Società Italiana di Diritto Internazionale
18

DIRITTO INTERNAZIONALE E PLURALITÀ DELLE CULTURE

XVIII Convegno
Napoli
13-14 giugno 2013

a cura di

Giuseppe Cataldi e Valentina Grado

EDITORIALE SCIENTIFICA

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

18

Pubblicazioni
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 quarti centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno Roma – 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata,* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali,* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

DIRITTO INTERNAZIONALE E PLURALITÀ DELLE CULTURE

XVIII Convegno
Napoli
13 e 14 giugno 2013

a cura di

Giuseppe Cataldi e Valentina Grado

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright maggio 2014

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-6342-647-2

INDICE-SOMMARIO

Presentazione
EDOARDO GREPPI IX

Introduzione
GIUSEPPE CATALDI XI

RELAZIONE INTRODUTTIVA GENERALE

FRANCO MAZZEI
La diversità culturale, sfida geopolitica del XXI secolo 3

SESSIONE INAUGURALE

Pluralità e unità culturale dei popoli dei 'mari tra le terre'

Relazioni

DJAMCHID MOMTAZ
Les obstacles politico-culturels à la coopération interétatique dans le Golfe Persique et la mer Caspienne 15

JOSÉ MANUEL SOBRINO-HEREDIA
La politique maritime intégrée de l'UE et son différente approche aux pays de l'Atlantique, de la mer Méditerranée et de la mer Noire 23

TULLIO SCOVAZZI
L'applicazione negli Stati mediterranei della Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale intangibile 43

GEMMA ANDREONE
Delimitazione e tutela ambientale delle zone marittime dei 'mari mediterranei': i limiti delle soluzioni offerte dal diritto internazionale 67

PRIMA SESSIONE PARALLELA

Diritto internazionale privato e diversità culturale

Presidenza

CRISTINA CAMPIGLIO
Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statutari ai giorni nostri 97

Relazioni

JEAN-YVES CARLIER
Diversité culturelle et droit international privé. De l'ordre public aux accommodements réciproques? 125

PASQUALE PIRRONE
L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo 147

PIETRO FRANZINA
Corpo e culture del corpo nella prospettiva dei conflitti di leggi 175

CHIARA E. TUO
Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali 199

SECONDA SESSIONE PARALLELA

Diritto dell'economia, commercio internazionale e diversità culturale

Presidenza

PAOLO PICONE
Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale 253

Relazioni
PIERRE-MARIE DUPUY
Diversité culturelle et arbitrage international entre Etats et investisseurs étrangers 279

VALENTINA GRADO
Diversità e unità d'approcci sulla responsabilità sociale d'impresa: il caso dei c.d. 'conflict minerals' 291

FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI
Protezione delle conoscenze tradizionali dalla biopirateria: quali prospettive dopo l'adozione del Protocollo di Nagoya? 315

FEDERICA MUCCI
La Convenzione UNESCO del 2005 per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali: dall''eccezione culturale' alla declinazione della dimensione culturale dello sviluppo sostenibile 331

SESSIONE CONCLUSIVA
TAVOLA ROTONDA

La tutela internazionale delle diversità culturali

Presidenza

FRANCESCO FRANCIONI
Diritto internazionale, cultura e diritti umani 363

Interventi
LAUSO ZAGATO
Diversità culturale e protezione/salvaguardia del patrimonio culturale: dialogo (e contaminazione) tra strumenti giuridici 369

VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO
Islam y protección internacional de los derechos humanos 389

PETER HILPOLD
La tutela della diversità culturale e il diritto delle minoranze 413

VITTORIO MAINETTI
Diversità culturale e cooperazione culturale internazionale alla luce dell'azione normativa dell'UNESCO 421

CARLOS ERNESTO HERMAN RODRIGUEZ
La tutela dei nativi dell'America latina tra diritto interno e diritto internazionale 435

APPENDICE

Organi direttivi SIDI 457

PRESENTAZIONE

Il diritto internazionale nel mondo globalizzato da una parte riflette orientamenti volti a consolidare la visione (e l'aspirazione) universalistica scaturita dalla seconda guerra mondiale e, dall'altra, si trova a fronteggiare la sfida posta dalla pluralità delle culture e dalla complessa dinamica che essa comporta, tra coesistenza, concorrenza e potenziale conflitto.

Questo suggestivo tema è stato scelto dalla Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) per offrire agli internazionalisti l'occasione per una riflessione ad ampio spettro del rapporto tra le diverse culture e l'ordinamento della Comunità internazionale. Il 13 e il 14 giugno 2013, organizzato dall'Università degli studi di Napoli 'L'Orientale' nella monumentale Basilica di San Giovanni Maggiore, si è tenuto il XVIII Convegno annuale della Società, con il titolo 'Diritto internazionale e pluralità delle culture', sotto la presidenza dei Professori Maria Laura Picchio Forlati e Giuseppe Cataldi, rispettivamente Presidente e Vice Presidente della SIDI.

Franco Mazzei con una relazione introduttiva generale dal titolo 'La diversità culturale, sfida geopolitica del XXI secolo', ha offerto uno sguardo d'insieme, una cornice generale entro la quale collocare i successivi approfondimenti particolari.

Una prima sessione plenaria – presieduta da Tullio Treves – ha affrontato l'ampio argomento della pluralità e unità culturale dei popoli dei 'mari tra le terre'. Le relazioni hanno analizzato i temi degli ostacoli politico-culturali alla cooperazione interstatuale nel Golfo Persico e nel Mar Caspio, della politica marittima integrata dell'Unione europea e dei diversi problemi che essa comporta per i Paesi dell'Atlantico, del Mediterraneo e del Mar Nero, dell'esperienza delle Convenzioni UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale tangibile, intangibile e subacqueo, della delimitazione e tutela ambientale delle zone marittime dei 'mari mediterranei'.

La seconda parte è stata articolata in sessioni parallele. Una di esse – presieduta da Cristina Campiglio - ha presentato gli aspetti rilevanti della diversità culturale rispetto al diritto internazionale privato, esaminando gli aspetti relativi all'ordine pubblico e agli accomodamenti reciproci, all'ordine pubblico di prossimità tra protezione dell'identità culturale e il rispetto dei diritti umani, alle culture del corpo nella prospettiva del conflitto di leggi, al riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere a fronte del rispetto delle diversità culturali. Un'altra sessione – presieduta da Paolo Picone – ha analizzato gli aspetti rilevanti di diritto

dell'economia e del commercio internazionale, con relazioni sull'arbitrato tra Stati e investitori privati stranieri, sulla responsabilità sociale d'impresa, sulla protezione delle conoscenze tradizionali dalla biopirateria, sulla Convenzione UNESCO per la promozione e protezione della diversità delle espressioni culturali.

Il Convegno è stato completato da una tavola rotonda – coordinata da Francesco Francioni – che ha consentito un'ampia discussione sul delicato argomento della tutela internazionale delle diversità culturali, affrontando numerosi aspetti, tra i quali la protezione del patrimonio culturale in una prospettiva di dialogo (e contaminazione) tra strumenti giuridici, l'Islam e la protezione dei diritti umani, il diritto delle minoranze, la cooperazione culturale alla luce della normativa dell'UNESCO.

Giuseppe Cataldi ha, infine, con un sintetico intervento, concluso i lavori.

Il Convegno annuale napoletano ha offerto ancora una volta l'occasione per una significativa partecipazione di studiosi del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea, registrando anche in questa edizione una nutrita presenza di giovani. A questi è tradizionalmente dedicato un momento che la SIDI continua a ritenere di grande importanza: la consegna dei premi SIDI (attribuito per un articolo in materia di diritto internazionale, di diritto internazionale privato o di diritto dell'Unione europea), 'Riccardo Monaco' (per tesi di dottorato dedicate a temi di organizzazione internazionale e di diritto dell'Unione europea) e 'Daniele Padovani' (per una tesi di laurea in diritto internazionale privato e processuale).

Un ringraziamento particolare va ai Colleghi dell'Università degli studi di Napoli 'L'Orientale' e, in particolare, a Giuseppe Cataldi. Il loro impegno appassionato ha consentito la programmazione e la realizzazione di un Convegno che ha contribuito ad allargare ulteriormente gli ambiti di riflessione promossi dalla nostra Società scientifica.

La riuscita del Convegno, poi, si deve alla dott.ssa Marianna Pace e ai numerosi giovani collaboratori dell'Ateneo, che hanno prestato la loro opera nei diversi momenti delle giornate napoletane.

La realizzazione di questo volume si deve all'impegno di Giuseppe Cataldi e Valentina Grado.

Un vivo ringraziamento, infine, va al dott. Roberto Storchi, responsabile della Segreteria della SIDI presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) di Roma del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Edoardo Greppi
Segretario Generale della SIDI

INTRODUZIONE

Giuseppe CATALDI*

Aprendo i lavori del XVIII Convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale porgo innanzitutto il mio più caloroso benvenuto a tutti i partecipanti che, così numerosi, hanno voluto accogliere il nostro invito presso l'Università degli studi di Napoli 'L'Orientale', nella suggestiva sede della Basilica di S. Giovanni Maggiore, già tempio pagano (si vuole che in questo luogo fosse stata sepolta la sirena Parthenope e, per volere dell'imperatore Adriano, fosse stato eretto il tempio dedicato al suo favorito Antinoo) poi convertito in chiesa nel IV sec. d.C. da Costantino e dedicata al Battista.

Non è casuale che in questa sede si affronti il tema, prescelto dalla nostra Società, del rapporto tra Diritto internazionale e 'pluralità delle culture'. Ritengo che ciò rappresenti in primo luogo un omaggio alla città di Napoli, da sempre crocevia di popoli diversi. In secondo luogo voglio ricordare che la storia dell'Ateneo che ci ospita è, fin dalla sua origine nel 1732, segnata dalla missione dell'internazionalizzazione e del dialogo interculturale. Si tratta, infatti, della più antica Scuola di sinologia e orientalistica del continente europeo, con una consolidata tradizione di studi nelle lingue, culture e società dell'Europa, dell'Asia, dell'Africa e delle Americhe, che, da sempre, si propone come un centro di studio e di ricerca che intende porre in evidenza le differenze e i punti di contatto tra le culture. Aprirsi al dubbio e al confronto, lasciarsi arricchire dall'altro, dal diverso: questa l'esperienza che 'L'Orientale' vive quotidianamente, e da sempre. Studiare popoli e culture, i loro rapporti, le loro differenze, è anche e soprattutto mettersi in gioco, coltivare dubbi.

Non sempre è così, purtroppo. In molti contesti l'identità culturale è percepita come definizione di parti di un conflitto. L'uso di espressioni come 'relativismo culturale' riflette talora un disaccordo di fondo, spesso riferito ai diritti umani oppure ad altre aree dei rapporti interstatuali. La cultura come fonte di conflitti è alla base della percezione del mondo dopo la guerra fredda nella ben nota, e catastrofica, previsione di S. Hun-

* Ordinario di Diritto internazionale e Pro Rettore Vicario, Università degli studi di Napoli 'L'Orientale'; Vicepresidente SIDI.

tington, "The Clash of Civilization" (S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996).

C'è, tuttavia, una percezione 'altra', che è quella, utile alla contribuzione della cultura al Diritto internazionale, che è l'introduzione della nozione di diversità e pluralismo al fine di facilitare lo scambio di esperienze, idee, valori. L'identità culturale diventa coesistenza o convergenza quando l'incontro, favorito oggi da quella che definiamo 'globalizzazione', insegna alle persone a imparare dalle culture diverse dalla propria, sfuggendo a un'interpretazione troppo rigorosa delle ragioni della tutela della sovranità dello Stato, che del sistema internazionale costituisce ancora oggi il presupposto essenziale.

Tornando al diritto, è evidente che esso può solo tentare di affermare valori condivisi e quindi universali, non potendo certo pretendere di fornire l''universalità'. La stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, nonostante il nome, è stata da sempre intesa come contenente regole che aspirano all'universalità.

Quale rapporto c'è tra cultura e fonti del Diritto internazionale? Un esempio ancora formidabile c'è nell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, laddove si dice che la Corte, la cui funzione è decidere le controversie che le sono sottoposte, applica – oltre alle Convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite, e alla consuetudine internazionale, che attesta una pratica generale accettata come diritto – i Principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni 'civili'. Di qui l'importanza di una definizione di 'civiltà'. Ovviamente non è più possibile, al contrario di quanto accadeva a proposito dell'identica formulazione contenuta nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, accontentarsi di una definizione 'eurocentrica'. Dal punto di vista della Carta delle Nazioni Unite e degli sviluppi successivi occorre prendere in considerazione tradizioni e sistemi giuridici differenti e talvolta distanti.

Ma a quale livello localizzare la 'cultura'? Occorre prescindere dagli Stati e fare riferimento ai 'popoli'? Come d'altra parte previsto nelle due disposizioni gemelle dell'art. 1 dei *Covenants* del 1966 delle Nazioni Unite laddove, dopo aver affermato il diritto di autodeterminazione di tutti i popoli, si precisa che i popoli liberamente perseguiranno il loro 'sviluppo culturale'. Questa espressione è poi ripresa e riferita ai popoli indigeni nel 2007 nella Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni. La Convenzione UNESCO del 20 ottobre 2005 sulla promozione e protezione della diversità delle espressioni culturali al termine 'popoli' aggiunge 'società'. Il suo art. 4 parla anche di 'gruppi'. Ne consegue che

entità relativamente piccole sono accettate come punto di riferimento dal Diritto internazionale. Ciò come si concilia con l'universalismo e con la sovranità statale, in particolare con il dato ineliminabile per cui sono gli Stati essenzialmente a produrre il Diritto internazionale?

In questa domanda è la sfida, in sintesi: da un lato la necessaria attenzione alle realtà locali senza cadere nella banalizzazione provinciale delle 'guerre di campanile', dall'altro, e nello stesso tempo, perseguire aspirazioni universalistiche senza dimenticare la ricchezza che ogni 'gruppo', anche piccolo, sa esprimere. Come far convivere *Global* e *Local*? Ci sono strumenti che il diritto ha elaborato, teorie giurisprudenziali ben note, come la dottrina del 'margine di apprezzamento' (si veda in particolare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani fin dalla sentenza del 7 dicembre 1976 nel caso *Handyside* c. *Regno Unito*) o le cd. *Limitation Clauses* contenute dei trattati internazionali sui diritti umani. Lo stesso, e ben noto, 'principio di sussidiarietà' va nella stessa direzione, così come il concetto internazionalprivatistico di 'ordine pubblico internazionale' nell'interpretazione restrittiva oggi prevalente. Alla stessa logica, peraltro, si riconduce, sia pure *a contrario*, l'applicazione della cd. teoria dei 'contro-limiti'.

Altro dato indicativo di base su cui riflettere è il cd. 'fattore tempo'. Il rispetto della diversità culturale non vuol dire necessariamente 'cristallizzazione' dell'una o dell'altra cultura. Due o più culture a confronto mutano e si contaminano in maniera creativa e casuale. Questo è un dato dal quale non si può prescindere, né ha senso cercare di ostacolarlo. La storia dell'umanità e delle migrazioni ci dimostra che tentare di opporsi a questa circostanza ineluttabile costituisce uno sforzo stupido e inutile. Al diritto spetta il compito di prenderne atto e di disciplinare, di conseguenza, i relativi (nuovi) rapporti che ne scaturiscono.

Vengo adesso più nello specifico, e rapidamente, alle varie sessioni del Convegno.

La relazione introduttiva generale è affidata a Franco Mazzei, emerito del nostro Ateneo, e ponte culturale ideale tra l'Occidente e l'Oriente con la sua esperienza non solo di cultore di relazioni internazionali, *World Politics* e civiltà della Cina e del Giappone, ma anche per la sua esperienza come addetto culturale della nostra Ambasciata a Tokio. Mi fa piacere ricordare, inoltre, che egli è stato tra i 'padri fondatori' della Facoltà di Scienze Politiche di quest'Ateneo che proprio nel 2013, prima di essere assorbita dal Dipartimento di Scienze Umane e Sociali, ha compiuto quarant'anni di vita.

La prima sessione, dedicata ai popoli dei 'mari tra le terre' e alla loro 'pluralità e unità culturale', prende in considerazione 'i mediterranei',

e cioè la realtà propria a quei popoli uniti o divisi, secondo i casi e i tempi, da quelli che la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare definisce 'mari chiusi e semi-chiusi'. Naturalmente non si tratta di questioni che rilevano solo per il diritto del mare. Occorre per l'appunto chiedersi come incida la specificità geopolitica in contesti quali quello dove ci troviamo, e cioè la culla della civiltà occidentale, oppure nei Caraibi, nel Mar cinese meridionale, nel Caspio (già 'lago' a condominio sovietico-iraniano è, oggi, invece, oggetto di rapporti complicati come ci racconterà Djamchid Momtaz), o infine nell'Artico, nuovo 'mediterraneo' nato dai cambiamenti climatici.

Passo alle due sessioni parallele di domani. La prima ha per titolo 'Diritto internazionale privato e diversità culturale'.

La pluralità delle culture e la necessità di tutelare le differenze trovano il loro naturale e più complesso banco di prova nella regolamentazione di fattispecie internazionalprivatistiche, quelle fattispecie di diritto privato, cioè, che non si collocano interamente ed esclusivamente all'interno di un unico ordinamento giuridico, ma che risultano simultaneamente collegate con più ordinamenti statali. Quando gli ordinamenti differiscono tra loro in modo radicale per l'intrinseca e irriducibile diversità di valori culturali e di principi generali accolti, i normali conflitti tra ordinamenti, cui danno luogo le suddette fattispecie, diventano dei veri e propri 'conflitti di civilizzazioni'. Ciò accade sovente, soprattutto a seguito dei massicci fenomeni migratori in atto, quando entrano in rapporto ordinamenti 'laici' con ordinamenti fortemente connotati da fattori religiosi, come quelli islamici, in particolare se la fattispecie riguarda il diritto di famiglia e gli *status* personali. Basti pensare alle difficoltà di accogliere all'interno di ordinamenti laici istituti come la poligamia, il ripudio, i matrimoni a tempo, o normative che impediscano l'accertamento del rapporto di filiazione naturale, vietino l'adozione o prevedano discriminazioni tra uomo e donna in materia successoria. Dinanzi a tali difficoltà gli ordinamenti laici adottano soluzioni diverse, improntate ad atteggiamenti ora di chiusura, ora di prudente apertura a tali istituti e normative, al fine, in questo caso, di rispettare l'identità culturale delle parti del rapporto giuridico internazionalprivatistico. La linea di chiusura è talvolta perseguita attraverso l'identificazione tra *forum* e *ius* o mediante il ricorso massiccio a norme di applicazione necessaria o di diritto internazionale privato materiale fortemente improntate alla difesa di valori caratterizzanti del foro ovvero, infine, e più spesso, attraverso il ricorso sistematico all'ordine pubblico internazionale (materiale e processuale). La linea di apertura ai valori giuridici stranieri, in funzione di tutela dell'identità culturale, è normalmente attuata mediante l'uso del criterio di collegamento della cittadinanza per la determinazione della legge applicabile e, soprat-

tutto, mitigando in vario modo il ricorso all'ordine pubblico internazionale.

L'altra sessione ha, invece, come titolo 'Diritto dell'economia, commercio internazionale e diversità culturale'.

