industriali. Nel 1990, il Consiglio europeo decise di adottare la Politica Mediterranea Rinnovata. Si decise di rafforzare la politica di sviluppo economico, tramite lo stanziamento di maggiori risorse finanziarie, e di dare maggior impulso alla cooperazione regionale. Furono previsti dei Protocolli bilaterali pluriennali che contemplavano investimenti produttivi ad alta redditività. Tramite questi strumenti di partenariato e cooperazione «a tutti i livelli» la Comunità confermò e rafforzò il proprio impegno a contribuire alla stabilità e allo sviluppo economico equilibrato della regione mediterranea. Per sostenere iniziative concrete in materia, la Comunità istituì programmi appositi, con il preciso intento di trasferire risorse e *know-how* nei Paesi meno sviluppati del Mediterraneo, tra questi ricordiamo: MED-campus, MED-techno, MED-media, MED-urbs, Metap, Mast. Sull'argomento si rinvia a (a cura di Attinà, Longo), *Unione Europea e Mediterraneo fra globalizzazione e frammentazione*, Bari 1996; RIZZI, *Unione europea e Mediterraneo*, Roma 1997; Id. *Un Mediterraneo di conflitti*, Roma, 2004; XENAXIS, CHRYSOCHOOU, *The emerging Euro-mediterranean system*, Manchester University Press, 2001.

<sup>3</sup> Nel corso della conferenza di Stoccarda, la Libia è stata accolta per la prima volta quale invitato speciale della presidenza e, successivamente, ha assistito alle conferenze di Marsiglia, Bruxelles e Valencia.

ne e/o di cooperazione che legano ciascun Paese dell'area all'Unione europea ed ai suoi Stati membri<sup>4</sup>. Tali accordi, tutti misti ovvero conclusi tra la Comunità, i suoi Stati membri e – sull'altro versante – da ciascuno dei Paesi interessati, sono caratterizzati da un oggetto estremamente ampio che comprende obiettivi tipicamente comunitari, quali la progressiva liberalizzazione negli scambi di beni, servizi e capitali, accanto ad altri come lo sviluppo della democrazia, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani e del dialogo politico, più caratteristici della politica estera e di sicurezza<sup>5</sup>.

Tra gli strumenti impiegati ai fini del processo di Barcellona vanno citati altresì i meccanismi comunitari di sostegno economico. Al primo posto tra questi si colloca il Programma MEDA, lo strumento finanziario di cui la Comunità Europea si è dotata appositamente per sostenere i

<sup>4</sup> Il ricorso allo strumento bilaterale dell'accordo da parte della Comunità europea ha affiancato e supportato da sempre il tentativo di darsi una strategia complessiva nei confronti dell'area mediterranea. I primi accordi di associazione, proprio con due Paesi dell'area mediterranea, la Grecia e la Turchia, vennero conclusi nel 1962 e 1964, il secondo – ancora in vigore – è in *G.U.C.E.* 29 dicembre *L* 217. Nel 1976 vennero stipulati i primi accordi di cooperazione globale con alcuni Paesi del Maghreb (Algeria, Tunisia, Marocco); l'anno successivo coi i Paesi del Mashreq (Egitto, Siria, Giordania e Libano). Di questa generazione rimane in vigore l'accordo di cooperazione concluso con la Repubblica araba di Siria (regolamento (CE) 2216/78 in *G.U.C.E.* 27 settembre 1978 *L* 269). Oggi possiamo citare come accordi di nuova generazione in vigore gli accordi euromediterranei di associazione conclusi con la Repubblica algerina democratica e popolare (decisione 2005/690/CE in *G.U.C.E.* 10 ottobre 2005 *L* 265), con la Repubblica araba d'Egitto (decisione 2004/635/CE in *G.U.U.E.* 30 settembre 2004 *L* 304 del), con il Regno hashemita di Giordania (decisione 2002/357/CE in *G.U.C.E.* 15 maggio 2002 *L* 129), con lo Stato di Israele (decisione 2000/384/CE in *G.U.C.E.* 21 giugno 2000 *L* 147), con il Regno del Marocco (decisione 2000/204/CE in *G.U.C.E.* 9 giugno 2000 *L* 138), con la Repubblica Tunisina (decisione 98/238/CE in *G.U.C.E.* 30 marzo 1998 *L* 97), con la Repubblica Libanese (decisione 2006/356/CE, in *G.U.U.E.* 30 maggio 2006 *L* 143), quelli cosiddetti di Stabilizzazione e associazione firmati con la Croazia (decisione 2005/40/CE in *G.U.U.E.* 28 gennaio 2005 *L* 26), con l'Albania (decisione 2009/332, in *G.U.U.E.* 28 aprile 2009 *L* 107), quello non ancora in vigore con la Bosnia-Herzegovina, firmato il 16 giugno 2008, ma non ancora adottato. Ha caratteri atipici l'accordo euromediterraneo interinale di associazione sugli scambi e la cooperazione tra la Comunità europea, da una parte, e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (OLP) a beneficio dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della Striscia di Gaza, dall'altra (decisione 97/430/CE in *G.U.C.E.* 16 luglio 1997 *L* 187).

<sup>5</sup> Potrebbe, a questo punto, apparire difficile distinguere tra l'attuazione degli obiettivi di pace e stabilità attraverso il dialogo politico, che vede come protagonista l'Unione e si colloca nel suo c.d. secondo pilastro e la realizzazione delle finalità di cooperazione e sviluppo attraverso gli accordi di cooperazione e di associazione, strumenti tipici del pilastro comunitario. Questa innegabile commistione tra pilastri è oggetto di riflessioni più approfondite in CAFARO, *L'Unione per il Mediterraneo*, cit., par. 3.

progetti di cooperazione economica e finanziaria dell'area mediterranea<sup>6</sup>. Il suo scopo era facilitare l'istituzione della zona di libero scambio e sostenere il processo di transizione economica e sociale<sup>7</sup> tramite un superamento e una integrazione dei precedenti protocolli finanziari bilaterali.

Nel 2002 il Consiglio Europeo ha chiesto alla BEI di istituire anch'essa uno strumento apposito, il FEMIP, per sostenere i progetti di sviluppo e cooperazione nell'area<sup>8</sup>.

Il Processo di Barcellona, che per più di dieci anni ha costituito la cornice del partenariato euro-mediterraneo, ha visto sì dei successi, ma anche delle innegabili sconfitte.

Tra le sue realizzazioni più felici vale la pena di annoverare la creazione nel 2004 dell'Assemblea parlamentare euro-mediterranea (APEM), che trae origine dalla trasformazione e istituzionalizzazione del Forum parlamentare euromediterraneo<sup>9</sup>. La strutturazione interna dell'Assemblea risponde tanto alle finalità del processo quanto all'obiettivo della pari rappresentanza delle due sponde, per le quali costituisce un'innegabile sede del dialogo<sup>10</sup>.

I testi istitutivi dell'APEM, pur non presentando i caratteri propri

<sup>6</sup> Il Programma viene istituito con il regolamento (CE) 1488/96 e copre il periodo 1995/1999; successivamente è aggiornato e migliorato con il regolamento (CE) 2698/2000, per il periodo 2000/2006. Dal 2007 è confluito nello strumento europeo di vicinato e partenariato (ENPI).

<sup>7</sup> Ad esclusione di Malta e Cipro che, dal 2004, sono entrati nell'Unione Europea.

<sup>8</sup> L'acronimo FEMIP sta per *Facility for Euro-Mediterranean Investment and Partnership*. Questo strumento viene creato nell'ottobre 2002 per rafforzare l'azione della BEI nel Mediterraneo, con la specifica missione di sostenere il settore privato locale e favorire gli investimenti diretti. La conferenza ministeriale del FEMIP che si è incontrata a Bruxelles a margine del Consiglio ECOFIN il 7 luglio 2009 ha dato atto della collocazione delle priorità FEMIP nella nuova cornice dell'Unione per il Mediterraneo.

<sup>9</sup> L'iniziativa è stata del Parlamento europeo che ha raccolto l'invito – formulato nel Programma di lavoro allegato alla Dichiarazione di Barcellona – a favorire «un futuro dialogo parlamentare euromediterraneo», al fine di «permettere a rappresentanti eletti degli Stati partner uno scambio di opinioni su un'ampia gamma di problemi». L'APEM ha tenuto la sua riunione di insediamento ad Atene il 22 e 23 marzo 2004.

<sup>10</sup> Questa si compone di 240 membri, dei quali 120 designati dai Paesi partner mediterranei, 45 dal Parlamento europeo e 75 dai Parlamenti nazionali degli Stati membri, in ragione di tre per Stato. Questi si sono ripartiti originariamente in tre Commissioni, i cui compiti corrispondevano in linea di massima ai tre capitoli del partenariato: politico e di sicurezza; economico-finanziario; sociale, culturale e umano. Successivamente se ne sono aggiunte altre due: una sui diritti delle donne nell'area euromediterranea e l'altra su energia e ambiente. L'Ufficio di Presidenza dell'Assemblea è composto di quattro membri (due dei Paesi terzi mediterranei, uno del Parlamento europeo, uno proveniente da un Parlamento nazionale della sponda comunitaria) che assicurano la presidenza sulla base di una rotazione annuale. Si veda il Regolamento dell'Assemblea parlamentare euro-mediterranea così come modificato nella sessione plenaria del 17 marzo 2009, consultabile all'indirizzo [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

dell'accordo internazionale, danno luogo ad un organo che specifica nel proprio regolamento regole di voto, lingue ufficiali, modalità amministrative e finanziarie, un tratto che sembra caratterizzare tutto il quadro normativo di puro *soft law* delle relazioni euromediterranee<sup>11</sup>.

Analoghe considerazioni valgono infatti per un'altra importante creazione del partenariato: la Fondazione euro mediterranea Anna Lindh per il dialogo culturale, partecipata e finanziata da quarantatré Paesi europei e mediterranei<sup>12</sup>.

Alle due creazioni di carattere istituzionale bisogna aggiungere i passi verso la stabilizzazione macroeconomica della regione e la realizzazione di una serie di meccanismi di cooperazione in settori quali trasporti, energia, industria, gestione delle acque, ricerca nonché le attività rivolte verso la società civile per la tutela dei diritti.

Ciononostante gli obiettivi del partenariato sono rimasti in buona misura irrealizzati per le difficoltà in primo luogo di carattere geopolitico. Ci limitiamo a citare – al primo posto – la questione medio-orientale<sup>13</sup>. Va detto altresì che i divari economici si sono mantenuti sostanzialmente inalterati<sup>14</sup>.

Tra le ragioni della sconfitta vanno annoverate la distanza dai cittadini e dall'opinione pubblica e la carenza di *ownership*. È mancato, inol-

<sup>11</sup> Nel regolamento interno l'art 10, dedicato alle deliberazioni, prevede che l'assemblea possa presentare proposte alla Conferenza dei Ministri degli esteri, al Consiglio dell'UE e alla Commissione, decidendo per *consensus* in presenza della metà più uno delle delegazioni in ciascuna componente (comunitaria e dei Paesi terzi mediterranei), nel caso il *consensus* non sia possibile, votando alla maggioranza qualificata dei due terzi dei voti in ciascuna componente con la metà più uno dei componenti per ciascuna categoria. L'art. 13 dispone che lingue ufficiali siano le comunitarie più la lingua araba, l'ebraica e il turco. L'art. 14 ripartisce le spese di funzionamento tra i Parlamenti nazionali e il Parlamento europeo. L'art. 15 istituisce una segreteria generale a Bruxelles.

<sup>12</sup> Questa ha per missione di promuovere il dialogo tra le culture e il rispetto della diversità. Anche la sua creazione risale ad una decisione dei Ministri degli Esteri riuniti a Napoli nel dicembre 2003, che concretizzava gli auspici espressi, in tal senso dal Comitato consultivo ad alto livello, anche noto come «Gruppo dei Saggi», creato dal Presidente della Commissione nel 2003. La sede, operativa dall'aprile 2005, è ad Alessandria. Tanto la proposta di creare l'APEM quanto quella di istituire la Fondazione Anna Lindh possono essere reperite nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo COM(2003)610 def., 15 ottobre 2003.

<sup>13</sup> Si ricorda *en passant* quanta parte di tutte le carte istitutive sia dedicata in termini generali all'obiettivo della pace e della stabilità e in termini più espliciti al conflitto arabo-israeliano, vedi la Dichiarazione di Barcellona sin dai considerando, il par. 7 della Carta di Parigi, i paragrafi introduttivi della Dichiarazione di Marsiglia.

<sup>14</sup> Il PIL pro capite tra Paesi della sponda nord e della sponda sud differisce in media di cinque a uno, gli investimenti diretti dall'Europa ai Paesi mediterranei si attestano intorno all'1%. Per una disamina più dettagliata si rinvia a ANCONA, *Le economie mediterranee tra convergenza e divergenza in Studi sull'integrazione eur.*, 2008, p. 397 ss.

tre, lo sviluppo dell'asse sud – sud, da tutti considerato strategico ai fini dello sviluppo dell'area per i troppi i conflitti che ancora dividono i Paesi della sponda sud. Le crisi politiche hanno determinato continue frenate e battute d'arresto del dialogo multilaterale e persino temporanee assenze dai tavoli della discussione.

L'assetto istituzionale fortemente intergovernativo, unitamente all'assenza di un segretariato permanente e di una presidenza stabile, hanno impedito al processo di porsi in chiave propositiva rispetto alle crisi politiche e di emanciparsi rispetto alle priorità politiche e strategiche delle presidenze che si avvicendano nell'Unione europea.

A partire dal 2004 il dialogo euromediterraneo si è iscritto nella più ampia cornice della Politica di vicinato dell'Unione europea<sup>15</sup>.

Sviluppata a partire dal 2003 per condividere con i Paesi vicini i benefici dell'allargamento senza l'allargamento («*tout sauf les institutions*») ed evitare il manifestarsi di nuove divisioni, la PEV rientra nel quadro della strategia europea di sicurezza e si caratterizza – da un lato – per una cornice di dimensioni più vaste che include oltre alla sponda sud quella est e in termini generali la cerchia dei Paesi «amici» e – dall'altro – per un'approfondita dimensione bilaterale fondata su uno strumento operativo di *soft law*, il «piano d'azione», che integra un catalogo di riforme concordate tra l'UE e ciascun Paese vicino<sup>16</sup>. La PEV ha preparato il salto dal dialogo nord-sud quale configurato dal processo di Barcellona alla visione pan-mediterranea che caratterizza l'Unione per il Mediterraneo, rafforzandone ad un tempo la dimensione multilaterale e bilaterale. I Paesi vicini beneficiano anche di un'assistenza finanziaria e tecnica, per il tramite dello Strumento europeo di vicinato e partenariato (ENPI) che sostituisce i preesistenti programmi TACIS e MEDA<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> «*Wider Europe - Neighbourhood: A New Framework for Relations with our Eastern and Southern Neighbours*», Bruxelles, COM(2003)104 def., 11 marzo 2003. Sul tema si rinvia a PENNETTA, *Politica europea di vicinato e cooperazione regionale*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 1147.

<sup>16</sup> All'interno della cornice multilaterale delineata in prima battuta dalla Comunicazione della Commissione, – COM(2003)104 def., 11 marzo 2003, poi seguita da un più approfondito *Strategy Paper* intitolato proprio alla Politica europea di vicinato del maggio 2004 COM(2004)373 def. – dodici piani d'azione sono stati finora conclusi: Israele (2004), Marocco, Tunisia, Giordania Moldavia, Territori occupati palestinesi, Ucraina (2005), Armenia, Azerbaigian e Georgia (2006), Egitto e Libano (2007), rimangono ancora da concludere quelli relativi a Bielorussia Algeria, Siria e Libia, poiché gli accordi relativi a questi Paesi non sono ancora in vigore.

<sup>17</sup> La politica europea di vicinato è una cornice in permanente divenire. Nella sua Comunicazione sullo sviluppo della PEV COM(2006)726 la Commissione già avanzava proposte per il suo rafforzamento. Il Consiglio affari generali del 18 giugno 2007 adottava delle conclusioni destinate al Consiglio europeo per rafforzare tale politica; nel dicembre 2007 la Commissione adottava un'ulteriore comunicazione intitolata «*A Strong*

Si inseriscono nella cornice delle relazioni strutturate «di vicinato» tutti i Paesi più prossimi all'Unione: Algeria, Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Egitto, Georgia, Israele, Moldavia, Marocco, Territori palestinesi occupati, Siria, Tunisia e Ucraina.

La PEV rafforza la politica euromediterranea per tutti quegli Stati che erano già membri del Processo di Barcellona. Questi sottoscrivono un piano d'azione che consente loro di beneficiare di più risorse e di maggiore assistenza e monitoraggio da parte della Commissione. Il suo quadro finanziario è imponente, dal 2007 si articola sullo Strumento europeo di vicinato e partenariato (IEVP)<sup>18</sup>.

Tuttavia, l'elemento bilaterale sembra ancora dominare sul multilaterale dato il carattere politico e il contenuto generalissimo dei documenti che contemplano strategia e obiettivi relativi all'intera area, l'eterogeneità degli attori non comunitari e la preponderanza, anche nei documenti della Commissione delle analisi e valutazioni riservate alle singole situazioni-Paese.

## 2. L'iniziativa francese

Nel 2007 è giunta la proposta di Unione mediterranea lanciata dal candidato alla presidenza francese Sarkozy in campagna elettorale, scavalcando e cogliendo di sorpresa i partner europei.

I Paesi comunitari si sono trovati così davanti ad una proposta<sup>19</sup> che

*ENP*», COM(2007)774, contenente una serie di proposte operative. In febbraio 2008, i Ministri degli esteri in Consiglio adottavano delle Conclusioni in cui si accoglievano le proposte della Commissione come basi per ulteriori riflessioni, con l'obiettivo di sfruttare appieno il potenziale della PEV (Comunicato stampa 11016/07). Si veda da ultimo la Comunicazione della Commissione sull'implementazione della PEV nel 2008, COM(2009)188/3, 23 aprile 2009. Sulle prospettive ambiziose della PEV si rinvia a LEFEBVRE *La politique de voisinage: nouveau départ pour une ambition géopolitique*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n. 504, gennaio 2007, p. 22 ss.

<sup>18</sup> Lo Strumento europeo di vicinato e partenariato (IEPV) è stato creato con Regolamento (CE) 1638/2006 del Parlamento e del Consiglio, del 24 ottobre 2006, in *G.U.U.E.* 9 novembre 2006 L 310, operativo dal primo gennaio 2007. Dal 2008 alle risorse in esso previste si aggiungono quelle messe a disposizione dagli Stati membri su base volontaria, che confluiscono nel *Neighborhood Investment Facility (NIF) Trust Fund* che vede riuniti nel proprio *Governing board* la Commissione europea, gli Stati membri, gli Stati partner, la BEI, la BERS ed altre istituzioni finanziarie pubbliche multilaterali.

<sup>19</sup> Il Presidente Sarkozy ha presentato il suo progetto nel corso di un discorso a Tangeri il 23 ottobre 2007. Sono seguite sei visite ufficiali in Paesi terzi dell'area mediterranea e la creazione di un comitato permanente che assistesse l'Eliseo nel disegno del progetto. Ce ne informa ALLEMAND, *Nicolas Sarkozy et la vision*, *The Bridge*, n. 1/2009 - Issue 11.

coinvolgeva solo quanti fossero direttamente e «ogrficamente» interessati dal Mediterraneo: Italia, Spagna, Grecia, Malta e Cipro, Slovenia forse. Il disegno di Sarkozy infatti non appariva inizialmente inscritto nella cornice comunitaria e vedeva Unione europea e Unione mediterranea come due insiemi parzialmente sovrapposti. La Commissione, associata all'iniziativa, sarebbe stata chiamata ad assicurare la compatibilità e a gestire la coesistenza delle due prospettive euro-mediterranee.

Il rilancio della proposta da parte del neoeletto presidente, come primo atto della sua Presidenza di turno, ha avuto un forte connotato politico sia sul versante internazionale che su quello interno: il Mediterraneo è tornato ad essere in cima all'agenda europea e la Francia è sembrata volersi riappropriare di una *leadership* che percepisce come naturale<sup>20</sup>.

La reazione degli altri partner comunitari, Germania e Svezia in testa, è stata dapprima fortemente negativa, solo grazie ai buoni uffici della Spagna e dell'Italia il disegno è stato ricondotto nell'alveo comunitario<sup>21</sup>. Il Consiglio europeo del 13 e 14 marzo 2008 ha dato la sua benedizione alla nascita del nuovo organismo<sup>22</sup> che – profondamente mutato rispetto alla proposta di partenza – non appariva più autonomo rispetto agli assetti comunitari, ma faceva salva tutta la politica mediterranea dell'Unione di cui si presenta come la continuazione<sup>23</sup>. In realtà, esso concretizza uno stadio evolutivo ulteriore «i) alzando il livello politico delle relazioni tra l'Unione e i partner mediterranei; (ii) prevedendo una condivisione di

<sup>20</sup> Sul ruolo giocato dalla proposta di Unione del Mediterraneo nella visione di politica estera di Sarkozy sin dalla campagna elettorale si rinvia a ALLEMAND, *ibidem*.

<sup>21</sup> Si ricorda il ruolo giocato in tal senso dal summit italo-franco-spagnolo ospitato a Roma nel dicembre 2007, in cui effettivamente si è cominciato a parlare di Unione per il Mediterraneo.

<sup>22</sup> Nel primo allegato alle Conclusioni figura infatti la dichiarazione sul «processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo», in cui si legge: «Il Consiglio europeo ha approvato il principio di un'Unione per il Mediterraneo che comprenderà gli Stati membri dell'UE e gli Stati costieri mediterranei non appartenenti all'UE. Ha invitato la Commissione a presentare al Consiglio le proposte necessarie per definire le modalità di quello che si chiamerà "Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo", in vista del vertice che si terrà a Parigi il 13 luglio 2008».

<sup>23</sup> Così il par. 11 della Dichiarazione di Parigi: «Le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée s'appuiera sur l'acquis du processus de Barcelone, dont il renforcera les réalisations et les éléments fructueux. La déclaration de Barcelone, ses objectifs et les domaines de coopération qu'elle prévoit restent d'actualité et les trois chapitres sur lesquels porte la coopération (dialogue politique, coopération économique et libre-échange, et dialogue humain, social et culturel) demeureront au centre des relations euro-méditerranéennes. Le programme de travail quinquennal adopté lors du sommet qui s'est tenu à Barcelone en 2005 à l'occasion du 10e anniversaire du partenariat euro-méditerranéen (notamment le quatrième chapitre auquel il a alors été décidé d'étendre la coopération, à savoir: la migration, l'intégration sociale, la justice et la sécurité) et les conclusions de toutes les réunions ministérielles resteront applicables».

responsabilità e (iii) rendendo le relazioni più concrete e visibili grazie alla realizzazione di progetti regionali e subregionali utili ai cittadini». La denominazione cambia da Unione mediterranea a Unione *per* il Mediterraneo<sup>24</sup>.

L'iniziativa è stata formalmente della Commissione<sup>25</sup> – seppure nella forma atipica della comunicazione – al di fuori da ogni base giuridica prevista dal Trattato – ed in stretta consultazione con la Francia. Il Parlamento europeo l'ha supportata con una propria risoluzione<sup>26</sup>.

Il sistema delle fonti dell'Unione per il Mediterraneo si compone della dichiarazione di Parigi del 13 luglio 2008 e della successiva dichiarazione adottata dal Vertice dei Ministri degli esteri tenutasi a Marsiglia nei giorni 3 e 4 novembre, chiamato a dare corpo all'iniziativa. Esso recepisce, per quanto compatibile, tutto l'*acquis* del processo di Barcellona.

### 3. I caratteri dell'Unione per il Mediterraneo: profili istituzionali

Dal punto di vista istituzionale, l'Unione per il Mediterraneo costituisce sicuramente un *upgrading* del preesistente partenariato euro-mediterraneo. Alcuni organi sopravvivono, mutando di ruolo, altri si estinguono, altri – significativamente – se ne aggiungono, ma pur sempre in un'ottica di continuità.

Il partenariato si avvaleva di una strutturazione leggera di matrice fortemente intergovernativa, al cui vertice si trovava la conferenza euro-mediterranea dei Ministri degli Affari Esteri che, riunendosi periodicamente, aveva il compito di definire azioni specifiche per raggiungere gli obiettivi previsti dalla Dichiarazione<sup>27</sup>: Ad un livello sottostante si collo-

<sup>24</sup> Così la Dichiarazione di Parigi al par. 14. La denominazione attribuita dal Vertice di Parigi è «Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo». La successiva conferenza dei Ministri degli Esteri riunitasi a Marsiglia il 3 e 4 novembre 2008 la riduce a «Unione per il Mediterraneo».

<sup>25</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo, COM(2008)319 def., non pubblicata in Gazzetta ufficiale.

<sup>26</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 5 giugno 2008 sul Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo.

<sup>27</sup> Dalla conferenza di Barcellona del 1995, si sono tenute altre sette conferenze euro-mediterranee dei ministri degli Esteri: a Malta nell'aprile 1997, a Stoccarda nell'aprile 1999, a Marsiglia nel novembre 2000, a Bruxelles il 5 e 6 novembre 2001, a Valencia, il 22 e 23 aprile 2002, a Napoli, il 2 e 3 dicembre 2003 e a Lussemburgo il 30 e 31 maggio 2005. Inoltre, si sono tenute riunioni informali di ministri degli Esteri a Palermo nel giu-

cava il Comitato euro-mediterraneo per il processo di Barcellona, composto di funzionari ministeriali<sup>28</sup> in veste di rappresentanti degli Stati. La funzione del Comitato era quella di monitorare il processo e preparare i lavori della Conferenza. A tali incontri regolari si aggiungevano incontri occasionali dei Capi di Stato e di Governo di tutti i Paesi partecipanti alla cornice di Barcellona. Naturalmente, secondo il tipico schema di attuazione del diritto «morbido», che riveste mere funzioni di raccomandazione ed indirizzo, tanto la Dichiarazione di Barcellona, quanto i documenti elaborati nelle sedi intergovernative hanno trovato poi concretizzazione nell'attività condotta dai singoli membri del partenariato, ciascuno dei quali si è avvalso dei propri strumenti normativi ed operativi per dare corpo agli obiettivi. Particolarmente importante è stato il ruolo della Commissione europea nel definire di volta in volta il programma di lavoro, a conferma del ruolo di iniziativa e di *leadership* che era saldamente nelle mani dell'Unione europea.

La nuova Unione per il Mediterraneo presenta due novità importanti rispetto al Processo di Barcellona: una strutturazione istituzionale che contempla anche degli organi permanenti e una lista di progetti da realizzare. Alla base dell'una e dell'altra un approccio ispirato alla convinzione che, rispetto al passato, «la responsabilité du processus doit être mieux partagée entre tous les participants, et qu'il convient de rendre ce processus plus pertinent et plus concret aux yeux des citoyens», vale a dire due importanti innovazioni di metodo: *ownership* condivisa del processo, concretezza e visibilità per i cittadini.

I dettagli della nuova strutturazione istituzionale e i compiti di ciascun organo sono precisati dalla Dichiarazione di Marsiglia, che traccia un quadro complesso disegnando anche la mappa dei rapporti gerarchici e funzionali tra i diversi organi.

Due sono le categorie in cui si ripartiscono gli organi: gli organi di natura politica, cui competeranno a vari livelli le responsabilità decisionali e quelli di natura gestionale, incaricati dell'attuazione, che a differenza dei primi opereranno in permanenza rappresentando la vera novità rispetto al passato. Completano il quadro l'Assemblea parlamentare e la Fondazione Anna Lindh.

Al vertice dell'assetto istituzionale vi è il Vertice, a cadenza biennale, dei Capi di Stato e di Governo. Questo fornisce, mediante dichiarazioni, l'indirizzo politico al sistema, anche definendo una lista di progetti regionali di ampio respiro. Le sue conclusioni comprendono ogni volta

gno 1998 e a Lisbona nel maggio 2000. A Barcellona dal 27 al 29 novembre 2005, una riunione speciale ha celebrato il 10° anniversario del partenariato.

<sup>28</sup> Normalmente essi provenivano dai Ministeri degli Affari Esteri.

un vasto programma di lavoro per i due anni successivi. Si alternano ad ospitare l'incontro Paesi dell'Unione e Paesi partner mediterranei, sulla base di una decisione adottata, di volta in volta, per *consensus*.

Sulle priorità strategiche i Capi di Governo si pronunciano raccogliendo proposte e indicazioni dalle riunioni dei Ministri degli Esteri.

Le riunioni ministeriali sono preparate dagli Alti Funzionari, che sottopongono proposte di progetti e il programma di lavoro annuale.

Venendo agli organi incaricati della gestione, bisogna anzitutto menzionare il Comitato permanente congiunto, basato a Bruxelles, che prepara le riunioni degli alti funzionari e ne assicura il *follow up*. Esso funge inoltre da meccanismo di reazione rapida in caso di situazione di emergenza o di crisi. Ad esso competono la gran parte delle competenze precedentemente attribuite al Comitato Euromed, che per conseguenza si estingue.

Vi è poi, al vertice dell'assetto istituzionale, la co-presidenza. La Presidenza è infatti attribuita congiuntamente a due personalità, l'una rappresentativa dell'UE, l'altro della sponda meridionale; la prima deve riflettere la rappresentanza esterna dell'Unione. Anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è da ritenersi che essa continui a fare riferimento alla presidenza turnante del Consiglio, dal momento che l'assetto fortemente intergovernativo dell'UpM ed il proiettarsi della stessa presidenza a tutti i livelli istituzionali, portano a propendere per l'attribuzione ad uno Stato, piuttosto che ad un individuo<sup>29</sup>. Per i Paesi terzi mediterranei il Presidente è eletto per *consensus* per un periodo non rinnovabile di due anni.

Il principio della co-presidenza si applica ai vertici, a tutte le riunioni ministeriali, alle riunioni degli Alti Funzionari, al Comitato permanente congiunto e – laddove è possibile – anche alle riunioni d'esperti o *ad hoc* nel quadro di ciascuna iniziativa. I co-presidenti convocano e dirigono le riunioni, preparano l'ordine del giorno e lo sottopongono all'organo per approvazione. Al primo posto tra i compiti dei presidenti vi è la costruzione del *consensus* ai fini dell'adozione di testi condivisi al termine di ciascuna riunione: un ruolo di mediazione e di tessitura degli accordi. Il processo decisionale riposa infatti sul *consensus* a tutti i livelli, produce testi di natura raccomandatoria che vengono implementati su base volontaria dai membri del processo e che si pongono come fonte vincolante solo nei confronti degli organi dello stesso sistema funzionalmente subordinati. I vertici ministeriali vincolano dunque gli Alti

<sup>29</sup> Il presidente di sponda europea sarà presumibilmente accompagnato dal Presidente del Consiglio europeo nelle riunioni a livello di Vertice e dall'Alto rappresentante per gli affari esteri nei consessi di rango ministeriale.

Funzionari, questi condizionano con le proprie decisioni il Comitato permanente ed il segretariato.

Quest'ultimo è l'unico fornito di compiti puramente operativi e rappresenta la novità più rilevante dell'Unione per il Mediterraneo. Esso occupa una posizione centrale nella nuova architettura istituzionale, con una personalità giuridica propria e uno statuto di autonomia. Il segretariato coordina tutte le attività, dà slancio al processo, attraverso l'identificazione, la promozione e l'attuazione dei progetti, ricerca i partner per realizzarli e ne reperisce le fonti di finanziamento. Coordina inoltre tutte le strutture del processo ed elabora documenti di lavoro per le sedi decisionali. I Ministri degli affari esteri e gli Alti Funzionari si assumono però tutta la responsabilità politica delle scelte che compiono<sup>30</sup>. Il segretariato è retto da un segretario generale e cinque segretari generali aggiunti, scelti per *consensus* dagli Alti Funzionari su proposta dei partner e sulla base di una prima selezione operata dalla presidenza e dalla Commissione dopo ampie consultazioni<sup>31</sup>, esso si fonda sulla più ampia partecipazione possibile, al fine di accrescere lo spirito di condivisione. Il mandato dei membri del piccolo direttorio che lo governa è di tre anni, prorogabile una sola volta. I 20 funzionari proverranno per metà dai Paesi comunitari, per metà dagli altri Stati partecipanti, distaccati dai Paesi partner a seguito di designazione del segretario generale e dei segretari generali aggiunti, sulla base di valutazioni sulla competenza e dell'esigenza di rispettare un equilibrio geografico. Le spese della segreteria saranno coperte da sovvenzioni ripartite equamente tra i partner euromediterranei, sempre su base volontaria, nonché dal bilancio comunitario sulla base delle risorse del quadro mediterraneo dello strumento europeo di vicinato e partenariato (IEVP) e degli altri strumenti dedicati. Il bilancio è approvato dagli Alti Funzionari, su proposta del segretario generale e dei segretari generali aggiunti. Il Paese ospite, la Spagna, ha messo gratuitamente a disposizione la sede – il palazzo di Pedralbes a Barcellona – una scelta che vuol rafforzare l'idea della continuità con il processo di partenariato.

L'Assemblea parlamentare euromediterranea, come recita la Carta di Parigi, è l'espressione parlamentare dell'Unione per il Mediterraneo. Essa si pone quale elemento di democrazia del sistema istituzionale, fon-

<sup>30</sup> Lo statuto del segretariato forma l'oggetto di una proposta elaborata da un gruppo di esperti, creato *ad hoc*, e viene adottato dagli Alti Funzionari.

<sup>31</sup> Il primo segretario verrà dalla sponda sud e sarà giordano, la mappa dei 5 segretari aggiunti ha anch'essa una coloritura geopolitica e tutta mediterranea: Grecia, Israele, Italia, Malta, Palestina. Un sesto segretario aggiunto – eventuale – potrà essere turco, se la Turchia lo desidera. (Dichiarazione di Marsiglia).

dandone la legittimità e approfondendone lo spessore politico i Capi di Governo ne auspicano, nel tempo, il rafforzamento<sup>32</sup>.

Sempre la dichiarazione di Marsiglia aggiunge a questa mappa i parlamenti nazionali e le autorità locali e regionali, prendendo nota di un parere reso il 9 ottobre 2008 dal Comitato delle Regioni<sup>33</sup>.

La fondazione euromediterranea Anna Lindh per il dialogo tra le culture ha invece il compito di contribuire, «en tant qu'institution euro-méditerranéenne» alla dimensione culturale dell'iniziativa, in cooperazione con l'*Alliance des civilisations* delle Nazioni Unite.

La logica della *co-ownership*, che trova la sua massima espressione nel segretariato e nella co-presidenza, fonda l'UpM su due categorie distinte di partecipanti: comunitari e non. Essa potrebbe destare delle perplessità in un organismo che si vorrebbe squisitamente multilaterale, tuttavia vuol rispondere ad una carenza del passato, la evidenziata assenza di condivisione e appartenenza dei Paesi terzi mediterranei. L'UpM si configura dunque come frutto di un compromesso in cui l'Unione europea limita il proprio ruolo per consentire maggiore ambito d'azione ai partner.

L'UpM, come già il processo di Barcellona, mantiene una matrice fortemente intergovernativa, sia pure lievemente attenuata dall'incorporazione nel sistema dell'Assemblea parlamentare e della fondazione Anna Lindh. La creazione di un quadro istituzionale complesso è in sé un dato di estremo interesse. Vale la pena di sottolineare come tale assetto istituzionale sia il prodotto di dichiarazioni squisitamente politiche. Tuttavia, pur in assenza di un trattato istitutivo non si potrebbe negare che l'Unione per il Mediterraneo così come creata progressivamente sull'*acquis* del processo di Barcellona attraverso le carte di Parigi e di Marsiglia sia un'organizzazione internazionale a tutti gli effetti, con una propria autonomia e un equilibrio istituzionale. Appare quasi inevitabile paragonare l'UpM all'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in

<sup>32</sup> La stessa APEM, con una specifica raccomandazione adottata in Giordania il 12 ottobre 2008 sottolineava la necessità di una dimensione parlamentare forte. Si veda la Raccomandazione dell'Assemblea euromediterranea per la prima riunione dei ministri degli affari esteri del processo di Barcellona: unione per il Mediterraneo (Marsiglia, 3-4 novembre 2008), AP100.406, reperibile sul sito dell'APEM.

<sup>33</sup> Il parere del Comitato delle Regioni «Il Processo di Barcellona: un'Unione per il Mediterraneo – quale coinvolgimento degli enti regionali e locali?», adottato in occasione della 76<sup>a</sup> riunione plenaria, 8 e 9 ottobre 2008, RELEX-IV-017, riporta la proposta di creare al proprio interno una specifica assemblea regionale e locale euro-mediterranea (ARLEM), un organo politico con ruolo consultivo, che dovrebbe riunirsi una volta l'anno in sessione plenaria, co-presieduto anch'esso. Seppure in attesa di inclusione nel reticolo istituzionale dell'UpM, l'ARLEM già esiste: i lavori del primo Forum degli Enti regionali e locali del Mediterraneo si è svolto il 23 giugno 2008 a Marsiglia.

Europa (OSCE): non solo i percorsi fondativi presentano innegabili analogie, ma l'affinità è riscontrabile nella stessa natura giuridica dei due organismi oltre che nell'assetto istituzionale. Niente impedisce di qualificare l'OSCE come organizzazione internazionale pur in assenza di un trattato istitutivo. Analogamente a quanto avviene oggi nella transizione dal Processo di Barcellona all'Unione per il Mediterraneo, il passaggio da CSCE ad OSCE non è che il risultato di una graduale strutturazione istituzionale, realizzata attraverso il progressivo affiancarsi alle conferenze ministeriali e di vertice, nonché degli Alti Funzionari, di organi stabili quali il segretariato, il Consiglio permanente, l'Assemblea parlamentare. Sulla scorta di tale forte affinità ci sentiamo di applicare all'UpM – *mutatis mutandis* – la stessa chiave di lettura che vede nell'effettività l'elemento fondante la personalità internazionale dell'OSCE<sup>34</sup>. Inutile precisare come il lungo percorso compiuto dall'OSCE sia appena iniziato per l'Unione per il Mediterraneo, questa dovrà nel tempo dimostrare la propria effettività fondandola sul comportamento dei suoi membri, chiamati secondo i principi generali di leale cooperazione e di buona fede a prestare ossequio agli impegni assunti in sede internazionale.

#### 4. I progetti

Come evidenziato dalle carte istitutive, la realizzazione di progetti sembra essere caratterizzante per l'UpM. I progetti sono sottoposti ad una lunga trafila, dal segretariato verso l'alto e poi giù di nuovo al segretariato per essere resi operativi. Essi si collocano in grandi linee definite a livello apicale, scomponibili in tante iniziative di dimensioni minori lanciate dalle conferenze tematiche dei ministri o emerse, in un processo di selezione dal basso, per il tramite del segretariato. Tocca al segretariato assicurare la coerenza delle iniziative progettuali regionali, sub-regionali o transnazionali che originano dalle riunioni ministeriali settoriali, piuttosto che dalle autorità nazionali o regionali, dal settore privato o dalla società civile e coordinarle perché convergano nel quadro delle priorità definite.

I primi progetti sono individuati sin dalla Dichiarazione di Parigi in un apposito allegato: (i) le autostrade del mare che colleghino più efficacemente le sponde del Mediterraneo su tutte le direttrici; (ii) il disinquinamento del *mare nostrum* nell'interesse della pesca, del turismo, della

<sup>34</sup> Si rinvia in proposito alle illuminanti osservazioni di TANZI, *L'Organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa*, in *Le organizzazioni internazionali come strumento di governo multilaterale*, Giuffrè, 2006, p.100.

salute; (iii) un forte investimento nell'energia pulita del sole, energia che prodotta sulla sponda sud potrà essere ceduta poi alla sponda nord; (iv) la cooperazione tra le agenzie o amministrazioni della protezione civile; (v) un'agenzia per le piccole e medie imprese. I passi concreti per realizzare questa prima lista di progetti sono in un programma operativo annesso alla Dichiarazione di Marsiglia.

Altri progetti saranno lanciati successivamente su iniziativa degli Stati partecipanti, della società civile, dalla assemblea parlamentare, sempre passando per il vaglio del segretariato per giungere sul tavolo degli organi politici. È una previsione questa che integra il principio della *co-ownership*, comunicando l'idea che la nuova struttura sia «di tutti» e la cabina di pilotaggio possa ricevere *input* da una sponda come dall'altra, dal basso come dall'alto.

I criteri di selezione dei progetti sono definiti dagli Alti Funzionari e soggetti all'approvazione dei Ministri degli Esteri. Due criteri generalissimi dovranno guidarne l'individuazione: i progetti dovranno apportare benefici a tutti e contribuire alla stabilità e alla pace nella regione euro-mediterranea. Ulteriori criteri orientativi sono previsti nel documento di Marsiglia: i progetti non porteranno pregiudizio agli interessi legittimi di alcuno dei membri del processo e rispetteranno le decisioni dei Paesi membri direttamente interessati. Si deve tener conto della loro attitudine a promuovere sviluppo sostenibile e durevole e a favorire interconnessioni regionali e sub-regionali. La fattibilità finanziaria deve essere assicurata mediante ricorso, il più ampio possibile, al settore privato.

L'Unione per il Mediterraneo è chiamata a mobilitare finanziamenti supplementari, rispetto al passato, particolarmente attraverso una nuova capacità di attrazione di risorse su singoli progetti e di garanzia del coordinamento tra donatori. Tra le fonti finanziarie, la Dichiarazione di Marsiglia elenca la partecipazione del settore privato, i contributi del bilancio comunitario e dei bilanci dei partner, il supporto delle istituzioni finanziarie internazionali e delle entità regionali, il già menzionato FEMIP, nonché una serie di misure che ricadono nel quadro dello strumento europeo di vicinato e partenariato.

## 5. Conclusioni

Un primo bilancio del «nuovo corso» del processo di Barcellona è prematuro, ma una valutazione delle principali innovazioni apportate dall'Unione per il Mediterraneo è già possibile. L'UpM, che rappresenta il punto d'arrivo di un lungo percorso evolutivo, è bel lungi dal presen-

tarsi come un insieme omogeneo e coeso. Le difficoltà e le tensioni rimarranno. Ciò che c'è di nuovo è solo un più ricco strumentario per affrontarle.

Un quadro istituzionale permanente è già in se uno sviluppo positivo. Esso permette di emancipare il processo anzitutto dalla dipendenza finora assoluta dall'iniziativa comunitaria che è stata in questi tredici anni di processo di Barcellona altalenante tanto per fattori strutturali, quali la presidenza turnante, quanto più intrinsecamente per l'eterogeneità di interessi e di «inclinazioni» geopolitiche dei Paesi comunitari. In secondo luogo, essa consente di sperare, una volta completato e reso operativo il quadro istituzionale, in un'attività costante, per quanto rallentata, anche nei momenti di difficoltà o tensione, che costringerebbe comunque i partner mediterranei ad incontrarsi e a «parlarsi».

Tra i limiti di questo approccio va menzionata la circostanza per la quale – in un partenariato di natura strettamente intergovernativa dominato dal *consensus* – è difficile immaginare in un prossimo futuro una presidenza o una segreteria israeliana con il *placet* dei Paesi arabi così come uno status analogo per l'Autorità palestinese con il *placet* di Israele. Tutte le tensioni irrisolte nell'area sono dunque destinate a riflettersi nell'assetto istituzionale e nelle capacità operative della nuova creazione istituzionale.

L'allargamento della cornice di dialogo ad attori finora esclusi è una novità interessante. La presenza a Parigi del Consiglio di cooperazione degli Stati arabi del Golfo, della Lega araba, dell'Unione africana, dell'Unione del Maghreb arabo e dell'Organizzazione della conferenza islamica rispondono ad una serie di esigenze importanti. Una prima necessità è, infatti, imprimere slancio alla cooperazione tra i Paesi interessati, creando la tanto auspicata dimensione sud-sud del processo. L'obiettivo dell'area di libero scambio mediterranea passa attraverso la realizzazione dell'apertura tra ciascun Paese terzo e la Comunità fondata sugli accordi di associazione, in diversi casi realizzando già a breve un'unione doganale. Tuttavia, la realizzazione dell'obiettivo di Barcellona implica anche un'apertura «orizzontale», finora arenatasi sulle secche di un clima politico sfavorevole. La soluzione più pragmaticamente percorribile è favorire le aggregazioni regionali, come l'Unione del Maghreb o l'Unione africana, per giungere a creare un clima maturo per il multilateralismo anche a livello pan-mediterraneo.

Altre aggregazioni presenti al vertice di Parigi sono chiamate a giocare un ruolo differente. La Lega araba o il Consiglio di cooperazione degli Stati arabi del Golfo vanno considerati dei potenziali finanziatori di progetti, come pure le banche multilaterali di sviluppo.

La scelta di carattere pragmatico di concentrarsi su una serie di priorità concrete sottintende importanti implicazioni concettuali. È infatti un riaffiorare della logica funzionalista caratterizzante, nelle Comunità delle origini, l'approccio di Jean Monnet. Sembra infatti echeggiare quel passaggio della Dichiarazione Schumann che pone alla base del processo di integrazione «realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto». Tale percorso cela l'intenzione di disinnescare le conflittualità di carattere marcatamente ideologico, religioso o culturale che caratterizzano il contesto euromediterraneo per presentarsi con iniziative apparentemente neutrali, nell'interesse di tutti.



## L'UNIONE PER IL MEDITERRANEO: QUALE «MODELLO» DI ORGANIZZAZIONE DELLE RELAZIONI TRA STATI?

Angela DI STASI\*

SOMMARIO: 1. Il «Processo di Barcellona»: dal Partenariato euro-mediterraneo (PEM) all'Unione per il Mediterraneo (UPM). – 2. L'architettura istituzionale *in fieri*. – 3. L'UPM: un tentativo di sistematizzazione dogmatica tra le organizzazioni internazionali *lato sensu*. – 4. *Segue*: limiti e possibile caducità di siffatto inquadramento teorico.

### *1. Il «Processo di Barcellona»: dal Partenariato euro-mediterraneo (PEM) all'Unione per il Mediterraneo (UPM)*

Se il «Processo di Barcellona», inteso come l'insieme dei *follow up* «istituzionali» (e non) della Conferenza di Barcellona del 27-28 novembre 1995 istitutiva del Partenariato euro-mediterraneo<sup>1</sup>, presenta qualche

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Cfr. *Aspetti giuridici del partenariato euro-mediterraneo* (a cura di Marchisio), Milano, 2001; *The Barcelona Process and Euro-Mediterranean Issues from Stuttgart to Marseilles* (a cura di Attinà, Stavidris), Milano, 2001; XENAKIS, CHRYSOCHOU, *The Emerging Euro-Mediterranean System*, Manchester, 2001; v., inoltre, BARBÉ, *The Barcelona Conference: Launching Pad of a Process*, in *Mediterranean Politics*, 1996, p. 25 ss.; DI SERIO, *La cooperazione euro-mediterranea e la dichiarazione di Barcellona*, in *Riv. dir. eur.*, 1996, p. 701 ss.; LANNON, *La déclaration interministerielle de Barcelone, acte fondateur du partenariat euro-méditerranéen*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1996, p. 359; HAKURA FADI, *The Euro-Mediterranean Policy: the Implications of the Barcelona Declaration*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 337 ss.; PHILIPPART, *The Euro-Mediterranean Partnership: A Critical Evaluation of an Ambitious Scheme*, in *European Foreign Affairs Review*, 2003, p. 201 ss.; BRACH, *The Euro-Mediterranean partnership*, *ivi*, 2007, p. 555 ss.; FOIS, *Il partenariato euro-mediterraneo*

difficoltà di inquadramento tecnico-giuridico nelle categorie generali del Diritto internazionale e dell'Organizzazione internazionale, non minori profili di problematicità suscita la valutazione dell'architettura istituzionale delineata – e ancora parzialmente inattuata – dalla Dichiarazione congiunta del *Summit* di Parigi per il Mediterraneo (13 luglio 2008) istitutiva dell'Unione per il Mediterraneo (UPM) e dalla Dichiarazione finale della Riunione ministeriale di Marsiglia (3-4 novembre 2008)<sup>2</sup>.

e il processo di Barcellona, in *Studi in onore di Umberto Lanza*, Napoli, 2008, II, p. 1080 ss.; KARRAY, *L'évolution de partenariat euro-Méditerranéen*, in *Journal du droit int.*, 2008, pp. 753-780. Si veda AMIRAH FERNÁNDEZ, YOUNGS, *The Euro-Mediterranean Partnership: Assessing the First Decade*, consultabile nel sito [www.frice.org](http://www.frice.org). Il testo della Dichiarazione di Barcellona con il relativo programma di azione e della Dichiarazione di Parigi – come pure degli atti più significativi del Processo di Barcellona – sono riportati, nella versione inglese, nel sito [europa.eu](http://europa.eu).

<sup>2</sup> Nella Dichiarazione finale della Riunione di Marsiglia l'Unione per il Mediterraneo-Processo di Barcellona (come veniva denominata nella Dichiarazione di Parigi) assume la qualificazione di Unione per il Mediterraneo *tout court* maggiormente idonea a rimarcare la *vis* di stabilizzare i rapporti euro-mediterranei in un quadro istituzionale più stabile. Sull'Unione per il Mediterraneo (come anche sul Partenariato euro-mediterraneo) l'attenzione della dottrina internazionalistica è stato relativamente modesto. Cfr KHADER, *L'Union Méditerranéenne: une Union de projets ou un projet d'Union*, 2007, disponibile nel sito [www.info-palestine.net](http://www.info-palestine.net); BALFOUR, SCHMID, *Union for the Mediterranean, disunity for the EU, EPC Policy Brief*, 2008; BANDARRA, *Quelle Union por la Méditerranée?*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 370 ss.; GILLESPIE, *A 'Union for the Mediterranean'...or for the EU?*, in *Mediterranean Politics*, 2008, pp. 277-286; BECHEV, NICOLAIDIS, *The Union for the Mediterranean: A Genuine Breakthrough or More of the Same?*, in *The Int. Spectator*, 2008, n. 3, p. 13 ss.; BALFOUR, *The Transformation of the Union for the Mediterranean*, in *Mediterranean Politics*, 2009, p. 99 ss.; BARBÉ IZUEL, *La Unión por el Mediterráneo: de la europeización de la política exterior a la descomunitarización de la política mediterránea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2009, p. 11 ss.; KOUSCH, *The End of the Euro-Mediterranean vision*, in *Int. Affairs*, 2009, p. 963 ss.; SCHMID, *L'Union pour la Méditerranée, coup d'essai de la diplomatie Sarkozyenne*, in *Annuaire français de relations int.*, 2009, p. 139 ss.; REITERER, *From the (French) Mediterranean Union to the (European) Barcelona Process: The «Union for the Mediterranean» as part of the European Neighbourhood Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 313 ss.; VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *Unione per il Mediterraneo e delimitazione delle zone marittime*, in *Oltre Montego Bay; nuove tendenze verso il controllo degli spazi marini adiacenti*, (a cura di L. Sico), Napoli, 2009, p. 207 ss.; DI STASI, *La sécurité régionale dans l'espace euro-méditerranéen. Processus de Barcelone et Union pour la Méditerranée*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 2010, n. 2. Si veda lo studio di KHADER, *Europa por el Mediterráneo: de Barcelona a Barcelona (1995-2009)* (a cura del CERMAC – Centro de Estudios y de Investigaciones sobre el Mundo Árabe Contemporáneo), Louvain, 2009. Si vedano anche i seguenti dossier: *L'Unione per il Mediterraneo. Le relazioni euro-mediterranee in una prospettiva nuova* (a cura di Aliboni), Servizio Studi del Senato della Repubblica, n. 110, febbraio 2009, consultabile nel sito [www.iai.it](http://www.iai.it); *The Union for the Mediterranean: an update* (a cura di Aliboni), Documenti IAI, luglio 2008, *ibidem*; *L'iniziativa dell'Unione*

Una problematicità che riflette la tendenziale evoluzione e diversificazione del «modello» e dei «modelli» di organizzazione istituzionale e pseudo-istituzionale della vita giuridica internazionale<sup>3</sup> anche sotto il profilo genetico, come testimonia l'art. 2 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali della Commissione di diritto internazionale quando annovera, tra le modalità di costituzione di un'organizzazione internazionale, anche «other instrument governed by International Law»<sup>4</sup>. Al tempo stesso una problematicità che non può non inquadrarsi nell'ampio «insieme delle forme associative di collaborazione internazionale»<sup>5</sup> riconducibile all'espressione di organizzazione internazionale intesa nella sua nozione lata<sup>6</sup>.

D'altra parte, da tempo, la migliore dottrina ha sottoposto a verifica i cd. criteri «classici» di classificazione strutturale di un ente internazionale al fine di tener conto di nuove forme organizzative nelle quali la prassi dell'ente (intesa come applicazione uniforme e costante di atti e dichiarazioni a contenuto anche non vincolante) assurge ad un ruolo parzialmente integrativo rispetto all'assenza di elementi, quali l'esistenza di un trattato istitutivo<sup>7</sup>.

Sulla base di una chiave di lettura «effettuale» di previsioni norma-

*per il Mediterraneo: gli aspetti politici* (a cura di Aliboni), Dossier del Servizio Studi del Senato della Repubblica, n. 85, gennaio 2008, *ibidem*; Atto comunitario n. 2. *Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo. COM (08)319 def.* (a cura di Briasco), Dossier del Servizio Studi del Senato della Repubblica, n. 4/DN, 19 giugno 2008, consultabile nel sito [www.senato.it](http://www.senato.it); RISI, *Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo*, Dossier del Consiglio Nazionale Economia e Lavoro, 2008.

<sup>3</sup> Sarebbe impossibile dar conto della diversificazione del modello di organizzazione internazionale sempre più teso ad a ricomprendere nuovi «regimi» di organizzazione della vita interstatale. Tra le principali voci di enciclopedia v. BINDSCHEDLER, *International Organizations, General Aspects*, in *Encyclopedia of Public Int. Law*, New York-Amsterdam, 1995, II, p. 1289 ss.; PANEBIANCO, *Organizzazioni internazionali (profili generali)*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 2001, XXII e BARSOTTI, *Organizzazioni internazionali*, in *Dizionario di Diritto pubblico* (a cura di Cassese), Milano, 2006, p. 4031 ss.

<sup>4</sup> *Report of the International Law Commission*, 55<sup>a</sup> Sessione (2003), doc.A/58/10. È noto che in tale contesto (relatore speciale GAJA) il termine di «international organizations» ricomprende il possesso di «own international personality». Sull'inesistenza di una nozione universalmente accettata di organizzazione internazionale e sull'individuazione dei criteri di classificazione della stessa cfr. SCHERMERS, BLOKKER, *International Institutional Law*<sup>4</sup>, Boston-Leiden, 2003, p. 21 ss.

<sup>5</sup> Così MALINTOPPI, *Organizzazione e diritto internazionale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1968, p. 314 ss., in specie p. 328.

<sup>6</sup> Sulla nozione ristretta e sulla nozione lata nel senso di «organizzazioni» e «unioni» internazionali v. PANEBIANCO, *op. cit.*, par. 3.

<sup>7</sup> Cfr. KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2002, p. 7 ss.

tive a prevalente carattere «politico» (Dichiarazione di Barcellona del 1995, Dichiarazione di Parigi del 2008, ecc.) ed alla luce di una modestissima prassi applicativa<sup>8</sup> svolgerò qualche considerazione sul «modello» di organizzazione delle relazioni tra Stati delineato dall'UPM nella chiara consapevolezza dei limiti e della caducità di siffatto tentativo di inquadramento teorico.

La riflessione che segue non può prescindere, evidentemente, da una breve valutazione d'insieme – di cui nel paragrafo successivo – dell'architettura istituzionale dell'UPM e di quella sottesa all'intero «Processo di Barcellona» come prodotto di una delle opzioni possibili tra *soft* istituzionalizzazione e *hard* (o *rectius*) meno *soft* istituzionalizzazione<sup>9</sup>.

Al tempo stesso essa non può ignorare l'evoluzione, sul piano soggettivo, dell'intero Processo di Barcellona.

Com'è noto il Partenariato euro-mediterraneo (PEM) nasceva con la Dichiarazione di Barcellona quale processo intergovernativo intercorrente tra soggetti statuali: i 15 Paesi membri dell'Unione europea più i 12 Paesi terzi mediterranei (Algeria, Autorità palestinese, Cipro, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Malta, Marocco, Siria, Tunisia, Turchia), mentre Libia e Mauritania partecipavano in qualità di osservatori. Dal 1° maggio 2004 Malta e Cipro hanno acquisito lo *status* di membro dell'Unione europea; la Turchia è diventato Paese candidato all'adesione e l'Unione europea è transitata agli attuali 27 Stati.