Occorre partire da un dato. L'accentuazione dei fenomeni dell'interdipendenza economica, commerciale e dei mercati internazionali ha favorito la progressiva affermazione, nel panorama economico internazionale, delle imprese multinazionali. Il legame esistente tra diversità culturali e società multinazionali può essere sia positivo sia negativo. È positivo quando le imprese accettano le sfide della diversità, traendo profitto dalle risorse che essa offre. Che si tratti della concezione di prodotti, della creazione delle loro immagini o dell'elaborazione di strategie di *marketing* o dell'organizzazione delle imprese e delle loro politiche concernenti il personale, la diversità culturale è un fattore essenziale da tener presente nelle operazioni commerciali su scala mondiale. Le multinazionali sono sempre più consapevoli dei benefici che possono trarre diversificando i loro prodotti per entrare in nuovi mercati e per rispondere alle attese dei consumatori locali. Tuttavia il legame tra multinazionali e il diverso grado di protezione dei diritti civili e politici o di quelli economici, sociali e culturali (collegato spesso a diversità culturali) può essere del tutto negativo. L'esigenza, da parte di numerosi Paesi, di attrarre investimenti esteri può, infatti, provocare una 'corsa verso il basso' nella tutela dei diritti umani e di quelli sociali in particolare. A ciò si aggiunge la delocalizzazione delle attività e dei processi produttivi nei c.d. 'Stati falliti', nei quali la tutela dei diritti umani è del tutto inesistente. Di qui la richiesta di una condotta etica nell'esercizio dell'attività d'impresa, da parte soprattutto della società civile e dell'opinione pubblica internazionale, che ha portato – sotto il profilo giuridico – a una serie di atti non vincolanti, appartenenti alla categoria del *soft law*. L'equazione sviluppo = ottimizzazione dei profitti + accumulazione di beni materiali, fatta propria dal modo occidentale, è rimessa sempre più in discussione da una concezione più ampia dello sviluppo. Trascurando la diversità culturale, le passate strategie di sviluppo hanno addirittura aggravato i difetti cui volevano rimediare. La presa in conto dei fattori sociali e dell'ambiente culturale, come la partecipazione delle comunità all'elaborazione e alla messa in atto di progetti, come pure le cd. 'eccezioni culturali', sono tutte essenziali per sostenere gli sforzi dello sviluppo sostenibile. In seguito all'elaborazione, negli anni novanta, del concetto di sviluppo umano, si è accordata maggiore importanza all'integrazione della dimensione culturale nella riflessione sullo sviluppo e nei progetti messi in atto, in parti-

colare del contesto culturale in cui vivono le comunità e i gruppi, dei modi di vita e delle forme locali di comunicazione e di espressione. Pertanto la diversità culturale rappresenta una dimensione-chiave trasversale dello sviluppo sostenibile.

Infine, la tavola rotonda conclusiva dal titolo 'La tutela internazionale delle diversità culturali', è dedicata appunto agli strumenti predisposti dal Diritto internazionale affinché l'espressione 'diversità culturale' non resti uno *slogan*. Sentiremo parlare, quindi, dell'esperienza delle Convenzioni europea e americana dei diritti dell'uomo, delle previsioni in materia del diritto islamico, della questione dei diritti delle minoranze, di patrimonio culturale materiale e di patrimonio culturale intangibile, di tutela costituzionale dello 'Stato plurinazionale'.

Proprio a ragione del tema prescelto si è voluto invitare relatori, oltre che autorevoli e competenti in materia, formatisi in ambienti culturali molto diversi l'uno dall'altro, e appartenenti a generazioni diverse. Ho l'occasione ora per ringraziarli tutti.

Nelle culture antiche, a differenza di quanto avviene per i popoli 'nuovi', e, quindi, a Napoli come in Cina o in Medio Oriente, l'ospitalità è un valore, un'arte, una missione. Ci siamo mossi, pertanto, secondo questa tradizione, confidando, quindi, che in ciascuno resti impresso nella memoria il ricordo di questo Convegno e del soggiorno a Napoli.

È mio dovere, inoltre, estendere un sincero e sentito ringraziamento a tutti gli enti che hanno sostenuto questa iniziativa: l'Azione *Jean Monnet* dell'Unione europea; UBI Banca Carime; Banco di Napoli Fondazione; l'*Association Internationale pour le Droit de la Mer* (ASSIDMER); il Consiglio Nazionale delle Ricerche (Istituto di Studi Giuridici Internazionali e Istituto di Ricerche sulle Attività del Terziario); il Centro europeo di informazione, cultura e cittadinanza del Comune di Napoli (CEICC); l'Editoriale Scientifica; il Circolo nautico 'Canottieri' di Napoli; Koinaid GEIE. Ringrazio anche l'Università di Napoli 'L'Orientale', in particolare, il Dipartimento di Scienze Umane e Sociali per l'appoggio e la collaborazione.

Infine, vorrei esprimere un sincero apprezzamento per l'opera del folto gruppo di giovani che ha lavorato intensamente, con entusiasmo e competenza, rendendo così possibile la realizzazione di questo Convegno. Alla dott.ssa Marianna Pace, che ne ha coordinato gli sforzi e che ha contribuito con il sottoscritto e Valentina Grado alla messa a punto del testo finale degli Atti, un ringraziamento particolare.

RELAZIONE INTRODUTTIVA GENERALE

FRANCO MAZZEI

LA DIVERSITÀ CULTURALE, SFIDA GEOPOLTICA DEL XXI SECOLO

LA DIVERSITÀ CULTURALE, SFIDA GEOPOLITICA DEL XXI SECOLO

Franco MAZZEI*

Vorrei innanzitutto ringraziare per il privilegio che mi è stato accordato invitandomi a tenere la relazione introduttiva al XVIII Convegno della SIDI su un tema – la gestione della diversità culturale – che peraltro è uno degli obiettivi istituzionali dell'Università degli studi di Napoli 'L'Orientale' fin dalla sua fondazione come Collegio dei Cinesi, nella prima metà del XVIII secolo.

Obiettivo del mio intervento è fare alcune brevi riflessioni sulla rilevanza geopolitica che la multiculturalità può avere sulla politica mondiale e, di riflesso, sul Diritto internazionale, che – è appena il caso di ricordarlo – ne è uno dei pilastri, quanto meno secondo due delle tre maggiori macro-teorie delle Relazioni internazionali, il Liberalismo e il Costruttivismo. Come è ben noto, scarsa rilevanza ha invece per il terzo paradigma, il Realismo, che peraltro è tradizionalmente è stata la teoria dominante. Mi preme precisare subito che queste riflessioni sono fatte da una prospettiva che, ahimè!, non è quella del giurista. La mia prospettiva è quella specifica dell'estremorientalista cultore di Relazioni internazionali, per cui chiedo scusa se alcune annotazioni potranno apparire 'fuori tono'. A dire il vero, il reale obiettivo del mio intervento è darvi un caloroso benvenuto qui, a Napoli, all'antico *collegium sinicum*, e augurarvi un proficuo lavoro nell'auspicio – peraltro confortato dalle relazioni previste nelle varie sessioni – che si superi definitivamente lo steccato che per lungo tempo ha diviso i giuristi dai politologi in questo campo. Una separazione incomprensibile per me che, nato orientalista (e per definizione 'generalista'), solo tardi ha scoperto accademicamente la dimensione internazionalistica.

È fin troppo evidente che il problema della gestione della diversità culturale si pone oggi a tutti i livelli: a livello interpersonale (quando si incontra un extracomunitario in tram); nel business (quando un nostro imprenditore negozia con un cinese); ma soprattutto nei rapporti interstatali quando, ad esempio, un diplomatico americano e un diplomatico ci-

* Professore emerito di Storia e Istituzioni dell'Asia, Università degli studi di Napoli 'L'Orientale'.

nese affrontano il tema dei diritti umani. È fin troppo ovvio che l'americano, avendo alla base del proprio sistema di valori la difesa della libertà individuale, dia la preminenza ai valori proscrittivi; ma è anche naturale che il collega cinese o giapponese, al contrario, sulla base del comunitarismo proprio della tradizione confuciana, privilegi i valori del gruppo e non quelli dell'individuo, e quindi dia maggiore rilevanza ai diritti prescrittivi.

Per quanto riguarda l'importanza di disporre di una gestione efficace della diversità, è sufficiente ricordare che, come dimostrato da numerose ricerche empiriche, proprio i cosiddetti 'errori culturali' sono alla base della maggior parte dei fallimenti imprenditoriali e commerciali, ma anche – ed è l'aspetto rilevante in questa sede – di maldestre se non disastrose operazioni di politica estera. Pertanto, dopo la fine della gestione bipolare del Sistema internazionale, con il progredire della globalizzazione, con la costante erosione della sovranità statale dall'alto e dal basso e con l'intensificarsi dei flussi migratori (che stanno trasformando la Terra in un 'pianeta di naufraghi'), oggi s'impone una gestione adeguata della diversità culturale, che rappresenta una sfida anche geopolitica.

Viviamo in un mondo che sta cambiando con un velocità incredibile: un mutamento che, secondo non pochi studiosi (specie asiatici) è paragonabile alla fase della nascita degli Stati moderni europei. Tanti sono i fattori di cambiamento: dalla rivoluzione tecnologico-informatica, che ha compresso il tempo e lo spazio, alla globalizzazione, che ha dato alle cosiddette economie emergenti tutti i fattori necessari per una crescita accelerata: capitali, tecnologia, mercati e materie prime. Nello stesso tempo la globalizzazione ha quantomeno accelerato la deindustrializzazione e il conseguente impoverimento (e indebitamento) delle economie avanzate dell'Occidente (Giappone compreso).

Ma il fattore che va sottolineato in questa sede è la 'transizione del potere': il passaggio del potere da uno Stato a un altro Stato, da una grande potenza ad un'altra grande potenza. Nell'antichità, il potere da Cartagine passò a Roma, mutando radicalmente gli equilibri del Mediterraneo e dando origine alla *pax romana*; tra la fine del XIX secolo e l'inizio di quello successivo il potere si spostò da Londra a Washington (e alla *pax britannica* gradualmente subentrò la *pax americana*). Oggi, la transizione va dall'Atlantico al Pacifico, da Occidente a Oriente, da Washington a Beijing.

Questo non vuol dire che la Cina si sostituirà agli Stati Uniti come potenza egemone: la Cina (almeno per ora) non è una potenza 'revisionistica', desiderosa di modificare lo *statu quo* del Sistema internazionale. Perché mai la Cina dovrebbe uccidere la gallina dalle uova d'oro? Tutta-

via, anche se alla *pax americana* non subentrerà la *pax sinica*, questo non vuol dire che l'attuale transizione non avrà conseguenze pesanti, anzi pesantissime per noi Occidentali. Di fatto, questa transizione segna la fine della secolare egemonia politica, economica e culturale dell'Occidente. Una egemonia iniziata due secoli fa – come è noto – quando l'Europa centrò il mondo su se stessa, unificando per la prima volta nella storia le varie *insulae* in cui l'ecumene era stato da sempre diviso (le economie-mondo di Braudel). E ciò fu possibile grazie al successo di tre grandi rivoluzioni: la rivoluzione marittima (con la scoperta del Nuovo mondo, che spostò il perno della geoeconomia mondiale dal Mediterraneo all'Atlantico), la rivoluzione galileiana (con l'applicazione della matematica alle scienze applicate) e la rivoluzione industriale (con la diffusione del capitalismo a livello planetario).

Ma – ripeto – la Cina non si sostituirà agli Stati Uniti come potenza egemone. Anzi, a mio avviso, non potrà farlo per una ragione strutturale. Infatti, il Nuovo mondo oltre ad essere multipolare (nell'accezione walziana) sarà anche multicentrico, cioè tornerà ad essere diviso in tante '*insulae* geoculturali': USA, Europa, Islam, Mondo dell'ortodossia, Subcontinente indiano, Mondo sinico-confuciano, cui bisogna ormai aggiungere una nuova *insula*, quella africana sub-sahariana. In breve, il nuovo mondo sarà una sorta di 'arcipelago geoculturale': non più centrato sull'Occidente ma appunto multi-centrico (quindi, multi-civiltà), simile al mondo di due secoli fa, prima che l'Europa lo unificasse sotto la sua egemonia. Ma con una differenza sostanziale: il nuovo mondo è sì multi-centrico, è sì diviso in *insulae* geoculturali come lo era tre secoli fa, ma oggi le *insulae* sono unite tra loro dalla globalizzazione economica che di per sé è a-territoriale (trascendendo Est e Ovest) e che, seppure innescata dall'Occidente, è fuori dal suo controllo. Insomma, avremo un mondo geoeconomicamente unito, ma politicamente e soprattutto culturalmente diviso.

Ho detto 'soprattutto culturalmente' perché in effetti oggi assistiamo alla rivincita della cultura. Durante la lunga parentesi della Guerra fredda (fredda per noi occidentali ma non per gli asiatici, per i quali – come sappiamo – è stata calda, caldissima), la cultura ha svolto il ruolo del parente povero, relegata come era alla base della scala gerarchica dei fattori di potenza. «Gli esperti di strategia prestavano più attenzione alla conta delle testate nucleari che non agli indici di sviluppo culturale. Se s'invocava la cultura lo si faceva perché considerata serva sottomessa alla ideologia, a suo servizio, e non come attività autonoma, creatrice di senso, generatrice di ricchezza e vettore di influenza» (J. MUSITELLI, "La culture facteur de puissance?", in *L'Année stratégique*, 2003, p. 47).

Sono stato per otto anni diplomatico (come esperto) presso l'Ambasciata italiana a Tokyo, nella seconda metà degli anni '80 quando il Giappone (come oggi la Cina) era la locomotiva dell'economia mondiale. Ed è stata un'esperienza straordinaria perché personalmente ho potuto sperimentare quella che gli anglosassoni chiamano la 'porta girevole', che consente allo studioso di mettere in pratica le proprie conoscenze teoriche. La prima cosa che mi fu insegnato fu la netta distinzione tra *high politics* (di cui la relazione Est-Ovest costituiva il dossier per eccellenza) e *low politics* (la 'bassa cucina' in cui era relegata la cultura, e anche l'economia). Oggi l'agenda delle cancellerie è ben diversa: dopo la caduta del Muro di Berlino e la fine del mondo bipolare, la cultura è diventata, nel mondo globale, un *enjeu* e un *atout* per gli attori della vita internazionale, sia che si tratti degli Stati, sia che si tratti di Imprese transnazionali o ONG.

Come conseguenza della nuova configurazione multi-culturale del mondo, noi occidentali saremo costretti a mutare atteggiamento mentale nei confronti del resto del mondo. Per secoli abbiamo imposto agli altri i nostri valori, le nostre categorie analitiche supposte universali. Celebre è la 'ballata dell'Est e dell'Ovest' scritta da Kipling in India nel 1889: «Oh, East is East and West is West, and never the twain shall meet». Una ballata il cui incipit enfatizzava le insormontabili differenze tra Oriente e Occidente in un mondo essenzializzato. 'La Gran Bretagna è l'Ovest (il modo sviluppato), l'India è e rimarrà l'Est (la terra del sottosviluppo)'.

Oggi la situazione è mutata, come abbiamo visto: oggi, non è più tanto asimmetrica la dicotomia metageografica 'Oriente-Occidente' inventata dai Greci, per i quali l'Oriente era l'Asia Minore, l'Anatolia di Erodoto (*anatolè*, in greco significa appunto 'Sol Levante': insomma una sorta di Giappone greco). Limitandoci al campo economico, è emblematico che, proprio nella patria di Kipling, nel paese della rivoluzione industriale, il maggior datore di lavoro industriale sia oggi un gruppo indiano, la Tata.

Insomma, noi occidentali dobbiamo abituarci ad ascoltare, a comprendere gli altri. Possibilmente evitando posizioni estreme, rappresentate, sotto l'aspetto teoretico, da una parte dal pessimismo del realista Huntington, e dall'altra l'atteggiamento ottimista proprio del paradigma liberale, ad esempio di Fukuyama o anche dalla favoletta del villaggio globale. Dal punto di vista teoretico, a mio parere (e lo dico sulla base della mia esperienza di orientalista), la prospettiva costruttivistica può essere la soluzione euristicamente preferibile per la comprensione del mondo in rapida trasformazione e soprattutto per essere meglio attrezzati ad affron-

tare le nuove sfide. Questo paradigma infatti, abbandonando il metodo della 'previsione' a vantaggio del metodo della 'prospettiva', ci consente di non essere spettatori passivi (se non addirittura vittime) del grande cambiamento in atto. La 'previsione', basandosi sul *rebus sic stantibus* ovvero su poche variabili, consiste nella 'simulazione' di un dato che viene isolato dal contesto (ad esempio il PIL dell'Eurozona nei prossimi dieci anni) e quindi non produce che mere proiezioni mediane. Al contrario il 'prospettivista' nell'elaborare uno scenario ha un approccio olistico: tiene conto dell'ambiente strategico attraverso tutte le sue dimensioni e, soprattutto, pone l'accento sui cambiamenti, sulle discontinuità piuttosto che sulle continuità. L'utilità dell'approccio prospettivistico è che ci mette in allerta su sviluppi indesiderati mettendoci in grado d'intervenire quando si è ancora in tempo per modificare il mutamento in corso.

In realtà, già da tempo popoli dell'Asia, dell'Africa e anche dell'America Latina hanno cominciato a mettere in discussione l'egemonia culturale dell'Occidente, talvolta rigettando norme giuridiche riflettenti un po' troppo la nostra tradizione culturale. E questo certamente crea un grosso problema per il Diritto internazionale, problema che si somma a quelli (non pochi) già da tempo all'ordine del giorno. Basti pensare alla sua faticosa evoluzione da 'diritto delle nazioni' (per tradurre letteralmente l'espressione di Bentham) a 'diritto delle persone' e degli attori transnazionali che oggi occupano una parte nient'affatto trascurabile del palcoscenico della politica mondiale – di cui un tempo lo Stato era attore e regista esclusivo. In effetti, ora è la scena è affollatissima, con migliaia di ONG e multinazionali trasformatesi in 'Transnational Corporations' (TNCs) avendo tagliato il cordone ombelicale con lo Stato d'origine. Altro nodoso problema è il rapporto 'diritto-giustizia', che gli anglosassoni rubricano come *law versus fairness* e che è stata popolarizzata con una interessante metafora, che dipinge il pensiero giuridico internazionale come un'incessante (e per alcuni insoddisfacente, seppur inevitabile) 'oscillazione tra apologia e utopia': apologia della norma da una parte e utopico ricorso ai valori etici dall'altra. In particolare si rileva che il diritto occidentale si basa più sul processo e sulla lettura formale della legge piuttosto che sull'equità, su ciò è giusto. A questo riguardo, ricordo la recente controversia sulla produzione di farmaci generici equivalenti tra grandi case farmaceutiche occidentali detentrici dei 'brevetti' e il desiderio di paesi meno sviluppati (come l'India e il Brasile) di produrre questi farmaci a basso costo, anche 50 volte meno. La tesi sostenuta dai paesi emergenti è che sia ingiusto che i poveri soffrano non potendo acquistare medicine così costose.

Banalizzando un po', possiamo dire che la visione del Diritto internazionale che genericamente vien definitivo 'non-occidentale' è influenzata da tre fattori: la specifica eredità culturale dei singoli Stati (fattore potenziato dalla multiculturalità del mondo di oggi), la memoria e le conseguenze dello sfruttamento che i popoli di quegli Stati hanno sofferto e gli effetti della transizione di potere in corso, che pone definitivamente fine all'età post-coloniale, come dimostrano le rivolte nella Riva sud del Mediterraneo. Quindi, l'assunto di partenza di questa posizione sembra essere il seguente: poiché finora siamo stati dei semplici *rule-takers*, ossia poiché abbiamo avuto poco potere nel determinare le regole che governano il Sistema internazionale, non ci sentiamo necessariamente legati da accordi, principi e pratiche preesistenti, anche perché alcuni di noi (vedi la Cina) stanno diventando essi stessi *rule-makers*. Ma su questi aspetti non oso approfondire, non avendone peraltro le competenze specifiche. Quel che invece mi preme sottolineare è che nel nuovo 'mondo arcipelago', uno dei problemi cruciali, anche per implicazioni geopolitiche, è proprio il necessario 'adattamento' del Diritto internazionale alla nuova realtà multiculturale, priva ormai di una cultura egemone largamente accettata, come suggerito nel titolo di questo convegno.