L'Unione per il Mediterraneo ricomprende oggi gli Stati membri dell'UE<sup>10</sup> assieme a tutti gli altri membri, *partners* e osservatori del Processo di Barcellona, cui si aggiungono Bosnia-Erzegovina, Croazia, Monaco e Montenegro che hanno accettato l'*acquis* di Barcellona<sup>11</sup>. All'allargamento dei soggetti «statuali» partecipanti corrisponde anche

<sup>8</sup> Com'è noto, dopo la riunione dei ministri degli esteri di Marsiglia (3-4 novembre 2008) – di cui ampiamente *infra* – la successione delle riunioni ministeriali settoriali (che, ai sensi del Programma d'azione per il 2009 adottato nella Riunione ministeriale di Marsiglia, sarebbero dovute essere sedici) ha risentito pesantemente del conflitto arabo-israeliano. Si sono tenute solo sette riunioni ministeriali. Al di là della riunione dei Ministri dell'occupazione e del lavoro (9-10 novembre 2008), dopo un lungo intervallo di inattività, si segnala la riunione ministeriale ECOFIN (7 luglio 2009) le cui «*joint conclusions*» sono espressive della mancanza di una compiuta calendarizzazione del successivo *meeting*. La riunione dei Ministri degli esteri, già fissata per il 24-25 novembre 2009 ad Istanbul, è stata rinviata.

<sup>9</sup> Sulla pluralità di opzioni possibili v. GILLESPIE, op. cit. e ALIBONI, *The Union for the Mediterranean Initiative. A view from Southern Europe*, Documenti IAI, 2008.

<sup>10</sup> Unitamente alla Commissione europea.

<sup>11</sup> La Libia, già Paese osservatore, ha rifiutato di aderirvi.

una moltiplicazione degli «attori» coinvolti che riflette la più generale moltiplicazione degli «attori» operanti, a vario titolo, nella comunità internazionale<sup>12</sup> ma che conferma anche la larga prassi, sviluppata dalle organizzazioni internazionali, di consentire la partecipazione ai lavori di entità non statuali. Infatti, accanto ai *partners* euro-mediterranei (Stati UE, *partners* mediterranei compresa l'Autorità palestinese) trovano spazio, all'interno della Dichiarazione di Parigi (come testimonia in particolare il par. 3) e della successiva Riunione ministeriale di Marsiglia, nuovi «attori» sovrastatali (partecipazione «istituzionalizzata» della Lega degli Stati arabi a tutte le riunioni), infrastatali (in particolare regioni) o non statuali (società civile, imprese multinazionali) rappresentativi di istanze diversificate<sup>13</sup>.

Come pure non priva di significato appare l'evoluzione sul piano oggettivo del Partenariato euro-mediterraneo. Essa si inquadra nella tendenza della maggior parte delle organizzazioni internazionali al temperamento del principio di specialità, in ossequio ai caratteri di un regionalismo «generalistico» o almeno «eclettico» che consente alle organizzazioni economiche di acquisire variabili ruoli nel più generale mantenimento della pace, ma anche a quelle politico-militari di ritagliarsi ulteriori spazi residuali<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle problematiche relative alla soggettività internazionale e all'emersione di eventuali nuovi «soggetti» del diritto internazionale. Sui soggetti e sugli «attori» nella comunità internazionale v., tra tutti, *Non-State Actors as New Subjects of International Law* (a cura di Hofmann), Berlin, 1999; Société française pour le droit international, *Le sujet en droit international*, Paris, 2005; CARBONE, *I soggetti e gli attori nella comunità internazionale*, in *Istituzioni di diritto internazionale* (a cura di Carbone, Luzzatto, Santa Maria)<sup>3</sup>, Torino, 2006, pp. 3-41; SHAW, *International Law*<sup>6</sup>, Cambridge, 2008, cap. 5; *Non-State Actors as Standard Setter* (AA. VV.), Cambridge, 2009.

<sup>13</sup> A Parigi, oltre alle 43 delegazioni nazionali, sono stati presenti: il Segretario generale dell'ONU, il Presidente del Parlamento europeo e Presidente dell'APEM, il Presidente del Consiglio di Cooperazione del Golfo, il Segretario generale della Lega araba, il Segretario generale dell'Organizzazione della Conferenza islamica, il Presidente della Commissione dell'Unità africana, il Segretario generale dell'Unione del Maghreb arabo, il Presidente della Banca africana di sviluppo, il Presidente della BEI, il Direttore generale della Banca mondiale, l'Alto Rappresentante delle NU per l'Alleanza delle Civiltà, il Presidente della Fondazione Anna Lindh per il dialogo delle culture. Nel quadro di un contributo più ampio v. NAPOLI, *Mezzogiorno e partenariato euro mediterraneo: sviluppo storico-istituzionale e cooperazione decentrata*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2006, p. 145 ss. Sulla costruzione della pace come prodotto di «attori» statuali e non statuali v., per tutti, *Building Peace in the Middle East. Challenges for States and Civil Society* (a cura di Boulding), London, 1994.

<sup>14</sup> Sul principio di specialità v., per tutti, CHAUMONT, *La signification du principe de spécialité dans les organisations internationales*, in *Mélanges Rolin*, Paris, 1964, pp. 55-66. Sulla separazione tra competenze economiche e politiche delle organizzazioni in-

È ampiamente noto che la Dichiarazione di Barcellona del 1995 (e il Piano di azione allegato)<sup>15</sup> promuoveva un quadro multilaterale che associava strettamente gli aspetti economici e politici della sicurezza ricomprendendo, inoltre, la dimensione sociale, culturale, ambientale, ecc.

Sin dal Preambolo, i partecipanti sottolineavano la loro volontà di superare il classico bilateralismo che aveva contrassegnato a lungo le relazioni euro-mediterranee, arricchendole di una dimensione nuova, fondata su una cooperazione globale e solidale. Ne derivava un contesto multilaterale, complementare al consolidamento delle relazioni bilaterali, fondato su di una relazione di partenariato rispettosa delle specificità proprie di ogni Stato partecipante, non sostitutiva rispetto alle altre azioni ed iniziative intraprese a favore della pace, della stabilità e dello sviluppo della regione<sup>16</sup>.

Il Partenariato euro-mediterraneo si articolava su tre *volet* che costituivano sotto-insieme in certo modo complementari sulla base del presupposto che stabilità politica e sviluppo delle risorse umane sono necessari per gli investimenti economici. Essi erano: il partenariato politico e di sicurezza rivolto a realizzare uno spazio comune di pace e di stabilità; il partenariato economico e finanziario finalizzato a consentire la creazione di una zona di sviluppo e prosperità condivisa; il partenariato sociale, culturale e umano con l'obiettivo di sviluppare le risorse umane, favorire la comprensione tra le differenti culture e gli scambi tra le società civili.

Inoltre, la Dichiarazione di Barcellona fissava alcuni obiettivi comuni in materia di stabilità interna ed esterna. Le Parti si impegnavano ad agire in conformità della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, come pure nel rispetto degli altri

ternazionali cfr. JUILLARD, *Les organisations internationales économiques*, in *Manuel sur les organisations internationales* (a cura di Dupuy), Dordrecht-Boston-London, 1998, in specie p. 681 s. Sui caratteri misti del nuovo regionalismo cfr. PANEBIANCO, MARTINO, *Elementi di diritto dell'organizzazione internazionale*, Milano, 1996, in specie p. 143 s.

<sup>15</sup> Il Piano di azione, secondo la definizione in esso contenuta, costituisce: «a mutually agreed and very general guide for the participants in the Barcelona process in their efforts to carry forward the Political and Security Partnership». Esula dall'oggetto della presente trattazione qualsiasi tentativo di valutazione dei profili di politica economica. Per tutti v. MONTANARI, *Political Economy of Euro-Mediterranean Trade Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 2007, p. 1011 ss. e la bibliografia ivi riportata.

<sup>16</sup> I partecipanti sostenevano, infatti, il conseguimento di una soluzione pacifica giusta, globale e durevole nel Medio Oriente basata sulle pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e sui principi menzionati nella lettera di invito alla conferenza di pace per il Medio Oriente tenutasi a Madrid, segnatamente il principio «terra in cambio di pace».

obblighi derivanti dal Diritto internazionale, in particolare quelli risultanti dagli strumenti regionali ed internazionali di cui erano parte. Era più volte ribadito il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (comprese le libertà di espressione, di associazione, di pensiero, di coscienza e di religione, la lotta al razzismo ed alla xenofobia). Le Parti assumevano l'impegno ad introdurre lo stato di diritto e la democrazia nei loro sistemi politici, riconoscendo il diritto di ciascun partecipante di scegliere e sviluppare liberamente il suo sistema politico, socio-culturale, economico e giudiziario ed a rispettare la loro uguaglianza sovrana, l'uguaglianza dei diritti dei popoli e il loro diritto all'autodeterminazione. I partecipanti avevano inoltre convenuto che le loro relazioni poggiassero sul rispetto dell'integrità territoriale, sul principio di non intervento negli affari interni e sulla composizione pacifica delle controversie. Alla lotta contro il terrorismo, la criminalità organizzata e la droga si aggiungeva l'impegno a promuovere la sicurezza regionale, adoperandosi, tra l'altro, a favore della non proliferazione chimica, biologica e nucleare mediante l'adesione e il rispetto dei regimi di non proliferazione sia internazionali che regionali, nonché degli accordi sul disarmo e sul controllo degli armamenti.

Il Partenariato politico e di sicurezza, più specificamente, si fondava sulla promozione di pratiche cooperative (*partnership building measures/PBMs*) rivolte allo sviluppo della comprensione e fiducia reciproca, nella direzione della prevenzione dei conflitti mediante un complesso di strumenti: l'istituzione del dialogo politico, la diplomazia dei «seminari», la diplomazia parlamentare, gli incontri tra alti funzionari dei governi<sup>17</sup>.

Per il raggiungimento di tali obiettivi i partecipanti alla Conferenza di Barcellona del 1995 avevano deciso di istituire un dialogo politico regolare, a complemento del dialogo bilaterale fondato sugli accordi di associazione. Il quadro istituzionale del Partenariato euro-mediterraneo, sottoposto ad un processo evolutivo che ne avrebbe comportato l'arricchimento *in fieri*, appariva fondato sui seguenti livelli: riunioni periodiche dei Ministri degli Esteri e dei Ministri settoriali, conferenze degli Alti funzionari, riunioni del Comitato euro-mediterraneo per il Processo di Barcellona (c.d. Comitato Euro-med), del Consiglio dei Governatori della Fondazione Anna Lindh, dell'Assemblea parlamentare euro-mediterranea.

A distanza di tredici anni dalla Dichiarazione di Barcellona, la Di-

<sup>17</sup> Cfr. BIAD, *Conflict Prevention in the Euro-Med Partnership, Challenges and Prospects*, in *The Int. Spectator*, 1999, n. 2, p. 109 ss.

chiarazione di Parigi del luglio 2008 e la Dichiarazione finale della Riunione ministeriale del novembre 2008 riconfermano lo stretto collegamento tra pace e sicurezza regionale ma, soprattutto, rafforzano il disegno istituzionale sotteso al raggiungimento dell'obiettivo finale consistente nella costruzione di «un'area di pace e stabilità nel Mediterraneo (v., in particolare, par. 5 della Dichiarazione di Parigi) che non escluda la conclusione di un vero e proprio «patto euro-mediterraneo»<sup>18</sup>. Al servizio di siffatto obiettivo si pone, come si vedrà *infra*, il tentativo di aumentare l'articolazione e la stabilità dell'assetto istituzionale esistente. Esso, al di là del citato quadro bilaterale previsto dagli accordi di associazione, si connotava per la particolare debolezza del complessivo impianto multilaterale limitato alle riunioni periodiche dei ministri degli esteri<sup>19</sup>. Sul piano teleologico (o funzionale) l'assetto istituzionale profilato non appare, invero, estraneo ad un ripensamento complessivo dell'obiettivo finale definito dall'ente in oggetto all'interno di uno spazio geo-politico-culturale (ampliato anche ai Balcani occidentali) in un Mediterraneo permanentemente «region under construction»<sup>20</sup>.

## 2. L'architettura istituzionale in fieri

È pacificamente riconosciuto che non esista un modello-tipo di struttura istituzionale per le organizzazioni internazionali *lato sensu*, stante la varietà delle forme attraverso cui esse provvedono allo svolgimento delle loro funzioni. È altrettanto diffusamente riconosciuto che un minimo di apparato istituzionale costituisca elemento essenziale per l'esplicazione delle stesse funzioni di ciascun ente<sup>21</sup>. Come pure non è discutibile che un qualsiasi tentativo classificatorio degli organi di

<sup>18</sup> Sul disegno istituzionale v. *infra*, par. 2. È noto che con la Dichiarazione di Parigi si realizza la comunitarizzazione della proposta francese di istituire un'Unione del Mediterraneo (UM) intesa come perfezionamento del quadro euro-mediterraneo nato dalla Dichiarazione di Barcellona. Sul progetto di UM e sulla sua trasformazione in UPM v. tra tutti CUGUSI, *Unione per il Mediterraneo: perfezionamento o svuotamento di un disegno politico?*, in CESPI, *Working Papers*, 52/2009 e la bibliografia ivi citata.

<sup>19</sup> Cfr. CHITI, *Il partenariato euro-mediterraneo*, in *Le relazioni transmediterranee nel tempo presente* (a cura di Melchionni), Soveria Mannelli, 2006, 45 ss., in specie p. 47.

<sup>20</sup> Così REITERER, op. cit., p. 331.

<sup>21</sup> Si pensi all'esistenza di un Segretariato che connota quasi tutte le organizzazioni internazionali. V., tra tutti, SCHERMERS, BLOKKER, op. cit., p. 314 ss. e, più recentemente, BLOKKER, *International Organizations or Institutions, Secretariats*, in *Max Planck Encyclopedia of Public Int. Law*, Heidelberg-Oxford, 2009, consultabile nel sito [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

un'organizzazione internazionale *lato sensu* non possa non passare attraverso una disamina delle funzioni degli stessi e della natura dei loro componenti (organi di Stati o organi di individui).

L'architettura istituzionale dell'UPM, sul piano formale, costituisce il prodotto della natura *sui generis* dell'ente, di cui *infra*, con la conseguenza che i suoi organi non derivano né da un processo di «costruzione costituzionale» dell'ente (mediante atto costitutivo), né di esecuzione e sviluppo, attraverso atti derivati, delle previsioni costitutive.

Il processo di istituzionalizzazione avviato nell'ambito del Processo di Barcellona, non diversamente dalla prassi di enti internazionali simili, aveva già registrato la creazione di organi assembleari (Assemblea euro-parlamentare/APEM)<sup>22</sup>, temporalmente distanziata rispetto all'avvio del Partenariato euro-mediterraneo; con l'UPM vede, in una fase ancora successiva, il coinvolgimento nel *decision-making process* del più alto livello di consultazione politica (Summit dei Capi di Stato e di Governo) unita alla creazione di un organo tecnico-amministrativo stabile (segretariato congiunto).

La più generale riconferma dell'*acquis communautaire* (Dichiarazione di Barcellona, Programma di azione, dichiarazioni delle riunioni ministeriali) si pone all'interno di un processo di *renewed partnership* (par. I della Dichiarazione di Parigi) o di *reinforced partnership* (par. 4 della Dichiarazione di Parigi) esteso all'accettazione dei nuovi *partners*, così come aveva indicato la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del maggio 2008<sup>23</sup>.

La Dichiarazione congiunta del Summit di Parigi per il Mediterraneo (par. 15 ss.) e la Dichiarazione finale della Riunione ministeriale di Margherita, ed in particolare le *Guidelines* della Parte prima (dedicata alle «Strutture istituzionali»), disegnano un'architettura strutturata sulla pluralità dei livelli istituzionali.

<sup>22</sup> La proposta di trasformazione del Forum euro-parlamentare in Assemblea euro-parlamentare risale alla Conferenza ministeriale di Valencia dell'aprile 2002 mentre nella Conferenza ministeriale di Napoli del dicembre 2003 essa fu formalmente approvata. La prima riunione dell'APEM fu tenuta in Grecia nel marzo 2004. L'APEM è costituita dai rappresentanti del Parlamento europeo, dei Parlamenti degli Stati membri e dei Parlamenti degli Stati partecipanti al (Processo di Barcellona-) Unione per il Mediterraneo. V., da ultimi, i *Bureau Statements* adottati dall'APEM il 22 gennaio 2010 rispettivamente su: *The Middle East Peace Process*, *On the Union for the Mediterranean* e *On Haiti* consultabili nel sito [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>23</sup> La Comunicazione (COM/2008 319/4) intitolata *Barcelona Process: Union for the Mediterranean* prevedeva al par. 16: «The current structures of the Barcelona Process [...] should be preserved and reinforced where possible»; nei paragrafi successivi si precisavano competenze ed articolazione delle stesse.

Tale articolazione *multilevel* annovera: il *Summit* dei Capi di Stato e di Governo a cadenza biennale; le Riunioni ministeriali (dei Ministri degli Esteri) con cadenza annuale e le riunioni settoriali (degli altri ministri) a cadenza periodica (con funzioni di preparazione e verifica dei *follow up* dei *Summit*); le Riunioni del Gruppo degli Alti funzionari a intervalli regolari (con compiti di assistenza, preparazione e verifica dei «Seguiti» delle riunioni ministeriali); il Comitato permanente congiunto con sede a Bruxelles (con funzioni di assistenza, preparazione e verifica dei «Seguiti» delle Riunioni degli Alti funzionari); il Segretariato congiunto a carattere tecnico dotato di personalità giuridica con uno *status* autonomo (che sostituisce la Commissione europea e il Segretariato generale del Consiglio UE nell'esplicazione di una funzione di fatto di «segretariato tecnico permanente»).

Ad essi si aggiunge il rafforzamento del ruolo dell'Assemblea parlamentare euro-mediterranea (APEM), nata dalla trasformazione del Forum euro-parlamentare come espressione dell'accresciuta legittimazione parlamentare del Processo di Barcellona<sup>24</sup>, il riconoscimento dell'importanza della Fondazione euro-mediterranea per il dialogo tra culture Anna Lindh (FAL) come istituzione euro-mediterranea deputata allo sviluppo del *volet* culturale e il coinvolgimento delle autorità regionali e locali nel nuovo quadro istituzionale, attraverso l'Assemblea regionale e locale euro-mediterranea (ARLEM).

Le *Guidelines*, adottate a Marsiglia, si inscrivono nella tendenza al rafforzamento del carattere intergovernativo (in luogo di quello unionistico o euro-centrico contrassegnante il PEM) dell'intero Processo di Barcellona nella prospettiva di una partecipazione «paritaria» tra Stati della Sponda Nord e della Sponda Sud del Mediterraneo. Il tutto attraverso meccanismi di condivisione decisionale ed esecutiva fondati sulla «paritarietà», intesa come uguaglianza (formale) tra gli Stati parte e non già su eventuali correttivi «ponderati» non ignoti alla prassi delle organizzazioni internazionali in risposta ad esigenze struttural-funzionali<sup>25</sup>. Lo testimonia il ricorso nell'UPM al principio della *co-ownership* tra Stati dell'Unione europea, *partners* mediterranei e nuovi Stati coinvolti (Bosnia-Erzegovina, Croazia, Monaco e Montenegro) in luogo di quello

<sup>24</sup> Nella raccomandazione dell'APEM del 12 ottobre 2008 viene precisato il ruolo che essa potrà esplicare nell'ambito dell'UPM. V. *supra*, nota 22.

<sup>25</sup> Si pensi al diritto di veto nel Consiglio di sicurezza nelle Nazioni Unite ed al voto ponderato nel Consiglio dell'Unione europea o nelle organizzazioni economiche del sistema di Bretton Woods. V., per tutti, sulla formazione della volontà delle organizzazioni internazionali ZANGHÌ, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*<sup>2</sup>, Torino, 2007, p. 261 ss.

della *joint ownership* che aveva contrassegnato il Processo di Barcellona<sup>26</sup>.

Esso si traduce nella previsione di una co-presidenza attribuita ad un rappresentante dell'UE<sup>27</sup> e ad uno dei *partners* mediterranei (scelto per *consensus* con un mandato biennale non rinnovabile) che non può non implicare un elevato livello di coordinamento tra di essi. La co-presidenza è estesa, con la sola eccezione del Consiglio dei Governatori FAL, a tutte le istanze intergovernative: riunioni ministeriali, riunioni degli alti funzionari, riunioni del Comitato permanente congiunto e, quando possibile, riunioni di esperti *ad hoc*. L'applicazione del principio della *co-ownership* trova, quale corollario, l'individuazione, in via alternativa tra Paesi EU e Paesi *partners*, della sede di celebrazione del *Summit*.

I paragrafi 6 e 7 delle *Guidelines* di Marsiglia precisano le attribuzioni della co-presidenza dotata del potere di convocazione e di direzione delle riunioni, di preparazione dell'agenda<sup>28</sup>, di conduzione delle consultazioni al fine dell'adozione delle conclusioni del *Summit* e delle altre riunioni ed, in generale, responsabile del buon funzionamento dell'UPM.

Il *Summit* (par. 9 delle *Guidelines*) approva le priorità strategiche dell'Unione per il Mediterraneo sottoposte ad esso attraverso i Ministri degli Esteri, i quali danno mandato agli Alti funzionari di approvare *le guidelines* e i *criteria* per accertare il merito dei progetti sui quali si fonda l'azione dell'UPM.

Non poteva non presiedere al *decision-making process* di un ente siffatto il ricorso alla pratica del *consensus* come assenza di esplicita dichiarazione di voto contrario che concili il principio maggioritario con quello unanime.

Il par. 11 delle *Guidelines* precisa le competenze del Comitato permanente congiunto (CPC) che consistono nella trattazione di temi previamente curati dal Comitato Euro-med (di cui si definisce il carattere

<sup>26</sup> Si veda il richiamo alla *joint ownership* contenuto nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *Tenth Anniversary of the Euro-Mediterranean Partnership: A work programme to meet the challenges of the next five years*, consultabile nel sito [www.euromed-seminars.org](http://www.euromed-seminars.org). Il *Summit* di Parigi per il Mediterraneo (13 luglio 2008) già utilizza la formula della co-presidenza (Francia-Egitto).

<sup>27</sup> Alla luce delle innovazioni contenute nel Trattato di Lisbona Alto Rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza al posto dell'Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune e Commissario europeo per le relazioni esterne (v. il nuovo titolo V del TUE).

<sup>28</sup> Ai sensi del par. 11 anche delle riunioni delle altre istituzioni come quella degli Alti funzionari.

temporale)<sup>29</sup> che non ricadano sotto la competenza degli Alti funzionari. Il CPC si pone anche come meccanismo di reazione rapida («*early warning*») al fine di consentire la consultazione dei *partners* euro-mediterranei in situazioni eccezionali.

L'assenza di un organo a carattere tecnico-amministrativo nel Partenariato euro-mediterraneo trova una soluzione nelle previsioni normative contenute nei paragrafi da 12 a 16 delle *Guidelines* che definiscono il mandato del Segretariato (congiunto) destinato a rivestire un «ruolo chiave nell'architettura istituzionale»<sup>30</sup> e a conformare l'UPM alla strutturazione della maggior parte delle organizzazioni internazionali *lato e stricto sensu*.

Rispetto alle disposizioni sul punto fornite dalla Dichiarazione di Parigi (personalità giuridica separata e *status* autonomo) nelle *Guidelines* si precisa il ruolo del Segretariato di identificazione, promozione e *follow up* di nuovi progetti unitamente alla ricerca delle fonti di «finanziamento». Si definisce, inoltre, il suo collegamento operativo con tutte le «strutture istituzionali» dell'UPM ed, in particolare, con le co-presidenze incluso nella preparazione di documenti di lavoro destinati agli organi decisionali. Il par. 13, nel rimarcare la natura tecnica, specifica *a contrario* l'imputazione della responsabilità politica ai Ministri degli Affari esteri ed agli Alti funzionari.

Sul piano più strettamente operativo il Segretariato, ai sensi del par. 14, svolge, in una UPM costruita sulla dimensione progettuale dell'azione, una funzione di raccolta dei progetti, di esame degli stessi e di informazione del Comitato permanente congiunto e del Gruppo degli Alti funzionari in merito alle modalità di implementazione degli stessi in stretto collegamento con gli Stati interessati e i *partners* finanziatori. Dopo l'approvazione dei progetti il Segretariato opererà sulla base delle *linee guida* definite dagli Alti funzionari.

Il Segretariato può ricevere istruzioni dal *Summit*, dalla Riunione dei Ministri degli Affari esteri, dalla Riunione ministeriale euro mediterranea di settore o dal Gruppo degli Alti funzionari in merito ai «seguiti» relativi sia alla fase di avvio dei progetti che della ricerca dei finanziatori. Il reperimento dei finanziamenti e l'implementazione dei progetti sono informati ad un approccio *case by case*, sulla base delle scelte effettuate dai vari *partners*, con l'assistenza del Segretariato che condurrà sia il monitoraggio che la valutazione dell'implementazione dei progetti. Ai

<sup>29</sup> Esso si riunisce con cadenza trimestrale per preparare le riunioni dei Ministri degli Affari esteri ed i «seguiti».

<sup>30</sup> Così par. 12 delle *Guidelines*.

sensi del par. 15 il Segretariato terrà informato il Comitato permanente congiunto e formulerà rapporti agli Alti funzionari.

La durata del mandato è di tre anni rinnovabili.

La previsione del par. 16 delle *Guidelines* che definiva i principi relativi rispettivamente alla composizione<sup>31</sup>, ai costi di funzionamento dell'ufficio, nonché al relativo Accordo di sede<sup>32</sup> e sulla cui base sarebbe dovuto essere adottato, da parte degli Alti funzionari (per effetto di una proposta predisposta da un gruppo di esperti), prima della fine di febbraio 2009, lo statuto del Segretariato ha trovato solo parziale applicazione<sup>33</sup>.

### 3. L'UPM: un tentativo di sistematizzazione dogmatica tra le organizzazioni internazionali lato sensu

L'Unione per il Mediterraneo conferma il tanto spesso richiamato fenomeno della proliferazione delle organizzazioni internazionali *lato sensu* che rende non agevole la definizione di un sistema compiuto delle stesse<sup>34</sup>; ma testimonia, altresì, la crescente opzione per modelli di orga-

<sup>31</sup> Un Segretario generale individuato tra i *partners* mediterranei e 5 vice-Segretari generali che per il primo periodo dovevano essere scelti tra i seguenti *partners* euro-mediterranei: Autorità palestinese, Grecia, Israele, Italia e Malta e poi su basi di rotazione tra tutti i *partners* euro-mediterranei.

<sup>32</sup> La sede del Segretariato è Barcellona.

<sup>33</sup> Al momento in cui si chiude questo lavoro (25 gennaio 2010) l'attribuzione, effettuata nella Riunione ministeriale di Marsiglia, del segretario ai Paesi della Sponda Sud si è tradotta nella designazione quale Segretario generale dell'Unione per il Mediterraneo del giordano Ahmad Khalaf Mas'deh, ambasciatore giordano a Bruxelles, nominato per acclamazione nella riunione di Alti funzionari dell'UPM tenutasi il 12 gennaio 2010. Tale nomina è stata portata a conoscenza (attraverso una nota) dei 43 Ministri degli Esteri degli Stati che fanno parte dell'Unione per il Mediterraneo, per eventuali osservazioni da comunicare entro 15 giorni; pertanto, salvo opposizioni a sorpresa, la nomina risulterà definitivamente approvata con una procedura di silenzio-assenso. La nomina del Segretario generale consentirà la preparazione del secondo vertice dell'Unione per il Mediterraneo, previsto a giugno nella città catalana, nel quadro della presidenza di turno spagnola dell'Unione europea. L'approvazione dello Statuto del Segretariato incontra difficoltà nelle resistenze cipriote all'assegnazione di uno dei vice-Segretari generali alla Turchia.

<sup>34</sup> V., sulla proliferazione delle organizzazioni internazionali, BLOKKER, SCHERMERS, *Proliferation of International Organisations*, The Hague-London-Boston, 2001, in specie p. 1 ss., ma anche AMERASHINGHE, *International Institutional Law-A Point of View*, in *Int. Organizations Law Review*, 2008, p. 143 ss., in specie p. 146 ss. Cfr. inoltre, nel quadro di un'indagine regionale e subregionale, PENNETTA, *Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti*, Bari, 2009, p. 17 ss. Per una lettura delle relazioni euro-mediterranee fondata su di un approccio di «realismo neo-

nizzazione delle relazioni tra Stati più flessibili e meno strutturati all'interno dei quali possono coesistere rapporti di concertazione (*low cooperation*) e forme di cooperazione-integrazione (*closer cooperation*)<sup>35</sup>.

La sola recente istituzione dell'UPM e la sua derivazione dal Partenariato euro-mediterraneo suggeriscono una valutazione della stessa nel più ampio alveo del Processo di Barcellona.

Sotto questo profilo non sono mancate le indagini finalizzate all'individuazione di alcune affinità esistenti tra la Dichiarazione di Barcellona e l'Atto finale di Helsinki (istitutivo della Conferenza per la sicurezza e la cooperazione in Europa/CSCE) del 1975 con i relativi «seguiti»<sup>36</sup>. Affinità non solo di tipo materiale (coincidenza tra i tre settori fondamentali del Partenariato euro-mediterraneo ed i tre «cesti» dell'Atto finale di Helsinki)<sup>37</sup>, ma anche e soprattutto, con riferimento all'oggetto del presente scritto, di carattere formale.

Tali ricostruzioni hanno sottolineato la parziale sovrapposibilità della Dichiarazione di Barcellona e dell'Atto finale di Helsinki, entrambi atti di carattere politico-diplomatico<sup>38</sup> rinvenendo, al tempo stesso, nel

classico» v. COSTALLI, *Power over the Sea: The Relevance of Neoclassical Realism to Euro-Mediterranean Relations*, in *Mediterranean Politics*, 2009, p. 323 ss.

<sup>35</sup> Sul modello di unione internazionale mista v. PANEBIANCO, *Organizzazioni internazionali*, cit., p. 7.

<sup>36</sup> V. tra gli altri MARCHISIO, *La Dichiarazione di Barcellona sul partenariato euro-mediterraneo*, in *Affari esteri*, 1996, in specie p. 136; HAKURA FADI, op. cit., in specie p. 363 s.; FOIS, op. cit., par. 2; PARDO, ZEMER, *Towards a New Euro-Mediterranean Neighbourhood Space*, in *European Foreign Affairs Review*, 2005, p. 39 ss., in specie p. 41 ss.

<sup>37</sup> Non va dimenticato come uno specifico capitolo dell'Atto finale di Helsinki sia dedicato alle «questioni relative alla sicurezza e alla cooperazione nel Mediterraneo» con l'obiettivo di accrescere la cooperazione con gli Stati del Mediterraneo non partecipanti alla CSCE. Si veda questo passaggio nel più ampio lavoro dedicato alla tutela dei diritti umani di STAMMATI, *Tutela dei diritti umani e prospettive di sviluppo democratico nei paesi del Mediterraneo meridionale*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa* (a cura di Panunzio), Napoli, 2005, p. 625 ss., in specie p. 668 s. La cooperazione della CSCE/OSCE con i Paesi mediterranei non partecipanti e che diventeranno successivamente *partner* per la cooperazione (Algeria, Egitto, Giordania, Israele, Marocco e Tunisia), avrebbe trovato un significativo sviluppo nella Dichiarazione di Helsinki II del 1992. Manca invece nella Dichiarazione di Barcellona alcun riferimento all'Atto finale di Helsinki e alla CSCE che risultavano menzionati, invece, nei lavori preparatori della Conferenza di Barcellona. V. *La Conferenza euro-mediterranea di Barcellona*. Schede e documentazione di base (a cura del Servizio Studi della Camera dei Deputati), novembre 1995, pp. 33, 34, 50 e 51.

<sup>38</sup> V. FOIS, op. cit., quando sottolinea per entrambi «la natura di accordi non vincolanti in linea di principio insuscettibili di dar vita ad obblighi giuridici per le parti contraenti».

significativo processo di istituzionalizzazione della Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa/OSCE (che, pur senza trasformare la CSCE in organizzazione internazionale vera e propria, la rende fondata su di un'articolata struttura istituzionale)<sup>39</sup>, una sorta di possibile «modello» per il rafforzamento istituzionale dell'intero Processo di Barcellona ed, in special modo, per il perfezionamento dell'assetto istituzionale dell'UPM<sup>40</sup>.

Più in generale, proprio l'enorme sviluppo, negli ultimi decenni, delle unioni di Stati in senso semi o quasi-istituzionalizzato, ha indotto parte della dottrina ad allargare la nozione generale di organizzazione internazionale con la creazione di una nuova categoria (definibile, con terminologia variabile pseudo-organizzazione o *soft organization*)<sup>41</sup>.

Sotto il profilo, poi, delle fonti *lato sensu* di formazione del Diritto internazionale, il ricco dibattito dottrinale, immediatamente successivo all'adozione dell'Atto finale di Helsinki, sulla problematica del c.d. diritto della concertazione organizzata, ha sottolineato l'esistenza, di atti di *soft law*, come categoria simmetrica o speculare rispetto a quella classica dell'*hard law*<sup>42</sup>. Categoria, peraltro, oggetto di critiche da una parte della dottrina che ha ravvisato nel duplice elemento del *non binding* e del *non*

<sup>39</sup> Istituzionalizzazione che ha costituito, per la verità, il prodotto della composizione di due interessi divergenti: quello degli Stati Uniti e dell'Unione Sovietica prima e della Federazione Russa poi, gli uni fautori di una struttura *soft* deistituzionalizzata, gli altri sostenitori dell'opportunità della transizione verso una struttura istituzionalizzata. Com'è noto la Carta di Parigi per una nuova Europa creò, *inter alia*, un Consiglio dei ministri degli affari esteri, un Comitato di alti funzionari prevedendo, inoltre, l'istituzione di un'Assemblea parlamentare. Sulla natura giuridica dell'OSCE ci permettiamo di rinviare a DI STASI, *La OSCE: effettività istituzionale e «processo normativo»*, in *Com. int.*, 1999, pp. 237-270.

<sup>40</sup> Sull'«Helsinki Model» v. PARDO, ZEMER, op. cit., p. 41 ss.

<sup>41</sup> Sull'«Allargamento della sfera degli Enti internazionali organizzati» v. PANEBIANCO, *Diritto Internazionale pubblico*<sup>2</sup>, Napoli, 2009, capitolo VIII. Sulle *soft organizations* cfr. KLABBERS, *Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law*, in *Nordic Journal of Int. Law*, 2001, p. 403 ss.

<sup>42</sup> Tra i più recenti lavori v. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, Padova, 2008; NASSER, *Sources and Norms of International Law. A study on soft law*, Glienicke-Berlin, 2008; *Legitimacy in International Law* (a cura di Wolfrum), Berlin, 2008. V., inoltre, SINDICO, *Soft law and the elusive quest for sustainable global governance*, in *Leiden Journal of Int. Law*, 2006, pp. 829-846; DEL TORO HUERTA, *El fenómeno des soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, in *Anuario mexicano de derecho int.*, 2006, pp. 513-549. Sul rapporto tra *soft law* e *hard law* v., tra gli altri, CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850 ss.; ZEMANEK, *Is the term "Soft Law" convenient?*, in *Liber amicorum Professor Seidl-Hohenveldern in honour of his 80<sup>th</sup> birthday*, The Hague-London-Boston, 1998, p. 843 ss.

*enforceable*, quali connotati degli atti di *soft law*, la negazione stessa del Diritto internazionale<sup>43</sup>. Più recentemente, il generale progressivo rafforzamento, *de facto* se non *de iure*, delle «pseudo-organizzazioni» e la legittimazione della loro azione in ambiti non solo regionali, ha attribuito nuova linfa alle configurazioni dottrinali in materia di *soft law*, restituendo spazio ad indagini ricostruttive, basate sul rapporto tra forma e sostanza negli accordi internazionali<sup>44</sup>.

Proprio alla luce di una concezione oggettivistico-funzionale dell'organizzazione internazionale e dei suoi «prodotti» normativi, non risultano prive di rilevanza anche forme atipiche o *sui generis* di assunzione di obblighi e acquisizione di diritti, nonché di adozione di comportamenti leciti ad opera degli Stati. Il tutto attraverso atti riconducibili nell'alveo di una categoria particolarmente eterogenea, di difficile inquadramento nella gerarchia delle fonti del Diritto Internazionale<sup>45</sup>, e ricomprensiva di molteplici fenomeni normativi contrassegnati da una «normatività relativa»<sup>46</sup> e produttivi di *soft obligations*. Si tratta evidentemente di adottare una prospettiva concettuale di valorizzazione non già del carattere formale della norma ma, invece, della sua sostanza, con riferimento all'influenza nel sistema complessivo delle relazioni internazionali, in quanto tendente a costituire un sistema di valori (e quindi di comportamenti leciti) nel quadro di relazioni concertate tra potestà internazionali<sup>47</sup>.

Una parte della dottrina, nella precisazione della nozione di *soft law*, ha attribuito al consenso manifestato mediante codeste forme «meta-

<sup>43</sup> Sui *non binding agreement* come parte del *soft law* v. GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, in *Max Planck Encyclopedia of Public Int. Law*, Heidelberg-Oxford, 2009, consultabile nel sito [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

<sup>44</sup> V. in proposito RAUSTALIA, *Form and Substance in International Agreements*, in *The American Journal of Int. Law*, 2005, p. 581 ss.

<sup>45</sup> V. SHELTON, *Normative Hierarchy in International Law*, in *The American Journal of Int. Law*, 2006, p. 291 ss. Sulla spiccata eterogeneità degli atti riconducibili alla categoria del *soft law* v. DE BERNARDINI, *Soft Law*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, cit., Milano, 2006, p. 5605 ss.

<sup>46</sup> L'espressione è di WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law*, in *The American Journal of Int. Law*, 1983, p. 413 ss.

<sup>47</sup> In questa chiave di lettura, per così dire «effettuale», ci si potrebbe domandare se un impegno, inizialmente non giuridico, possa acquisire un certo coefficiente di giuridicità, in ragione dell'adesione spontanea ai suoi contenuti, nel corso di un processo di «seguiti» all'interno del quale è, peraltro, difficile individuare il momento di passaggio dall'obbligatorietà politica a quella giuridica. Si veda con riferimento al G8 su questi aspetti DI STASI, *Il contributo del G20 e del G8 alla definizione di nuove regule dell'ordine internazionale tra effettività pseudo-istituzionale e partnership di gruppo*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2009, n. 32, pp. 20-57, in specie p. 32.

giuridiche» il ruolo di «pre-diritto»<sup>48</sup>, circoscrivendone, pertanto, la funzione normativa, prima della traduzione in forme giuridicamente vincolanti, a mera disciplina del vivere sociale. Altra parte, ponendone in discussione la stessa configurabilità, ne ipotizza un'attitudine ad essere «precursore» del nuovo diritto consuetudinario, ove non esistano i presupposti per la formazione di norme di tal genere. In questo senso, esso rappresenterebbe un elemento significativo sia per la rilevazione dell'*opinio iuris* che, con riferimento alla sussistenza di una condotta condivisa, della prassi degli Stati<sup>49</sup>. Non manca poi chi, nell'universo del *soft law*, non sottolinei il rapporto intercorrente tra atti di *soft law* e trattati internazionali, talvolta alternativo, talvolta complementare e chi evidenzi l'esistenza, in alcuni *binding agreements*, di contenuti *non binding* (come parti o clausole sprovviste, per volontà delle parti, di effetti obbligatori) e, viceversa, ma anche chi rimarchi la possibilità della trasformazione di *pledges* in *contracts*<sup>50</sup>. Non trascurabile risulta, infine, la rilevanza e l'utilità del ricorso al *soft law*, nell'attività d'interpretazione e di esecuzione del Diritto internazionale, fortemente ancorato all'esigenza di *implementation* di principi e norme.

Sotto questo profilo, invero, vi è chi sottolinea come la «*soft quality*» di un *commitment*, non dipenda dalla natura dell'accordo che lo contiene ma, invece, dalle caratteristiche dello stesso<sup>51</sup> e che l'*hardness* o *softness* delle norme non possa derivare da elementi di tipo formale<sup>52</sup>.

In tale prospettiva di analisi «anti-formalistica» anche per l'Unione per il Mediterraneo risulta non priva di interesse una verifica della sua effettività pseudo-istituzionale sulla base del processo di *follow up* e di *compliance* dei *collective commitments*<sup>53</sup>. All'interno di un ente siffatto, difficilmente riconducibile alla categoria classica di organizzazione in-

<sup>48</sup> V. in questo senso *Commitment and Compliance: The Role of non Binding Norms in the International Legal System* (a cura di Shelton), Oxford, 2000.

<sup>49</sup> V., sul punto, THÜRER, *Soft Law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam-London-New York, 2000, IV, p. 452 ss.; ID., *Soft Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public Int. Law*, Heidelberg-Oxford, 2010, consultabile nel sito [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

<sup>50</sup> Sul rapporto tra trattati e *soft law* v. BOYLE, *Some reflections on the relationship of treaty and soft law*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 901 ss.

<sup>51</sup> Cfr. DUPUY, *Soft Law and International Law of the Environment*, in *Michigan Journal of Int. Law*, 1991, p. 420 ma anche SPILIOPOULOU AKERMARK, *Soft Law and International Financial Institutions: Issues of Hard and Soft Law From a Lawyer's Perspective*, in *Soft Law in Governance and Regulation: an Interdisciplinary Analysis* (a cura di Mörtz), Cheltenham, 2004.

<sup>52</sup> Cfr. KRATOCHWIL, *Rules, norms and decisions*, in *Cambridge Studies in International Relations*, Cambridge, 1989.

<sup>53</sup> Cfr. *Commitment and Compliance*, cit.

ternazionale, non può disconoscersi, infatti, la rilevanza dei *follow up*. Essi, saldando in un *unicum* il *prius* e il *posterius*, risultano, infatti, non solo come momento di assunzione di nuovi «impegni» da parte dei soggetti parte, ma anche quale momento di verifica dell'esecuzione dei progressi.

La successione nell'UPM, senza fattori interruttivi, delle riunioni degli organi (a livello di Capi di Stato e di Governo e a livello ministeriale e sub-ministeriale), con la conseguente serialità delle dichiarazioni finali, può costituire, alla luce di un principio di effettività, un elemento significativo di prova dell'esistenza dell'ente con possibili conseguenze nella canalizzazione e stabilizzazione delle relazioni internazionali nell'area euro-mediterranea.

L'esplicazione dell'autonomia consensuale e dell'autotutela esecutiva, ad opera dei singoli Stati-parte dell'UPM non si può non collocare nell'alveo di un sistema consensuale che deriva dall'integrazione di accordi non formali (Dichiarazione di Parigi *in primis*) con una prassi consuetudinaria. Al tempo stesso l'osservanza spontanea, da parte degli Stati parte, dei *collective commitments* come effetto dell'assunzione, sia pure in forma «semplificata», di diritti e doveri, potrebbe consentire di qualificare, *ex nunc* e non *ex tunc*, i vari atti adottati come *corpus* «di regole di condotta» e base per la formazione di un diritto consuetudinario.

D'altra parte il difetto di obbligatorietà e sanzionabilità in senso stretto di atti di tal genere, come conseguenza di una origine che non riposa sull'accordo internazionale quale naturale fonte dell'acquisizione di diritti e doveri per i soggetti-parte<sup>54</sup>, non significa, di per sé, assenza di vincolatività. L'assunzione di diritti ed obblighi attraverso modalità atipiche – come conferma la prassi di un ente quale la CSCE-OSCE – non si traduce in necessaria debolezza del processo<sup>55</sup>. Anzi, talvolta, l'assenza di una *vis* giuridica rafforza la vitalità del processo che si sviluppa molto al di là delle limitate prospettive originarie. Né, d'altra parte, il ricorso ad atti di *soft law*, con una coesistenza di norme di carattere non obbligatorio accanto ad obblighi giuridici in senso stretto, risulta negletto anche da parte di organizzazioni internazionali vere e proprie, come di-

<sup>54</sup> Sull'origine dell'organizzazione internazionale che, di solito, riposa su di un trattato internazionale v., per tutti, DAVID, *Droit des organisations internationales*, Bruxelles, 2002, p. 8 ss. È ben noto che la prassi internazionale annovera una casistica limitata di organizzazioni internazionali create per mezzo di strumenti non riconducibili al trattato internazionale. Si pensi, tra tutti, alla creazione del COMECON attraverso la decisione di una conferenza internazionale.

<sup>55</sup> Cfr. VAN DIJK, *The Final Act of Helsinki-Basis for a Pan-European System?*, in *Netherland Yearbook of Int. Law*, 1980, p. 97 ss.

mostra una prassi diffusa in tutti gli spazi giuridici sub-continentali. Che l'attività concertativa, produttiva di atti di *soft law*, non costituisca soltanto una forma di integrazione «depotenziata», utilizzata pertanto da enti non istituzionalizzati, è testimoniato, infatti, dall'utilizzo di atti concertativi anche da parte di organizzazioni internazionali che potrebbero avvalersi, invece, di atti normativi «classici»<sup>56</sup>.

E, tuttavia, l'assenza di una *vis* politica condivisa sottesa allo sviluppo e al completamento della struttura istituzionale dell'UPM – che si è tradotta nella discontinuità dell'attività svolta dagli organi dell'ente – costituisce il principale fattore di debolezza dell'intero Processo di Barcellona, cui difetta, allo stato, una reale «effettività» istituzionale o pseudo-istituzionale.

Pertanto con i limiti intrinseci (su cui più ampiamente *infra*) di ogni tentativo di inquadramento tecnico-giuridico di un ente quale l'UPM – la cui architettura istituzionale risulta solo parzialmente attuata – essa si potrebbe collocare in un «modello» di organizzazione «pseudo-istituzionale» delle relazioni tra Stati fondato sui seguenti caratteri:

- temperamento dell'euro-centrismo (istituzionale) sotteso alla debole struttura istituzionale del partenariato euro-mediterraneo (assenza di Segretariato e ruolo di segretariato esplicito dalla Commissione);

- allargamento della strutturazione di un processo di istituzionalizzazione di tipo intergovernativo con un affiancamento ad organi di Stati (*summit*, riunioni ministeriali) di organi di individui (co-presidenti), talora a carattere tecnico (segretario e vice-segretari);

- applicazione del principio di paritarietà tra gli Stati parte attraverso la condivisione della responsabilità istituzionale (*co-ownership*) tra Paesi UE, *partners* mediterranei e nuovi Stati coinvolti (Albania, Bosnia-Erzegovina, Croazia, Monaco e Montenegro).

Complessivamente l'UPM realizza il superamento della forma associativa minima nei rapporti tra Stati rappresentata dalle unioni semplici che ricorrono all'utilizzo degli organi di uno Stato (nel Partenariato euro-mediterraneo organi dell'Unione europea) in assenza di organi comuni all'ente senza, tuttavia, risultare inquadrabile nella nozione generalmente utilizzata di organizzazione internazionale<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Si pensi al ricorso nell'ambito dell'Unione europea ad atti di *soft law*. Tra la ormai significativa dottrina in materia v., per tutti, SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford-Portland Oregon, 2004, e FALKNER, *Complying With Europe: EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, Cambridge, 2005.

<sup>57</sup> V. FLORIO, *Unione di Stati*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1990, XXXIII anche per i riferimenti bibliografici. Si veda classicamente sulla distinzione tra unioni semplici e unioni istituzionalizzate MALINTOPPI, op. cit., p. 314 ss.

#### 4. Segue: limiti e possibile caducità di siffatto inquadramento teorico

Come si anticipava, il tentativo di sistematizzazione dogmatica dell'Unione per il Mediterraneo (e del Processo di Barcellona) tra le organizzazioni internazionali *lato sensu* presenta una serie di limiti legati a fattori endogeni ed esogeni. Trattasi, infatti, di un'architettura istituzionale:

- *in fieri* il cui perfezionamento (in particolare: la piena operatività del Segretariato congiunto e la regolare tenuta delle riunioni ai molteplici livelli previsti), come si diceva, non può non riposare sul rafforzamento di un elemento non giuridico (o meta-giuridico) fino ad oggi intermittente e, cioè, la *vis* politica sottesa all'intero Processo di Barcellona<sup>58</sup>;

- solo parzialmente confermativa di un impianto istituzionale disegnato nella Dichiarazione di Barcellona del 1995, nel suo *working programme* e nel processo di «seguiti» e soggetto ad una lenta azione di consolidamento<sup>59</sup>. Un impianto istituzionale voluto, all'epoca, «leggero» a dispetto della posizione espressa dal Parlamento europeo a favore di «un'organizzazione dotata di una struttura politica e amministrativa permanente» con «un appropriato supporto istituzionale»<sup>60</sup>;

- strettamente dipendente dalla genesi del Partenariato euro-mediterraneo figlio, com'è noto, di quella classica forma di componimento degli interessi di una pluralità di Stati rappresentata dalla conferenza internazionale – spesso, ma non sempre – antecedente o precursore dell'organizzazione internazionale<sup>61</sup>. Una genesi, com'è evidente, non fondata sulla fonte classica del Diritto internazionale costituita dall'accordo istitutivo (da cui derivano diritti ed obblighi per i contraenti), ma invece su forme atipiche o *sui generis* di assunzione di impegni o *collec-*

<sup>58</sup> Si veda nel *Bureau Statement on Union for the Mediterranean* (adottato al Cairo il 20 novembre 2009 dall'Assemblea parlamentare euro-mediterranea) l'attenzione tributata al rafforzamento della struttura istituzionale (segnatamente: istituzione del Segretariato e piena operatività dello stesso in tempi brevi).

<sup>59</sup> Si pensi alla già citata trasformazione del Forum parlamentare euro-mediterraneo in Assemblea parlamentare euro-mediterranea.

<sup>60</sup> V. le risoluzioni del Parlamento europeo dell'11 ottobre 1995 sulla politica mediterranea dell'Unione europea nella prospettiva della Conferenza di Barcellona (COM(94) 427-C4-0213/94 e COM(95)72-C4-119/95).

<sup>61</sup> Cfr. SINAGRA, *Conferenza internazionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1990, VII. SABEL, *Conferences and Congresses, International*, in *Max Planck Encyclopedia of Public Int. Law*, Heidelberg-Oxford, 2009, consultabile nel sito [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com). Sulla conferenza internazionale come «one of the phases of the international organization's evolution» v. ABOU-EL-WAFA, *A Manual on the Law of International Organizations*<sup>3</sup>, Il Cairo, 2005, capitolo I, sez. I.

*tive commitments* nonché di adozione di comportamenti leciti ad opera degli Stati sulla base di accordi non vincolanti<sup>62</sup>;

- produttiva di variegati atti normativi alcuni dei quali di difficile inquadramento nella gerarchia delle fonti del diritto internazionale<sup>63</sup>. Atti vincolanti (accordi bilaterali di associazione, futuro accordo multilaterale per l'istituzione dell'area di libero scambio), ma soprattutto atti non vincolanti: risoluzioni, raccomandazioni, pareri, dichiarazioni, carte (Carta europea per la pace e la stabilità), codici di condotta (sul terrorismo), programmi di lavoro, ecc. talvolta contrassegnati da una «normatività relativa»<sup>64</sup> e produttivi di *soft obligations* che, pure, alla luce di una concezione oggettivistico-funzionale dell'organizzazione internazionale e dei suoi «prodotti» normativi, non risultano privi di rilevanza nella stabilizzazione delle relazioni euro-mediterranee;

- fortemente legata al processo di *follow up* e di *compliance* dei *collective commitments*<sup>65</sup> giacché l'esecuzione degli impegni assunti, attraverso una prassi consuetudinaria che si pone molto al di là della mera esplicazione dell'autonomia statutaria e normativa degli enti internazionali «classici», assurge a strumento di parziale «compensazione» del difetto di *vis* giuridica originaria;

- non duplicativa di livelli istituzionali già esistenti (come conferma la risoluzione del Parlamento europeo del 19 febbraio 2009 sul Processo di Barcellona);

- fondata sulla moltiplicazione degli «attori» coinvolti con la partecipazione accanto ai *partners* euro-mediterranei (Stati UE, *partners* mediterranei compresa l'Autorità palestinese) di nuovi «attori» sovrastatali, infrastatali o non statuali;

- condizionata dall'essere al servizio di un ente che non può non continuare a configurarsi a geometria variabile o quale unione differenziata<sup>66</sup>;

- non priva di condizionamenti per effetto delle scelte operate

<sup>62</sup> Sulla natura giuridica della Dichiarazione di Barcellona v. MARCHISIO, *La Dichiarazione di Barcellona*, cit., p. 136 che la definisce «un documento a carattere non obbligatorio»; FOIS, op. cit., p. 1080 ss.; LANNON, op. cit., p. 359 s.

<sup>63</sup> V. SHELTON, op. cit., p. 291 ss.

<sup>64</sup> V. *supra*, nota 46.

<sup>65</sup> Sull'incidenza dei «seguiti» v. LEANZA, *Gli aspetti giuridici della Dichiarazione di Barcellona*, Relazione al Seminario di studi dell'ISPRM su *Il Mediterraneo dopo la Conferenza di Barcellona: problemi della cooperazione mediterranea*, Cagliari (15-16/12/1995). Cfr., più in generale, *Commitment and Compliance*, cit.

<sup>66</sup> Così KARRAY, op. cit., p. 769. L'esperienza realizzata nell'ambito del Processo di Barcellona ha testimoniato il ricorso sempre più diffuso a forme di integrazione a velocità differenziata.

dall'Unione europea con riferimento, in generale, allo sviluppo della sua azione esterna sulla scena internazionale e, soprattutto, alla realizzazione di «uno spazio di prosperità e buon vicinato» (art. 8 del TUE). Il tutto nell'esplicazione, da parte dell'UE, di un ruolo di «*normative power*» nel quadro di una forte responsabilità nell'area euro-mediterranea<sup>67</sup>. Ma anche con riferimento alle modalità di attuazione della Politica europea di vicinato (PEV) avviata nel 2003 con il fine di costruire un'area di stabilità al confine orientale e meridionale dell'Unione<sup>68</sup> laddove alla coincidenza di alcuni obiettivi di quest'ultima con quelli del Processo di Barcellona (sotto il profilo economico) si è contrapposta la divergenza tra un approccio sostanzialmente bilaterale nella PEV rispetto ad un approccio almeno bi-multilaterale del Processo di Barcellona - Unione per il Mediterraneo<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. VILLANI, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2009, p. 551 ss. e in questo volume v. anche un inquadramento dell'UPM nel più ampio quadro della politica estera dell'Unione europea in YAKEMTCHOUK, «*La politique étrangère*» de l'Union Européenne, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2009, p. 217 ss.

<sup>68</sup> Nello spazio euro-mediterraneo se la Comunità economica europea e l'Unione europea sono stati un potente fattore di pacificazione tra i Paesi membri il processo di integrazione comunitaria non è riuscito a proiettare pace e stabilità verso i vicini prossimi e meno prossimi. E, tuttavia, la stabilizzazione dell'area mediterranea costituisce un interesse primario dell'Unione europea che ha inserito i Paesi della Sponda Sud del Mediterraneo nella Politica europea di Vicinato (PEV). Cfr., per tutti, DANNREUTHER, *European Union Foreign security policy: towards a neighbourhood strategy*, London, 2004; *The European Union and its Neighbours* (a cura di Blockman), The Hague, 2006; REITERER, op. cit., nota 2, nonché PARDON, ZEMER, op. cit., pp. 39-77. V. anche EMERSON, NOUTCHEVA, *Du Processus de Barcelone à la Politique de Voisinage*, in *Dossier. Dix ans du Processus de Barcelone. Bilan et perspectives* (a cura della Commissione europea), Bruxelles, 2005 e PITRONE, *I dieci anni del partenariato euromediterraneo e la nuova politica europea di vicinato*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2007, n. 26, p. 99 ss. Si vedano, da ultime, le Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009 dove, all'interno della sezione dedicata a «Partenariato orientale e Unione per il Mediterraneo», il par. 42 recita: «Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza del partenariato rafforzato fra l'UE e i paesi partner del Mediterraneo e si compiace del processo di consolidamento delle relazioni e delle iniziative mirate a potenziare ulteriormente la cooperazione e il dialogo e istituire le strutture dell'Unione per il Mediterraneo».