Sono consapevole del dibattito che esiste su questo problema e, soprattutto, delle forti e non infondate obiezioni che si fanno alla scuola 'comunitaristica' del diritto, che legittima una sorta di relativismo giuridico individuando la fonte del diritto all'interno delle singole società. Ma è anche vero che coloro che si oppongono a questa scuola sono la grande stragrande maggioranza delle nazioni occidentali che invece hanno un modello di diritto e di giustizia 'universalistico', un modello che nasce per l'appunto dalla tradizione occidentale. E questo è un dato che non può più essere ignorato e dai politologi e dai giuristi.

In concreto, date le mutazioni strutturali a cui si è accennato e l'oggettiva diversità delle prospettive culturali, la questione – posta rozzamente – è se sia ancora ragionevole continuare ad applicare lo standard occidentale nelle relazioni internazionali, ad esempio nel campo dei diritti umani. I relativisti sostengono che cercare di imporre standard di diritti umani sia una forma di imperialismo culturale. Lo studioso americano, Thomas Riggins (un veterano dei movimenti civili degli anni '60), ha sostenuto in un celebre articolo, apparso sulla rivista The Humanist nel primo numero del 2000, che gli Occidentali debbono imparare dalle altre tradizioni e che i valori sono costruzioni che cambiano nel tempo e nello spazio e che «è possibile che una persona razionale possa essere in disaccordo con quello che questi valori rappresentano».

Altri – e sono i più in Occidente – rigettano l'accusa di imperialismo

culturale come un misero tentativo per giustificare l'ingiustificabile (legittimare in nome del relativismo culturale governi dittatoriali, corrotti). Un sofisticato intervento sulla universalità dei diritti è quella di Jack Donnelly ("The Relative Universality of Human Rights", in *Human Rights Quarterly*, 2007, p. 281 ss.), che tra l'altro distingue tra relativismo culturale metodologico e relativismo culturale sostanziale, e soprattutto mette in guardia dal rischio di ridurre il 'diritto' a ciò che è 'tradizionale', a ciò che è 'buono', a ciò che è 'abituale'. Più in generale egli sostiene che la natura dell'uomo non è basata affatto sulle culture, che di norma sono descritte come «rappresentazioni idealizzate di un passato che è mai esistito e che certamente non esiste oggi». In definita, le culture andrebbero testate con standard universali indipendenti.

Il dibattito francamente appare troppo teorico (non tenendo nel debito conto le discontinuità in atto) e invero anche un po' stantio.

È ben noto che una delle quattro distintive caratteristiche del Diritto internazionale moderno è la sua autonomia istituzionale, autonomia soprattutto nei confronti della politica. Ma da più parti si sente il bisogno di superare lo steccato che separa il diritto dalla politica. A questo riguardo, può essere opportuno un accenno al contributo di Anne-Marie Slaughter, come esempio di un tentativo di superare le rispettive logiche e pratiche. La Slaughter, già presidente della potente Associazione americana di Diritto internazionale e politologa apprezzata nonché ripetutamente responsabile di rilevanti incarichi governativi, ha centrato le proprie ricerche esattamente sul rapporto tra queste due dimensioni internazionalistiche, utilizzando i paradigmi delle Relazioni internazionali nella teoria giuridica internazionale.

Partendo dall'idea di Moravcsik di riformulare la teoria liberale in una 'forma non-utopica e non-ideologica appropriata alle scienze sociali empiriche', la Slaughter ha disaggregato lo Stato accentuando i *linkages* transnazionali diretti tra gli organi governativi, legislativi, amministrativi e giudiziari dei singoli Stati. In questo modo ha stratificato il Diritto internazionale in tre livelli: il diritto volontario degli individui e dei gruppi operanti nella società transnazionale; il diritto delle istituzioni governative operanti però transnazionalmente; infine, il diritto relativo alle relazioni inter-statali. In questo contesto, particolare rilevanza è data ai primi due strati e quindi agli attori non-stato del primo livello e gli organi statali che però operano transnazionalmente. Si aggiunga che, nell'ambito del stesso terzo livello, la priorità è data a quella parte del diritto che direttamente riguarda le relazioni individuo-stato. A prescindere dall'effettiva applicazione che potrà avere, interessante è lo sforzo teoretico da una parte di far fronte alla comparsa di tanti attori che operano transna-

zionalmente, e dall'altra di attenuare la scompartimentazione tra politica e diritto.

In termini generali, sempre dal punto di vista di un Orientalista cultore di Relazioni internazionali, il giudizio sull'evoluzione del Diritto internazionale appare decisamente positivo. Certo, spesso si dice che il bicchiere è mezzo vuoto; ma bisogna aggiungere che prima di acqua ce n'era veramente molto poca. D'altra parte, non manca chi, all'opposto, vagheggia la 'transizione ad un diritto sovranazionale'.

Comunque sia, un dato di fatto è che l'obiettivo del Diritto internazionale non sembra più confinato al mantenimento dell'ordine, della stabilità internazionale, sulla base dell'integrità territoriale e della *domestic jurisdiction*; ora l'obiettivo appare quello più ambizioso, anche se ancora amorfo, della *global governance*. A questo riguardo, confortante è l'evoluzione della giustizia internazionale: iniziata in modo timido e incerto, dopo la creazione di tribunali speciali in risposta a conflitti del dopo-Guerra fredda, soprattutto con l'istituzione della Corte penale internazionale – seppur senza ancora alcune importanti adesioni – gode ormai di un ruolo sia punitivo che preventivo.

Il radicale mutamento è evidente anche nell'incremento della *regulation* che non è più internazionale ma è globale, come nel caso della normativa relativa al commercio internazionale, alla protezione ambientale e soprattutto ai diritti umani. Peraltro, il superamento della barriera della *domestic jurisdiction* è facilitato dalla crescente tendenza dei tribunali nazionali a sentenziare sulla base di precetti di Diritto internazionale.

In conclusione, mi sembra di poter affermare che la generale percezione dei politologi internazionalistici (anche non occidentali) è che gli attuali sviluppi abbiano iniettato nuova linfa nel campo del Diritto internazionale, che molti in precedenza davano per moribondo, spingendo gli studiosi delle Relazioni internazionali a guardare in modo nuovo al ruolo che le norme del diritto svolgono nel plasmare la politica mondiale, e quindi al prezioso contributo che voi, specialisti del settore, date per consentire una più adeguata risposta alla sfide che la nuova configurazione del mondo presenta. In primo luogo alla sfida della diversità culturale, con il non-facile 'adattamento' del Diritto internazionale alla multiculturalità che caratterizza la Politica mondiale del XXI secolo. A questo fine è necessario che lo studioso (sia giurista sia politologo) abbandoni il vecchio etnocentrismo in favore di una visione più attenta ai mutamenti in atto, e adotti un approccio più pluralistico verso i valori che governano il Diritto internazionale. Non si tratta di essere più tolleranti (come è stato detto): la tolleranza ha già provocato troppi danni. Quel che è necessa-

rio è la conoscenza e il conseguente rispetto dell'altro. Insomma, più empatia nei confronti della diversità culturale se si vuole trasformare la 'multiculturalità', che come sappiamo porta facilmente al ghetto e alla 'Bosnia', in 'interculturalità' che invece porta all'Unione europea, la quale nonostante la grave crisi che sta attraversando è certamente uno straordinario esempio di volontarismo storico, in cui l'agente è riuscito a modificare il sistema, a cambiare il corso della storia.

Voglio concludere con una riflessione per così dire eccentrica rispetto al tema centrale. In questo momento in cui l'Europa non gode di buona fama al suo interno, mi preme sottolineare come l'esperienza europea sia guardata con grande interesse e profonda ammirazione dai paesi dell'Asia orientale, ove si spera che la complessa e tormentata relazione tra le due maggiori potenze regionali, la Cina e il Giappone, possa trovare una soluzione sul modello della riconciliazione franco-tedesca, che ha motivato il fondamento funzionalistico dell'intesa europea. Rinnovando il benvenuto nell'antico *collegium sinicum* e l'augurio di un proficuo lavoro, mi è gradito esprimere da parte di questa comunità scientifica (e segnatamente degli orientalisti) il particolare apprezzamento per il prezioso contributo dato dagli studiosi italiani, che in questo settore hanno una posizione di indiscusso prestigio internazionale.

Autonomia istituzionale del diritto internazionale

Una delle principali caratteristiche del Diritto internazionale in quanto istituzione moderna insieme alla forma multilaterale della legislazione, alla forma di obbligo giuridico legato sul consenso e a una pratica di giustificazione o forma di argomentazione che è retorica e analogica.

«Although, the concept of universal human rights is of Western origin, other cultures have highly developed traditions requiring respect for the dignity of human beings. Sometimes, rulers are obliged to give such respect in return for the obedience of those they rule. […] Traditions of such reciprocity exist in civilizations such as Islam, Confucian China, Africa, and Hindu India. Confucian rulers are obliged to serve the general interest of the people, but the Chinese language did not have a word for 'rights' until the nineteenth century. If China's emperors did not abuse subjects, it was not because people had inherent rights but because that was how an enlightened Confucian ruler was expected to behave. […] Is cultural relativism merely an excuse for repression? Some non-Western leaders argue that human rights should be interpreted differently in non-Western settings. They contend that the

need for economic development in their countries may require limiting individual liberties. Despite the claim of cultural relativists that human tights vary depending on cultural norms, most countries have accepted a legal obligations the growing body of human rights law enacted since World War Two» (R.W. MANSBACH, K.L. TAYLOR, *Introduction to Global Politics*, II ed., New York, 2012, p. 370).

SESSIONE INAUGURALE

PLURALITÀ E UNITÀ CULTURALE DEI POPOLI DEI 'MARI TRA LE TERRE'

Presidenza

T. TREVES

LES OBSTACLES POLITICO-CULTURELS A LA COOPERATION INTERETATIQUE DANS LE GOLFE PERSIQUE ET LA MER CASPIENNE

Djamchid MOMTAZ*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. La délimitation du plateau continental. – 3. *Segue*: a) La délimitation du plateau continental du Golfe Persique. – 4. *Segue*: b) Délimitation du plateau continental de la mer Caspienne. – 5. L'acheminement des ressources en pétrole et gaz. – 6. *Segue*: a) L'oléoduc Baku-Tiflis-Ceyhan. – 7. *Segue*: b) L'oléoduc Abou Dhabi-Fujairah. – 8. Conclusions.

1. Introduction

L'effondrement de la monarchie en Iran et la dislocation de l'Union soviétique transformèrent profondément la configuration politico-culturelle dans le Golfe Persique et la mer Caspienne. Les slogans révolutionnaires proférés par la République islamique d'Iran, l'occupation de l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique à Téhéran puis la guerre qui, pendant huit années, opposa l'Irak à l'Iran suscitèrent la crainte des monarchies conservatrices du Golfe Persique, entrainant l'isolement de l'Iran sur le plan diplomatique. Dans la mer Caspienne, la volonté des Etats nouvellement indépendants de s'affirmer par rapport à l'Iran et, plus encore, face à la Russie, les amènera à se rapprocher des Etats-Unis qui mirent à profit cette politique pour contenir ces deux Etats. Dans les deux cas, la coopération entre les Etats côtiers de ces espaces marins s'en trouvera profondément affectée. Les conséquences sur le plan de l'élaboration du statut juridique de ces espaces sont indéniables et se feront particulièrement ressentir lors des négociations menées pour délimiter le plateau continental du Golfe Persique et de la mer Caspienne ainsi que dans le choix des itinéraires pour l'acheminement des ressources extraites par les Etats côtiers vers les marchés de consommation.

* Professeur de Droit international, Université de Téhéran.

2. La délimitation du plateau continental

Le sous-sol du Golfe Persique et de la mer Caspienne recèlent d'importantes ressources en pétrole et en gaz naturel. Bien que le Golfe Persique ait une superficie nettement moindre que celle de la mer Caspienne, ses réserves prouvées en pétrole et en gaz naturel sont sans commune mesure avec celles de cette mer[1]. Elles n'en attirent pas moins, dans les deux cas, les convoitises des sociétés d'extraction étrangères, américaines en tête, rendant d'autant plus difficiles les opérations de délimitation avec l'Iran.

3. Segue: *a) La délimitation du plateau continental du Golfe Persique*

A l'exception de l'Irak, tous les Etats arabes côtiers du Golfe Persique sont parvenus à délimiter leur plateau continental avec leurs voisins arabes. La raison de cette défaillance est d'ordre géographique: l'infime longueur de la côte irakienne et sa concavité par rapport à celles de l'Iran et du Koweït font que l'Irak a jusqu'ici toujours refusé de se soumettre à la méthode de l'équidistance. Dans l'espoir d'obtenir un traitement équitable, cet Etat mise sur une négociation tripartite et continue de dénoncer les négociations bilatérales menées par l'Iran et le Koweït, estimant que la délimitation qui pourrait en résulter ne lui sera pas opposable[2].

Ces négociations ne sont d'ailleurs pas près d'aboutir en raison des prétentions inconciliables des protagonistes sur le gisement d'Al Durrah et le chevauchement des concessions que l'Iran et le Koweït ont accordées à des compagnies pétrolières. De surcroit, depuis la délimitation du plateau continental de l'ancienne zone neutre entre le Koweït et l'Arabie Saoudite qui prévoit la mise en place d'un condominium limité à l'exploitation de ses ressources [3], ces deux Etats se considèrent chacun comme partie unique dans les négociations avec

[1] D'une superficie variant entre 360 et 440 000 kms² en raison des fluctuations de son niveau, la Caspienne recèle approximativement 3% des réserves mondiales de pétrole et 7% des réserves de gaz, chiffres comparables à ceux donnés pour les réserves du sous-sol de la mer du Nord. En revanche, le sous-sol du Golfe Persique, dont la surface ne dépasse pas 250 000 km², recèle plus de la moitié des réserves prouvées de pétrole dans le monde, alors que la structure partagée entre l'Iran et le Qatar recèle à elle seule plus de 20% des réserves prouvées de gaz dans le monde.

[2] Lettre adressée par l'Irak au Secrétaire Général des Nations Unies le 18 avril 2001 UN Doc. S/2001/374.

[3] Accord du 2 juillet 2000, dans *Recueil des traités*, vol. 2141, p. 251 n° 37359.

l'Iran. Cette solution défavorise ce dernier Etat qui doit ainsi faire face à ces deux Etats entre lesquels existent de solides liens culturels et politiques. L'Iran continue à s'y opposer en invoquant le principe de l'effet relatif de l'accord qui ne saurait créer d'obligations pour lui sans son consentement[4].

Autre zone du plateau continental du Golfe Persique qui reste à délimiter et dont l'une parties prenantes est l'Iran est celle qu'il partage avec les Emirats arabes unis. La difficulté résulte ici des revendications concurrentes de souveraineté visant principalement l'île d'Abu Musa dont le statut est régi par le Mémorandum d'accord qui lie l'Iran et l'Emirat de Chardjah en vertu d'un échange de lettres entre eux assuré par le Royaume-Uni, Etat chargé des relations extérieures de cet Emirat[5]. Bien que l'instrument précise que les parties ne renoncent pas à leur revendication sur l'île, les dispositions du Mémorandum et la lettre adressée par l'Iran montrent clairement que les droits qui leur sont reconnus ont une finalité différente et d'importance inégale. Chardjah dispose, dans la partie de l'île habitée par ses nationaux, du droit de faire flotter son drapeau sur le poste de police qu'il entretiendra dans l'île. Par ailleurs, la lettre par laquelle l'Iran souscrivait aux arrangements, transmise à l'Emir de Chardjah par l'entremise du Royaume-Uni, précisait qu'ils ne seront pas interprétés de manière à restreindre la liberté de l'Iran d'adopter des mesures pour assurer la sécurité de l'île et de ses forces. Bien que les Emirats arabes unis aient endossé cet arrangement[6], ils ne se sont évidemment pas dissociés, pour des raisons politico-culturelles, des résolutions adoptées régulièrement par le Conseil de coopération du Golfe demandant à l'Iran de mettre fin à l'occupation de cette île[7]. Il est indéniable que ces résolutions contribuent à restreindre plus encore les chances de solution de ce conflit, véritable pomme de discorde entre le monde arabe et l'Iran.

4. Segue: *b) Délimitation du plateau continental de la Mer Caspienne*

Bien que l'exploitation des gisements proches des côtes

[4] Note verbale du 25 janvier 2012 adressée au Secrétaire Général des Nations Unies Bulletin n° 78 Law of the Sea U.N. New-York 2012 p. 36.

[5] Memorandum of Understanding du 25 novembre 1971.

[6] Position Paper distribué le 27 octobre 1992 par les Emirats arabes unis, 47ème session de l'Assemblée Générale, cfr. D. MOMTAZ, "Le statut de certaines îles éparses du Golfe Persique: Abu Moussa et les Petite et Grande Tumb", dans *Collection Espaces et ressources maritimes*, 1994, n° 8, pp. 194-209.

[7] Cfr. du 24 décembre 2013.

d'Azerbaïdjan débutât dès 1949, la question de la délimitation du sol et du sous-sol de la mer Caspienne ne s'est posée que suite au démembrement de l'URSS. Conformément aux accords conclus par cette dernière avec l'Iran, autre Etat littoral de la Caspienne, ses eaux, à l'exception d'une zone de pêche large de 10 milles marins, ne relevaient de la juridiction d'aucun Etat [8]. Dans les notes diplomatiques échangées entre ces Etats, la Caspienne était dénommée 'mer soviéto-iranienne'[9], ses eaux pouvant être qualifiées d'eaux 'soumises à la souveraineté conjointe'[10] des deux Etats littoraux. Cette thèse a continué d'être soutenue après la dislocation de l'URSS par la Fédération de Russie et l'Iran.

L'Azerbaïdjan fut le premier Etat à la rejeter tout en prenant l'initiative de concéder l'exploration et l'exploitation des ressources en pétrole et gaz gisant jusqu'à une distance de 100 milles marins de ses côtes à des compagnies occidentales[11]. Une telle initiative fut condamnée par l'Iran et la Fédération de Russie[12], cette dernière se réservant même le droit de prendre les mesures adéquates pour rétablir l'ordre juridique ainsi perturbé[13].

La Russie ne tarda pas à abandonner la thèse du condominium, estimant sans doute qu'il serait à son avantage de se lancer unilatéralement dans l'exploitation prometteuse des ressources gisant dans les zones adjacentes à ses côtes. A cette fin, elle conclut successivement des accords avec le Kazakhstan et l'Azerbaïdjan pour délimiter sa plateforme continentale[14]. Abandonné par son allié, l'Iran n'avait pas d'autre choix que de se rallier à la thèse majoritaire et d'opter à son tour pour le partage du sol et du sous-sol de la Caspienne. Il

[8] *Traité d'amitié entre la Perse et la République socialiste fédérative des Soviets de Russie*, du 21 février 1921 et *Traité de commerce et de navigation entre l'Iran et l'Union soviétique* du 25 mars 1940 qui établit une zone exclusive de pêche dans la Caspienne, cfr. D. MOMTAZ, "Quel régime pour la mer Caspienne ?", dans *Espaces et ressources maritimes*, 1996, n° 10, pp. 83-93.

[9] Notes échangées après la conclusion du Traité de 1940.

[10] Expression utilisée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 11 septembre 1992 dans le différend opposant le Salvador au Honduras au sujet du Golfe de Fonseca, C.I.J. Rec. 1992 § 404.

[11] L'Azerbaïdjan signait le 20 septembre 1994 un contrat d'une valeur de 8 milliards de dollars avec un consortium de sociétés occidentales dirigé par la British Petroleum. Cet Etat considère cette zone, qu'il qualifie de secteur national, comme faisant partie de son territoire et sur laquelle il exerce une souveraineté pleine et entière. Cfr. art. 11 de la Constitution du 12 novembre 1995.

[12] Communiqué commun du 30 octobre 1995.

[13] UN Doc. A/49/475.