<sup>69</sup> Il tutto senza dimenticare che la «politica mediterranea» della Comunità economica europea ha costituito, sul piano temporale, la sua prima significativa «azione esterna» già dagli anni '60 e che, a partire dall'Atto unico europeo, essa con riferimento all'ambito materiale della cooperazione politica europea aveva stabilito «il coordinamento delle posizioni degli Stati membri sugli aspetti politici ed economici della sicurezza». Si veda sul punto BETZU, *Le politiche europee per la cooperazione mediterranea*, in *Rassegna di Diritto pubblico europeo*, 2004, p. 171 ss.; SCHIAVO, *Le relazioni con i paesi terzi del Mediterraneo e del Golfo Persico*, in *L'azione esterna dell'Unione europea* (a cura di Risi), Napoli, 2007, p. 97 ss. Più in generale v. *The European Union as an Actor*

Se venticinque anni di «seguiti» dell'Atto finale di Helsinki hanno portato alla progressiva istituzionalizzazione della CSCE (Carta di Parigi per una nuova Europa del 1990) con la nascita di un ente che, a partire dalla Dichiarazione di Budapest del 1994, si è denominato Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa<sup>70</sup>, l'Unione per il Mediterraneo potrà costituire l'embrione di una «Organizzazione per il Mediterraneo»? Una «organizzazione» che, senza trascurare il *volet* economico, possa contribuire ad una convergenza tra differenti culture di sicurezza (segnatamente quella europea e quella araba) e, che quale «laboratorio» per il consolidamento di un frammentato spazio geo-politico-culturale, possa operare nella direzione di una «comunità di sicurezza euro-mediterranea» plurale ed universale<sup>71</sup>?

In una prospettiva *de iure condendo*: da processo (di Barcellona) a unione (per il Mediterraneo) verso un'organizzazione espressione di un Mediterraneo che non sia non più *region under construction*<sup>72</sup>.

*in International Relations* (a cura di Cannizzaro), The Hague-London, 2002; BREHERTON, VOGLER, *The European Union as a Global Actor*<sup>2</sup>, London, 2006; *Pioneer Europe?* (a cura di Delcour), Baden-Baden, 2008; DASHWOOD, MARESCEAU, *Law and Practice of EU External Relation: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2008. Con riferimento ad un'angolatura più specifica v. CARDWELL, *EU external relations and systems of governance: the CFSP, euromediterranean partnership and migration*, London, 2009. V. sugli antecedenti della PESC NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005, in specie p. 41 ss.

<sup>70</sup> Pur senza possedere i requisiti formali dell'organizzazione internazionale.

<sup>71</sup> Sulla cultura di sicurezza euro-mediterranea v., in generale, *Security Communities* (a cura di Adler, Barnett), Cambridge, 1998. Per un inquadramento ampio del tema sotto il profilo delle differenze culturali *lato sensu* e nella possibile direzione di un «fronte di rottura tra le civiltazioni» v. GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e successione di norme contrattuali alle radici di un conflitto. Il ruolo del diritto internazionale generale nella Carta araba dei diritti dell'uomo*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2006, n. 22, p. 57 ss. Cfr. *Building a Euro-Mediterranean Regional Community* (a cura di Vasconcelos, Joffé), London, 2000 nonché ATTINÀ, *Il Progetto di sicurezza euro-mediterraneo*, in *Sources of conflicts and prospects for peace in the Mediterranean Basin within the North-South Relations. Acta from Peace Studies Conference* (a cura di Saija), Torino, 2006, p. 499 ss., e VOLPI, *Regional community building and the transformation of International relations: the case of the Euro-Mediterranean partnership*, in *Mediterranean Politics*, 2004, pp. 145-162. Sulla sicurezza euro-mediterranea cfr. DI STASI, *La sécurité régionale dans l'espace euro-méditerranéen*, cit.

<sup>72</sup> V. *supra*, nota 20.



## «ASIMMETRIE» ISTITUZIONALI E GIURIDICHE NEI RAPPORTI TRA UNIONE EUROPEA E AREA BALCANICA

Alfredo RIZZO\*

SOMMARIO: 1. La politica dell'Unione nei confronti dei Balcani: dalla condizionalità all'allargamento. – 2. Asimmetrie istituzionali e giuridiche nei rapporti tra Unione e area balcanica. – 2.1. I rapporti tra Unione e Balcani «orientali» secondo gli atti di adesione. – 2.2. I rapporti tra Unione e Balcani «occidentali» nella prospettiva dell'allargamento. – 3. Conclusioni.

Il mio intervento è ispirato da una parola-chiave, «asimmetria», suggeritami dalle relazioni e dagli interventi precedenti. Volendo essere precisi, quel termine è stato applicato ad altri ambiti materiali del diritto comunitario<sup>1</sup>. D'altronde, la nozione di asimmetria è ampiamente in voga

\* Docente *Jean Monnet Action*, Università per stranieri di Perugia e docente a contratto di diritto dell'Unione europea, Università della Calabria. Esperto nazionale nel progetto della Commissione UE, DG Allargamento, *Assistance to the Turkish Cypriot Community. Free movement of capital*. Alcune tra le notazioni che seguono fanno parte del lavoro *L'Unione europea e i paesi dei Balcani occidentali nella prospettiva dell'allargamento*, in *Il pluralismo nella transizione costituzionale dell'area balcanica: diritti e garanzie* (AA. VV.), in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Va rievocata, per importanza e come modello esemplificativo di situazione asimmetrica, la legislazione comunitaria in tema di apertura dei mercati dell'energia elettrica e dei servizi postali. Si sa che in questo settore la disciplina nazionale di apertura del mercato dal lato della domanda è stata realizzata in riferimento alla nozione di «clienti idonei», determinati sulla base di coefficienti di consumo stabiliti a livello comunitario e ai quali è offerta la possibilità di scegliere un qualsiasi operatore per la fornitura del servizio. La disciplina comunitaria ha previsto appunto la possibilità di estendere la qualifica di clienti idonei abbassando i coefficienti di consumo, in modo che il grado di liberalizzazione del settore potesse essere commisurato al numero dei detti clienti. Ora, in certi Paesi, come la Germania e l'Italia, è stato previsto l'accesso al servizio indipendentemente dalla soglia di consumo, quindi estendendo al massimo la citata nozione di «clienti

nelle materie economico-giuridiche e si tende a farne uso per individuare casi in cui l'applicazione di una norma possa comportare situazioni di disparità, evocando in sostanza (anche se non esplicitamente) una sorta di deviazione dal generale principio di eguaglianza che dovrebbe sottendere all'attuazione di qualsiasi regola di diritto.

L'asimmetria (o «l'effetto asimmetrico») cui faccio riferimento opera su un asse cartesiano che pone quali propri parametri la violazione del principio di eguaglianza tra Stati e la violazione del principio di eguaglianza tra individui, posti tra loro in rapporto direttamente proporzionale. In particolare nel settore del processo (o dei processi) di allargamento dell'Unione europea, mi pare che il fenomeno dell'asimmetria si riveli in tutta la sua ampiezza e varietà di implicazioni – che comunque non hanno spazio di essere illustrate in questa sede –, in modo particolare rispetto alle relazioni tra Unione e Paesi della penisola balcanica, con conseguenze perniciose proprio in quanto configuranti ipotesi di infrazione del principio di uguaglianza accennato.

### *1. La politica dell'Unione nei confronti dei Balcani: dalla condizionalità all'allargamento*

Vale la pena far notare innanzitutto che la dottrina tende sempre più a porre una chiara linea di demarcazione tra politiche «per l'allargamento» e politiche esterne della Comunità/Unione europea, se non altro alla luce del fatto che le prime godono di un cosiddetto *all-encompassing character*<sup>2</sup>. Si tratta di un termine non facilmente traduci-

idonei». Non avendo però altri Paesi comunitari seguito tale approccio – tra questi, *in primis* la Francia –, l'avvenuta apertura dei mercati nazionali si è rivelata infine essere «asimmetrica», ossia non uniforme su tutto il territorio di applicazione della disciplina comunitaria. Tale fenomeno ha infatti esposto i mercati maggiormente «aperti», seguendo il citato concetto ampio di «clienti idonei», ad acquisizioni da parte di operatori di quegli Stati all'interno dei quali invece è stata mantenuta alla sfera pubblica la decisione circa l'individuazione dei clienti stessi applicando coefficienti di consumo elevati. Si tratta, pertanto, innanzitutto di un fenomeno che procede dall'applicazione dell'art. 86 del TCE per sfociare in un'analisi di misure di aiuti di Stato ammesse proprio in ragione del mantenimento di speciali diritti in capo agli operatori di mercato interessati. D'altro canto, tanto più tali misure saranno ammesse quanto più la disciplina «liberalizzatrice» abbia consentito in capo agli ordinamenti nazionali un margine di scelta ampio circa il modello di gestione dei servizi da seguire. Una volta realizzata l'apertura del mercato, le norme sulle libertà fondamentali, in particolare quelle sulla libera circolazione dei capitali, trovano ovviamente piena applicazione, costringendo lo Stato a evitare ricorsi a prassi di c.d. *golden shares*.

<sup>2</sup> V., *ex multis*, GRABBE, *A Partnership for Accession? The Implication of EU Conditionality for the Central and East European Applicants*, Working Paper no. 99/12,

bile in italiano che vuole indicare come, dal momento in cui uno Stato terzo viene introdotto nel novero *almeno* dei Paesi «potenziali candidati» all'adesione all'Unione, l'ordinamento di quest'ultima attivi dei meccanismi tesi a gestire l'impatto che l'anche solo eventuale adesione dello Stato interessato avrà su *tutto* il sistema di regole fissato dai trattati. L'osservazione è vera anche nel senso inverso, ossia per quanto attiene all'impatto dell'adesione nell'ordinamento nazionale dello Stato interessato.

Per il primo profilo (impatto nell'Unione), la disposizione (*ex art.* 49 del TUE) sull'adesione di nuovi Stati si ricollega necessariamente a

European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 1999. Come verrà chiarito più avanti, in particolare nella fase pre-adesione la Comunità europea, tramite lo strumento degli accordi c.d. «europei» e quello dei «partenariati di adesione» (sui quali v. *infra*, nota 20), ha esercitato una capacità di penetrazione negli ordinamenti nazionali dei Paesi terzi difficilmente riscontrabile in altre analoghe politiche (ad es. la più recente politica di «vicinato») rivolte a Stati estranei al consesso comunitario (in tal senso v. HILLION, *The EU's Neighborhood Policy towards Eastern Europe*, in *Law and Practice of EU External Relations* (a cura di Dashwood, Maresceau), Cambridge, 2008, p. 311 ss.). Risalendo dal livello «operativo», concernente gli strumenti del processo di allargamento, siano essi accordi o atti conferenti particolari funzioni alle istituzioni comunitarie, al livello del diritto primario, la congiunta lettura degli articoli 6 e 49 del TUE offre una coerente ed efficace base giuridica al processo d'allargamento, tenuto conto che l'attuale art. 49, *ex art.* O (introdotto dal Trattato di Maastricht) riproduce, con modifiche, l'art. 237 del TCE (sostituito dal Trattato di Amsterdam dal testo dell'attuale art. 309 del medesimo TCE), realizzando così non solo simbolicamente il superamento della ripartizione tra pilastri (posto infatti che l'art. 49 del TUE non figura tra le disposizioni rispetto alle quali opera l'art. 47 del TUE). La prassi seguita dalle istituzioni comunitarie nella redazione degli accordi di adesione (quello siglato ad Atene nel 2003 e quello relativo a Romania e Bulgaria) ha poi prodotto norme (di diritto primario) che dimostrano lo sforzo da parte comunitaria di realizzare un obiettivo ambizioso (l'allargamento a dodici nuovi Stati) rafforzando alcuni istituti tipici del diritto comunitario in senso *difensivo* dell'ordine giuridico creato dai Trattati. Su questi temi v., per tutti e per la bibliografia citata, RIZZO, *L'allargamento ad est dell'Unione europea. Problematiche del Trattato di adesione*, Napoli, 2004, in particolare pp. 51-80, in riferimento alla norma dell'art. 6 dell'Atto relativo all'adesione della Repubblica ceca, di Estonia, Cipro, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, di Slovenia e della Repubblica slovacca, siglato ad Atene (in *G.U.U.E.* 23 settembre 2003 *L* 236, p. 17 ss.) e alla norma, di eguale tenore, dell'art. 6 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea annesso al Trattato di adesione (in *G.U.U.E.* 21 giugno 2005 *L* 157, p. 11 ss.). L'art. 6 dei citati Atti di adesione concerne i principi relativi all'adesione dei nuovi Stati agli accordi dell'Unione *ex* articoli 24 e 38 del TUE e a quelli della Comunità e contiene una particolare disposizione (par. 10) relativa al rapporto tra obblighi derivanti dai Trattati comunitari e dell'Unione e quelli relativi ad un accordo c.d. «pre-comunitario» vigente tra un nuovo Stato membro ed altri Stati terzi (v. art. 307 del TCE su tale materia v. anche MASTROIANNI, *Articolo 307*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea* (a cura di Tizzano), Milano, 2004, nonché RIZZO, *Elementi di approfondimento e sviluppo del diritto comunitario e dell'Unione Europea nel processo di allargamento*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2006, p. 28).

quella (ex art. 48 del TUE) concernente la revisione dei Trattati. Si ricorderà al riguardo come le riforme istituzionali che hanno accompagnato gli ultimi dieci anni di vita dell'Unione prendano le mosse essenzialmente dai numerosi e delicati profili problematici derivanti dall'adesione degli attuali dodici nuovi Stati membri. Particolari difficoltà ha posto, ad esempio, la posizione negoziale che sin dalla metà degli anni novanta la Polonia, Stato *leader* del blocco degli ex Stati «Phare» (Polonia, appunto, nonché Ungheria, Repubblica ceca e Slovacchia), ha assunto rispetto al problema dell'allargamento del collegio dei commissari così come rispetto alla questione delle modifiche percentuali per il calcolo dei voti ponderati in Consiglio per i casi in cui quest'ultima istituzione deve ricorrere al voto a maggioranza qualificata<sup>3</sup>.

Per il secondo profilo (impatto nello Stato aderente), si ricorderà come il Trattato di Amsterdam, tramite il richiamo nel citato art. 49 del TUE all'art. 6 dello stesso Trattato, abbia offerto plastica evidenza all'attuazione affatto peculiare della politica c.d. di «condizionalità» nei confronti di Stati che da «terzi» aspirino a divenire membri: passaggio, questo, ovviamente non solo formale e che determina la diversa strutturazione di un ordinamento nazionale, dovendo quest'ultimo adeguarsi a principi e parametri assunti come propri dall'ordinamento comunitario stesso<sup>4</sup>.

La distinzione «storica» tra diverse tipologie di clausole poste a «condizione» della conclusione ed eventuale denuncia (in caso di mancato rispetto della condizione stessa) di un accordo della Comunità europea

<sup>3</sup> Come fonte documentale principale per l'avvio delle riforme istituzionali relative al Trattato di Nizza, ma in prospettiva anche di quelle relative al progetto di Trattato costituzionale, v. la Relazione della Presidenza per il Consiglio europeo di Feira (CONFER 4750/00), adottata durante i lavori della Conferenza intergovernativa aperta il 14 febbraio 2000 nonché le nostre osservazioni in *L'allargamento ad est dell'Unione europea*, cit., p. 105 ss. e in *Elementi*, cit. p. 281 ss.

<sup>4</sup> La *ratio* giuridica delle clausole di condizionalità in accordi comunitari è in genere riferita alla norma di cui all'art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati concernente la violazione di un elemento essenziale di un accordo internazionale perpetrata da una delle parti dello stesso. Sulla dottrina in tema di condizionalità v., *ex multis*, CANDELA SORIANO, *L'Union européenne et la protection des Droits de l'Homme dans la coopération au développement: le rôle de la conditionnalité politique*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 875; YAKEMTCHOUK, *L'Union européenne et le respect des droits de l'Homme par les pays tiers*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2005, p. 46; BRANDTNER, ROSAS, *Human Rights and the External relations of the European Community: an analysis of doctrine and practice*, in *European Journal of Int. Law*, 1998, p. 468; RIDEAU, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'Homme*, in *Recueil des Cours*, 1997, p. 431 e di recente APPICIAFUOCO, *Integrazione dei Balcani occidentali nell'Unione europea e principio di condizionalità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 11 ss.

concerne la prassi delle clausole «fondamentali», da un lato, e delle clausole «elemento essenziale», dall'altro lato<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Lo studio di BARTELS, *Human Rights and Democracy Clauses in the EU's International Agreements*, Bruxelles, ed. Parlamento europeo, Direzione generale per le politiche esterne dell'Unione europea, 2005, si concentra sull'analisi di prassi e interpretazione degli accordi comunitari che attribuiscono valore di «elemento essenziale» alle clausole imposte dalla Comunità che riguardano la tutela dei diritti umani. Rileva in particolare una distinzione tra azione comunitaria volta alla *promozione* dei diritti umani e azione volta alla *protezione* di tali diritti. La prima (*promozione*) è da intendersi come adozione di strumenti positivi volti a favorire la diffusione e l'applicazione dei criteri democratici tramite adeguate riforme istituzionali a livello nazionale: questa azione nasconde le insidie maggiori proprio in quanto potrebbe comportare un aggiramento dei limiti apposti alla competenza comunitaria in materia (cfr. il noto parere 2/94 della Corte di giustizia del 28 marzo 1996, in *Raccolta*, 1996, p. I-1795 che negò l'adesione della CE alla CEDU per assenza di adeguata base giuridica nei Trattati). La stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sembra confermare i limiti della competenza comunitaria in tema di promozione dei diritti umani (cfr. l'art. 51 n. 2 della Carta che precisa appunto che la Carta stessa non amplia «l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»). In questo quadro, una prassi più recente si sforza di assottigliare maggiormente la distanza tra strumenti di primo e secondo pilastro. In materia di cooperazione allo sviluppo, si vedano, ad es., oltre ai regolamenti (CE) n. 381/2001, istitutivo dello Strumento di reazione rapida, e (CE) n. 1717/2006, istitutivo di uno Strumento di stabilità, per l'attuazione degli obiettivi di cui all'art. 11 del TUE («[...] sviluppo e consolidamento della democrazia [...] rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...]»), l'iniziativa EUJUST THEMIS in Georgia, adottata con azione comune 2004/523/PESC o quella di vigilanza in Aceh, Indonesia, adottata con azione comune 2005/643/PESC, entrambe successivamente «avallate» dalla Commissione europea per adottare interventi di tipo finanziario aventi finalità più tipicamente di cooperazione allo sviluppo, in tal senso DASHWOOD, *Art. 47 EUT and the relationship between first and second pillar competences*, in *Law and Practice of EU External relations*, cit., p. 70 ss.). Rispetto all'obiettivo della *promozione* dei diritti umani, quello della *protezione* di tali diritti muove in una direzione teoricamente inversa, ossia «conservativa» di livelli di tutela accettabili secondo i parametri che il Trattato di Amsterdam ha opportunamente collegato anche alla prospettiva dell'adesione di nuovi Stati (cfr. articoli 6 e 49 del TUE). Seguendo questa diversa ottica, la stessa norma della Carta, art. 51, n. 2 ha una valenza meno «penalizzante» sotto il profilo dell'assunzione di competenze da parte dell'Unione. Quest'ultima, infatti, anche quando agisce all'esterno dei propri confini, basa i propri interventi (tramite accordi) su di un *nucleo centrale* di valori sanciti nella Carta, imponendo uno *standard* minimo di tutela rispetto al quale qualsiasi arretramento vale ad inficiare la piena legittimità di quegli stessi interventi. In tal senso, una clausola «diritti umani» finisce quasi sempre per assumere i connotati di un «elemento essenziale» dell'accordo. La Corte di giustizia ha ammesso che un obiettivo di tutela dei diritti umani gode di una certa *ubiquità* in quanto riferibile *in particolare* alla politica di cooperazione allo sviluppo, ma anche ad altre, diverse aree di intervento comunitarie (cfr. sent. 21 dicembre 1996, causa C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, p. I-6177). Il problema risulta più complesso se rapportato a politiche tipicamente sottratte ad un riferimento, anche indiretto, alla protezione dei diritti umani, quali la politica commerciale comune (v. sul punto PEERS, *EC Frameworks of International Relations: Cooperation, Partnership and Association*, in *The general Law of EC Exter-*

Accanto a tale tipologia di previsione «condizionante» la vigenza dell'accordo tra le parti, la prassi ha dimostrato il ricorso a due diverse tipologie di ulteriori strumenti necessari a rendere effettiva la prima condizione. Nel caso della prassi della cosiddetta clausola «baltica», alla clausola «elemento essenziale» seguirebbe la sospensione automatica delle relazioni interstatali basate sull'accordo<sup>6</sup>. Nel caso della prassi cosiddetta «bulgara» o di «non esecuzione» dell'accordo, alla violazione della clausola «elemento essenziale» segue un tentativo di composizione delle relazioni tra le parti, senza escludere che, in caso di insuccesso di queste misure conciliative, l'accordo possa comunque essere sospeso dalla Comunità<sup>7</sup>.

*nal Relations*, in *The General Law of EC External Relations* (a cura di Dashwood, Hillion), Londra-Cambridge, 2001; in generale, v. NASCIMBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, 1998, p. 683; TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Dir. Un. eur.*, 1999, p. 149; LANAERTS, *The EU Charter of Fundamental rights in the perspective of the Enlargement*, in *EU Enlargement. The Constitutional Impact at EU and National Level* (a cura di Kellermann, De Zwaan, Czuczai), The Hague, 2001, in specie p. 471).

<sup>6</sup> Tale prassi è stata seguita per alcuni accordi di cooperazione allo sviluppo stipulati dalla CE (pre-Maastricht) l'11 maggio 1992, con Lituania, Lettonia, Estonia e Albania.

<sup>7</sup> Questa prassi riguarda due accordi del 1993 con Romania e Bulgaria. I successivi primi accordi c.d. «europei», cioè siglati con alcuni Paesi dell'Europa centro-orientale sulla base dell'attuale art. 310 del TCE (c.d. «accordi di associazione») non contenevano clausole «elemento essenziale» riferite alla tutela dei diritti umani. Successivamente alla separazione di Repubblica ceca e Slovacchia, nei rispettivi accordi del 4 ottobre 1993, verrà inserita una Dichiarazione congiunta con la quale le Parti si accordavano riguardo ad una specifica procedura per «casi d'urgenza speciale» per la sospensione dell'accordo in caso di violazione di regole essenziali dello stesso, traendo spunto dalla disposizione dell'art. 60, par. 3, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Le successive conclusioni del Consiglio europeo del 29 maggio 1995 confermeranno e sanciranno come prassi da adottare *pro futuro* quella di inserire negli accordi con Stati terzi un meccanismo di sospensione che avrebbe dovuto consentire alla Comunità di reagire immediatamente in casi di violazione di aspetti essenziali dell'accordo particolarmente là dove si trattasse di aspetti concernenti la tutela di diritti umani. La comunicazione della Commissione della Commissione (COM(95)216 def.) – commentata da CREMONA, *Human Rights and Democracy Clauses in the EC's Trade Agreements*, in *The European Union and World Trade Law* (a cura di Emiliou, O'Keefe), London, 1996, p. 62 ss., v. anche BRANDTNER, ROSAS, op. cit., p. 468 – ha indicato il modello da ultimo accennato, quale tipologia di «doppia» clausola («elemento essenziale» e di «non esecuzione», detta «bulgara»), per tutte le clausole relative alla protezione dei diritti umani e dei principi democratici inserite in accordi comunitari con Stati terzi. Questo sarà il modello applicato alla revisione di metà percorso della Convenzione di Lomé (c.d. Lomé IV del 1996, v. art. 366 bis) e lo si ritrova negli accordi di Cotonou di recente entrata in vigore (2003).

L'evoluzione del sistema comunitario di apposizione di clausole «principi democratici» e/o «diritti dell'uomo» si riflette nelle riforme del recente Trattato di Lisbona. Recependo in buona parte le proposte avanzate tramite il fallito Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (cfr. art. III-292 Trattato costituzionale), l'art. 21 del NTUE stabilisce che «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi [...] – di – : democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale». Tale norma pare di portata più generale anche rispetto all'attuale formulazione dell'art. 11 del TUE: oltre al riferimento generico alla «azione dell'Unione sulla scena internazionale», rileva infatti la norma dell'art. 205 del TFUE che fa propri i criteri indicati al citato art. 21 del NTUE estendendoli all'azione esterna dell'Unione nei settori declinati dalle successive disposizioni del NTUE (politica commerciale, cooperazione economica, aiuto umanitario e misure restrittive). Tenuti quindi fermi i principi dell'art. 21 del NTUE, quanto previsto dagli articoli 24 del NTUE e 218 del TFUE, pur essendo riferito al potere dell'Unione di concludere accordi distintamente nei settori della politica estera, di sicurezza e difesa comune, da un lato, e negli altri su accennati settori di competenze esterne, dall'altro lato, si dovrebbe ridurre a una sottolineatura della diversità di procedure che l'Unione europea adotterà nella conclusione delle diverse tipologie di accordi (cfr. par. 8 del citato art. 218 del TFUE).

Accanto al problema della formulazione di quella che ormai è ampiamente riconosciuta come specifica «politica di condizionalità» dell'Unione, inserita nel più vasto sistema di relazioni esterne di quest'ultima, sorge la questione della concreta attivazione di tale politica. Tra gli strumenti più direttamente ricavabili dalla stessa formulazione delle diverse clausole-condizione sviluppate nel corso della prassi comunitaria rilevano, ovviamente, quelli della sospensione o, in estrema ipotesi, del ritiro della Comunità europea dall'accordo. Formalmente, la sospensione o l'interruzione dell'accordo, oltre a poter essere previste da più specifiche disposizioni di accordi comunitari, sono in via generale disciplinate all'art. 300, par. 2, del TCE, secondo una formula che rispetta il criterio dell'*atto contrario*. Tuttavia, nonostante tale criterio rappresenti la *ratio* della disciplina in esame, la prassi, peraltro confermata dalle stesse regole dell'art. 300 del TCE, ammette che la sospensione o la denuncia avvengano *sempre* a seguito di una mera informazione del Parlamento europeo, anche nel caso si tratti di accordo concluso secondo il modello procedurale «aggravato» implicante il predetto parere conforme del Par-

lamento, vincolante per il Consiglio (v. art. 300, par. 2, 3° comma, per quanto attiene in particolare gli accordi di associazione)<sup>8</sup>.