[14] Accord Russie-Kazakhstan du 6 juillet 1998 et Accord Russie-Azerbaïdjan du 20 septembre 2001.

estimait néanmoins que ce partage devait se faire d'une manière équitable sur la base de la ligne médiane corrigée. C'est sur cette base qu'il concluait avec deux compagnies occidentales des accords de prospection portant sur une zone revendiquée par l'Azerbaïdjan[15].

La protestation de ce dernier Etat, qui estimait que l'Iran devait cantonner ses activités au sud d'une ligne droite reliant les points extrêmes de la côte iranienne à l'est et à l'ouest de la Caspienne, ne se fit pas attendre. Cette ligne, connue sous le nom d'Astara-Hosseingholi, figurait sur les cartes, rendues publiques en 1935, dressées par les services du ministère de l'industrie de l'extraction de l'URSS et déterminait l'étendue du sous-sol de la Caspienne revenant à chacune des Républiques fédérées. D'après l'Azerbaïdjan, l'Iran et l'URSS, en déclarant la Caspienne 'mer soviéto-iranienne', ne faisaient que confirmer ce tracé[16].

Il s'agissait en fait d'un acte unilatéral émanant de l'URSS qui ne pouvait engager l'Iran. De surcroit, cette interprétation, par ailleurs conforme aux intérêts du Turkménistan, autre Etat impliqué dans la délimitation, n'a pas été retenue par ce dernier. L'alignement de l'Azerbaïdjan sur la politique américaine et la détérioration consécutive de ses relations avec l'Iran ne sont pas de nature à faciliter la solution de ce problème, situation qui a déterminé l'Azerbaïdjan dans son choix d'un itinéraire pour l'acheminement de ses ressources naturelles vers les marchés internationaux.

5. L'acheminement des ressources en pétrole et gaz

La plupart des pays du pourtour de la Mer Caspienne et du Golfe Persique sont géographiquement désavantagés. Dans le cas de la Caspienne, l'accès des trois nouveaux Etats aux océans ne peut se faire qu'à travers le territoire des Etats voisins tandis que les Etats riverains du Golfe Persique, à l'exception de l'Iran et de l'Arabie saoudite, sont tributaires pour un tel accès du passage à travers le Détroit d'Hormuz. Pour éviter que l'exportation du pétrole et du gaz produits ne soit soumise aux aléas politiques, ces Etats, au mépris des facteurs économiques, ont été amenés à opter pour d'autres itinéraires: le trajet Baku-Tiflis-Ceyhan (port turc de la Méditerranée) pour ce qui est de

[15] UN Doc. A/53/741 du 11 décembre 1998.

[16] K. GULIYEV, *La mer Caspienne et le droit international*, thèse soutenue le 8 février 2013 à l'Université de Strasbourg, pp. 167 et s.

l'acheminement des ressources de la mer Caspienne et l'itinéraire Abou Dhabi-Fujaïrah dans le cas du Golfe Persique.

6. Segue: *a) L'oléoduc Baku-Tiflis-Ceyhan*

C'est en marge du Sommet d'Istanbul de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (O.S.C.E.) que les Etats producteurs de pétrole et de gaz de la Caspienne et les Etats de transit potentiels vers la mer Méditerranée ont signé une lettre d'intention pour la mise en place d'un couloir énergétique. Toutefois, la rentabilité économique de cet oléoduc, long de 1776 km et opérationnel depuis 2006, reste douteuse lorsque l'on sait qu'il a nécessité un investissement, financé par des institutions occidentales, de quelque quatre milliards de dollars[17].

Cheville ouvrière de la politique des Etats-Unis d'Amérique destinée à contenir l'Iran, la construction de cet oléoduc s'est faite au mépris des critères économiques les plus élémentaires. Il était en effet manifestement dans l'intérêt commun de l'Azerbaïdjan et de l'Iran de réaliser le projet de troc de pétrole proposé par ce dernier Etat au lendemain de la dislocation de l'URSS. La proximité des gisements de l'Azerbaïdjan des raffineries de l'Iran, par ailleurs capables d'absorber la totalité de la production azerbaïdjanaise, pouvait en effet éviter à l'Iran d'acheminer le pétrole de ses gisements proches du Golfe Persique qu'il aurait pu livrer directement aux clients de l'Azerbaïdjan. Mais, pour des raisons politiques évidentes, ce dernier a préféré céder à la pression des Etats-Unis qui l'ont sans doute menacé de sanctions dans le cadre de sa législation destinée à entraver le développement de l'industrie pétrolière de l'Iran[18].

Dans la même perspective s'inscrit la construction d'un éventuel oléoduc, long de 1200 km, posé sur le sol de la Caspienne et destiné à acheminer la production pétrolière et gazière du Turkménistan et du Kazakhstan qui sont bien décidés à la mener à bien. La réalisation de ce projet, qui serait de nature à aider à la rentabilisation de l'oléoduc Baku-Tiflis-Ceyhan, se heurte à l'opposition de l'Iran et de la Russie qui invoquent, dans le cadre des négociations menées pour l'élaboration du régime juridique de la mer Caspienne, les risques de catastrophe

[17] Lettre d'intention signée le 19 novembre 1999 et Accord conclu le 28 avril 2000.

[18] Il s'agit de la législation américaine promulguée le 4 août 1996 et destinée à sanctionner les sociétés investissant plus de 40 millions de dollars dans le secteur des hydrocarbures en Iran. Cfr. Middle East Monitor, *US Rejects Oil Swap between US Firms and Iran*, Vol. 28, n° 11, November 1998, p. 86.

écologique qu'une rupture consécutive à un possible séisme pourrait provoquer[19]. En attendant, une partie de la production du Turkménistan est acheminée vers l'Iran par tankers via le port de Neka, le reste empruntant, à l'instar de la production du Kazakhstan, les oléoducs russes.

7. Segue: *b) L'oléoduc Abou Dhabi-Fujairah*

L'éventuelle fermeture du Détroit d'Hormuz, par lequel transitent plus de 17 millions de barils de pétrole par jour et qui est à juste titre qualifié de veine jugulaire du système énergétique mondial, a toujours hanté les pays consommateurs. Crainte légitime qui se justifie par les conflits armés à répétition que la région a connus au cours des trois dernières décennies ainsi que par la tension qui y règne par intermittence. L'inquiétude est d'autant plus ressentie que l'Iran et le Sultanat d'Oman, riverains du détroit, n'ont pas manqué de souligner que la sauvegarde de leur sécurité prévalait sur le droit de passage en transit à travers cette voie de navigation[20].

Déjà, au cours du conflit armé opposant l'Iran à l'Irak, le réseau de pipe-lines d'Arabie Saoudite aboutissant au port de Yambu-Al-Bahr sur la mer Rouge a été utilisé par cet Etat pour contourner le détroit. Puis, plus tard, le flot du pétrole irakien a été interrompu par l'Arabie Saoudite suite à l'invasion du Koweït par l'Irak. Une telle décision montre bien que l'acheminement du pétrole dans la région reste à la merci des relations politiques.

Les fluctuations des relations entre l'Iran et les Etats-Unis dans le cadre du dossier nucléaire iranien illustrent la justesse de cette assertion. Ainsi, chaque fois que les Etats-Unis menacent de recourir à l'option militaire pour démanteler le programme nucléaire de l'Iran en détruisant ses installations nucléaires, ce dernier réagit en brandissant la menace d'une éventuelle fermeture du détroit [21]. Cet échange de menaces ne peut évidemment laisser indifférents les Etats exportateurs de pétrole du Golfe Persique. Cependant, l'oléoduc reliant Abou Dhabi au port de

[19] Déclaration conjointe de l'Iran et de la Fédération de Russie, UN Doc. A/54/788 du 7 mars 2000.

[20] Déclaration du 16 avril 1982 du représentant de l'Iran à la troisième *Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer* et déclaration interprétative faite par Oman lors de la signature de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*.

[21] Sentinelle publication électronique de la Société française pour le droit international n° 288 – 8 janvier 2012.

Fujaïrah sur la mer d'Oman devrait, en contournant le détroit, atténuer quelque peu leurs préoccupations. Long de 370 km, sa construction a nécessité un investissement de 3 milliards de dollars. Inauguré le 16 juillet 2012, il permettrait d'acheminer plus de 6 millions de barils de pétrole par jour, soit 40 % du pétrole transitant par le détroit.

8. Conclusions

On est en droit d'espérer que les négociations engagées le 25 novembre 2013 avec l'Iran sur ses activités nucléaires seront de nature à changer la donne. Une fois établi que le programme nucléaire iranien est dénué de volet militaire, rien ne justifierait que l'Iran continue à être diabolisé. La levée des sanctions qui en résulterait, tout en effaçant les obstacles politico-culturels à la coopération tant entre les Etats riverains du Golfe Persique qu'entre ceux bordant la Mer Caspienne, ouvrirait une nouvelle ère bénéfique pour tous.

LA POLITIQUE MARITIME INTEGREE DE L'UE ET SON DIFFERENTE APPROCHE AUX PAYS DE L'ATLANTIQUE, DE LA MER MEDITERRANEE ET DE LA MER NOIRE

José Manuel SOBRINO-HEREDIA*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. *Segue*: a) Les piliers juridiques de la politique maritime intégrée. – 3. *Segue*: b) Une approche régionale dans la mise en œuvre de la politique maritime intégrée: les bassins maritimes européens: la mer Baltique, la mer Méditerranée, l'océan Atlantique (l'Atlantique Nord-Est), la mer Noire. – 4. La politique maritime intégrée, nominalement une politique mais en fait, plutôt une stratégie.

1. *Introduction*

Depuis 2007 la Commission européenne essaie de mettre en place une politique maritime intégrée, dont l'objectif est de soutenir l'utilisation durable des mers et des océans et de développer un processus coordonné, cohérent et transparent de prise de décision sur les politiques européennes touchant les divers secteurs maritimes[1].

Cette nouvelle politique, basée sur une approche globale, intersectorielle et intégrée, vise à coordonner, et non à remplacer, les politiques sectorielles maritimes déjà existantes dans l'Union européenne que, pour le moment, préservent leurs propres caractéristiques.

Cette politique se bâtisse sur le constat que toutes les questions relatives aux mers et aux océans d'Europe sont liées entre elles et que les politiques maritimes doivent être élaborées conjointement pour obtenir des meilleurs résultats.

L'évolution de cette politique se caractérise, à mon avis, par la prolifération des textes et des instruments avec une portée très diverse,

* Professeur de Droit international public; Directeur de l'Institut Européen d'Études Européens 'Salvador de Madariaga', Université de La Corogne (Espagne).

[1] Pour un aperçu de cette politique, voir, M.C. NÚÑEZ LOZANO, *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*, Madrid, 2010; A. DEL VECCHIO, *La Politica marittima comunitaria*, Roma, 2008.

mais en général, souffrant d'un manque de densité juridique évident. Ces textes, par ailleurs montre une claire préférence pour une approche régionale fondée sur les bassins maritimes européennes et, parmi eux, l'Atlantique, la mer Méditerranée et la mer Noire.

Dans mon travail je voudrais d'abord présenter les piliers juridiques de cette nouvelle politique (A), puis son développement, qui est essentiellement régionale, fondée sur les bassins maritimes européens (B). Pour essayer enfin de répondre à la question de savoir s'il s'agit d'une véritable politique européenne ou si, au contraire, c'est juste une stratégie politique fortement conditionnée par la nature des compétences exercées par les autorités européennes et par la situation économique et financière que connaît l'Europe actuellement (C).

Voyons tout d'abord les piliers juridiques de la politique maritime intégrée.

2. Segue: *a) Les piliers juridiques de la politique maritime intégrée*

Les mers et océans font partie de l'histoire de l'Europe et de son avenir. La interaction entre l'Europe et la mer est intense, variée et vitale pour son bien-être et sa prospérité[2]. L'importance des enjeux liés à la mer ont poussé aux autorités européennes à élaborer une PMI à la dimension de l'Europe[3].

[2] Quelques chiffres bien connus suffisent à rappeler combien les mers et océans sont essentiels pour l'Europe: L'UE est bordée par deux océans et quatre mers (Les océans Atlantique et Arctique, et les mers Baltique, du Nord, Méditerranée et Noire), et ses 70.000 km de côtes accueillent 40% de sa population et représentent près de la moitié de son PIB. Les zones sous la juridiction de ses États membres s'étendent dans toutes les mers du globe sur près de 20 millions de km², ce qui fait virtuellement de l'Union européenne la première puissance maritime mondiale (En superficie, les régions ultrapériphériques de l'UE lui offrent la plus grande ZEE du monde). Par ailleurs, avec 1200 ports, l'UE constitue la première zone maritime et la plus grande flotte marchande du monde. 90% du commerce extérieur et 40% du commerce intérieur de l'UE transitent par la mer. Le secteur européen de la pêche occupe la quatrième place mondiale. Cinq millions d'européens vivent des activités générées par le maritime: chantiers navals, transport maritime, activités portuaires, pêche, production d'énergie en mer, tourisme côtier et maritime, etc.). Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions, *Une politique maritime intégrée pour l'Union Européenne*, COM(2007)575 final, Bruxelles, 10.10.2007.

[3] Des initiatives similaires ont été prises par des autres États tiers: Ocean Act, en 2000 aux Etats-Unis; Australia's Ocean Policy, en 1999; Japonese ocean policy in the early 21st century, en 2002; Stratégie sur les océans du Canada, en 2002. Toutes ces initiatives s'inspirent, d'ailleurs, dans le préambule de la CNUDM 1982 que stipule

Les antécédents de la PMI on peut les trouver en 2005, lorsque la Commission, dans sa communication *Vers une politique maritime de l'Union: une vision européenne des océans et des mers* a placé la définition progressive d'une politique maritime intégrée au rang de ses objectifs stratégiques pour la période 2005-2009[4]. Cette démarche s'est concrétisée en 2006, lorsque la Commission a adopté le *Livre vert* lançant une large consultation dans cette matière[5]. Puis, en 2007, en publiant un *Livre bleu* sur cette politique[6].

Le *Livre bleu* est accompagné d'un plan d'action détaillé et, notamment, en ce qui concerne le transport maritime, l'emploi, la recherche scientifique, les pêcheries et la protection de l'environnement marin[7]. L'une de ces premières actions palpables a été, l'adoption, le 17 juin 2008, de la directive-cadre *Stratégie pour le milieu marin* (directive n° 2008/56/CE), premier pilier environnemental de la PMI qui prévoit la création d'une zone maritime commune et l'élaboration d'une stratégie sur la période 2008-2018. Cette directive établit, pour ce qui maintenant nous intéresse, une approche régionale dans ce domaine et une coordination étroite avec tous les États membres et pays tiers concernés, même au travers des structures institutionnelles déjà en place dans les régions ou sous-régions marines, en particulier des conventions sur les mers régionales[8].

Des autres actions concrètes ont suivi dans la foulé du plan d'action susmentionné et, tout particulièrement, en ce qui concerne la *gouvernance* maritime[9], la recherche marine et maritime[10], l'énergie en

notamment que: «[…] les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble».

[4] COM (2005) 73 final. Le Comité des régions a joué, également, un rôle déterminant dans le lancement de cette politique en adoptant le 12 octobre 2005 un avis d'initiative sur: *La politique maritime de l'Union européenne: un enjeu de développement durable pour les collectivités locales et* régionales, JO *C* 81, 4.4.2006, p. 20, en soutenant la démarche de la Commission et le processus de consultation sur la PMI, en lui demandant de reconnaître la contribution des collectivités locales et régionales dans ce domaine, et en l'invitant à prendre en compte les approches régionales de grande ampleur, en particulier celles qui existent déjà dans: le Nord-Est Atlantique, la mer Baltique, la Méditerranée et la mer Noire.

[5] COM (2006) 275.

[6] COM (2007) 575.

[7] SEC (2007) 1278.

[8] Directive 2008/56/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 17 juin 2008, établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (cadre stratégie pour le milieu marin, *JO L 164,* 25.6.2008, p.19).

[9] *La Communication concernant de meilleures pratiques en matière de gouvernance maritime intégrée et de consultation des parties prenantes*, COM(2008)395, dans laquelle on suggère la convenance que les États membres

mer[11], le transport maritime[12], la surveillance maritime[13], les bassins et sous-bassins maritimes[14], la connaissance du milieu maritime[15], la

développent leurs propres PMI et créent des structures de coordination internes pour les affaires maritimes dans leurs systèmes administratifs respectifs. Cette Communication souligne, également, les responsabilités et les compétences des régions côtières et recommande leur participation aux processus décisionnels ayant trait aux activités maritimes.

[10] *Communication concernant la stratégie européenne pour la recherche marine et maritime*, COM(2008)534. Cette stratégie propose des mesures et des mécanismes concrets destinés à améliorer l'efficacité et l'excellence de la recherche marine et maritime afin de relever les défis auxquels les mers sont confrontées (le changement, les incidences des activités humaines sur les écosystèmes marins, l'approche écosystémique de la gestion des ressources marines et de l'aménagement de l'espace, la biodiversité et la biotechnologie marines, etc.).

[11] *Communication sur l'énergie éolienne en mer*, COM(2008)768. Ce document signale les défis à relever pour exploiter le potentiel européen en matière d'énergie éolienne en mer ainsi que les actions que l'UE devrait entreprendre à cette fin.

[12] *Communication concernant les objectifs stratégiques et recommandations concernant la politique du transport maritime de l'UE favorisant une navigation intra-européenne et internationale sûre, sécurisée et efficace*, COM(2009)8, ainsi qu'une *Communication et un programme d'action en vue de créer un espace maritime européen de transport sans barrières*, COM(2009)10. Ces communications ont été complétées par une *Proposition de directive concernant les formalités déclaratives applicables aux navires à l'entrée ou à la sortie des ports des États membres, qui contribue à la réalisation d'un espace européen de transport maritime sans barrières*, COM(2009)11. Ces documents visent à réduire la bureaucratie et faciliter le transport maritime entre les ports de l'UE sans compromettre la sécurité et la sûreté.

[13] *Communication concernant l'intégration de la surveillance maritime*, COM(2009)538. Ce document expose les principes directeurs qui régissent la création d'un environnement commun de partage de l'information pour le domaine maritime de l'UE. Sa mise en place devrait permettre le rassemblement des systèmes de contrôle et de suivi déjà utilisés pour assurer la sûreté et la sécurité maritimes, la protection de l'environnement marin, le contrôle des pêches, les intérêts commerciaux et économiques, le contrôle des frontières extérieures et d'autres activités de défense et de contrôle. Et, *Communication relative à un projet de feuille de route sur la mise en place de l'environnement commun de partage de l'information aux fins de la surveillance du domaine maritime de l'UE*, COM(2010)584. La feuille de route fixe des étapes concrètes afin de parvenir à une surveillance efficace des mers européennes.

[14] *Communication concernant l'UE et la région arctique*, COM(2008)763. Elle vise à jeter les bases d'une réflexion plus poussée sur le rôle de l'UE dans l'Arctique. *Stratégie de l'UE pour la région de la mer Baltique*, COM(2009)248. En tant que première stratégie globale élaborée au niveau 'macro régional', la stratégie pour la mer Baltique constitue un premier pas vers la mise en œuvre régionale de la PMI. En 2012 la Commission a adopté une deuxième communication concernant *La stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique*, COM (2012) 128 final, 23.03.2012. La *Communication concernant une meilleure gouvernance dans la Méditerranée grâce à une PMI*, COM(2009)466, met en évidence les mécanismes et les outils permettant de mettre en place une approche intégrée pour la gestion des activités maritimes dans le bassin méditerranéen. Communication intitulée *Définir une stratégie maritime pour la région* atlantique, COM(2011)782 final, en vue de stimuler la création d'emplois et la

planification de l'espace maritime[16], etc. Grâce à ces actions les autorités européennes ont cherché à atteindre un certain nombre des objectifs majeurs et, parmi eux: promouvoir l'intégration de structures de *gouvernance* plus larges et davantage fondées sur la coopération; créer un socle de connaissance et des instruments transversaux afin de mettre en œuvre des politiques intégrées; améliorer la qualité des politiques sectorielles par une recherche active de synergies et davantage de cohérence entre les différents secteurs; tenir compte, lors de la mise en œuvre des objectifs ci-dessus, des spécificités des mers régionales entourant l'Europe en adoptant des solutions sur mesures.

Pour mener à bien ces actions a été nécessaire également de glisser certains éléments intersectoriels et d'intégration dans les institutions européennes concernées. Ainsi, la Commission a créé, en 2005, un groupe directeur de commissaires pour les affaires maritimes, ainsi qu'un groupe interservices, par ailleurs la direction générale compétente, a été rebaptisé DG Affaires maritimes et pêche (MARE) et a été restructurée afin d'assurer la coordination interne des affaires maritimes sur une base permanente. Dans le Conseil, celui des Affaires générales et affaires extérieures est chargée de cette politique, compte tenu de sa portée horizontale et générale. Et le Parlement européen a établi un groupe de travail ad hoc: l'intergroupe Mers et zones côtières impliquant plusieurs commissions parlementaires.

En ce qui concerne l'obtention de résultats spécifiques et des progrès dans ces domaines, la Commission a présenté, en octobre 2009, un Rapport, á mon avis, plutôt optimiste sur l'état d'avancement de la PMI dans lequel elle résume les principales réalisations de la PMI jusqu'à cette date et trace la voie pour la prochaine phase de sa mise en œuvre, en proposant alors six axes stratégiques dont: la *gouvernance* maritime intégrées; les instruments pour une politique intersectorielle; la définition des limites de la viabilité; les stratégies par bassin maritimes;

croissance dans la région atlantique par le renforcement de son potentiel maritime. Et, Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Sociale Européen et au Comité des Régions, *Une stratégie maritime pour la mer Adriatique et la mer Ionienne*, COM (2012) 713 final, 30.11.2012.

[15] Communication de la Commission, *Connaissance du milieu marin 2020*, COM(2010)461. La finalité de cette communication est celle d'améliorer l'utilisation des connaissances scientifiques sur les mers et les océans de l'Europe par une approche coordonnée de la collecte et de la compilation des données marines.

[16] Communication *Planification de l'espace maritime dans l'UE – bilan et perspectives d'évolution,* COM(2010)771. Ce document examine l'évolution de la planification de l'espace maritime depuis la feuille de route de 2008, y compris les résultats de la consultation publique qui a suivi la feuille de route.

la dimension internationale de la PMI; et la croissance économique, l'emploi et l'innovation durables. En particulier, elle souligne qu'une cinquantaine d'initiatives sur les soixante inscrites dans le plan ont été déjà réalisées[17].

Le premier véritable test concernant la cohérence de la PMI avec les politiques sectorielles liées à la mer**,** a lieu maintenant dans le contexte de l'actuelle réforme de la politique commune de la pêche initiée en 2009[18]. À cet égard, la Commission dans son *Livre vert* concernant cette réforme soutient explicitement la nécessité de l'intégration de la PPC dans le contexte global de la PMI. Tandis que dans sa proposition de règlement relatif à la PPC, présentée le 13 juillet 2011, elle souligne l'importance que la PCP soit mise en œuvre en prenant en considération la PMI. Par ailleurs, la nouvelle PPC préconise une plus forte régionalisation de la gestion des pêches et le renforcement des Conseils Consultatifs Régionaux établies, certains d'entre eux, dans les différents bassins maritimes que plus tard je vais examiner[19].

Une autre question aussi fondamentale pour la réussite de la PMI était, sans doute, son soutien financier. D'où l'importance du Règlement (UE) n° 1255/2011 du 30 novembre 2011 établissant un programme de soutien pour le développement d'une politique maritime intégrée. Ce règlement a doté la PMI de son premier programme opérationnel pour la période 2012-2013, dont un des objectifs est précisément celui de soutenir l'élaboration et la mise en œuvre de stratégies relatives aux bassins maritimes (art. 2, d.). Le 2 décembre 2011, la Commission a présenté une proposition de règlement relatif au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche que, en remplaçant le règlement susmentionné, intégrera dans un seul Fonds les aides à la PPC et celles relatives à la PMI pour la période 2014-2020[20].

Dans son deuxième Rapport sur l'état d'avancement de la politique maritime intégrée de l'UE publié en 2012[21], cette fois plus pessimiste ou réaliste, la Commission décrit les progrès réalisés par la PMI et les politiques maritimes sectorielles dans le domaine maritime entre 2010 et 2012, en soulignant comme le climat économique a radicalement changé et cela entrave la mise en œuvre de nouvelles actions dans ce domaine.

[17] *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions sur l'état d'avancement de la politique maritime intégrée de l'UE*, COM(2009)540 final, 15.10.2009.

[18] COM (2009) 163 final, 22.04.2009.

[19] COM (2011)425 final, 13.07.2011.

[20] COM (2011) 804 final, 2.12.2011.

[21] COM (2012) 491final, 11.09.2012.

Cependant, la Commission continue à soutenir, dans sa Communication, que le potentiel de croissance de l'économie maritime est une chance que l'Europe se doit de saisir[22].

Pour sa part, le Parlement européen a adopté également plusieurs résolution et rapports concernant la PMI (la résolution du 12 juillet 2007[23] et celle du 20 mai 2008[24], le rapport du 5 octobre 2010[25]), dans lesquelles il défende et soutient la création dans l'UE d'une politique maritime intégrée qui privilégierait une approche régionale dans sa mise en œuvre, en estimant, néanmoins, dans l'ensemble, que les documents de la Commission contient trop peu de mesures concrètes et en encourageant à la Commission à utiliser de manière plus ambitieuse les instruments dont elle dispose conformément aux traités.

Finalement, sous la présidence de Chypre et dans le cadre de la Conférence ministérielle informelle sur la politique maritime intégrée, a été adopté la Déclaration de Limassol (Limassol, 7 octobre 2012) dans laquelle, les ministres compétents constatent que le développement d'une approche intégrée des affaires maritimes, cohérente avec les autres politiques sectorielles, contribue à renforcer la capacité de l'Europe dans les différents secteurs maritimes et dans laquelle ils manifestent, en particulier, leur appuie à l'élaboration de stratégies intégrées relatives aux bassins maritimes[26].

En définitive, la plupart des textes qui viennent d'être présentés montrent comme l'approche régionale structurée autour des bassins maritimes européens devienne une pierre angulaire de la PMI. Voyons maintenant cette approche régionale.

[22] Par ailleurs, la Commission veut lier les objectifs de la PMI à la stratégie *Europe 2020* avec laquelle l'UE prétend remettre l'économie en selle. Ces objectifs sont les suivants: l'emploi, la recherche et l'innovation, le changement climatique et l'énergie, l'éducation et enfin la lutte contre la pauvreté. Communication de la Commission, *Europe 2020 – Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM(2010)2020 final, du 03.03.2010.

[23] P6_TA(2007)0343.

[24] P6_TA(2008)0213.

[25] P7_TA(2010)0386.

[26] En particulier, dans le point 10 de la Déclaration les ministres responsables de la politique maritime manifestent leur appuie à l'élaboration et la mise en œuvre appropriées de stratégies intégrées relatives aux bassins maritimes et de stratégies macro-régionales intégrées, qui constitueront des plateformes essentielles pour favoriser une croissance durable dans les zones côtières.

3. Segue: *b) Une approche régionale dans la mise en œuvre de la politique maritime intégrée: les bassins maritimes européens: la mer Baltique, la mer Méditerranée, l'océan Atlantique (l'Atlantique Nord-Est), la mer Noire*

Depuis 2007 les responsables européens élaborent, donc, des actions de PMI qui font le lien avec des actions conduites depuis des directions sectorielles européennes diverses et, dans certains cas, elles sont, aussi, complémentaires à celles menées par les autorités nationales et régionales ayant compétences à la matière. Précisément, pour rendre plus opérationnelles ces actions, les institutions européennes, ont mis au point une approche par bassins maritimes transnationaux.

C'est pour cette raison que les institutions européennes ont donné la priorité en ce qui concerne la mise en œuvre de la PMI à des approches individuelles qui tient en compte les spécificités géographiques, économiques et politiques propres à chaque bassin ou macro-région maritime européenne, voir l'Atlantique, la Méditerranée et la mer Noire, c'est ce qu'on appelle, dans l'argot européen, l'approche par bassin. Selon l'art. 4, 1º de la directive-cadre *Stratégie pour le milieu marin* (directive n° 2008/56/CE[27]), ces bassins ou régions marines sont les suivantes: a) la mer Baltique; b) l'Atlantique du Nord-Est; c) la mer Méditerranée; et d) la mer Noire[28].

Dans chacun de ces bassin maritime la PMI va favorisé la création et le développement des liens plus étroits et efficaces entre toutes les parties prenantes aux niveaux européen, national et régionale dans des domaines clés tels que la protection du milieu marin, la sûreté, la sécurité et la surveillance des espaces maritimes de l'UE ainsi que la recherche marine et maritime. La participation des partenaires sociaux fait partie aussi de cette démarche.

Cette stratégie régionale utilise les outils, programmes et financement déjà existant, les mettent en œuvre pour réaliser les objectifs

[27] Directive 2008/56/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 17 juin 2008, établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin, directive-cadre *Stratégie pour le milieu marin*, JO L 164, 25.6.2008, p.19.

[28] L'art. 4. 2º de la Directive 20008/56/CE, signale que les États membres peuvent tenir compte des subdivisions régionales compatibles avec les sous-régions marines suivantes: a) dans l'océan Atlantique du Nord : i) la mer du Nord au sens large, y compris le Kattegat e la Manche; ii) les mers Celtiques; iii) le golfe de Gascogne et les côtes ibériques; iv) dans l'océan Atlantique, la région biogéographique macaronésienne, définie par les eaux autour des Açores, de Madère et des îles Canaries; b) dans la Méditerranée: i) la Méditerranée occidentale; la mer Adriatique; iii) la mer Ionienne et la mer Méditerranée centrale; la mer Egée-mer Levantine.

spécifiques de la région et vise à intégrer dans leur planification les ressources publiques et privées, afin que les politiques plus larges soient articulées avec les financements disponibles (européens, nationaux, régionaux). Cela devrait permettre une meilleure synergie entre les différents niveaux politiques et administratifs concernés, le partage d'informations et l'échange des meilleures pratiques en matière de politique maritime, y compris sa *gouvernance* et ses politiques sectorielles qui ont une incidence sur les mers régionales et les régions côtières, permettant ainsi une meilleure utilisation des fonds publics.

D'autre part, la stratégie maritime régionale se verra favorisée si on suive une approche fonctionnelle puisqu'elle permettrait de rechercher de la cohérence à l'échelle globale tout en maintenant l'échelle d'action la plus appropriée en fonction des problématiques traitées, en s'appuyant notamment sur les initiatives déjà prises, à quelque niveau que ce soit, en matière de PMI. Á cet égard, et sauf, dans certains politiques sectorielles où il existe des compétences exclusives (par exemple, dans la PPC), nous nous trouvons en face d'un domaine ouvert au jeu du principe de subsidiarité et à l'application de la *gouvernance* à plusieurs niveaux.

En outre, étant donné qu'il ya aussi d'autres Etats tiers ayant des intérêts légitimes dans ces bassins maritimes, il parait essentiel d'y associer au-delà des États membre les autres pays riverains aux actions développées dans le cadre de la PMI. Il faudrait pour cela tenir compte des expériences qui existent déjà entre différents pays de la région et des structures institutionnelles internationales qui sont déjà en place. Ce qui fournirait la PMI d'une véritable dimension internationale[29].

Voyons voir, maintenant, comment cette approche s'est matérialisée dans les différents bassins maritimes dans lesquels l'UE a mis en place des stratégies maritimes régionales. On va commencer par la mer Baltique.

La mer Baltique

Cette mer quasiment fermée et de faible profondeur qui connaît de problèmes environnementaux aggravés par l'intensité du trafic maritime, a été précisément celle que la Commission a choisie pour lancer sa première stratégie régionale dans le cadre de la PMI[30]. En effet, le 20

[29] A cet égard, voir, la *Communication concernant la dimension internationale de la PMI*, COM(2009)536. Cette communication vise à renforcer le rôle de l'UE au sein des instances internationales et à faciliter la coopération au niveau régional avec les pays voisins de l'UE qui partagent avec elle des bassins maritimes y compris la conclusion de conventions sur les mers régionales.

[30] La mer Baltique est une mer quasiment fermée et de faible profondeur (55 mètres

Janvier 2009, elle a publié une *Communication concernant la stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique* et un plan d'action accompagné d'une liste de 80 projets phares, dont certains ont déjà été lancés[31]. Cette stratégie crée un cadre pour la coopération régionale autour de la Baltique et ouvre en même temps la voie à l'émergence de macro-régions maritimes au sein de l'Union européenne. Dans l'année 2012, la Commission a émis une nouvelle *Communication concernant la stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique* faisant le point sur l'avancement de cette stratégie et proposant un cadre révisé[32].

Cette stratégie est fondée sur le renforcement de la coopération entre les gouvernements nationaux et régionaux, les entreprises et le reste de la société civile. Leur objectif est celui de promouvoir une meilleure coordination des politiques et une législation plus efficace, en recourant à une approche intégrée. Les actions et les projets mis en œuvre dans le cadre de la stratégie vont pouvoir être soutenus par les financements communautaires disponibles dans les programmes et instruments européens (le 7ème programme-cadre, le programme Life+, les réseaux transeuropéens de transport et d'énergie, les fonds structurels européens, etc.). Il faut dire que, depuis lors, plusieurs programmes de coopération territoriale des Fonds structurels ont permis la réalisation d'un grand nombre de projets soutenant cette stratégie.

Les actions prioritaires dans le cadre de cette stratégie sont celles que visent à: créer un environnement durable (en traitant les eaux usées, par exemple); accroître la prospérité de la région (notamment en encourageant l'innovation au sein des petites et moyennes entreprises); améliorer l'accessibilité et l'attractivité (en améliorant les liaisons de

de moyenne), à l'exception de quelques zones. Sa superficie est de 450 000 km² et ses eaux, peu salées, se renouvellent très lentement et se gèlent une partie de l'année dans les extrémités nord et nord-est. Sur les neuf pays riverains de la mer Baltique, un seul d'entre eux n'est pas membre de l'UE (Russie). Cette mer qui connaît de problèmes environnementaux, en particulier celui de l'eutrophisation est redevenue un important espace de navigation et d'échanges commerciaux dans lequel l'intense trafic maritime aggrave chaque fois plus ces problèmes.

[31] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant la stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique, COM(2009) 248 final, 20.01.2009.

[32] *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant la stratégie de l'Union européenne pour la région de la mer Baltique, COM (2012) 128 final, 23.03.2012*.

transport, par exemple); garantir la sûreté et la sécurité de la région (entre autres, en assurant une meilleure réponse aux accidents).

Cette stratégie comprend, également, des mesures destinées à réduire la pollution des navires, développer le transport maritime à courte distance viable, lutter contre l'eutrophisation, créer de nouvelles PME innovantes, soutenir la recherche et intégrer les systèmes de surveillance maritime.

En outre, la deuxième communication propose: une amélioration des priorités stratégiques (autour de axes tels que: sauver la mer Baltique, désenclaver la région et accroître sa prospérité); une mise en adéquation des politiques avec les financements (les considérations stratégiques doivent être prises en compte dans les discussions budgétaires, en faisant participer davantage les acteurs régionaux et municipaux); une clarification des responsabilités des différents acteurs (dans le cadre d'une *gouvernance* ouverte et efficace il faut clarifier le rôle et les responsabilités de principales parties prenantes chargées de la mise en œuvre de cette stratégie); et une meilleure communication (mieux connaître et partager les expériences, établir un système d'objectifs et d'indicateurs). En connexion avec les objectifs "Europe 2020" et en tenant compte des autres projets, programmes et actions développés par l'UE dans la région.

La stratégie de l'UE pour la mer Baltique est une stratégie interne à l'UE, mais la coopération avec les pays riverains ne faisant pas partie de l'Union est indispensable pour assurer son succès. Par conséquent cette stratégie doit également avoir une dimension externe qui affecte d'autres pays de la région qui ne sont pas membres de l'UE, comme la Norvège, l'Islande, la Russie ou la Biélorussie, avec lesquels l'UE entretient des rapports plus ou moins intense, dans le cadre des relations bilatérales et dans le cadre de la coopération multilatérale[33]. Cela devrait aider à une meilleure coordination dans l'utilisation des ressources humaines et financières dans le cadre, par exemple, de la surveillance maritime, les mesures de prévention, de préparation et de réaction face aux risques de catastrophes sur mer et sur terre.

[33] Telles que la dimension septentrionale, le Conseil des États de la mer Baltique, le Conseil des ministres des pays nordiques, la Commission d'Helsinki, le réseau Vision et stratégies concernant la mer Baltique (VASAB), la Coopération subrégionale des États de la mer Baltique (CSREMB), l'Union des villes de la Baltique (UBC) et BONUS, le programme commun de recherche et de développement sur la mer Baltique (initiative au titre de l'art. 185).

La mer Méditerranée

Le deuxième bassin maritime choisi par l'UE en vue d'élaborer sa stratégie maritime régionale a été la Méditerranée qui, comme cela est bien connu, n'est seulement une mer semi-fermée, entourée par des terres africaines, asiatiques et européennes appartenant à 21 États côtiers dont les niveaux de développement économique, les structures et les infrastructures sont très différents[34], mais aussi une mer singulière, à cause, d'une part, des particularismes des différents sous bassins maritimes que la conforment: la Méditerranée occidentale et la Méditerranée orientale[35], elles-mêmes nettement compartimentées, et, d'autre part, de son écosystème unique puisqu'elle ne couvre que 0,7% de la surface marine mondiale, mais abrite 9% de sa biodiversité[36].

Ses rivages sont très peuplés, industrialisés et fréquentés par des millions de touristes, traversée par un trafic maritime intense (près du tiers du trafic international de marchandises) et alimentée par des bassins fluviaux urbanisés, industrialisés et intensément cultivés. Le bassin méditerranéen est confronté à la concurrence pour l'utilisation de l'espace, aux risques qui pèsent sur la sécurité maritime, à l'appauvrissement des ressources, à la dégradation de l'environnement etc.

Ces caractéristiques spécifiques et ces risques ont conduit aux autorités européennes à définir, dans le cadre de la PMI, une stratégie maritime régionale pour la Méditerranée, avec comme texte principal, une communication intitulée *Pour une meilleure* gouvernance *de la Méditerranée grâce à une politique maritime intégrée* (11.11.2009)[37]. Ce texte, essaie de relever les défis et combler les lacunes que subsistent en matière de *gouvernance* [prolifération des administrations très divers, dans le cadre des politiques sectorielles avec un impact sur le milieu

[34] Les États méditerranéens sont les suivants: Espagne, France, Monaco, Italie, Malte, Slovénie, Croatie, Bosnie-Herzégovine, Monténégro, Albanie, Grèce, Turquie, Chypre, Syrie, Liban, Israël, Egypte, Lybie, Tunisie, Algérie et Maroc. Il convient de rappeler aussi que le Royaume Uni est toujours présent en Gibraltar et dans les bases militaires d'Akrotiri et Dhekelia en Chypre, ainsi que la situation de Palestine et de la République turque de Chypre du Nord. Parmi ces pays, 8 appartient à l'UE, un autre est candidat officiel, et trois sont candidats potentiels. Et la généralité des pays riverains sont membres de l'Union pour la Méditerranée.

[35] La première recouvre une superficie d'environ 0,85 million de kilomètres carrés tandis que la seconde recouvre environ 1,65 million de kilomètres carrés.

[36] Sur les rapports entre la Méditerranée et le droit de la mer, on peut consulter, G. CATALDI (dir.), *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21 Siècle*, Bruxelles, 2002.