Restando nell'ambito delle concrete modalità con le quali l'ordinamento comunitario e dell'Unione reagiscono nei confronti di violazioni di accordi comunitari contenenti clausole essenziali, una consolidata prassi comunitaria e dell'Unione è quella della comminazione di vere e proprie sanzioni nei confronti dello Stato terzo resosi eventualmente re-

<sup>8</sup> Nel quadro di tali regole, ai sensi dell'art. 98 del regolamento interno del Parlamento europeo quest'ultimo può comunque sottoporre raccomandazioni al Consiglio, v. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union e des Communautés européennes*, Parigi, 2001, p. 611 ss. e BARTELS, op. cit. Gli accordi di associazione ex art. 310 del TCE sono accordi «misti», per cui, accanto alla procedura all'unanimità in Consiglio, si prevede la partecipazione degli Stati membri interessati ai negoziati e la necessaria ratifica da parte di tutti e ciascuno di questi Stati (Stato associato incluso), ai fini della loro entrata in vigore. Gli accordi misti sollevano quindi particolari problemi per quanto attiene alla loro eventuale sospensione o interruzione. Un caso interessante ai nostri fini attiene all'accordo del 1983 tra l'ex Federazione iugoslava e la Comunità europea: tale accordo fu sospeso autonomamente dalla Comunità tramite adozione di un apposito regolamento insistente su materie solo comunitarie (v. regolamento (CEE) n. 3302/91 del Consiglio, in *G.U.C.E.* 15 novembre 1991 L 315, p. 46 e relativa interpretazione giurisprudenziale in sentenza della Corte di giustizia, 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke*, in *Raccolta*, 1998, p. I-3655, in dottrina, ex multis, MASTROIANNI, *La rilevanza delle norme consuetudinarie sulla sospensione dei trattati nell'ordinamento comunitario: la sentenza Racke*, in *Riv. dir. int.*, 1999, p. 86 ss.); lo stesso accordo fu poi sospeso *in toto* tramite decisione adottata dal Consiglio dei ministri unitamente ai Rappresentati dei governi degli Stati membri riuniti in Consiglio, per la parte dell'accordo insistente su materie di competenza anche statale (v. la decisione citata pubblicata in *G.U.C.E.* 15 novembre 1991 L 315, p. 47). La prassi degli accordi «misti» si applica nel settore della politica commerciale esterna, v. art. 133 del TCE dopo le riforme introdotte con il Trattato di Nizza, ispirate alle indicazioni offerte dalla Corte di giustizia nel parere 1/94 del 15 novembre 1994 sulla *competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, in *Raccolta*, 1994, p. I-5267 ss.; su tali riforme v. GAUTIER, LIANOS, *Le traité de Nice et les relations extérieures*, in *Le Traité de Nice. Premières analyses* (a cura di Constantinesco, Gautier, Simon), Strasburgo, 2001, p. 175 ss.; CANNIZZARO, *Le relazioni esterne della Comunità dopo il Trattato di Nizza*, in *Il Trattato di Nizza* (a cura di Tizzano), Milano, 2003. Sull'efficacia delle norme di accordi di associazione, per loro natura accordi «misti» nel senso accennato, la sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 1987 (causa 12/86, *Meryem Demirel*, in *Raccolta*, 1987, p. 3719 ss.) ha richiamato un brocardo applicato a fonti di diritto comunitario idonee a produrre «effetti diretti» negli ordinamenti nazionali (v., ex multis, sentenze 31 gennaio 1991, causa C-18/90, *ONEM/Bahia Kziber*, sull'Accordo di cooperazione CEE-Marocco, in *Raccolta*, 1991, p. I-221; 5 luglio 1994, causa C-432/92, *Anastasiou*, *ivi*, 1994, p. I-3087; 27 settembre 2001, causa C-63/99, *Gloszczuk*, *ivi*, 2001, p. I-6369; 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jany e altri*, *ibidem*, I-8615; 29 gennaio 2002, causa C-162/00, *Beata Pokrzeptowicz-Meyer*, in *Raccolta*, 2002, p. I-1049; v. in materia GAJA, *Sull'interpretazione di accordi misti da parte della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 1988, pp. 605-606 e, in generale, *Mixed agreements* (a cura di O'Keefe, Schermers), The Hague, 1983 nonché ROSAS, *The European Union and Mixed Agreements*, in *The General Law of EC external relations*, cit., p. 200 ss.).

sponsabile delle medesime richiamate violazioni. Il Trattato di Maastricht ha introdotto norme apposite all'interno del Trattato comunitario (art. 228 A, ora 301 del TCE, da leggere congiuntamente all'art. 73 G, ora 60 del TCE per profili specificamente inerenti alle misure di tipo economico-finanziario<sup>9</sup>) al fine di conferire corretta base giuridica ad atti comunitari che, pur se insistenti su materie di natura strettamente finanziaria o commerciale, possano ciononostante sottendere finalità di rango superiore<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione favorevole a riconoscere alla Comunità la capacità di adottare tanto contromisure quanto azioni di ritorsione contro *illiciti* internazionali, ad es. in casi di violazioni di clausole con il carattere di essenzialità fin qui ricordato, cfr. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*, Oxford, 2009, p. 314 ss. Sul tema della responsabilità internazionale della Comunità/Unione europea, connesso a quello della possibilità per la Comunità europea di adottare sanzioni internazionali in quanto soggetto internazionalmente riconosciuto, v., *ex multis*, GAJA, *Second Report on Responsibility of International Organisations*, doc. A/CN.4/541, p. 6; HOFFMEISTER, *The Contribution of EU Practice to International Law*, in *Developments in EU External Relations* (a cura di Cremona), Oxford, 2008, p. 86 ss.

<sup>10</sup> Cfr. il caso *Centro-Com* (Corte di giustizia, sent. 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *R. v. H.M. Treasury and Bank of England ex parte Centro-Com*), relativo all'annullabilità di un regolamento istitutivo di misure di *embargo* commerciale nei confronti dell'ex Repubblica federale di Jugoslavia, adottato in ambito comunitario per *contribuire* al conseguimento degli scopi delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite: secondo la Corte, gli *scopi* della politica commerciale comune comunitaria (art. 113, ora 133 del TCE) valgono a giustificare interventi comunitari che investono profili di altre politiche, incluse quelle relative al c.d. secondo pilastro del Trattato UE. Opportuno ricordare che in tale caso rilevava un confronto *diretto*, cioè privo del *filtro* delle misure di secondo pilastro pur richiamate dall'art. 228 A (301) del TCE, tra risoluzioni ONU e regolamenti comunitari. Si vedano al riguardo anche le decisioni Corte, 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS e Minister for Transport, Energy and Communications e altri*, in *Raccolta*, 1996, p. I-3953, e 27 febbraio 1997, causa C-177/95, *Ebony Maritime e Loten Navigation/Prefetto della Provincia di Brindisi e a.*, *ivi*, 1997, p. I-1111 ss. Tale giurisprudenza ha confermato una prassi comunitaria che, prima del Trattato di Maastricht, ha fondato sull'art. 113 (in seguito 133 del TCE) diverse misure commerciali a contenuto restrittivo rivolte, tra gli altri, alle ex Repubbliche dell'ex Unione sovietica, ad alcuni Paesi ex-socialisti dell'Europa centro-orientale e ad alcuni membri dell'ex Repubblica federale di Jugoslavia, e ciò nonostante le notazioni negative di certa dottrina sulla scelta della base giuridica indicata (v. DAVI, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, p. 222 ss.). Sul tema del potere sanzionatorio dell'Unione/Comunità europea, v. di recente il noto caso risolto con la sentenza della Corte giustizia, emessa in sede d'appello, 3 settembre 2008, causa C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2008, p. I-6351, proveniente da Tribunale di primo grado, sent. 21 settembre 2005, causa T-315/01, *ivi*, 2005, p. II-3649, v. anche Tribunale di primo grado, sent. 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione*, *ibidem*, p. II-3533 ss. su cui v. WESSEL, *Editorial: The UN, the EU and Jus Cogens*, in *Int. Organisations Law Review*, 2006, p. 1 e la *case*

Rispetto ai termini generali del problema delle relazioni tra Unione e Stati terzi mediante ricorso alla politica comunitaria di *condizionalità*, due sono i dati che connotano l'applicazione di tale stessa politica nel settore dell'associazione con altri Stati terzi, in particolare con quelli dei Balcani occidentali<sup>11</sup>, siano essi candidati o potenziali candidati all'adesione all'UE.

Innanzitutto, emerge come gli strumenti cui attinge la Comunità siano appunto gli accordi di associazione aventi base giuridica nell'art. 310 del TCE e a cui si aggiunge, nel caso dei Balcani occidentali, il riferimento alla «stabilizzazione», creando i cosiddetti ASA, ossia accordi di stabilizzazione e associazione<sup>12</sup> aventi specifica base giuridica nella citata norma del Trattato comunitario e che concepiscono al proprio interno procedure facenti capo al Consiglio d'associazione, che rappresenta la cornice istituzionale entro la quale vengono convogliate tutte le informazioni relative all'andamento delle relazioni CE/Stato associato per quanto riguarda l'adeguamento all'accordo<sup>13</sup>. In secondo luogo, ma con pari

*note di TOMUSCHAT, in Common Market Law Review, 2006, p. 537. Per indirizzi giurisprudenziali parzialmente diversi sulla stessa materia v. Tribunale di primo grado, sentenze 12 dicembre 2006, causa T-228/02, Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran contro Consiglio dell'Unione europea, non pubblicata, e 11 ottobre 2007, causa C-117/06, Mollendorf e Mollendorf-Niehaus, in Raccolta, 2007, p. I-8361, in specie punto 78 relativo agli effetti degli atti comunitari negli ordinamenti nazionali, le cui autorità pubbliche e giudiziarie, nell'attuare quegli stessi atti, devono conformarsi ai criteri della tutela dei diritti fondamentali che fondano l'ordinamento comunitario stesso. L'art. 215 del TFUE introdotto dal Trattato di Lisbona modifica l'art. 301 del TCE specificando tanto i destinatari delle misure restrittive adottate dall'Unione (sia entità statali sia persone giuridiche o individui) quanto la necessità che siano contemplate adeguate garanzie individuali. L'art. 275 dello stesso TFUE precisa che la Corte di giustizia, in linea di principio incompetente a giudicare della legittimità di atti dell'Unione in materia di politica estera e di sicurezza comune, potrà viceversa intervenire per giudicare la legittimità delle misure restrittive adottate nel quadro della stessa politica estera dell'Unione.*

<sup>11</sup> Per quanto riguarda questo gruppo di Stati, nei loro confronti il Consiglio dell'UE inaugura formalmente la strategia sull'applicazione dei criteri di condizionalità nell'area balcanica adottando nel 1997 le Conclusioni *sull'applicazione della condizionalità al fine di sviluppare una coerente strategia dell'UE per le relazioni con i paesi della regione* (v. *Bollettino UE*, 1997, n. 4, p. 2.2.1). Si tratta di conclusioni adottate su impulso della Commissione europea (v. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sui principi comuni per le future relazioni contrattuali con alcuni paesi dell'Europa sudorientale, COM (476)1996 def., in *Bollettino UE*, 1996, n. 10, par. 1.4.65).

<sup>12</sup> La prassi del ricorso a tali accordi è inaugurata dalla creazione del Processo di associazione e stabilizzazione dei Balcani occidentali (PAS), cfr. la comunicazione della Commissione (COM(1999)235) del 29 maggio 1999 e conclusioni del CAGRE n. 2192 del 21/22 giugno 1999.

<sup>13</sup> La prassi, tuttavia, non consente una chiara distinzione tra le diverse tipologie di accordi aventi base giuridica nell'art. 310 del TCE (v. PEERS, *EC frameworks of Interna-*

importanza, almeno dalla fine degli anni novanta, il vero *quid* della politica comunitaria riguardante i Balcani e il processo di allargamento sarà costituito dalla prospettiva dell'adesione, sebbene ciò verrà reso esplicito solo a partire dall'inizio del nuovo secolo. Per cui, particolarmente in questo settore, gli strumenti negoziali della Comunità si rafforzano in un duplice senso: da un lato, in quanto gli accordi di associazione in qualche modo definiscono un «quadro istituzionale» delle relazioni bilaterali, dall'altro lato, in quanto in tali stessi accordi il riferimento ai criteri generali della democrazia e dello stato di diritto nonché alla tutela dei diritti fondamentali viene corroborato giuridicamente dal collegamento a disposizioni generali del TUE come i già citati articoli 6 e 49 del TUE<sup>14</sup>.

*tional relations: Cooperation, Partnership and Association*, in *The General Law of EC External Relations*, cit.). Stando all'interpretazione della stessa Corte (v. sent. *Meryem Demirel*, cit. *supra*, nota 8), un accordo di associazione, oltre a potere contenere disposizioni che hanno efficacia diretta, è idoneo ad instaurare «relazioni privilegiate» tra lo Stato associato e la Comunità, consentendo al primo di partecipare, in un modo peculiare, al funzionamento della seconda. Tuttavia, se è pur vero che la prassi in materia ha portato alla luce diversi livelli di «integrazione» dello Stato o degli Stati legati, tramite accordi di associazione, al sistema comunitario, rimane vero anche che alcune disposizioni di questi accordi hanno dato luogo ad ampia giurisprudenza della Corte di giustizia, particolarmente in tema di tutela dei diritti di circolazione e accesso ai mercati del lavoro nazionali da parte di cittadini degli Stati associati (v. l'*excursus* in materia di JACOBS, *Direct Effect and Interpretation of International Agreements in the Recent case-law of the European Court of Justice*, in *Law and Practice of EU External Relations*, cit.; questa giurisprudenza può anche essere direttamente reperita in FERRARI BRAVO, RIZZO, *Codice dell'Unione europea*, Milano, 2008, in particolare v. annotazioni agli articoli 39, 43, 49, 133, 281, 300 e 310 del TCE). Questa interpretazione se, da un lato, va correttamente riferita allo specifico tema della portata giuridica delle norme di accordi di associazione nonché delle conseguenti «fonti previste» da tali stessi accordi, dall'altro lato agevola certamente un «processo» di integrazione che procede verso ambiti anche solo indirettamente afferenti all'accordo di associazione (si pensi ai temi relativi all'organizzazione della giustizia e ai sistemi processuali interni). Si giustifica così anche la necessità di indagare le prassi nazionali dei Paesi associati nell'ottica dell'adeguamento istituzionale e giuridico agli obblighi sanciti dall'accordo, v. per i Balcani occidentali e Turchia i lavori relativi al MATRA (*Maatschappelijke Transformatie Multi Country Project «Impact of EU Accession on the Legal Orders of New Member States and (Pre)Candidate Countries»*, avviato nel 2002 e i cui risultati sono stati presentati nella conferenza conclusiva tenutasi all'Aja dal 13 al 16 ottobre del 2004. In generale, anche per un paragone con problematiche di adattamento al diritto comunitario sorte negli Stati «fondatori», si veda *EU Enlargement. The Constitutional Impact at EU and National Level*, cit.

<sup>14</sup> Un'analisi complessiva della prassi inerente al ricorso alle clausole «diritti dell'uomo» in accordi comunitari (seguendo il modello generale della condizionalità *ex ante*) ha comunque portato a delimitare la stessa a determinate ipotesi generali, e cioè ad a) accordi che mirino allo stabilimento di particolari mezzi e strutture istituzionali al fine di condurre il dialogo politico o vigilare sul rispetto dei diritti umani; oppure là dove tali clausole fungano da b) base per la eventuale sospensione dei benefici, in termini di agevolazione degli scambi o di trasferimenti finanziari, che possono derivare dall'accordo per lo Stato terzo che ne è parte; o c) quale strumento per impedire allo Stato terzo inte-

In questo contesto, la politica di condizionalità nei confronti dei Paesi dell'Europa centro-orientale e dei Balcani occidentali assume un connotato peculiare, cioè non semplicemente ancorato alla normale prassi delle politiche esterne della Comunità, ma già in qualche modo indirizzato a un sostanziale inserimento dei Paesi interessati nel quadro di regole e principi sottesi all'ordinamento comunitario e dell'Unione<sup>15</sup>.

## 2. Asimmetrie istituzionali e giuridiche nei rapporti tra Unione e area balcanica

L'approccio comunitario all'adesione di nuovi Stati, secondo il cita-

ressato di opporsi ad interventi di varia natura (verifiche sul territorio e nelle istituzioni, accesso alle informazioni governative etc.) aventi come contenuto l'accertamento del rispetto dei criteri democratici e di tutela dei diritti umani. In particolare, rispetto ai Paesi dove si attuano rapporti particolari, basati su accordi come quelli conclusi nel contesto del PAS, emerge il carattere che è stato definito di tipo «positivo» delle clausole diritti umani inserite nei relativi accordi (v. in tal senso il citato studio di BARTELS, op. cit., p. 61 ss.). Sembra che tali configurazioni generali si attaglino al *genus* degli accordi di associazione, in particolare quelli riguardanti il citato PAS, anche alla luce di quanto rileverà in seguito alla diversa impostazione data al PAS stesso dal Consiglio di Salonicco e dalla conseguente prassi dei c.d. «partenariati europei» o di «adesione» (v. *infra*, nota 20): si tratta di strumenti grazie ai quali la Comunità, tramite la Commissione, impone allo Stato terzo di offrire informazioni dettagliate ed esaurienti sullo stato d'avanzamento del proprio ordinamento nazionale rispetto ai parametri fissati negli ASA o negli accordi *transitori*, c.d. *interim agreements*, che siano già in vigore. Sulla base di queste informazioni, vengono redatte comunicazioni a scadenza in media semestrale che attestano i passi in avanti compiuti e le misure ancora da adottare in ogni settore rilevante. Per i Paesi dei Balcani occidentali, vedine la riproduzione sul sito della DG Allargamento della Commissione, ec.europa.eu. In merito ai citati *interim agreements*, occorre osservare che le disposizioni commerciali dell'ASA sono in genere applicate, prima dell'entrata in vigore di quest'ultimo, per mezzo appunto di un accordo transitorio basato sulle disposizioni dell'art. 133 del TCE, in particolare nei paragrafi che prevedono una competenza esclusiva comunitaria nel settore della politica commerciale comune, come noto strettamente funzionale alla realizzazione dell'Unione doganale e della Tariffa doganale esterna. Pertanto gli *interim agreements* vertono sui settori della riforma doganale e tariffaria e dell'abolizione di misure equivalenti a dazi vietati o dell'abolizione di restrizioni quantitative delle importazioni e delle esportazioni di beni. Gli ASA con la Croazia e l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia e, dall'aprile del 2009, con l'Albania, sono tutti attualmente in vigore.

<sup>15</sup> Per quanto attiene, ad esempio, all'inserimento dei paesi dei Balcani occidentali all'interno del c.d. «spazio giudiziario» (ma anche di «libertà, sicurezza e giustizia», cfr. art. 2 del TUE) dell'Unione, cui è presupposto il soddisfacimento delle condizioni sancite all'art. 6 nonché allo stesso art. 49 del TUE, nell'Agenda di Salonicco (*The Thessaloniki Agenda for the Western Balkans – Moving towards European integration*, il cui testo è riprodotto nelle conclusioni n. 2518 del CAGRE, 16 giugno 2003, p. 10 ss.), al par. 1, verrà reso evidente come, in tema di consolidamento della pace e dello sviluppo democratico, la consegna all'Aja dei criminali di guerra riguarda anche *interessi propri* dell'Unione europea.

to criterio di «condizionalità» generale ed *ex ante* ricavabile dalla lettura degli articoli 49 e 6 del TUE, provoca una serie di conseguenze non secondarie anche al fine dell'indagine sulle «asimmetrie» presenti nella fase di avvenuta adesione disciplinata mediante relativo trattato. Se questo, d'altronde, stabilisce come proprio punto di partenza che il nuovo Stato membro assuma un generale obbligo di adeguamento «automatico» a tutto il diritto comunitario, ciò implica che eventuali difformità e discrasie dell'ordinamento nazionale dovranno essere «monitorate» e gestite solamente tramite strumenti propri dell'ordinamento comunitario. Le clausole di salvaguardia inserite nei trattati di adesione, cui tra poco farò richiamo, servono a tale scopo.

Dal punto di vista «geo-politico», vale la pena rilevare che l'esame che si svolge non può essere limitato ai Paesi c.d. candidati o agli attuali «potenziali» candidati, afferenti entrambi al gruppo dei Paesi dei c.d. «Balcani occidentali» che comprende quelli emergenti dallo smembramento della Federazione Jugoslava, compreso il Kosovo (il cui statuto giuridico è, anche a livello comunitario, stabilito secondo i parametri della risoluzione n. 1244/1999 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite), e l'Albania. Il riferimento va fatto in realtà anche al «duo» dei c.d. «Balcani orientali», la cui adesione all'Unione – ritenuta «tardiva» rispetto all'agenda stabilita nei consigli europei di fine anni novanta (Lussemburgo ed Helsinki) – è culminata con l'entrata in vigore dell'ultimo trattato di adesione del 2007.

Rinvio ad alcuni miei lavori, compresa la relazione per il Senato redatta per conto del Ministero degli affari esteri ai fini della presentazione del disegno di legge di ratifica del relativo trattato, dai quali emerge certamente, in particolare nei confronti di questi due Stati attualmente ormai membri a tutti gli effetti, un quadro frammentario – cui certamente si ataglia il citato connotato di «asimmetria» – di applicazione del diritto comunitario, nonostante si tratti per l'appunto di esaminare lo *status* giuridico di due Stati ormai membri *pleno jure*.

### 2.1. *I rapporti tra Unione e Balcani «orientali» secondo gli atti di adesione*

A titolo meramente riassuntivo basterà in questa sede richiamare alcune clausole di salvaguardia generali inserite nel Trattato di adesione, la cui attualità deriva dal fatto che, formalmente, l'Unione potrebbe fare utilmente ricorso ad esse ancora nel corso del corrente anno (2010). È infatti questo l'ultimo anno di un triennio, a far data dall'entrata in vigore del citato Trattato (1° gennaio 2007), nel corso del quale possono es-

sere rilevate «carenze» nell'adempimento agli obblighi derivanti dall'applicazione del rispettivo accordo di adesione.

La prima clausola di salvaguardia (cfr. art. 36 del Trattato di adesione) attiene a profili di ordine economico senza una particolare o più specifica indicazione circa il relativo ambito materiale di riferimento. Essa, peraltro, oltre ad essere la più «rodada» misura volta a «sospendere» *in parte qua* gli effetti concreti dell'adesione di un nuovo Stato all'Unione, è contemplata come strumento utilizzabile «bilateralmente» dagli Stati già membri come da quelli nuovi: entrambi, infatti, possono rilevare conseguenze negative nei propri ordinamenti interni derivanti dall'adesione, chiedendo di potere applicare misure di «protezione» di un settore del mercato nazionale, quindi in senso avverso a un'ipotesi di applicazione di regole di diritto comunitario, tanto più là dove queste ultime contemplino un modello di armonizzazione totale di un determinato ambito materiale. Il modello di clausola perde, in questo caso, il carattere sanzionatorio che emerge dalle tipologie successivamente indicate, per apparire più come uno strumento «protettivo» richiesto dagli Stati (siano essi già membri o nuovi), richiamando alla mente quanto previsto nel TCE, ad esempio, in tema di sistemi nazionali di diritto di proprietà o relativi ai settori della difesa nazionale.

Dopo la clausola di salvaguardia «economica», l'Atto di adesione contiene una clausola di salvaguardia – del tutto identica a quella dell'art. 38 dell'Atto di adesione entrato in vigore nel 2004 – di natura *generale* e concernente il settore in cui operano le regole comunitarie sul mercato interno (art. 37 del TCE). L'eventuale violazione di tali regole da parte di un nuovo Stato membro può fondare, entro tre anni dall'entrata in vigore del Trattato di adesione, l'adozione da parte della Commissione di «misure appropriate», su autonoma iniziativa della stessa Commissione o anche su richiesta motivata di uno Stato membro. Sulla Commissione ricade poi l'obbligo di informare il Consiglio della possibilità di revocare la misura di sospensione da essa predisposta. Riguardo ai concreti esiti che, eventualmente, può produrre un parere negativo alla revoca della misura da parte del Consiglio, la norma dell'Atto di adesione si limita a precisare che la Commissione dovrà tenere nel «debito conto» le eventuali osservazioni del Consiglio. Da mettere in evidenza è altresì la previsione secondo cui le misure saranno proporzionate e non potranno comunque essere invocate «come mezzo di discriminazione arbitraria o di restrizione arbitraria agli scambi tra Stati membri». Il *time limit* triennale può in realtà essere esteso «fino a che non siano adempiuti i pertinenti impegni» (cfr. secondo paragrafo della clausola), anche se tale mantenimento non può eccedere un tempo «strettamente necessa-

rio», formula sufficientemente vaga per dare agio alle istituzioni comunitarie di valutare obiettivamente la situazione.

Sul preciso problema del «contraddittorio» con la parte passiva della clausola di salvaguardia occorre segnalare la dichiarazione allegata al Trattato di adesione del 2004 (dichiarazione n. 43 della Commissione europea sulla clausola di salvaguardia economica di carattere generale, sulla clausola di salvaguardia relativa al mercato interno e sulla clausola di salvaguardia relativa al settore della giustizia e degli affari interni annessa al citato Trattato di adesione del 2004), con la quale la Commissione comunque si è impegnata a rivolgersi allo Stato che sarà oggetto della clausola di salvaguardia, recependo il punto di vista di tale Stato in modo da tenerne «debito conto» prima dell'adozione della relativa misura. Tali criteri, alla luce dell'identica formulazione della stessa clausola contenuta nell'art. 38 dell'Atto di adesione del 2004, dovrebbero applicarsi anche nell'interpretazione della norma in esame. Si osservi che la clausola di salvaguardia si può invocare *prima* dell'adesione – ossia prima dell'entrata in vigore del relativo trattato – sulla base dei rapporti di monitoraggio che evidenzino gravi carenze negli ordinamenti dei Paesi aderenti. In ogni caso, anche se adottate *prima* dell'adesione, le misure di salvaguardia non avranno effetto che a partire dall'adesione effettiva dello Stato cui sono rivolte.

La clausola in questione si aggiunge, chiaramente, al fatto che, dall'entrata in vigore del Trattato di adesione, nei confronti dei nuovi Stati si rende tutti gli effetti applicabile il meccanismo di controllo sull'adempimento agli obblighi comunitari sancito dall'*ex* art. 226 del TCE (divenuto art. 258 del TFUE con il Trattato di Lisbona). Ciò, da un lato, rivela il carattere tipicamente sanzionatorio anche della nuova clausola prevista dagli accordi di adesione e, dall'altro lato, rende opaco il rapporto intercorrente tra tale clausola e la citata procedura d'infrazione «ordinaria».

La delicatezza delle questioni, soprattutto di carattere procedurale, che solleva la clausola «mercato interno» si ricava anche dal fatto che ad essa hanno fatto esplicito riferimento alcuni dei nuovi Stati membri (Repubblica ceca, Repubblica di Estonia, Repubblica di Lituania, Repubblica di Polonia, Repubblica di Slovenia, Repubblica slovacca) nella dichiarazione comune n. 22 sull'articolo 38 dell'Atto di adesione relativo al Trattato di adesione del 2004 (corrispondente, come già indicato, all'art. 37 dell'Atto di adesione di Romania e Bulgaria). Con tale atto gli Stati indicati hanno, in particolare, inteso riferirsi a un'altra norma, diversa dal citato art. 226 del TCE, relativa ai ricorsi per annullamento di atti comunitari (cfr. art. 230 del TCE, ora art. 263 del TFUE), sottolineando che

tale ulteriore strumento deve (dovrebbe) ritenersi comunque attivabile da parte degli Stati eventualmente destinatari di una decisione comunitaria che applichi la clausola di salvaguardia. Tale conclusione però potrebbe sollevare altre perplessità, se, come pare corretto, la clausola stessa venisse interpretata come modello di atto sanzionatorio ispirato alle procedure di infrazione che precedono un vero e proprio ricorso per inadempimento (cfr. art. 226 del TCE). Questa lettura sembrerebbe peraltro suffragata dalla presenza dell'altra già menzionata dichiarazione della Commissione con la quale quest'ultima ha chiarito alcune «garanzie» procedurali minime che verrebbero assicurate allo Stato potenziale destinatario della misura di salvaguardia.

Le dichiarazioni accennate, quella di alcuni nuovi Stati e della Commissione, offrono un quadro per certi versi contraddittorio e che, pertanto, non rende particolarmente chiari l'esatta *ratio* e gli effetti della clausola «mercato interno». Se, infatti, si ammettesse che l'interpretazione della Commissione, da ultimo menzionata, non è altro che una chiave di lettura «autentica» effettuata dalla istituzione ideatrice della medesima clausola (la Commissione, appunto), rimarrebbe da intendere se le «garanzie» che la stessa Commissione offre alla parte potenzialmente passiva siano conformi al generale sistema di controllo sul rispetto degli obblighi comunitari che la Comunità, sempre mediante la Commissione, esercita sugli Stati. Non è ad esempio chiaro se, nel contesto dell'art. 37 dell'Atto di adesione di Bulgaria e Romania, secondo l'interpretazione offertane dalla Commissione, la Corte di giustizia assuma una funzione analoga a quella ricavabile dallo stesso art. 226 del TCE. Può certamente dirsi che ci si trova dinanzi a uno strumento «aggravato» di controllo, funzionale alla particolare posizione assunta dai nuovi Stati anche a seguito della entrata in vigore del relativo Trattato di adesione. D'altronde, una conclusione a favore del carattere «particolare» o «eccezionale» delle misure di salvaguardia possibilmente applicabili da parte comunitaria a seguito dell'adesione dei nuovi Stati sembra l'unica idonea a risolvere il dilemma che deriva dall'impossibilità di interpretare la clausola di salvaguardia in questione alla luce del diritto comunitario «ordinario» (e ciò tanto nell'ottica di rendere applicabile alla procedura della clausola di salvaguardia l'art. 226 del TCE quanto nell'ottica che alla stessa clausola si applichi la procedura dell'art. 230 del TCE): da tale dato di eccezionalità emerge dunque un chiaro connotato di «asimmetria» delle modalità con cui il diritto comunitario si rende applicabile nei confronti di *alcuni* dei suoi Stati membri.

L'altra clausola di salvaguardia, ancora attivabile da parte comunitaria, sempre entro il corrente anno 2010, è contenuta nell'art. 38 dell'Atto

di adesione annesso al Trattato di Romania e Bulgaria e riproduce il vigente articolo 39 dell'Atto di adesione del 2004. Si prevede la possibilità per la Commissione, sempre su propria iniziativa o su richiesta motivata di uno Stato membro e dopo consultazione con gli Stati membri, di adottare le predette *appropriate measures* – che dovranno durare per un periodo di tre anni a far data dall'entrata in vigore dell'atto di adesione per un nuovo Stato membro – là dove possano sorgere anche solo rischi di «gravi carenze» «nella trasposizione o applicazione, in uno dei nuovi Stati membri, di decisioni quadro o di ogni altro strumento di cooperazione e di decisioni relative al mutuo riconoscimento nei settori del diritto penale di cui al titolo VI del TUE e delle direttive o regolamenti sul mutuo riconoscimento nei settori di diritto civile di cui al titolo IV del TCE e delle leggi e leggi quadro europee adottate in base alla parte III, titolo III, capo IV, sezioni 3 e 4 della Costituzione» (trattasi delle disposizioni che disciplinano la cooperazione giudiziaria nei settori civile e penale). Ovviamente, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona obbliga a far riferimento alle nuove norme sulla cooperazione in materia (v. art. 67 ss. del TFUE), tenendo peraltro conto della generale riconduzione di tutti gli atti dell'Unione, quindi anche di quelli che sino a Lisbona erano definiti «decisioni» o «decisioni-quadro», nel novero degli atti dell'Unione indicati dal nuovo art. 288 del TFUE.

Sotto il profilo procedurale, la clausola relativa alla cooperazione giudiziaria predispone un meccanismo di monitoraggio analogo a quello relativo alla clausola per la salvaguardia del mercato interno. Alcuni spunti di riflessione ulteriori derivano però dal fatto che, almeno per quanto concerne gli atti in materia di cooperazione giudiziaria penale, l'art. 35 del TUE (cfr. n. 7) non contempla(va) lo stesso ruolo che la Commissione assume(va) nel contesto della procedura di controllo del rispetto degli obblighi comunitari prevista dall'art. 226 del TCE. In altri termini, tale dato conferisce a questa clausola un ulteriore elemento di peculiarità anche rispetto alla clausola sul mercato interno, attribuendo alla Commissione un potere di cui essa comunque non gode(va) «istituzionalmente» in base alle norme del TUE. Ovviamente, tale conclusione non è più attuale in considerazione delle diverse disposizioni del Trattato di Lisbona che rendono applicabile proprio al settore del riconoscimento di atti in materia di giustizia penale (cfr. art. 82 ss., del TFUE) le competenze generali della Corte di giustizia, anche in base alle nuove norme sulla Corte di quello stesso Trattato. Rimane che, nella nuova prospettiva derivante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la vigente clausola di salvaguardia dell'Atto di adesione di Romania e Bulgaria in materia di cooperazione di giustizia penale solleva le stesse questioni interpreta-

tive che discendono dall'applicazione della citata clausola di salvaguardia relativa al mercato interno.

Comune alle clausole menzionate è il fatto che esse sembrerebbero sottrarsi anche a quella tipologia di «sindacato» (qui inteso in senso ampio) in via interpretativa contemplato dall'art. 234 del TCE (ora art. 267 del TFUE). Questo dato, che rimane più un dubbio che una certezza, sembra essere coerente con la finalità generale sottesa a queste clausole, che è quella di lasciare l'operatività delle stesse in un ambito giuridico sostanzialmente *extra ordinem*, pur secondo un regime condiviso in quanto fissato in norme di rango primario. *Extra ordinem*, d'altro canto, è la previsione, contemplata anche nella clausola di salvaguardia relativa agli atti di cooperazione giudiziaria, secondo la quale la Commissione avrebbe potuto «invocare» tale clausola anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di adesione. Anche se non si arrivasse, comunque, ad una totale sottrazione delle clausole di cui si discute da un vaglio *almeno* in via interpretativa da parte della Corte di giustizia, ci si potrebbe fondatamente chiedere se quest'ultima, pur tramite lo strumento dell'esame in via pregiudiziale eventualmente attivato da un giudice di uno Stato membro, sarebbe disposta a riconoscere che quelle clausole andrebbero lette ed applicate anche alla luce dei criteri *sostanziali* sottesi alle ordinarie procedure di controllo comunitarie (cfr. articoli 226 o 230 del TCE), tenendo conto del quadro interpretativo sopra rapidamente illustrato.

## 2.2. *I rapporti tra Unione e Balcani «occidentali» nella prospettiva dell'allargamento*

Lasciando i due Paesi dei Balcani orientali – e sorvolando su questioni più specifiche relative ancora all'attuazione degli accordi di adesione, ad esempio in materia di possibili ostacoli alla circolazione dei cittadini dei nuovi Stati –, proseguendo lungo il cosiddetto «corridoio balcanico» arriviamo dunque almeno a gettare uno sguardo su alcuni profili problematici concernenti i rapporti tra l'Unione e i Paesi dei Balcani occidentali.

La novità del processo di stabilizzazione nei Balcani occidentali è data dall'individuazione di strumenti negoziali «dedicati», rappresentati dagli accordi di associazione, *disponibili per tutti i Paesi in quanto strumenti utili per l'instaurazione di relazioni più avanzate* e giuridicamente certe e che potranno assurgere a esempi di *successful stories* del processo di condizionalità applicato singolarmente a ciascun Paese. Tali accordi terranno comunque conto della *situazione peculiare e mutevole di ciascun Paese e saranno oggetto di una introduzione graduale nelle rela-*

zioni con l'Unione in funzione della capacità di ognuno di essi di assolvere gli obblighi contrattuali reciproci nonché del loro effettivo contributo alla cooperazione regionale<sup>16</sup>.

Nel 2000 il Consiglio europeo di Feira indicherà in maniera esplicita che gli strumenti posti in essere a livello dell'Unione europea nelle relazioni con i Balcani occidentali mirano all'obiettivo dell'integrazione di tali Paesi «nel contesto politico ed economico dell'Europa»<sup>17</sup>. In quella occasione il Consiglio ha conferito a tutti i Paesi dell'area la qualità di *potenziali candidati* all'adesione all'Unione. E qui rileva un chiaro dato di prevalenza di obiettivi politici sulla verifica in concreto del soddisfacimento delle condizioni richieste dal processo iniziato nel 1996/1997 (applicazione della condizionalità ai Paesi dei Balcani).

L'attribuzione formale ai Paesi dei Balcani occidentali di uno *status* che è tecnicamente inerente al contesto di regole che accompagnano l'allargamento dell'Unione (articoli 6 e 49 del TUE) implica che ad essi si dia la concreta possibilità di inserirsi in un processo dotato di una caratteristica particolare: l'irreversibilità. Si stabilisce in sostanza, seppure non espressamente, l'impossibilità di prevedere un arretramento delle relazioni quantomeno a una fase anteriore all'instaurazione della politica di condizionalità. Infatti, non rileva più solo se quelle condizioni siano in effetti soddisfatte o siano ancora da soddisfare, ma è importante l'attribuzione di uno *status* giuridico (quello di *potenziali candidati*) che serve a distinguere definitivamente i Paesi interessati da qualunque altro Stato terzo. Le condizioni indicate d'ora in poi serviranno a valutare il maggiore o minore stato d'avanzamento di ogni singolo Paese verso l'obiettivo – ora chiaramente identificato – dell'adesione, ma non po-

<sup>16</sup> V. conclusioni del CAGRE n. 2192 del 21/22 giugno 1999. Gli strumenti comunque sono diversi e non necessariamente applicati in modo contestuale, ed includeranno, oltre agli ASA, misure commerciali autonome ed altre relazioni economico-commerciali; assistenza economica e finanziaria, ad esempio tramite il piano d'azione PHARE e il programma OBNOVA, aiuti finanziari e sostegno alla bilancia dei pagamenti; assistenza al processo di democratizzazione e alla società civile; aiuti umanitari a profughi, rimpatriati e altre persone disagiate; cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni; sviluppo del dialogo politico. Ovviamente, il consolidamento di questa politica è in funzione dell'impegno che ciascun Paese compirà per avvalersi pienamente del sostegno offerto nonché dall'efficace combinazione dei vari strumenti sopra elencati

<sup>17</sup> Il termine rimane generico e di non facile distinzione rispetto a quello, forse giuridicamente più certo (in quanto avente una base giuridica chiara nel citato art. 310 del TCE), di associazione, mentre la stabilizzazione riguarda un contesto di obiettivi e misure più ampio ma allo stesso tempo ben consolidato. Così menzionata, la nozione di «integrazione» sembra peraltro riferirsi in modo particolare a un *processo di integrazione tra ordinamenti «nazionali»*, là dove il «contesto politico ed economico» dell'Europa potrebbe riguardare aspetti non esclusivamente attinenti all'ordinamento comunitario, ma più in generale al progressivo avvicinamento agli *standards* sanciti nella CEDU.

tranno mai implicare la possibilità di un'esclusione totale da tale obiettivo. Diviene così evidente come l'Unione intenda superare qualunque ipotesi di blocco delle relazioni (pericolo sempre attuale data la strutturale instabilità politica ed economica di quei Paesi) precisamente al fine di vincolare il quadro giuridico entro il quale le relazioni con lo Stato terzo interessato devono essere inserite<sup>18</sup>.

Della Agenda di Salonicco<sup>19</sup> – adottata a seguito della stipulazione dell'ASA con la Croazia, che ha chiesto nel frattempo l'adesione – occorre richiamare diversi aspetti. Il primo attiene all'applicazione ai Balcani occidentali dello strumento dei partenariati europei<sup>20</sup>, la cui rilevan-

<sup>18</sup> Il dilemma, cioè, tra «meglio dentro» o «meglio fuori» è in qualche modo risolto alla radice e il quadro dei soggetti che saranno coinvolti nel processo di adesione è sostanzialmente offerto. Ovviamente questo non assicura tempi e certezza del risultato, cioè la stipula degli accordi di stabilizzazione e associazione e, in prospettiva finale rispetto a tali accordi, l'adesione. In questo contesto, la Dichiarazione di Zagabria del novembre 2000 instaura un altro strumento finanziario dedicato specificamente al processo di stabilizzazione e che viene denominato CARDS (*Community Assistance for Reconstruction, Democratisation and Stabilisation*), che varrà a coprire almeno 6 anni di interventi comunitari sotto forma di sostegno istituzionale e strutturale per tutti i Paesi dei balcani occidentali mediante progetti di tipo tanto bilaterale quanto multilaterale, ossia rivolti a tutta la regione complessivamente considerata, anche al fine di promuovere, in questo modo, lo strumento della cooperazione regionale. A partire dal periodo di programmazione 2007-2013, lo strumento finanziario principale è rappresentato dall'*Instrument for pre-accession assistance*, IPA (cfr. regolamento (CE) n. 1085/2006 del Consiglio).

<sup>19</sup> V. *supra*, nota 15.

<sup>20</sup> Nelle sue conclusioni del dicembre 1997, il Consiglio lanciò la c.d. «strategia rafforzata di pre-adesione», nella quale furono inclusi i partenariati per l'adesione, così definiti «[...] 14. Il partenariato per l'adesione è un nuovo strumento che costituisce l'asse fondamentale della strategia rafforzata di preadesione, mobilitando in un quadro unico tutte le forme di assistenza ai paesi candidati dell'Europa centrale e orientale. 15. Questo quadro unico raggrupperà nei dettagli per ciascun candidato, da un lato, le priorità da seguire nel recepire l'*acquis* dell'Unione e, dall'altro, i mezzi finanziari, in particolare quelli del programma PHARE, disponibili a tal fine. In tale contesto, gli interventi finanziari sarebbero legati ai progressi dei paesi candidati e, più specificamente, al rispetto della programmazione del recepimento dell'*acquis*. 16. Il Consiglio deciderà all'unanimità in merito all'istituzione di un sistema di partenariati come elemento chiave della strategia di preadesione. Su questa base deciderà poi, a maggioranza qualificata e non oltre il 15 marzo 1998, su principi, priorità, obiettivi intermedi, adeguamenti significativi e condizioni contenuti in ogni singolo partenariato. *Ove mancasse in un paese candidato un elemento essenziale per la prosecuzione dell'aiuto alla preadesione, il Consiglio prenderà, secondo le stesse modalità, le misure appropriate*» [...] (corsivo nostro). Sebbene, dunque, si tratti di un quadro più avanzato rispetto a quello derivante dal coevo documento sulla condizionalità riferito ai paesi dei Balcani occidentali (v. le conclusioni del Consiglio dell'Unione *sull'applicazione della condizionalità al fine di sviluppare una coerente strategia dell'UE per le relazioni con i paesi della regione*, cit. *supra*, nota 11), si anticipa una prassi che verrà estesa anche a tali Paesi. In questa sede preme sottolineare gli aspetti di metodo che, previa imputazione di specifiche voci di finanziamento tramite strumenti normativi *ad hoc* concernenti i Paesi candidati, pongono ancora una volta

za è data dalla particolare capacità di penetrazione nell'ordinamento dello Stato *partner* che viene offerta alla Commissione europea per quanto concerne la verifica sia della conformità ai criteri generali della condizionalità politica (anche in termini di azione di *promozione* dei criteri democratici nello Stato terzo) sia dell'attuazione delle diverse priorità rispetto alle quali le disposizioni degli accordi rilevanti (*interim agreements* o ASA) e gli obblighi che da esse derivano rappresentano la cornice essenziale. Rileva inoltre la possibilità, indicata sempre nel documento di Salonicco, che i Paesi dei Balcani occidentali siano inclusi (anche come osservatori, oltre che mediante accordi bilaterali) in processi di adozione di atti di indirizzo, dichiarazioni o addirittura posizioni comuni PESC<sup>21</sup>. In stretta connessione a ciò rileva un particolare accenno al capitolo dell'agenda dedicato alla riconciliazione interna e alla cooperazione regionale<sup>22</sup>.

la Commissione europea in prima linea nella verifica del rispetto di quegli *standards* ritenuti *condizione* del mantenimento delle misure di sostegno previste: v. il regolamento (CE) n. 622, in *G.U.C.E.* 20 marzo 1998 *L* 85, fonte «generale» che ha istituito lo strumento dei partenariati per i Paesi candidati e aderenti, da confrontare con il regolamento (CE) n. 53, in *G.U.U.E.* 24 marzo 2004 *L* 86, istitutivo dello strumento analogo applicato ai Paesi sottoposti al c.d. *PAS* (Processo di Stabilizzazione e Associazione, v. *supra*, nota 12). Importante notare che, in effetti, le decisioni «individuali» relative a ciascun Paese interessato e che certificano lo «stato d'avanzamento» dell'ordinamento interno verso i parametri comunitari indicano chiaramente, alla voce «monitoraggio», che «l'attuazione del partenariato europeo è monitorata tramite i meccanismi istituiti nell'ambito del processo di stabilizzazione e di associazione, segnatamente le relazioni annuali presentate dalla Commissione delle Comunità europee». La base giuridica del regolamento n. 533/2004 è l'art. 181A del TCE, «nuova» disposizione introdotta dal Trattato di Nizza e volta a integrare in particolare la più generica politica di cooperazione allo sviluppo prevista dal precedente art. 177 del TCE, in quanto non idonea a coprire specifici aspetti di cooperazione a contenuto più tipicamente economico-finanziario.

<sup>21</sup> Elemento direi rilevante che apre la strada verso una sostanziale modifica di approccio delle politiche estere dei Paesi dei Balcani occidentali, che devono quindi manifestarsi come politiche quanto più *EU oriented*, di modo che venga anticipato il rispetto del successivo obbligo di adeguarsi a tutti gli atti di politica estera dell'Unione, in conformità con il su accennato obbligo di adeguamento all'*acquis* comunitario individuato sin da Copenaghen 1993 per i Paesi richiedenti l'adesione (*acquis* cui attengono sicuramente gli atti di diritto derivato PESC, compresi gli accordi *ex art.* 24 del TUE).

<sup>22</sup> All'obiettivo della riconciliazione sono rivolte le riforme da intraprendere nelle politiche di accoglimento e riammissione di sfollati e rifugiati, cui consegue la necessità non solo di evitare misure discriminatorie sulla base della nazionalità o dell'appartenza etnica, ma soprattutto di reinserire nel tessuto sociale e politico dello Stato i soggetti sottoposti alla specifica tutela. Il «reinserimento» sembra idealmente riconducibile al rispetto dell'art. 12 del TCE in tema di divieto di discriminazioni in base alla nazionalità mentre, per il più generale divieto di discriminazioni in base all'origine etnica, rileva l'art. 13 del TCE, cfr. art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. I nodi della crisi nell'ex-Repubblica federale riguardavano, come in parte tuttora riguardano, la tutela delle minoranze presenti nelle nuove entità statali, con ricadute evidenti su questioni territoriali che

In questo contesto assumono quindi particolare importanza quegli aspetti di cooperazione regionale nei settori giudiziario e di polizia nonché concernenti la libera circolazione delle persone, realizzati mediante stipulazione di accordi bilaterali in materia di visti e controlli alle frontiere (risultando evidentemente propedeutico a tali settori l'altro ambito di cooperazione regionale relativo alla cooperazione in campo commerciale, nel frattempo attuata anche mediante adesione dei Paesi dell'area balcanica all'accordo di libero scambio dell'Europa centro-orientale, c.d. CEFTA). In complesso, la cooperazione regionale è certamente un elemento di forte caratterizzazione del processo di allargamento ai Balcani, atteggiandosi come vera e propria *quarta* condizione rispetto alle tre imposte dal Consiglio di Copenaghen 1993<sup>23</sup>.

il crollo della federazione aveva portato alla luce in tutta la loro complessità. Al riguardo rilevano i lavori della Commissione di arbitrato istituita il 26 agosto 1991 nell'ambito della Conferenza per la pace in Jugoslavia, v. in particolare il parere in cui si riconosce come internazionalmente garantito il diritto in virtù del quale ciascun essere umano può rivendicare la propria appartenenza ad una comunità etnica, religiosa o linguistica (cfr. i pareri pubblicati in *Int. Legal Materials*, 1992, p. 1494 ss. e 1993, p. 1586 ss.; in dottrina TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001; LA ROSA, *Evoluzione e prospettive della protezione delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo*, Milano, 2006; HOFFMEISTER, *The contribution of EU Practice to International Law*, in *Developments in EU External Relations Law* (a cura di Cremona), Oxford, 2008, pp. 74 e 75). Questioni non dissimili saranno affrontate anche nel contesto dell'allargamento dell'Unione ai dodici nuovi Stati membri, (v., *ex multis*, FROWEIN, BERNITZ, Lord KINGSLAND, *Parere giuridico relativo ai decreti Beney e all'adesione della Repubblica ceca all'Unione europea*, Documento di lavoro della Direzione per la ricerca del Parlamento europeo, n. 10-2002 e cfr. l'accenno a tali fonti in RIZZO, *L'allargamento ad est dell'Unione europea. Problematiche del trattato di adesione*, cit.). Si ricordi come l'art. 14 della CEDU, relativo al divieto di discriminazioni, abbia notoriamente ambito applicativo diverso rispetto alle disposizioni del TCE, in particolare all'art. 12 di tale Trattato (relativo al divieto di discriminazioni in base alla nazionalità) per il riconosciuto carattere di specialità dell'ordinamento creato da quest'ultimo (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Regno del Belgio*, ricorso n. 12313/86, punto 49). La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al suo art. 21, n. 2 ha situato il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità in un ambito autonomo. L'approccio comunitario, infatti, mira principalmente a far rispettare alcuni obblighi specifici che, tanto per gli Stati membri attuali quanto per quelli che aspirino a divenire tali, derivano dalle norme dei Trattati CE e UE e sono quindi da collocare in un contesto giuridico «funzionale» agli obiettivi sanciti nei Trattati istitutivi medesimi (sul punto v., *ex multis*, Corte di giustizia, sent. 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Procedimento penale a carico di Horst Otto Bickel e Ulrich Franz*, in *Raccolta*, 1998, p. I-7637).

<sup>23</sup> Tali aspetti sono a propria volta funzione del progressivo inserimento di alcuni dei nuovi Paesi membri dell'Unione, segnatamente Bulgaria e Romania, nell'*acquis* di Schengen. D'altronde, una progressiva armonizzazione delle legislazioni interne di tutti i paesi dell'area balcanica (orientale e occidentale) proprio in materia di controlli alle frontiere e giustizia penale, anche tramite l'intensificarsi di relazioni mediante «reti» di accordi bilaterali (e l'inserimento definitivo di Bulgaria e Romania nel sistema di coopera-

Nel Documento di strategia del 2005 sull'ampliamento la Commissione rileva un miglioramento della situazione, ma si sottolinea che devono ancora essere risolti problemi tutt'altro che trascurabili<sup>24</sup>. A parte tali considerazioni, più o meno tuttora valide, si ribadisce una strategia di adesione che implica la prospettiva, offerta a tutti i Paesi dei Balcani occidentali, di aderire all'UE, previo adempimento delle condizioni necessarie, da una parte, ed assunzione di impegno a *garantire* l'adesione, dall'altra parte. Si tratta quindi, *prima facie*, dell'assunzione di un impegno *reciproco*, precisandosi però che tutti i Paesi suddetti, trovandosi a stadi diversi del cammino verso i parametri UE, potranno realizzare la loro prospettiva europea solo attenendosi ad una precisa «tabella di marcia»: ciò che lascia emergere, ancora una volta, il carattere *ibrido* del

zione del terzo pilastro UE sarebbe a questo punto un passo decisivo a tal riguardo), è evidentemente strumentale alla maggiore efficacia di tali controlli lungo il c.d. «corridoio balcanico». Esattamente in questa direzione si indirizzano gli accordi di facilitazione dei visti, promossi dall'Unione con (e tra) tutti i Paesi dei Balcani occidentali e ormai entrati in vigore dal gennaio 2008. D'altro canto tali accordi erano stati fortemente richiesti da cittadini e governi locali e sottoposti, proprio nell'agenda di Salonicco, alla condizione che nell'intera area fossero raggiunti i più volte sopra accennati *standards* relativi allo Stato di diritto, particolarmente relativi all'adeguamento dei sistemi di polizia e di giustizia penale in materia di lotta alla criminalità organizzata, alla corruzione e all'immigrazione illegale, v., su questo specifico aspetto, RIZZO, *Elementi di approfondimento e sviluppo*, cit.

<sup>24</sup> V. COM(2005)561. Un problema «orizzontale», che coinvolge i Paesi dell'area nei settori della pubblica amministrazione, della giustizia e della gestione dell'ordine pubblico, riguarda ancora l'insufficiente livello di indipendenza dall'ingerenza politica in tali ambiti nonché la strutturale carenza di risorse umane ed economiche, mentre si raccomanda anche l'assunzione di personale proveniente da diverse minoranze sia nell'amministrazione pubblica che nella magistratura. L'adeguamento di tali Paesi, ma non tutti, alla decisione del Consiglio sul congelamento dei capitali delle persone fisiche incriminate dal TPI (decisione 2004/767/PESC del Consiglio che applica la posizione comune 2004/694/PESC) è funzione dell'inclusione dei Paesi coinvolti nel PAS nel quadro giuridico della PESC. Ancora, si ribadisce la centralità e peculiarità della cooperazione regionale ai fini di un'ulteriore stabilizzazione e riconciliazione e perché indicativa della capacità di un paese di gestire relazioni più approfondite con l'UE. Nel settore economico l'applicazione dei diritti di proprietà e dei contratti è vista ancora come problematica. Si parla al riguardo di prevalenza ancora del settore informale, ossia dell'economia sommersa che implica un evidente *dumping* di tutela della concorrenza e dei consumatori. Infatti, uno degli obiettivi primari individuati negli ASA e negli *interim agreements* è quello dello sviluppo dei regimi di *market surveillance* nel settore della produzione industriale e di salvaguardia della sicurezza alimentare (*food safety*), nel settore dei prodotti agricoli. Si sottolinea però come la liberalizzazione del commercio sia progredita essenzialmente grazie al completamento di una rete regionale di accordi di libero scambio. Per avere delle economie di mercato funzionanti, si prevede quindi che i Paesi debbano promuovere una maggiore stabilizzazione macroeconomica e portare avanti le riforme strutturali, comprese liberalizzazione e privatizzazione. Questo processo richiede quadri normativi adeguati e strutture efficaci di *governance* societaria.

processo di allargamento come disciplinato dell'art. 49 del TUE, che non struttura i Trattati istitutivi come un'ipotesi di classico trattato multilaterale «aperto», ma consente alle istituzioni comunitarie un ampio margine di valutazione riguardo al soddisfacimento delle condizioni richiamate all'art. 49 del TUE<sup>25</sup>.

In tempi recenti, è proprio la citata «quarta condizione», relativa all'instaurazione di una effettiva cooperazione regionale tra i Paesi dei Balcani occidentali, ad aver ricevuto ulteriore impulso mediante alcuni strumenti di carattere istituzionale. Spicca fra questi, ma soprattutto per la sua recentissima instaurazione, il *Regional Cooperation Council* (RCC) che nelle premesse eredita le finalità già assunte dal Patto di Stabilità per l'Europa sud-orientale (c.d. *Stability Pact*)<sup>26</sup>. Possono automaticamente far parte del RCC i Paesi che sono già membri del Processo di Cooperazione dell'Europa Sudorientale (*Southeast European Cooperation Process*, SEECP)<sup>27</sup>, stru-

<sup>25</sup> Cfr. per queste considerazioni RIZZO, *Elementi di approfondimento e sviluppo*, cit.

<sup>26</sup> L'iniziativa di tale strumento convenzionale risale alla decisione 93/728/PESC del Consiglio del 20 dicembre 1993 relativa all'azione comune adottata dal Consiglio in base all'articolo J.3 del trattato sull'Unione europea concernente la conferenza di avvio del patto di stabilità in *G.U.C.E.* 31 dicembre 1993 L 339. Il Patto di stabilità è uno strumento convenzionale (da distinguere nettamente dal Processo di stabilizzazione e associazione), formalizzato il 10 giugno 1999 dai ministri degli esteri *degli Stati membri* dell'Unione europea nonché dalle altre istituzioni politiche (più la BEI e la BERS) dell'Unione stessa e da diversi organismi internazionali, compresi Consiglio d'Europa, OSCE, OCSE e ONU (cfr. posizione comune 1999/345/PESC del 17 maggio 1999, adottata dal Consiglio in base all'articolo 15 del trattato sull'Unione europea concernente il patto di stabilità per l'Europa sudorientale in *G.U.C.E.* 28 maggio 1999 L 133. Successivamente, v. regolamento (CE) n. 1080/2000 del Consiglio del 22 maggio 2000 relativo al sostegno alla missione *ad interim* delle Nazioni Unite per il Kosovo (MINUK), all'Ufficio dell'alto rappresentante (OHR) in Bosnia-Erzegovina e al Patto di stabilità per l'Europa sudorientale (c.d. PS) (in *G.U.C.E.* 24 maggio 2000 L 122, p. 27). A rimarcare un fenomeno di «ibridazione» tra strumenti di secondo e primo pilastro, vale la pena rilevare come tale fonte, originariamente basata sulla clausola di flessibilità di cui all'art. 308, *ex* 235, del TCE, all'art. 1 *bis* introdotto dal successivo regolamento (CE) n. 2098/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 (fonte, quest'ultima, significativamente basata, diversamente da quella oggetto di modifica, sull'art. 181A del TCE, in *G.U.U.E.* 29 novembre 2003 L 316) contenga anche il meccanismo di nomina del Coordinatore speciale per il Patto di stabilità.