[37] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, *Pour une meilleure gouvernance dans la Méditerranée grâce à une politique maritime intégrée*, COM (2009) 466 final, 11.09.2009.

marin, multiplication des accords internationales avec ses propres mécanismes d'application, prolifération des programmes mis en place dans le cadre de la coopération territoriale dans l'espace méditerranéen (MED, IEVP-CT, MEDA, IAP, Arc Latin…)] en améliorant la coopération avec les pays tiers du pourtour méditerranéen (il existe d'importants désaccords politiques, portant notamment sur la délimitation des espaces maritimes, elle reste, également, un foyer d'instabilité politique et des conflits armés, ce qui fait indispensable une coopération avec les pays côtiers tiers en s'appuyant et améliorant le cadre actuel: voir la somnolent Union pour la Méditerranée, les accords bilatéraux existants et la coopération régionale dans le contexte de la politique de voisinage européenne), et en prenant en compte davantage les liens qui existent entre les différentes activités maritimes (autant à niveau européen que dans le cadre des politiques maritimes nationales, en encourageant les Etats membres à se doter eux-mêmes des politiques maritimes intégrées).

Cette volonté pour améliorer la *gouvernance* pour le bassin méditerranéen est basée sur création d'un groupe de travail dans la région méditerranée, une approche régionale, intersectorielle et transnationale qui abandonne les actions sectorielles pour privilégier une conception globale qui vise à: encourager les parties prenantes et les administrations à définir des priorités plus globales des affaires maritimes; renforcer la coopération entre les parties prenantes et les administrations dans tous les secteurs liés au domaine maritime, dans tout le bassin méditerranéen; aider les États membres à échanger les meilleures pratiques grâce aux fonds communautaires existants consacrés à la coopération territoriale; offrir une assistance technique dans le cadre de l'instrument européen de voisinage et de partenariat, aux pays méditerranéens qui ne sont pas membres de l'UE (voir, par exemple, le Projet IMP-MED 2010-2012); encourager la ratification et l'application de la convention des Nations unies sur le droit de la mer; créer un groupe de travail sur la politique maritime intégrée afin de promouvoir le dialogue et la coopération avec les pays du bassin méditerranéens non-membres de l'UE); et intensifier la coopération multilatérale avec l'ensemble des secteurs par des études spécifiques et une meilleure application des accords internationaux et régionaux qui régissent les activités maritimes.

Pour mener à bien ces actions, la Communication se réfère à la pertinence de l'utilisation des outils transversaux que depuis 2007 ont été définie dans le cadre de la PMI pour favoriser la *gouvernance* maritime, tels que: la planification de l'espace maritime (PEM) qui permet de

mieux utiliser l'espace marin (ils ont été mis en place de projet pour appliquer la PEM en Méditerranée); la gestion intégrée des zones côtières (GIZC) qui concerne aussi les îles (il a été dressé un inventaire des meilleures pratiques existant dans les différents bassins maritimes afin d'améliorer les connaissances sur la GIZC en Méditerranée au titre du 7e programme-cadre de l'UE[38]); l'intégration des efforts de recherche que la Commission entend renforcer conformément à la stratégie européenne pour la recherche marine et maritime (en mettant en place un grand mécanisme de recherche multithématique spécialement adapté au bassin méditerranéen; et la surveillance maritime intégrée dont l'objet est de rendre la Méditerranée plus sûre (il a été lance un projet pilote, dans lequel participe, six États membres côtiers destiné à renforcer la coopération et l'échange d'informations entre autorités nationales chargées du suivi et de la surveillance en mer[39]).

Un sous bassin de la Méditerranée a été objet en novembre 2012, également, d'une stratégie spécifique, la mer Adriatique et la mer Ionienne. Cette stratégie définit des actions et des initiatives conjointes concernant des défis caractérisés par leur dimension transfrontière et qui ne peuvent être abordes qu'au moyen d'un engagement commun. Parmi ces défis: stimuler l'économie bleue, améliorer l'environnement marin, garantir la sécurité de l'espace marin et mettre en place des pêcheries durables et responsables.

Le cadre géographique de cette stratégie couvre huit pays: quatre États membres de l'UE (Croatie, Grèce, Italie et Slovénie), un pays candidat (le Monténégro) et deux pays candidats potentiels (l'Albanie et la Bosnie-Herzégovine). La Serbie, qui est aussi un pays candidat, est également un des membres de l'initiative adriatique-ionienne)[40].

L'océan Atlantique (l'Atlantique Nord-Est)

Contrairement aux mers dont les contours sont délimités et constituent par conséquent des entités fonctionnelles presque évidentes, l'Atlantique est un espace ouvert vers le large, dont les contours sont difficiles à définir et peuvent varier selon l'objet considéré, à cet égard, il faut rappeler qu'il est le deuxième plus grand océan du globe.

[38] Ces démarches devraient être cohérentes avec le Protocole Gestion Intégrée des Zones Côtières (GIZC) adopté en Janvier 2008, par les Parties Contractantes de la Convention de Barcelone.

[39] Il s'agit du Bluemassmed projet (A Pilot Project for the Integration of Maritime Surveillance on the Mediterranean Area and its Atlantic Approaches), dans lequel participent: Espagne, France, Grèce, Italie, Malte et Portugal.

[40] COM (2012) 713 final, 30.11.2012.

Le bassin maritime de l'Atlantique qui est pris en compte dans le cadre de la PMI est l'Atlantique Nord-Est, dont les contours doivent se définir en lien avec les autres bassins maritimes européens (la mer du Nord et la mer Méditerranée notamment) et internationaux (Atlantique Nord). Cette définition doit également intégrer les sous-bassins maritimes atlantiques (par exemple la région du golfe de Gascogne et des côtes ibériques, les mers celtiques).

Mais en tout cas, ce bassin maritime présent certains caractéristiques propres: des secteurs maritimes dynamiques (transport maritime, pêche, énergies marines…); un espace à l'environnement fragile (érosion des côtes, phénomènes climatiques extrêmes, bien que les problèmes de dégradation des eaux y sont moins graves que dans d'autres zones. La principale source de pollution marine et côtière est le trafic maritime qui génère des pollutions accidentelles et des rejets volontaires); une zone périphérique, au sein de la UE (avec des difficultés d'accès et avec un faible nombre de grands centres urbains).

En tenant compte de ces caractéristiques, la Commission a adopté en 2011*Une stratégie maritime pour la région atlantique*[41] qui affecte cinq États membres: l'Espagne, la France, l'Irlande, le Portugal et le Royaume-Uni, autour de cinq grands thèmes: mise en œuvre de l'approche écosystémique; réduction de l'empreinte carbonique de l'Europe; exploitation durable des ressources naturelles des fonds marins de l'Atlantique; répondre aux menaces et aux situations d'urgence; et croissance ouverte à tous.

Dans le cadre du plan d'action pour mettre en œuvre la stratégie, la Commission a proposé la création d'un Forum de l'Atlantique qui recense actuellement les actions prioritaires dans le cadre du plan d'action ce qui permettra une utilisation stratégique des Fonds structurels européens en vue de soutenir la croissance maritime au cours de la période 2014-2020.

Les cinq priorités thématiques susmentionnées de la stratégie atlantique sont autant d'objectifs à prendre en compte au sein d'une stratégie plus large de macro-région atlantique. Par conséquent cette stratégie devrait être intégrée à l'objectif de la politique de cohésion portant sur la coopération territoriale (dans leur dimension transnationale, transfrontalière et interrégionale). Conscient de cette situation un programme, intitulé, *Programme Espace Atlantique* soutient, dans le cadre de la coopération territoriale européenne,

[41] Résolution du Parlement Européen du 9 mars 2011 sur la stratégie européenne pour la région atlantique, P7_TA (2011)0089, p. 1.

actuellement plus de 40 projets qui portent sur des domaines ou thèmes marins et maritimes considérés prioritaires[42]. Ce Programme tienne pleinement compte de la dimension territoriale, établissant des liens clairs entre terre et mer et contribuant à la réalisation d'autres objectifs politiques fondamentaux de l'UE[43].

En outre, dans la coopération régionale dans cette région de l'Atlantique participent depuis des années d'autres acteurs, parmi eux se trouve notamment la Commission Arc Atlantique de la Conférence des Régions Périphériques et Maritimes (CRPM). En effet cette Commission qui occupe aussi une place privilégiée et historique de la construction maritime atlantique, considère que les chapitres prioritaires de cette coopération devraient être: accessibilité et transports dans l'espace atlantique; économie et industries maritimes; climat et environnement; recherche et innovation; et attractivité des territoires.

La mer Noire

Finalement, nous arrivons à la mer Noire, la plus jeune et la plus dynamique des mers semi-fermées. Elle est très différente des autres mers régionales européennes et, en particulier de la mer Méditerranée avec laquelle elle communique par le Bosphore et les Dardanelles. Cette mer qui fait partiellement partie de l'UE devrait par conséquence avoir toute sa place dans la PMI. Mais ce n'est pas le cas, car jusqu'à présent cette politique n'a presque pas tenu compte des spécificités et besoins de cet espace maritime. La raison, peut être le fait que sur les six pays riverains de ce bassin, deux seulement sont membres de l'UE (la Bulgarie et la Roumanie), et qu'ils sont d'ailleurs des membres récents puisqu'ils n'ont rejoint l'Union qu'en 2007 date précisément à partir de laquelle il a été commencé la mise en œuvre de la PMI[44].

[42] Priorité 2: Protéger, sécuriser et valoriser durablement l'environnement marin et côtier: Objectif 2.1. – Amélioration de la sécurité maritime; Objectif 2.2. – Protection et gestion durable des ressources des espaces marins; Objectif 2.3. – Exploitation du potentiel des énergies renouvelables de l'environnement marin et côtier; Objectif 2.4. – Protection et promotion des espaces naturels, des ressources en eau et des zones côtières.

[43] J.M. SOBRINO, "El desarrollo del Espacio Atlántico. Un modelo de cooperación territorial", dans *II Congreso Europeo de Cooperación Territorial Europea y de Vecindad*, M.J. AGUDO, E.M. VÁZQUEZ (éds.), Sevilla, 2013, pp. 99-114.

[44] La place qui est en train d'occuper la région de la mer Noire dans la construction européenne est objet de nombreuses analyses par la doctrine. Onpeutconsulter, parmi des autres, G.A. OANTA, "La Unión Europea ribereña de un nuevo mar: el Mar Negro", dans *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al profesor M. Pérez González*, J. CARDONA, J. PUEYO, J.L. RODRÍGUEZ, J.M. SOBRINO (éds), Vol. I, Valencia, 2012, pp. 1705-1729; D. TRIANTAPHYLLOU, "Une nouvelle stratégie européenne pour la région de la mer Noire", dans *Conflits et sécurité dans l'espace mer Noire: l'Union*

Et les particularités et besoins de la mer Noire (460 000 km²) sont nombreux et évidents. Située au croisement de l'Europe et de l'Asie, elle constitue une importante destination touristique et voie de transport maritime, mais elle est surtout victime d'une intense pollution. Pauvre en oxygène, elle constitue un milieu extrêmement fragile. Depuis les années soixante, l'eutrophisation a entraîné des changements radicaux pour les écosystèmes de la mer Noire avec un grand impact transfrontière sur la biodiversité et les activités humaines liées à la mer, notamment la pêche et les loisirs[45].

En 2007 la Commission européenne a présenté une Communication proposant une S*ynergie de la mer Noire* en tant que nouvelle initiative de coopération de l'UE dans la région[46], complémentaire des autres politiques déjà menées par la UE dans cette partie du monde (sa politique de préadhésion en faveur de la Turquie, la politique européenne de voisinage et le partenariat stratégique avec la Russie). Cette initiative s'adresse à la région de la mer Noire, que inclût, selon l'UE, la Grèce, la Bulgarie, la Roumanie, la Moldavie à l'ouest, l'Ukraine, la Russie au nord, la Géorgie, l'Arménie, l'Azerbaïdjan à l'est, la Turquie au sud. L'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Moldavie, la Grèce ne sont pas des États du littoral mais historiquement proches, ayant des liens étroits les rendant acteurs régionaux[47]. Et elle tente de stimuler la réforme dans différentes domaines politiques et les secteurs économiques des pays dans la région pour soutenir la stabilité, renforcer la croissance, concrétiser les projets régionaux faisables et par là créer une atmosphère conduisant à la résolution des conflits en cours.

Dans le cadre de cette synergie pour la mer Noire, la PMI trouve un

européenne, les riverains et les autres, B. CHATRE, St. DELORY (éds.), Paris, 2009, pp. 489-516.

[45] Les niveaux élevés de nutriments provenant des engrais et des eaux usées favorisent la prolifération d'algues qui, en consommant l'oxygène présent dans la mer, tuent de nombreux organismes marins. Depuis une trentaine d'années, les grands fleuves qui s'y déversent charrient des quantités massives de déchets industriels qui ont considérablement détérioré son écosystème.

[46] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, *La synergie de la mer Noire: une nouvelle initiative de coopération régionale*, COM (2007)160 final, 11.04.2007. Voir, également, la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, *Rapport sur la première année de mise en œuvre de la synergie de la mer Noire*, COM(2008)391 final, 19.06.2008.

[47] La coopération régionale dans la mer Noire, où persistent des conflits non résolus (Transnistrie, Abkhazie,Ossétie du Sud et Nagorno-Karabakh) a connu des hauts et des bas, peut-être, l'organisation qui a atteint un niveau plus élevé d'institutionnalisation est l'Organisation de la coopération économique de la mer Noire (CEMN) crée en 1992. L. YAKACIKLI, "Initiatives de coopération dans la région de la mer Noire", dans *Revue Fédéralisme-Régionalisme*, n. 2, 2011, p. 2.

petit espace. Selon la Commission il s'agirait d'établir, non seulement un réseau de coopération maritime transectorielle entre les services, les entreprises et les organismes scientifiques mais encore d'améliorer la coopération et l'intégration en matière de surveillance maritime afin d'assurer la sécurité des transports maritimes et la protection de l'environnement. En ce qui concerne la pêche, étant donné le caractère transfrontalier et le mauvais état de la majorité des ressources halieutiques de la mer Noire, l'objectif de cette initiative serait d'encourager le développement durable par la gestion des ressources halieutiques, la recherche, la collecte de données et l'évaluation des stocks dans la région. Il est proposé également d'étudier de nouveaux moyens d'assurer une utilisation durable et responsable des ressources halieutiques dans la région. En outre, les possibilités offertes par la commission générale des pêches pour la Méditerranée, dont le mandat inclut la mer Noire, devraient être mieux exploitées, ou peut-être il serait encore mieux mettre en place une commission régionale en matière de gestion de la pêche propre pour la mer Noire, dont leur établissement est actuellement en étude[48].

Pour faire face au besoin d'une coopération transfrontière et intersectorielle on pourrait songer dans la région à mettre en place une démarche 'pluri-fonds' cohérente soutenue par les programmes, projets et fonds financés par l'UE et que bénéficient déjà à certain pays de la région, notamment la Bulgarie, la Roumanie et la Turquie. Cela pourrait permettre dès maintenant la mise en œuvre des actions maritimes et côtières toute au long de la côte ouest de la mer Noire.

Mais pour l'instant cette démarche n'a pas encore été définie, et bien qu'il y ait des négociations depuis 2011, n'a toujours pas de stratégie pour la politique maritime intégrée pour la mer Noire. En outre, il faut ajouter que, jusqu'à présent, les résultats concrets de la Synergie de la mer Noire sont assez limités et les solutions aux problèmes maritimes, environnementaux, énergétiques et touristiques de cette région se font attendre.

[48] Selon le PE, PIM devrait envisager la mise en place d'une organisation régionale de gestion des pêches portant essentiellement sur la pêche artisanale. Devrait soutenir la création d'organisations professionnelles de pêcheurs et d'interprofessions de filières pêche et aquaculture. Devrait prévoir la création de la fonction de garde-côte européenne afin de renforcer la sureté maritime. Et devrait d'encourager la recherche scientifique sur les grandes questions de la mer Noire, afin que les décisions prises puissent tenir compte de leurs conséquences économiques, sociales et environnementales. Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur la gestion actuelle et future de la pêche dans la mer Noire, P7_TA (2011)0365.

4. La politique maritime intégrée, nominalement une politique mais en fait, plutôt une stratégie

La conséquence du processus lancé par la Commission européenne en 2007 a été la mise en place d'une nouvelle politique intitulée Politique maritime intégrée. Mais, la question qui se pose, et avec laquelle j'aimerais finaliser mon analyse, est celle de savoir, si toutes les actions et toutes les démarches que je viens brièvement de montrer ont conduit à la création d'une véritable politique européenne dans le sens juridique formel du terme ou, plutôt, ont donné lieu à une simple stratégie politique? C'est-à-dire, si à l'état actuel il existe déjà une politique maritime intégrée européenne? A mon avis non et nous sommes loin d'en avoir une.

Évidemment, il existe nominalement une politique, mais il s'agirait plutôt d'une simple stratégie. Que d'une part, vise à favoriser la cohérence et l'intégration des politiques sectorielles plus ou moins couvertes par la législation européenne qui ont un impact sur le milieu marin et, d'autre part, tente d'améliorer la *gouvernance* maritime renforçant la coordination des différentes autorités européennes, nationales, régionales et locales et autres parties prenantes en préférence dans le cadre des différents bassins maritime européens.

Cohérence, coordination et régionalisation sont les éléments clés de cette stratégie. Mais, il faudrait, également veiller à que celle-ci soit mieux articulée avec des autres politiques européennes, en principe, no maritimes et, en particulier, avec la politique de cohésion territoriale.

En résumé, la plupart des textes qui je vienne de présenteront une nature purement programmatique et d'incitation et une faible densité réglementaire**,** leurs propre intitulés ne le cachent pas: communications, stratégies, feuille de route, cadre, recommandations, etc. Même, les textes plus contraignants, telles que les directives sont des directives-cadre. Pour trouver de dispositions avec une portée juridique plus solide il faut descendre dans les politiques européennes qui touchent divers secteurs maritimes (par exemple, dans la politique commune de la pêche, les successifs règlements cadre, depuis 1983).

Les centaines de pages qui ont été publiée depuis octobre 2007 n'ont pas défini, à mon sens, une politique (d'ailleurs, elle ne dispose d'aucune base juridique spécifique dans les traités), ils ont surtout essayée de 'changer les esprits' par rapport à la manière de faire les politiques liées à la mer en permettant l'émergence aujourd'hui d'un consensus autour de l'idée que les problématiques liées à la mer et au littoral doivent être appréhendées de manière globale, systémique et

transversale. Ceci, à son tour, a influé aussi sur les politiques nationales des États membres et des certaines régions qui, à un degré plus ou moins développé, ont lancé également des politiques maritimes intégrées nationales ou régionales. Ce qui peut contribuer à l'émergence d'une identité maritime européenne et d'un espace maritime européen commun mais différencié selon les divers bassins maritimes, où, dans le future, on pourrait peut-être parler d'une réelle politique maritime intégrée.

Mais, pour cela, et étant donné que la plupart de ces textes n'ont pas encore de contenu juridique contraignant, il serait nécessaire qu'il s'ouvre une nouvelle phase qui devrait être maintenant législative. Mais cela ne semble pas évident, puisque, d'une part, les responsable européens ne dispose à l'état actuel de toutes les compétences qui serait nécessaires pour donner une dimension juridique à la PMI, et, d'autre part, depuis 2007, la situation économique en Europe a changé et la crise pourrait entraver sérieusement ce processus notamment en ce qui concerne la dimension humaine et sociale de la politique maritime européenne, en particulier dans le régions maritimes européennes qui souffrent le plus durement leurs conséquences et que la plupart sont dans l'Atlantique Nord Est, la mer Méditerranée et la mer Noire.

L'APPLICAZIONE NEGLI STATI MEDITERRANEI DELLA CONVENZIONE UNESCO SULLA PROTEZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE INTANGIBILE

Tullio SCOVAZZI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli obiettivi e gli obblighi previsti dalla Convenzione. – 3. La definizione di patrimonio culturale intangibile. – 4. *Segue*: La manifestazione di una pratica. – 5. *Segue:* La comunità depositaria. – 6. *Segue*: Lo spazio culturale. – 7. Patrimonio culturale intangibile e diritti umani. – 8. L'applicazione della Convenzione da parte degli Stati mediterranei.

1. Premessa

Non vi è dubbio che il patrimonio culturale degli Stati del bacino del Mediterraneo meriti di essere tutelato, pur nella sua eterogeneità (o meglio: proprio in ragione della sua eterogeneità). La storia e l'arte millenarie dei popoli stanziati sulle rive del Mediterraneo costituiscono una parte importante del patrimonio culturale dell'umanità.

In questo breve contributo si cercherà di mettere in luce le caratteristiche fondamentali di un trattato adottato da poco più di un decennio nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Istruzione, la Scienza e la Cultura (UNESCO), vale a dire la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile (Parigi, 17 ottobre 2003)[1]. La Convenzione è entrata in vigore il 20 aprile 2006 e oggi (febbraio 2014) vincola 158 Stati parti, a conferma del successo che essa ha ottenuto. Si cercherà anche di fornire qualche informazione su come la Convenzione sia stata finora applicata dai ventitré Stati rivieraschi del Mediterraneo, utilizzando esempi relativi agli elementi[2] che questi Paesi hanno iscritto nelle Liste istituite dalla Convenzione.

* Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano 'Bicocca'.

[1] Qui di seguito: Convenzione. Il testo di questo trattato è stato negoziato nel corso di tre riunioni intergovernative di esperti tenute nel 2002 e nel 2003.

[2] Nella pratica della Convenzione, le voci iscritte nelle due Liste vengono chiamate 'elementi'. Il termine 'elemento' sarà utilizzato in questo scritto in tale senso. Le descrizioni degli elementi di seguito riprodotte sono tratte dalle decisioni con cui essi sono stati iscritti nelle Liste previste dalla Convenzione.

Non vi è dubbio che, per avere un quadro complessivo sul rapporto tra strumenti adottati in sede UNESCO e le culture dell'area del Mediterraneo, anche altri trattati dovrebbero essere analizzati, in particolare, la Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale (Parigi, 1972), la Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo (Parigi, 2001) e la Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali (Parigi, 2005). Ma la Convenzione qui considerata, che si caratterizza per il rilievo dato all'aspetto sociale dei fenomeni culturali, costituisce, comunque, un importante punto di riferimento.

2. Gli obiettivi e gli obblighi previsti dalla Convenzione

La Convenzione colma un vuoto nel settore del diritto internazionale della cultura[3]. Una trentina di anni dopo l'adozione della sopra richiamata Convenzione del 1972 sul patrimonio culturale mondiale, è stato posto in essere un secondo regime di protezione, basato su di una concezione più ampia di patrimonio culturale. Lungi dall'essere limitato ai monumenti, questo patrimonio include anche beni 'immateriali' (secondo il titolo ufficiale francese della Convenzione) o 'intangibili' (secondo il titolo ufficiale inglese[4]), che si contraddistinguono per il loro carattere spiccatamente so-

[3] Sulla Convenzione cfr. J. BLAKE, *Commentary on the UNESCO 2003 Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, Leicester, 2006; T. KONO, "UNESCO and Intangible Cultural Heritage from the Viewpoint of Sustainable Development", in *Standard-Setting in UNESCO*, A. YUSUF (ed.), vol. I, Paris, 2007, p. 237 ss.; A. SOLA, "Quelques réflexions à propos de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel", in *Le patrimoine culturel de l'humanité – The Cultural Heritage of Mankind*, J. NAFZIGER, T. SCOVAZZI (eds.), Leiden, 2008, p. 487 ss.; B. SRINIVAS, "The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage", ivi, p. 529 ss.; L. ZAGATO, "La Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale intangibile", in *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO*, L. ZAGATO (a cura di), Padova, 2008, p. 27 ss.; T. KONO (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century*, Leiden, 2010; T. SCOVAZZI, "La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel", in *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas*, *in Liber Amicorum Božidar Bakotić*, B. VUKAS, T.M. ŠOŠIĆ (eds.), Leiden, 2010, p. 301 ss.; B. UBERTAZZI, "Ambiente e Convenzione UNESCO sul patrimonio culturale intangibile", in *Riv. giur. ambiente*, 2011, p. 315 ss.; T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Milano, 2012; L. LIXINSKI, *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford, 2013; L. MARIOTTI, "La Convenzione sul patrimonio intangibile e i suoi criteri tra valorizzazione, tutela e protezione", in *Voci*, 2013, p. 88 ss.

[4] La parola francese 'immatériel' può avere nella versione letterale inglese 'immaterial' anche il senso di 'trascurabile, poco importante'. Essa è stata pertanto resa

ciale (come tradizioni orali, pratiche popolari, saper-fare artigianale, conoscenze locali, ecc.).

Per alcuni Paesi, soprattutto Paesi in via di sviluppo, la cultura orale e informale rappresenta la forma principale di cultura e fornisce un contributo importante al progresso economico e sociale. Per altri Paesi fortemente industrializzati, come il Giappone o la Repubblica di Corea, il patrimonio intangibile costituisce un legame con il passato che si vuole mantenere, anche per non snaturare le caratteristiche fondamentali della nazione. Ma, in vari casi, il patrimonio intangibile appare oggi particolarmente vulnerabile. L'attuale tendenza alla globalizzazione minaccia la continuazione di pratiche tradizionali, portando gli individui, in particolare i giovani, verso una cultura mondiale unificata su modelli di tipo prevalentemente anglo-americano. Diversi Stati si dichiarano preoccupati per la perdita continua del loro patrimonio culturale intangibile e dei valori sociali corrispondenti, che può portare a fenomeni d'intolleranza e di emarginazione, e insistono sull'esigenza di conciliare la globalizzazione con la preservazione di tale patrimonio. In effetti, la stessa globalizzazione, per l'ampliamento e la velocità di scambio delle informazioni che essa comporta, potrebbe rivelarsi un utile strumento per diffondere presso il grande pubblico manifestazioni culturali minoritarie o remote e, quindi, per permettere la loro preservazione, come ricorda il preambolo della Convenzione: «[...] the processes of globalization and social transformation, along side the conditions they create for renewed dialogue among communities, also give rise, as does the phenomenon of intolerance, to grave threats of deterioration, disappearance and destruction of the intangible cultural heritage, in particular owing to a lack of resources for safeguarding such heritage».

I principali obblighi degli Stati parte alla Convenzione riguardano la tenuta e l'aggiornamento d'inventari del patrimonio culturale intangibile (art. 12)[5], l'adozione di misure di salvaguardia, sviluppo e valorizzazione di questo patrimonio (art. 13), la promozione di programmi d'istruzione, di sensibilizzazione e di rafforzamento delle capacità (art. 14). Il presupposto è che la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile costituisce un interesse generale dell'umanità: «Without prejudice to the provisions of their national legislation and customary law and practices, the States Parties recognize that the safeguarding of intangible cultural heritage is

con il termine 'intangible' nel testo ufficiale inglese della Convenzione.

[5] La tenuta e l'aggiornamento d'inventari sono spesso obblighi gravosi da osservare da parte degli Stati che dispongono di un esteso patrimonio culturale intangibile. L'art. 12, par. 1, prevede che uno Stato adempie a quest'obbligo «in modo adattato alla sua situazione».

of general interest to humanity, and to that end undertake to cooperate at the bilateral, subregional, regional and international levels» (art. 19, par. 2).

Proprio perché si tratta anche di attuare un interesse generale dell'umanità, l'obbligo degli Stati parti di assicurare la salvaguardia del patrimonio esistente sul loro territorio si accompagna alla possibilità di beneficiare, in base a certe condizioni, di forme di cooperazione sul piano internazionale, a seguito dell'istituzione di un meccanismo di assistenza agli Stati parte nel loro intento di salvaguardare il patrimonio, basato su di un 'Fondo per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile'.

Come la Convenzione del 1972 sul patrimonio mondiale, anche la Convenzione prevede lo stabilimento, l'aggiornamento e la pubblicazione a cura del Comitato intergovernativo per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile[6], di una 'Lista rappresentativa del patrimonio culturale intangibile dell'umanità' e di una 'Lista del patrimonio culturale intangibile che necessita una salvaguardia urgente'.

La componente sociale del patrimonio culturale intangibile spiega perché gli elementi iscritti nelle Liste della Convenzione sono considerati come rappresentativi di tale patrimonio[7], senza che sia loro richiesto di presentare un 'eccezionale valore universale', come avviene invece per i beni iscritti nelle Liste dalla Convenzione del 1972 sul patrimonio mondiale[8]. Nel caso del patrimonio culturale intangibile, le liste intendono essere uno strumento non selettivo, ma aperto, inclusivo e avente il «[...] fine di garantire una migliore visibilità del patrimonio culturale intangibile» (art. 16, par. 1). Una gerarchia tra diverse manifestazioni del patrimonio sarebbe contraria alle finalità di incoraggiare «[...] un dialogo che rispetti la diversità culturale» (art. 16, par. 1) e di «[...] riavvicinare gli esseri umani e assicurare lo scambio e l'intesa tra di loro» (Preambolo).

L'iscrizione nell'una o nell'altra lista avviene su domanda dello Stato parte interessato (art. 16, par. 1, e art. 17, par. 1). Tuttavia, in base all'art. 17, par. 3, «in casi di estrema urgenza», il Comitato può iscrivere un elemento del patrimonio nella Lista del patrimonio culturale intangibile che necessita una salvaguardia urgente «in consultazione con lo Stato interessato» e, quindi, anche senza che sia necessaria la presentazione di una domanda da parte di tale Stato.

[6] Di seguito citato come: il Comitato. Esso è stato istituito dalla Convenzione ed è composto di ventiquattro Stati parte, eletti per un periodo di quattro anni dall'Assemblea generale degli Stati parte.

[7] Questo è espressamente previsto dall'art. 16 della Convenzione e può desumersi anche dall'art. 17, riguardante la Lista di salvaguardia.

[8] La Lista del patrimonio mondiale e la Lista del patrimonio mondiale in pericolo.

In base all'art. 18 della Convenzione, il Comitato seleziona e promuove periodicamente i programmi, i progetti e le attività nazionali, regionali o sotto-regionali che meglio riflettono i principi e gli obiettivi della Convenzione stessa, tenendo conto delle esigenze speciali dei Paesi in via di sviluppo. Anche tali programmi, progetti e attività, che il Comitato iscrive in un apposito Registro delle migliori pratiche costituente di fatto una terza lista, divengono uno strumento utile a dare visibilità al patrimonio intangibile e ad assicurare la sua protezione.

I criteri per l'iscrizione nelle due Liste e nel registro sono stati elaborati dal Comitato e approvati nel 2008 dall'Assemblea generale delle parti alla Convenzione. Essi sono specificati in dettaglio nelle Direttive operative per l'attuazione della Convenzione. Fino al 2013 incluso, il Comitato ha iscritto 282 elementi nella prima Lista, 35 nella seconda e 11 pratiche nel Registro.

3. La definizione di patrimonio culturale intangibile

Nel caso del patrimonio culturale intangibile, l'elaborazione di una definizione si è rivelata un compito particolarmente complesso[9]. L'art. 2, par. 1, della Convenzione è così redatto: «The 'intangible cultural heritage' means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity». Più che una vera e propria definizione, la disposizione fornisce una descrizione che si basa su tre componenti essenziali: una manifestazione di una pratica (componente oggettiva), una comunità di persone (componente soggettiva o sociale) e uno spazio culturale (componente territoriale).

[9] Cfr., in una prospettiva antropologica, C. BORTOLOTTO, "Il processo di definizione del concetto di 'patrimonio culturale immateriale': elementi per una riflessione", in *Il patrimonio immateriale secondo l'UNESCO: analisi e prospettive*, C. BORTOLOTTO (a cura di), Roma, 2008, p. 7 ss.

4. Segue: *La manifestazione di una pratica*

Il patrimonio culturale intangibile può presentarsi in svariate manifestazioni elencate nella prima frase dell'art. 2, par. 1, quali le pratiche, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze e le capacità. L'art. 2, par. 2, fornisce alcuni esempi concreti di settori nei quali il patrimonio culturale intangibile può manifestarsi: «The 'intangible cultural heritage', as defined in paragraph 1 above, is manifested inter alia in the following domains: (a) oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage; (b) performing arts; (c) social practices, rituals and festive events; (d) knowledge and practices concerning nature and the universe; (e) traditional craftsmanship».

Le distinzioni non sono rigide e sono frequenti i casi in cui lo stesso elemento rientra in due o più settori. Per esempio, nelle conclusioni dell'incontro di esperti sulle pratiche alimentari tenutosi a Vitré nel 2009, si indica che tali pratiche hanno una dimensione intersettoriale e possono riguardare anche le espressioni orali, le arti dello spettacolo, le pratiche sociali, gli eventi rituali e festivi, le cognizioni e le prassi relative alla natura e il sapere collegato all'artigianato tradizionale[10].

Per quanto riguarda le tradizioni ed espressioni orali (lett. *a* dell'art. 2, par. 2), al momento di negoziare il testo della Convenzione si era discusso se le lingue potessero essere comprese tra le manifestazioni del patrimonio culturale intangibile. Alla fine si è preferito includere le lingue solo se esse costituiscano «un veicolo del patrimonio culturale intangibile». Per esempio, l'elemento 'Linguaggio fischiato dell'isola La Gomera (Isole Canarie), il Silbo Gomero' (Spagna) dimostra che, mentre la lingua spagnola non rientra di per sé nella definizione di patrimonio culturale intangibile, la situazione cambia se la stessa lingua non è parlata, ma fischiata: «The whistled language of La Gomera Island in the Canaries, the Silbo Gomero, replicates the islanders' habitual language (Castilian Spanish) with whistling. Handed down over centuries from master to pupil, it is the only whistled language in the world that is fully developed and practised by a large community (more than 22,000 inhabitants). The whistled language replaces each vowel or consonant with a whistling sound: two distinct whistles replace the five Spanish vowels, and there are four whistles for consonants. The whistles can be

[10] Comité intergouvernemental de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, *Compte-rendu des journées de Vitré sur les pratiques alimentaires*, 3 aprile 2009, disponibile su: www.iiac.cnrs.fr/lahic/article946.html.

distinguished according to pitch and whether they are interrupted or continuous. With practice, whistlers can convey any message».

In questo settore rientrano le arti dei cantastorie e quelle degli improvvisatori di poesie e, ovviamente, i canti, che spesso (ma non sempre) si accompagnano alla musica e alla danza[11] e che possono rientrare anche tra le arti dello spettacolo o le pratiche sociali, i rituali e gli eventi festivi. Gli esempi qui di seguito riportati riguardano i poeti improvvisatori di Cipro ('Le competizioni poetiche siattista'), le donne narratrici della Palestina ('Hikaye'), i menestrelli della Turchia ('La tradizione Âşıklık – Arte dei trovatori')[12], i cantori a cappella dell'Italia ('Canto a tenore, le canzoni pastorali sarde')[13]: «The lively, impromptu oral poetry known as Tsiattista is often performed to the accompaniment of violin or lute in 'jousts' in which one poet-singer attempts to out do another with clever verses made up of rhyming couplets. It has long been a popular component of wedding feasts, fairs and other public celebrations, where eager crowds encourage poets to perform. The most common metrical form is the iambic fifteen-syllable verse in a rhyming couplet, although a poet may use eight-syllable, six-syllable or even nine-syllable verses. Successful *tsiattistaes* (poet-singers) exhibit ready wit, deep familiarity with poetic and musical traditions, a rich vocabulary and an active imagination». «The Palestinian Hikaye is a narrative expression practised by women. The fictitious tales, which have evolved over the centuries, deal with current concerns of Middle Eastern Arab society and family issues. The Hikaye offers a critique of society from the women's perspective and draws a portrait of the social structure that directly pertains to the lives of women. Many tales describe women torn between duty and desire. The Hikaye is usually narrated at home during winter evenings, at spontaneous and convivial events attended by small groups of women and children. Men rarely attend, as this is considered inappropriate. The expressive power of the narration lies in the use of language, emphasis, speech rhythms and vocal inflections as well as in the ability to capture the attention of the listeners and successfully transport them into a world of imagination and fantasy.

[11] Sono però apprezzate anche le danze senza musica, come testimonia l'elemento, iscritto su proposta della Croazia, '*Nijemo Kolo*, danza a circolo silenziosa del retroterra dalmata'.

[12] È stato anche iscritto, su proposta della Turchia, l'elemento 'Le arti dei *Meddah*, cantastorie pubblici'.

[13] Canti a cappella, cioè senza accompagnamento di strumenti musicali, sono stati iscritti anche dalla Croazia ('Il *Klapa*, canto a più voci della Dalmazia, Croazia meridionale') e dalla Francia ('*Cantu in paghjella*, una tradizione orale secolare e liturgica della Corsica'; v. *infra*, par. 5).

The technique and style of narration follows linguistic and literary conventions that set it apart from other folk narrative genres».

«The *Âşıklık* (minstrelsy) tradition of Turkey is performed by wandering poet-singers known as *âşıks.* Dressed in traditional clothes and plucking a stringed *saz,* the *âşık* is a common performer at weddings, in coffeehouses and during public festivals of all sorts. The *âşık* is called in a dream to undertake a long apprenticeship in the arts of playing string and percussion instruments, singing, storytelling and repartee that form the heart of the vocation. The poems they recite, usually about love, are written in rhymed syllabic meter and end with a quatrain in which the *âşık* utters the *Mâhlas,* his pseudonym. Their improvisational performances may also include riddles, folk tales, verbal duels of wit and creativity with other *âşıks*, and verses sung while the minstrel holds a needle in his mouth to force him to recite poems avoiding B, P, V, M and F sounds».

«*Canto a tenore* has developed within the pastoral culture of Sardinia. It represents a form of polyphonic singing performed by a group of four men using four different voices called *bassu*, *contra*, *boche* and *mesu boche*. One of its characteristics is the deep and guttural timbre of the *bassu* and *contra voices*. It is performed standing in a close circle. The solo singers chants a piece of prose or a poem while the other voices form an accompanying chorus. Most practitioners live in the region of Barbagia and other parts of central Sardinia. Their art of singing is very much embedded in the daily life of local communities. Often it is performed spontaneously in local bars called *su zilleri*, but also at more formal occasions, such as weddings, sheepshearings, religious festivities or the Barbaricino carnival. The *Canto a tenore* encompasses a vast repertoire that varies within Sardinia. The most common melodies are the serenade *boche 'e notte* ('the voice of the night') and dance songs such as the *mutos*, *gosos* and *ballos*. The lyrics are either ancient or contemporary poems on present-day issues, such as emigration, unemployment and politics».

Per quanto riguarda le arti dello spettacolo (lett. *b* dell'art. 2, par. 2), si possono ricordare come esempi il teatro delle ombre 'Il Karagöz', iscritto dalla Turchia, e 'L'opera dei pupi, teatro delle marionette siciliano', iscritto dall'Italia: «The puppet theatre known as the *Opera dei Pupi* emerged in Sicily at the beginning of the nineteenth century and enjoyed great success among the island's working classes. The puppeteers told stories based on medieval chivalric literature and other sources, such as Italian poems of the Renaissance, the lives of saints and tales of notorious bandits. The dialogues in these performances were

largely improvised by the puppeteers. The two main Sicilian puppet schools in Palermo and Catania were distinguished principally by the size and shape of the puppets, the operating techniques and the variety of colourful stage backdrops. These theatres were often family-run businesses; the carving, painting and construction of the puppets, renowned for their intense expressions, were carried out by craftspeople employing traditional methods. The puppeteers constantly endeavoured to outdo each other with their shows, and they exerted great influence over their audience. In the past, these performances took place over several evenings and provided opportunities for social gatherings».