<sup>27</sup> La peculiarità di tale iniziativa riguarda il fatto che essa nasce su impulso dei soli Paesi dell'Europa sud-orientale, diversamente da quanto rilevabile in iniziative analoghe come il citato Patto di stabilità (nato su proposta dell'Unione europea) o come l'Iniziativa per la cooperazione nell'Europa sud-orientale (c.d. SECI, *Southeast European Cooperative Initiative*, nata su proposta degli Stati Uniti e inquadrata negli obiettivi OSCE). Vale la pena segnalare che membri del SEECP sono anche gli attuali Paesi dei Balcani orientali (Bulgaria e Romania, fuori dal processo di stabilizzazione e associazione a motivo dell'avvenuta adesione all'UE) e la Turchia, Paese candidato all'adesione all'UE insieme alla Croazia e alla Macedonia.

mento con maggiori ambizioni di coordinamento politico<sup>28</sup>.

Rimane da rilevare che il concetto di «*regional cooperation*» è chiaramente strumentale al progetto, più avanzato, di integrazione economica, giuridica e istituzionale. Ma, se quest'ultima costituisce in genere l'obiettivo precipuo degli accordi bilaterali con la Comunità europea (in particolare, i sopra citati *interim* e *association agreements*), la cooperazione in quanto tale sembra destinata ad essere rivolta principalmente a settori sensibili come la giustizia penale e la circolazione delle persone *tout court* (cioè non riferita solamente a lavoratori dipendenti o autonomi<sup>29</sup>). Per il primo aspetto, rileva il raggiungimento dell'obiettivo della

<sup>28</sup> Ciò che invece evidenzia la centralità data, mediante l'RCC, agli obiettivi di cooperazione regionale in senso conforme agli obiettivi fissati a Salonicco deriva da un aspetto procedurale concernente la circostanza per cui le sessioni annuali del RCC si tengono proprio in concomitanza con quelle del SEECP: tanto è vero che le sessioni del RCC sono presiedute dal Segretario Generale e dal Ministro degli Esteri della c.d. «*Chairmanship in Office*» del SEECP. Peraltro, sono autorizzati a partecipare alle sessioni del RCC non i vertici dei Paesi membri – in particolare, ovviamente, di quelli direttamente interessati, poiché l'RCC raduna anche Stati non europei, oltre a diversi organismi internazionali e sovranazionali tra cui la Trojka dell'Unione, cioè una delegazione di quest'ultima composta dalla presidenza di turno, da un rappresentante della Commissione europea e da uno del Segretariato del Consiglio –, ma anche e soprattutto funzionari pubblici, certamente di livello dirigenziale, delle amministrazioni nazionali: ciò che dimostra la finalità intima di questa iniziativa, fortemente connessa alla dimensione «operativa» della cooperazione regionale che guarda alla soluzione il più possibile effettiva e pratica delle questioni emergenti dalle relazioni tra i Paesi interessati. La fiducia che gli ambienti comunitari ripongono nel processo di cooperazione regionale emerge dalla circostanza per cui la stessa Commissione europea è finanziatrice per un terzo del bilancio necessario al funzionamento del Segretariato del RCC. La Commissione giustifica questa sua partecipazione diretta alle attività dell'RCC non solo in quanto tale strumento istituzionale consente ai Paesi interessati di indirizzare la propria azione verso la soluzione di problemi di volta in volta emergenti nelle relazioni reciproche, ma anche in quanto tramite esso la Commissione è in grado di recepire con immediatezza le esigenze di dimensione nazionale e transnazionale alle quali rispondere predisponendo i propri strumenti di intervento finanziari e politici. Da notarsi che l'RCC si situa in un contesto di strumenti tanto preesistenti (i già citati Patto di stabilità e SEECP nonché, sul versante economico e commerciale, il CEFTA, in seno al quale si registra la conclusione di accordi nel settore della definizione di requisiti tecnici dei prodotti) quanto di più recente ideazione: tra questi, particolare rilevanza assume la creazione di una Scuola Regionale di pubblica amministrazione (ReSPA), le cui finalità formative sembrano combinarsi idealmente con le funzioni del RCC.

<sup>29</sup> Nell'ambito da ultimo citato, il progresso raggiunto dalla legislazione comunitaria – in particolare tramite adozione della direttiva 2004/38 – è confermato anche dal tenore degli stessi ASA e in generale dalla politica di associazione che proprio in materia di diritti di circolazione estende le garanzie di rango comunitario ai cittadini dei paesi associati. Per quanto riguarda il c.d. *acquis* Schengen, concernente il tema dei controlli alle frontiere interne, occorre ricordare che la c.d. *ventilazione* dello stesso nelle disposizioni dei Trattati istitutivi ha lasciato emergere tanto profili di competenza comunitaria quanto profili riconducibili alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari in-

cattura dei criminali di guerra, mentre, per il secondo aspetto, rileva la realizzazione del sistema di facilitazione dei visti e riammissione di cittadini nazionali presenti su territori esteri, comunitari e non. Settori già segnalati, posti in rilievo dall'Agenda di Salonicco e rispetto ai quali emerge il carattere funzionale dell'attuazione delle libertà «economiche» quale principale obiettivo degli accordi *comunitari*.

La Commissione, tuttavia, sottolinea che anche il processo di cooperazione regionale rischia di andare incontro ad un destino incerto se al suo interno non sia contemplata la piena partecipazione del Kosovo, soggetto ancora sostanzialmente escluso dalla componente economica e commerciale del modello di cooperazione adottato dal CEFTA<sup>30</sup>.

terni (c.d. «terzo pilastro», cooperazione di polizia e giudiziaria nel settore penale), dove notoriamente le decisioni sono adottate all'unanimità in Consiglio. La materia dei controlli alle frontiere esterne rileva della competenza chiaramente ripartita tra Stati membri e Comunità, e ciò sia per espresse disposizioni di rango primario (cfr. il Protocollo n. 31 annesso al TCE sulle relazioni esterne degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne, relativo alla disposizione dell'art. 61, n. 2, lett. a), del TCE in materia di immigrazione), sia per consolidata interpretazione giurisprudenziale (cfr. il parere 1/94, cit.). Il Trattato di Lisbona offre impulso al citato pilastro della cooperazione nei settori di polizia e giustizia penale e, al titolo V del TFUE, fissa la procedura legislativa ordinaria (corrispondente all'attuale procedura in co-decisione) quale regola per l'adozione dei relativi atti (cfr. art. 82 del TFUE), mentre la norma dell'art. 276 del TFUE, stabilendo l'incompetenza della Corte di giustizia su atti nazionali di polizia o per il mantenimento di ordine pubblico e sicurezza interni, conferma il generale potere cognitivo della Corte stessa sulla legittimità dei menzionati atti comunitari (cfr. art. 263 del TFUE). La competenza decisionale e giurisdizionale così conferita all'Unione in tema di cooperazione giudiziaria e di polizia nel settore penale dovrebbe configurare anche una competenza, quantomeno concorrente, dell'Unione stessa a concludere accordi con Stati terzi in tale materia, almeno stando alla disposizione generale dell'art. 218 del TFUE che alla lett. a), v, stabilisce un chiaro parallelismo tra adozione di atti interni secondo la procedura legislativa ordinaria (cfr. citato art. 82 del TFUE) e conclusione di accordi internazionali previa «approvazione» (parere vincolante) del Parlamento.

<sup>30</sup> Le relazioni UE/Kosovo, anche successivamente alla proclamazione di indipendenza del giugno 2008, confermano lo sforzo a favore di una soluzione pacifica e possibilmente duratura della crisi. Ciò avviene essenzialmente mediante impiego degli strumenti politico-diplomatici che rilevano innanzitutto nell'ambito PESC e PESD: v. il ruolo assunto dal Rappresentante speciale UE (c.d. RSUE) anche in qualità di *Rappresentante della comunità internazionale* (RCI) in base all'azione comune 2006/623/PESC del Consiglio del 15 settembre 2006 relativa all'istituzione di un gruppo dell'UE incaricato di contribuire ai preparativi per l'istituzione di una possibile missione civile internazionale in Kosovo. Gli strumenti giuridico-finanziari, invece, sono sempre riferiti al complesso di fonti di derivazione *tipicamente* comunitaria (v. *supra*, il richiamo al programma IPA e il riferimento alla prassi dei partenariati europei). In particolare gli strumenti di rango comunitario hanno ottenuto un chiaro *endorsement* istituzionale mediante decisione 2008/213/CE del Consiglio del 18 febbraio 2008 relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con la Serbia incluso il Kosovo quale definito dalla Risoluzione 1244 del Consiglio di sicurezza O.N.U. del 10 giugno 1999 e che abroga la decisione 2006/56/CE (in *G.U.U.E.* 19 marzo 2008 *L* 80, p. 46). Importante

D'altronde, nella prospettiva indicata del transito dalla cooperazione all'integrazione (e nella tradizionale impostazione *funzionalista* dell'ordinamento comunitario), il riconoscimento del Kosovo, se non come Stato sovrano, almeno quale effettivo *partner* regionale è il passaggio obbligato verso la soluzione di una tensione interna che, in diversi ambiti della vita sociale ed economica di quei Paesi nonché nelle reciproche relazioni bilaterali e multilaterali, si manifesta proprio, ed ancora oggi, tramite l'adozione di politiche e comportamenti discriminatori nei confronti di minoranze linguistiche, etniche e religiose<sup>31</sup>.

### 3. Conclusioni

E vediamo, conclusivamente, come, alla luce del quadro sin qui succintamente delineato, emergano i differenti «fattori di rischio» che la situazione balcanica sembra ancora condurre con sé. Partendo infatti dal tema delle «asimmetrie» nei trattamenti tra Stati, esemplificato dalle norme degli accordi di adesione che prevedono clausole *extra ordinem* e

segnalare, quale «valore aggiunto» dell'azione comunitaria nel Kosovo, l'istituzione del cd. *Liasion office* della Commissione europea, appositamente creato per seguire *in loco* l'attuazione degli interventi *comunitari* congegnati tramite i citati strumenti giuridici e finanziari.

<sup>31</sup> Il recente *Strategy paper* della Commissione del 14 ottobre 2009 (COM(2009)533def.), che riproduce il quadro sopra riassunto, punta il dito tanto sul permanere di una corruzione ancora diffusa nell'area quanto sulla scarsa integrazione di e tra minoranze, soprattutto per quanto riguarda l'accesso alle pubbliche amministrazioni e ai settori produttivi nazionali. Sul tema delle discriminazioni, oltre all'art. 12 del TCE, la presenza dell'art. 13 del TCE consente un'estensione a qualsiasi ambito di diritto comunitario del principio egualitario (inteso tanto come divieto di atti contrari allo stesso quanto come adozione di strumenti *positivi* per la realizzazione dello stesso). Nell'ottica del c.d. *mainstreaming* (sul quale v. di recente BELL, *Racism and Equality in the European Union*, Oxford, 2008, p. 55 ss.), che appunto prevede l'assunzione del principio di eguaglianza quale limite e obiettivo di ogni settore di attività istituzionale comunitaria (comprese, quindi, le relazioni esterne), rileva la recente formulazione dell'art. 10 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione. Ai sensi di tale norma, che «costituzionalizza» e rafforza nel senso indicato l'attuale disposto tanto dell'art. 3, n. 2, quanto dell'art. 13 del TCE, «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Questa formulazione e l'inserimento della norma che la contiene tra le disposizioni di applicazione generale del TFUE conferiscono alla stessa rango superiore a quello riconosciuto alle successive norme del TFUE attributive di competenze settoriali *all'Unione*, cioè a quel soggetto che unitariamente, se il Trattato di Lisbona entrerà in vigore, potrà assumere impegni internazionali. Ad avviso di chi scrive, l'indicato effetto del citato art. 10 del TFUE andrà esteso a quelle decisioni che l'Unione adotta con metodo «intergovernativo» per la realizzazione della cooperazione politica e di sicurezza.

dal diversificato trattamento riservato ai Paesi dei Balcani occidentali a seconda del diverso *status* loro attribuito da atti prevalentemente di indirizzo (conclusioni dei Consigli europei), si arriva inevitabilmente a valutare se analogamente esistano delle asimmetrie per quanto riguarda i trattamenti riservati agli «amministrati». Possiamo ritenere questa questione in parte affrontata insieme al tema della portata delle disposizioni dei trattati di adesione contenenti le citate clausole di salvaguardia, almeno là dove il riferimento, in quella sede, alla possibilità di esaminare quelle stesse clausole tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale implica un confronto tra le prime e le posizioni giuridiche individuali eventualmente lese e, pertanto, portate alla cognizione di una giurisdizione nazionale.

Venendo al tema degli accordi di associazione (ASA, nel caso dei Paesi dei Balcani occidentali) occorre ribadire che essi, in quanto strumenti che sono in grado di creare un «legame particolare» tra il Paese interessato e la Comunità, possono altresì contenere norme direttamente efficaci invocabili dai privati (v. sentenza della Corte di giustizia del 1987, *Demirel*) oppure creare obblighi precisi e incondizionati (v. sentenza della Corte del 1994, *Anastasiou Pissouri*)<sup>32</sup>. Ora, questo tipo di impostazione va correttamente inserita nel contesto specifico delle relazioni tra Comunità e Stato associato, potendosi innanzitutto rilevare che, sebbene l'accordo di associazione crei un assetto istituzionale particolare, certamente non inserisce lo Stato interessato nel quadro istituzionale comunitario. A questo proposito rileva come ciò non abbia comunque trattenuto la Corte dall'interpretare norme di accordi di associazione – ma anche decisioni del Consiglio di associazione – nel senso di riconoscere che esse potessero (o possano) esplicare effetti analoghi, se non identici, a quelli di corrispondenti norme dei Trattati (v. ad es. nel settore della libera circolazione dei lavoratori, anche in casi recenti relativi agli accordi con alcuni nuovi Stati membri, prima della definitiva adesione di questi ultimi all'Unione). Si tratta, come sopra ricordato, di casi concernenti cittadini dei Paesi associati che intendano o abbiano inteso esercitare, nel territorio comunitario, un diritto loro attribuito dall'accordo di associazione, e dai quali si può concludere che, seppure a determinate condizioni correlate alla natura intrinseca delle norme di tali accordi, queste ultime possono trovare applicazione immediata nell'ordinamento comunitario.

<sup>32</sup> Ovviamente, tale interpretazione non è che un corollario, nell'ambito specifico delle relazioni instaurate con Paesi terzi dalla Comunità tramite accordi di associazione, dei criteri di supremazia e efficacia diretta del diritto comunitario sviluppati dalla Corte di giustizia sin dalla giurisprudenza *Van Gend en Loos* e *Costa contro ENEL*. Cfr. *supra*, nota 8.

La premessa, nell'ottica del Paese associato, è invece specularmente opposta, e coincide con l'affermazione di principio secondo il quale il rispetto dell'obbligo di applicare il diritto comunitario incombente su tale Stato, non facente parte dell'ordinamento comunitario, può essere accertato *solo* alla luce delle regole di diritto internazionale dei trattati oppure seguendo le regole nazionali concernenti le relazioni tra ordinamento interno e diritto internazionale e/o comunitario. In particolare, da questo secondo punto di vista, l'esperienza con i Paesi dell'Europa centro orientale e con quelli dei Balcani occidentali ha consentito di rilevare un rapporto certamente formalistico, che noi chiameremmo dualista (anche se, almeno in certi casi, a prima vista potrebbe sembrare il contrario), tra fonti nazionali e fonti «esterne». D'altro canto, l'impossibilità che nello Stato associato – diversamente, come detto, da quanto avviene negli Stati membri – si rendano applicabili gli strumenti propri dell'ordinamento comunitario, *massime* il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE per l'interpretazione anche delle norme dell'accordo di associazione e delle decisioni del Consiglio d'associazione, rafforza l'esigenza che gli ordinamenti nazionali dei Paesi comunque sottoposti al *processo* di adesione garantiscano per quanto possibile un'interpretazione delle fonti citate che sia in linea con gli obiettivi ad esse sottesi<sup>33</sup>.

Il quadro sopra solo accennato vale a porre in luce i profili problematici – e, direi, tipicamente *asimmetrici* – derivanti dalla ratifica di un

<sup>33</sup> Su questi temi, i progetti CARDS e IPA mirano, tra l'altro, alla formazione della magistratura e della funzione pubblica di quei paesi nell'ottica dell'adeguamento *anche* agli indirizzi giurisprudenziali della Corte UE (cfr. il progetto *Strengthening the Ministry of European Integration*, c.d. SMEI 2006-2009, di assistenza tecnica al Ministero dell'Integrazione europea albanese, cui il sottoscritto ha partecipato in qualità di Senior Legal Expert e, in dottrina, v. *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of New EU Member States and (Pre-) Candidate Countries, Hopes and Fears* (a cura di Kellermann), The Hague, 2006; v. anche le osservazioni svolte *supra*, nota 13). Un approccio formalistico è dimostrato anche dalla giurisprudenza costituzionale di questi Paesi. La Corte costituzionale croata ha ad esempio ritenuto applicabile il principio dell'equo processo nell'ordinamento croato solo a seguito della riforma costituzionale che ha provveduto a riprodurre nella Costituzione tale principio successivamente all'adesione della Croazia alla CEDU. Quindi, stando all'interpretazione della Corte costituzionale, tale principio – in assenza di un'inclusione dello stesso nella Carta fondamentale croata e sebbene esso fosse ricavabile anche da un'altra norma della Costituzione croata del '90 –, sarebbe potuto rimanere avulso dal sistema di valori costituzionali propri dell'ordinamento croato (v. le decisioni della Corte costituzionale croata, n. U-III A/2933/2002 e n. U-III A/2303/2003). Da tale considerazione ne deriva un'altra, e cioè che i giudici croati non possono applicare fonti non nazionali *autonomamente*, cioè senza il filtro del vaglio di costituzionalità di tipo accentrato assunto dalla Corte costituzionale, il che certamente fa prevedere difficoltà da parte dei giudici croati a fare ricorso all'interpretazione data a questo problema dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso *Simmenthal*.

accordo di associazione da parte di uno Stato terzo. In buona sintesi, e torno così alla premessa del mio intervento, la ratifica di un accordo simile di per sé non implica necessariamente approssimazione (letteralmente dall'inglese *approximation*) maggiore o più probabile dello Stato terzo al modello di Stato membro ormai venutosi chiaramente ad affermare nel corso di cinquant'anni di appartenenza dei Paesi fondatori alla Comunità europea (con tutte le difficoltà ben note che l'Italia stessa ha riscontrato durante questo periodo).

In tal senso, l'unica prospettiva seria e concreta che possa garantire il superamento delle troppe discrasie giuridiche esistenti è quella di un'adesione di tutti i Paesi dell'area balcanica (esclusi ovviamente quelli che ne sono già membri) all'Unione europea: ciò dovrebbe avvenire possibilmente in tempi, se non rapidi, almeno idonei a prefigurare la chiusura di un processo d'allargamento che, tautologicamente, rischia di perdere la sua funzione (e la sua identità) proprio per l'inutile, quanto inesorabile, scorrere del tempo.

## INTERVENTO CONCLUSIVO

Paolo MENGOZZI\*

Grazie Presidente di avermi dato la parola. Sono lieto di essere intervenuto a questo Convegno SIDI perché ho sentito interventi molto interessanti; esco da qui con la sensazione di conoscere meglio i problemi che riguardano i rapporti tra la Comunità e i Paesi dell'area del Mediterraneo, problemi che sono già stati affrontati dalla Corte di giustizia e che certamente sono destinati a essere nuovamente sottoposti alla sua attenzione. Sicuramente porto con me l'avvertimento della necessità di coltivare un rapporto con i Paesi del Mediterraneo che sia scaricato di eurocentrismo e che sia improntato ad un'idea di rispetto di quelli che sono gli ideali di democrazia e di diritti umani intesi in uno spirito interculturale e di comprensione reciproca.

C'è stato un intreccio tra le relazioni di stamattina e quelle di oggi pomeriggio. Nel loro insieme esse ci hanno fatto capire che, al di là di un'applicazione di principi comuni, c'è un problema di coesistenza tra diversi tipi di cultura e di civiltà. Come faceva ben presente il Presidente Pocar, gli strumenti internazionali sono molteplici: non ci sono soltanto gli strumenti elaborati nel contesto delle Nazioni Unite ma anche quelli espressi dalle organizzazioni regionali e si tratta di conciliare la sensibilità che ispira i primi con quella che ispira i secondi. Il funzionamento dell'Unione per il Mediterraneo potrà aiutare tale conciliazione.

Essa richiederà uno sforzo da parte dei Paesi della sponda nord del Mediterraneo per avviare nei Paesi dell'altra sponda programmi di formazione professionale e di cooperazione economica che li aiutino a superare, come ad esempio il Marocco sta già facendo, l'imperialismo ideologico discendente dal carattere fortemente legato a principi religiosi,

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università di Bologna. Avvocato generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

che la bella relazione sui conflitti di legge nel Mediterraneo presentata dalla Professoressa Carella ha mostrato caratterizzare il loro diritto e la loro prassi: uno sforzo che deve essere compiuto nello spirito di accordi euromediterranei quali quelli che la Comunità europea ha concluso con la Tunisia e il Marocco e che hanno come obiettivo, tra l'altro, di incrementare la crescita di questi Paesi e di favorire l'assistenza interregionale.

Mi permetto solo di accennare che, alla realizzazione di un tale impegno della Comunità, la Corte di giustizia ha recentemente dato il suo contributo con due pronunce con le quali ha tutelato i diritti di cittadini di quei Paesi.

La prima pronuncia, adottata il 14 dicembre 2006, ha riguardato un cittadino tunisino, Mohamed Gattoussi, che, sposato con una cittadina tedesca, aveva ottenuto un titolo di soggiorno della validità di tre anni in un comune tedesco e un permesso di lavoro a tempo indeterminato. Dopo essere stato informato della separazione dei coniugi Gattoussi, il sindaco di quel comune ha drasticamente ridotto la durata di validità dell'autorizzazione di soggiorno e ha ingiunto al sig. Gattoussi di lasciare immediatamente il territorio tedesco a pena di espulsione verso la Tunisia. A fondamento del suo provvedimento il sindaco ha invocato, da un lato, che la giustificazione iniziale del titolo di soggiorno concessogli non sussisteva più, in quanto egli si era separato dalla moglie e, dall'altro, che secondo l'ordinamento tedesco il permesso di lavoro a tempo indeterminato non conferirebbe alcun diritto al proseguimento di un'attività di lavoro dipendente, nonché alla proroga del soggiorno.

A seguito di un ricorso del sig. Gattoussi ai giudici tedeschi in cui ha indicato le difficoltà determinategli dal provvedimento preso nei suoi confronti, questi ultimi hanno chiesto alla Corte di giustizia di esprimersi sulla compatibilità degli argomenti invocati dalle autorità tedesche con l'art. 64, par. 1, dell'Accordo euromediterraneo del 17 luglio 1995 che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina, dall'altra, a termini del quale «ogni Stato membro concede ai lavoratori di cittadinanza tunisina occupati nel suo territorio un regime che, per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di retribuzione e di licenziamento, è caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità rispetto ai propri cittadini».

La Corte, ritenuto che detta disposizione soddisfi le condizioni necessarie per vedersi riconoscere un effetto diretto, contrariamente a quanto sostenuto dalle autorità tedesche, ha statuito che un cittadino tunisino può, sulla base del divieto di discriminazione da essa sancito, con-

testare un provvedimento adottato da uno Stato membro per limitare il suo diritto di soggiorno rispetto al periodo per il quale tale diritto gli era stato accordato. Ciò ha fatto precisando che lo Stato membro ospitante, ove abbia inizialmente concesso al lavoratore migrante precisi diritti afferenti all'esercizio di un'attività lavorativa più estesi nel tempo di quelli che gli ha conferito in materia di soggiorno, non può rimettere in discussione la situazione di tale lavoratore per motivi che non siano connessi alla tutela di un legittimo interesse dello Stato, quali l'ordine pubblico, la sicurezza e la sanità pubblica.

La Corte ha, a questo modo, reso il permesso di soggiorno di quel cittadino tunisino autonomo rispetto al matrimonio con una cittadina dell'Unione nonostante quel permesso gli fosse stato concesso in ragione di questo. Ha così attribuito alla sua qualità di persona provvista di un permesso di lavoro a tempo indeterminato l'idoneità, in via di principio, a rendere il primo permesso non riducibile significativamente tutelando la sua dignità come lavoratore.

La seconda pronuncia della Corte di giustizia ha riguardato una cittadina marocchina residente legalmente in Belgio ed è stata resa con un'ordinanza del 17 aprile 2007.

Con tale ordinanza la Corte ha interpretato il 1° comma dell'art. 65 dell'Accordo euromediterraneo del 26 febbraio 1996 che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e gli Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra. Ha stabilito che esso osta a che uno Stato membro ospitante rifiuti di accordare il reddito minimo garantito in Belgio alle persone anziane ad una cittadina marocchina che abbia raggiunto i 65 anni di età e risieda legalmente in tale Stato qualora costei rientri nell'ambito di applicazione di tale disposizione;

– per avere essa stessa esercitato un'attività di lavoro dipendente nello Stato membro di cui trattasi, oppure

– a motivo della sua qualità di familiare di un lavoratore di cittadinanza marocchina che è od è stato occupato in questo medesimo Stato.

Non si può non vedere come con queste due pronunce la Corte abbia contribuito alla realizzazione dello spirito degli Accordi in questione tutelando in modo significativo i lavoratori dei Paesi dell'altra sponda del Mediterraneo sia nel periodo di tempo in cui siano in attività sia successivamente e dando un contenuto concretamente umano alla loro applicazione.

Accanto a questi brevi cenni a quanto fatto nella materia oggetto di questo Convegno dalla Corte di giustizia, mi sia permesso di dire che sono stato molto contento che in questa occasione abbiamo, innanzitutto, potuto ringraziare il Prof. Conforti per il prestigio che ha conferito alla

SIDI tenendone sin qui la presidenza e il Prof. Ferrari Bravo per il lustro che con il suo rilevante impegno ha dato alla ricerca italiana in materia di diritto internazionale; e, poi, abbiamo potuto ricordare due persone che tanto ci mancano e ci restano care: il Prof. Vincenzo Starace e il Prof. Luigi Sico.

Per ultima cosa mi permetto di esprimere, come persona fra le più anziane presenti, un sentimento, che sicuramente sarà ripetuto dal Presidente Pocar, di vivo ringraziamento, oltre che al Consiglio direttivo della SIDI, al prof. Triggiani, alla prof.ssa Carella e al prof. Cannone e a tutti quanti hanno collaborato per questa splendida occasione d'incontro. Sono sicuro che tutto quello che è stato fatto qui sarà tenuto presente anche nei prossimi incontri per tenere vivo lo spirito, oltre che di collaborazione scientifica, di amicizia che ha caratterizzato queste due giornate.

## **APPENDICE**



# **SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE**

## **ORGANI DIRETTIVI**

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

### **Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma del 12 aprile 1996**

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza  
Prof. Bruno Nascimbene  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Giuseppe Tesauro  
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

### **Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano del 7 giugno 1997**

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja  
Prof. Umberto Leanza  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Giuseppe Tesauro  
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

**Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998**

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase  
Prof. Francesco Francioni  
Prof. Giorgio Gaja  
Prof. Andrea Giardina  
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

**Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999**

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase  
Prof. Francesco Francioni  
Prof. Andrea Giardina  
Prof. Giuseppe Nesi  
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000\***

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof.ssa M. Laura Forlati Picchio e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

Presidente per il 2002-2003: Prof.ssa Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di Napoli del 24 maggio 2002

\* Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase  
Prof. Francesco Francioni  
Prof. Andrea Giardina  
Prof. Giuseppe Nesi  
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003**

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Componenti:

Prof.ssa Nerina Boschiero  
Prof. Sergio Maria Carbone  
Prof. Massimo Iovane  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006\*\***

Presidente: prof. Benedetto Conforti

Vice Presidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vice Presidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

\*\* Con le modifiche degli articoli 4 e 5 dello Statuto approvate dall'Assemblea straordinaria del 2 febbraio 2006.

Componenti:

Prof.ssa Nerina Boschiero  
Prof. Sergio Maria Carbone  
Prof.ssa Paola Gaeta  
Prof. Edoardo Greppi  
Prof. Massimo Iovane  
Segretario Generale: prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari  
del 18 giugno 2009**

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: prof.ssa Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini  
Prof. Pasquale De Sena  
Prof. Edoardo Greppi  
Prof.ssa Laura Pineschi  
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: prof. Sergio Marchisio