Numerosi sono gli elementi appartenenti alle pratiche sociali, i rituali e gli eventi festivi (lett. *c* dell'art. 2, par. 2). Tra questi ultimi rientrano le festività cittadine, come 'La festa dei *patios* di Cordova', iscritto dalla Spagna, o 'La festa delle ciliegie a Sefrou', iscritto dal Marocco, i tornei, come '*Sinjska Alka*, un torneo di cavalieri a Sinj', iscritto dalla Croazia, e le sfilate, come 'Le celebrazioni delle grandi macchine a spalla processionali', iscritto dall'Italia: «Catholic processions featuring large shoulder-borne processional structures take place throughout Italy, but particularly in four historic city centres: in Nola, a procession of eight wood and papier mâché obelisks commemorates the return of St Paolino; in Palmi, bearers carry a complex processional structure in honour of Our Lady of the Holy Letter; in Sassari, the *Discesa dei Candelieri* (Descent of the Candlesticks) involves the votive transportation of wooden obelisks; and in Viterbo, the Macchina di Santa Rosa (Tower of Santa Rosa) commemorates the town's patron saint. The coordinated and equitable sharing of tasks in a common project is a fundamental part of the celebrations, which bind the communities together through the consolidation of mutual respect, cooperation and joint effort. Dialogue among the bearers who share this cultural heritage also results in the development of an exchange network. The celebrations require the involvement of musicians and singers, as well as skilled artisans who manufacture the processional structures and create the ceremonial clothes and artefacts. The festive communities rely on the informal transmission of these techniques and knowledge to recreate the structures every year, a process that aids cultural continuity and reinforces a strong sense of identity».

Anche alcune attività sportive, alcune consuetudini giuridiche e alcune tradizioni alimentari possono costituire elementi del patrimonio culturale intangibile, in quanto pratiche sociali. Nel caso delle attività sportive, è stato iscritto dalla Turchia 'Il festival di Kırkpınar di

combattimento adolio', che è al tempo stesso una competizione e una cerimonia tradizionale. Nel caso del diritto, l'elemento 'I tribunali degli irrigatori della costa mediterranea spagnola: il Consiglio dei Saggi della pianura di Murcia e il Tribunale dell'acqua della pianura di Valencia', iscritto dalla Spagna, è un esempio notevole di uso costante di sistemi consuetudinari per la composizione di controversie: «The irrigators' tribunals of the Spanish Mediterranean coast are traditional law courts for water management that date back to the al-Andalus period (ninth to thirteenth centuries). The two main tribunals – the Council of Wise Men of the Plain of Murcia and the Water Tribunal of the Plain of Valencia – are recognized under Spanish law. Inspiring authority and respect, these two courts, whose members are elected democratically, settle disputes orally in a swift, transparent and impartial manner. […] They provide cohesion among traditional communities and synergy between occupations (wardens, inspectors, pruners, etc.), contribute to the oral transmission of knowledge derived from centuries-old cultural exchanges, and have their own specialist vocabulary peppered with Arabic borrowings. In short, the courts are long-standing repositories of local and regional identity and are of special significance to local inhabitants».

Nel caso delle tradizioni alimentari[14], sono stati iscritti 'Il pasto gastronomico dei francesi' (Francia) e 'La dieta mediterranea' (Grecia, Italia, Marocco e Spagna; poi esteso a Cipro, Croazia e Portogallo). Le descrizioni degli elementi in questione confermano che si tratta di modi di vita, all'interno dei quali i cibi e le bevande costituiscono un aspetto importante, ma non unico: «The gastronomic meal of the French is a customary social practice for celebrating important moments in the lives of individuals and groups, such as births, weddings, birthdays, anniversaries, achievements and reunions. It is a festive meal bringing people together for an occasion to enjoy the art of good eating and drinking. The gastronomic meal emphasizes togetherness, the pleasure of taste, and the balance between human beings and the products of nature. Important elements include the careful selection of dishes from a constantly growing repertoire of recipes; the purchase of good, preferably local products whose flavours go well together; the pairing of food with wine; the setting of a beautiful table; and specific actions during consumption, such as smelling and tasting items at the table. The

[14] Si veda in generale R. ARDOLINO, "Tradizioni gastronomiche e Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale", in *Les paysages de l'alimentation responsable, de l'hospitalité, de la gastronomie et de l'œnologie*, Université d'été - VI édition, Bruxelles, 2010, p. 35 ss.

gastronomic meal should respect a fixed structure, commencing with an apéritif (drinks before the meal) and ending with liqueurs, containing in between at least four successive courses, namely a starter, fish and/or meat with vegetables, cheese and dessert. Individuals called gastronomes who possess deep knowledge of the tradition and preserve its memory watch over the living practice of the rites, thus contributing to their oral and/or written transmission, in particular to younger generations. The gastronomic meal draws circles of family and friends closer together and, more generally, strengthens social ties».

«The Mediterranean diet involves a set of skills, knowledge, rituals, symbols and traditions concerning crops, harvesting, fishing, animal husbandry, conservation, processing, cooking, and particularly the sharing and consumption of food. Eating together is the foundation of the cultural identity and continuity of communities throughout the Mediterranean basin. It is a moment of social exchange and communication, an affirmation and renewal of family, group or community identity. The Mediterranean diet emphasizes values of hospitality, neighbourliness, intercultural dialogue and creativity, and a way of life guided by respect for diversity. It plays a vital role in cultural spaces, festivals and celebrations, bringing together people of all ages, conditions and social classes. It includes the craftsmanship and production of traditional receptacles for the transport, preservation and consumption of food, including ceramic plates and glasses. Women play an important role in transmitting knowledge of the Mediterranean diet: they safeguard its techniques, respect seasonal rhythms and festive events, and transmit the values of the element to new generations. Markets also play a key role as spaces for cultivating and transmitting the Mediterranean diet during the daily practice of exchange, agreement and mutual respect»[15].

Centrati su di un singolo tipo di alimento, rappresentativo di consuetudini plurisecolari, sono gli elementi 'La tradizione cerimoniale del Keşket' e 'La cultura e tradizione del caffè turco', iscritti entrambi dalla Turchia.

Durante i negoziati si è dato per scontato che le religioni non rientrano nella nozione di patrimonio culturale intangibile per quanto riguarda i loro aspetti teologici e morali. Ma i riti associati a una

[15] Le qualità della dieta mediterranea e, in particolare, le sue benefiche conseguenze sulla salute e la longevità, sono state divulgate dallo studioso americano Ancel Keys (cfr. A. KEYS, M. KEYS, *Mangiar bene e stare bene (con la dieta mediterranea)*, Padova, 1962). Keys mise personalmente in pratica le sue teorie, stabilendosi per ventotto anni a Pollica, nel Cilento, e morì nel 2004 a cent'anni.

religione, quali processioni, pellegrinaggi o danze sacre, possono invece appartenere a tale patrimonio[16]. Basterà richiamare 'La festa di San Biagio, patrono di Dubrovnik' o 'La processione *Za Krizen* ('seguendo la croce') sull'isola di Hvar', iscritti dalla Croazia, 'Il mistero di Elche', iscritto dalla Spagna, 'Le ostensioni settennali nel Limosino', iscritto dalla Francia, 'Il pellegrinaggio annuale al mausoleo di Sidi 'Abdel-Qader Ben Mohammed (Sidi Cheikh)', iscritto dal Marocco[17]. Una molto caratteristica pratica rituale è quella dei cosiddetti dervisci ruotanti, ossia 'La cerimonia *Mevlevi Sema'*, iscritta dalla Turchia: «Mevleviye is an ascetic Sufi order founded in 1273 in Konya, from where it gradually spread throughout the Ottoman Empire. Today, the Mevleviye can be found in many Turkish communities throughout the world, but the most active and famous centres of the order's activity are in Konya and Istanbul. The Mevleviye are renowned for their whirling dances. Following a recommended fast of several hours, the whirlers begin to rotate on their left feet in short twists, using the right foot to drive their bodies around the left foot. The body of the whirler is meant to be supple, with eyes open but unfocused so that images become blurred and flowing. At their dancing ceremonies, or *Sema*, a particular musical repertoire called *ay'n* is played. Based on four sections of both vocal and instrumental compositions, it is performed by at least one singer, a flute-player, called *neyzen*, a kettledrummer and a cymbal player. Dancers used to receive 1,001 days of reclusive training within the mevlevi-houses (*mevlevihane*), where they learned about ethics, codes of behaviour and beliefs by practising prayer, religious music, poetry and dance. After this training, they remained members of the order but returned to their work and families».

Le conoscenze e le pratiche relative alla natura e all'universo (lett. *d* dell'art. 2, par. 2) risultano poco rappresentate tra gli Stati mediterranei, almeno rispetto a quanto avviene in altri ambiti geografici, dove non è raro ritrovare tradizioni di guaritori o di sciamani. Conoscenze della natura sono però implicite in alcune tipi di artigianato, come è, ad esempio, la conoscenza del legno nell'elemento 'La tradizione del tracciato nella carpenteria francese', iscritto dalla Francia.

[16] Cfr. in proposito il rapporto per il 2009 dell'organo sussidiario per l'esame delle candidature per la Lista rappresentativa del patrimonio culturale intangibile (UNESCO, *Report by the Rapporteur on the Meetings of the Subsidiary Body for the Examination of Nominations to the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humantiy*, ITH/09/4.COM/CONF.209/INF.6 del 26 agosto 2009, p. 6).

[17] Anche il già richiamato elemento 'Le celebrazioni delle grandi macchine a spalla processionali' ha molti caratteri di rituale religioso.

Numerosi sono gli esempi di artigianato tradizionale (lett. *e* dell'art. 2, par. 2)[18]. I merletti sono rappresentati per tre volte dagli elementi 'La merletteria in Croazia', iscritto dalla Croazia, 'I merletti di Lefkara o *Lefkaritika*', iscritto da Cipro, e 'L'artigianato del merletto ad ago di Alençon', iscritto dalla Francia. Tra gli innumerevoli tipi di artigianato si inseriscono, ad esempio, 'L'artigianato del pane allo zenzero della Croazia settentrionale', iscritto dalla Croazia, 'La tappezzeria *Aubusson*', iscritta dalla Francia, e 'L'artigianato tradizionale del violino di Cremona', iscritto dall'Italia: «Cremonese violin craftsmanship is highly renowned for its traditional process of fashioning and restoring violins, violas, cellos and contrabasses. Violin-makers attend a specialized school, based on a close teacher-pupil relationship, before being apprenticed in a local workshop, where they continue to master and perfect their techniques – a never-ending process. Each violin-maker constructs from three to six instruments per year, shaping and assembling more than 70 pieces of wood around an inner mould by hand, according to the different acoustic response of each piece. No two violins are alike. Every part of the instrument is made with a specific wood, carefully selected and naturally well-seasoned. No semi-industrial or industrial materials are used. Craftsmanship requires a high level of creativity: the craftsperson has to adapt general rules and personal knowledge to every instrument. Cremonese violin-makers are deeply convinced that sharing their knowledge is fundamental to the growth of their craftsmanship, and dialogue with musicians is deemed essential so as to understand their needs. Traditional violin-making is promoted by two violin-makers' associations, 'Consorzio Liutai Antonio Stradivari' and 'Associazione Liutaria Italiana', and is considered fundamental to the identity of Cremona, its citizens, and plays a fundamental role in its social and cultural practices, rituals and events».

5. Segue: *La comunità depositaria*

La componente sociale del patrimonio culturale intangibile porta a una distinzione netta tra quest'ultimo e il patrimonio culturale 'tangibile', così come definito dalla già ricordata Convenzione del 1972 sul patrimonio culturale mondiale, ove questa componente manca o è comunque meno significativa. Il patrimonio culturale intangibile è riconosciuto

[18] 'Traditional craftsmanship' nel testo inglese della Convenzione, ma 'Les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel' nel testo francese.

come tale dalle «[...] comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui» (art. 2, par. 1, prima frase)[19]. Questo significa che il patrimonio non solo deve essere manifestato all'esterno, ma anche condiviso con altri. Il fatto che alcune pratiche abbiano un carattere segreto, essendo per loro natura confidenziali e riservate ai membri di una comunità o di un gruppo determinato, non esclude l'applicazione della Convenzione. Essa infatti prevede che gli Stati parte devono garantire l'accesso al patrimonio culturale intangibile, «[...] rispettando le pratiche consuetudinarie che regolano l'accesso a specifici aspetti di tale patrimonio» (art. 13, *d*, *ii*).

La Convenzione si riferisce alle comunità e ai gruppi in varie disposizioni, quali per esempio, l'art. 1, sotto-par. *b*, l'art. 11, sotto-par. *b*[20], l'art. 14, sotto-par. *a*, ii, e l'art. 15 (ove vengono menzionati anche gli individui)[21]. Secondo quanto disposto dall'art. 2, par. 1, anche i singoli individui che non costituiscono una comunità o un gruppo nel senso sociale del termine, per esempio perché si trovano in diverse parti di uno o più Stati, possono condividere lo stesso patrimonio culturale intangibile, sebbene solo «[...] in alcuni casi». La parola 'individuo' è utilizzata al plurale, verosimilmente per indicare che è comunque necessario che vi sia una pluralità di persone coinvolte. Un esempio di elemento condiviso da individui che non costituiscono una comunità, pur condividendo comuni valori, è dato dalla 'Falconeria, un patrimonio umano vivente' (Arabia Saudita, Belgio, Emirati Arabi Uniti, Francia, Repubblica Ceca, Repubblica di Corea, Marocco, Mongolia, Qatar, Siria e Spagna; poi esteso ad Austria e Ungheria): «[...] While falconers come from different backgrounds, they share common values, traditions and practices, such as the methods of training and caring for birds, the equipment used and the bonding process».

[19] Sulla componente sociale cfr. S. URBINATI, "Considerazioni sul ruolo di 'comunità, gruppi e, in alcuni casi, individui' nell'applicazione della Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale", in T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO (a cura di), *Il patrimonio*, cit., p. 51 ss.; S. URBINATI, "The Role for Communities, Groups and Individuals under the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage", in *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity. New Developments in International Law*, S. BORELLI, F. LENZERINI (eds.), Leiden, 2012, p. 201 ss.

[20] «Each State Party shall: […] among the safeguarding measures referred to in Article 2, paragraph 3, identify and define the various elements of the intangible cultural heritage present in its territory, with the participation of communities, groups and relevant non-governmental organizations».

[21] «Within the framework of its safeguarding activities of the intangible cultural heritage, each State Party shall endeavour to ensure the widest possible participation of communities, groups and, where appropriate, individuals that create, maintain and transmit such heritage, and to involve them actively in its management».

Essendo condiviso da una pluralità di persone, il patrimonio culturale intangibile dà «un senso di identità» (art. 2, par. 1, seconda frase) a una comunità specifica di praticanti (la comunità depositaria)[22], che si contraddistingue in virtù di questo particolare aspetto. Le pratiche e gli oggetti che sono diffusi su scala mondiale, come per esempio l'uso della ruota, il gioco del calcio, gli *hamburger* o i *blue-jeans*, non possono contraddistinguere alcuna comunità specifica e non appartengono al patrimonio culturale intangibile.

In certi casi, la comunità è così ampia che è difficile identificarla con precisione, dal momento che arriva a includere l'intero territorio di uno o più Stati. Probabilmente per far fronte ai problemi posti da elementi molto diffusi (o generici)[23], gli Stati che hanno inizialmente proposto il già citato elemento 'La dieta mediterranea' hanno scelto alcune località e comunità specifiche, in quanto emblematiche dell'intero elemento: Soria (Spagna), Koroni (Grecia), Cilento (Italia) e Chefchaouen (Marocco). Non vi è invece stato uno sforzo d'identificazione analogo nel caso del già richiamato 'Pasto gastronomico dei francesi', che si riferisce ai francesi in generale.

La grande popolarità di un elemento – si pensi al 'Flamenco', iscritto dalla Spagna – non esclude che essa appartenga al patrimonio culturale intangibile. Tra l'altro, l'iscrizione di un elemento già noto può accrescere la visibilità del patrimonio culturale intangibile in generale[24] e attirare l'attenzione su altri elementi meno conosciuti.

Anche la commercializzazione non esclude di per sé l'appartenenza di un elemento al patrimonio intangibile. Essa non costituisce *a priori* un aspetto squalificante, giacché mette in risalto un ruolo importante del patrimonio culturale intangibile quale fattore di sviluppo economico in alcune comunità. Tuttavia l'eccessiva commercializzazione può distorcere gli usi o le espressioni culturali tradizionali. È pertanto necessario assicurare che tali processi rimangano sotto il controllo delle comunità interessate e non siano sfruttati da società private[25].

[22] I semplici conoscitori e gli estimatori del patrimonio, ivi inclusi gli spettatori di rappresentazioni o i compratori di prodotti, non possono essere considerati membri della comunità depositaria.

[23] Al di là degli ostacoli concettuali, ve ne erano anche di pratici. Come si poteva provare che una comunità ha partecipato all'elaborazione di una candidatura per le Liste e all'adozione di misure di salvaguardia, come richiesto dalle Direttive operative per l'attuazione della Convenzione, se tale comunità include centinaia di milioni di individui?

[24] UNESCO, *Report by the Rapporteur*, cit., p. 7.

[25] UNESCO, *Report by the Rapporteur*, cit., p. 6.

In merito al delicato tema dello sfruttamento commerciale di alcuni elementi inclusi nella Lista rappresentativa, nel 2010 il Comitato ha invitato gli Stati parte ad adottare tutte le misure necessarie per evitare qualunque appropriazione commerciale indebita degli elementi iscritti nelle liste, in particolare di elementi generici che coprono molti settori, facendo in modo che l'emblema della Convenzione non sia usato a fini di strumentalizzazione o promozione commerciale[26]. Nel 2011 l'organo sussidiario per l'esame delle candidature per la Lista rappresentativa del patrimonio culturale intangibile ha sottolineato che gli appartenenti alle comunità depositarie del patrimonio, e non già gli Stati o imprese private, devono essere i beneficiari dell'iscrizione di un elemento nella Lista rappresentativa[27]. Analoghe considerazioni sono state svolte a proposito di elementi istituzionalizzati, cioè inquadrati all'interno di istituzioni altamente organizzate, o di elementi professionalizzati, cioè praticati principalmente da professionisti. Importante è che queste caratteristiche non pregiudichino la natura di un elemento come patrimonio culturale intangibile e che non portino alla perdita del suo contesto sociale o del suo significato culturale[28].

Il patrimonio culturale intangibile dà anche «[...] un senso di [...] continuità [...]» (art. 2, par. 1, seconda frase) a una comunità specifica, dato che esso viene tramandato volontariamente e senza interruzione da coloro che ne sono depositari ad altri che sono interessati ad apprenderlo. La mera esibizione di una certa capacità, priva di un qualsivoglia desiderio di trasmetterla, non può essere considerata come rientrante nel patrimonio culturale intangibile. La trasmissione può avvenire in molti modi: nella famiglia dai genitori o altri parenti ai figli, a scuola dagli insegnanti agli alunni, sul lavoro dai maestri agli apprendisti, come avviene nel caso dell'elemento 'Il *compagnonnage*, rete di trasmissione di saperi e di identità per i mestieri', iscritto dalla Francia: «The French *Compagnonnage* system is a unique way of conveying knowledge and know-how linked to the trades that work with stone, wood, metal, leather, textiles and food. Its originality lies in its synthesis of varied methods and processes of transmitting knowledge: national and international educational travel (known as the 'Tour de France' period), initiation rituals, school-based teaching, customary learning and technical apprenticeship. The *Compagnonnage* movement involves almost 45,000 people, who belong to one of three groups of

[26] UNESCO, *Decisions*, del 15-19 novembre 2010, p. 9, disponibile su: ITH/10/5.COM/CONF.202/Decisions.

[27] Doc. UNESCO, ITH/11/6.COM 2.SUB/2 del 9 settembre 2011, par. 67.

[28] *Ibidem*, par. 68.

compagnons. Those aged 16 years or over who wish to learn and/or develop their skills in a given profession can apply to join a *Compagnonnage* community. Training lasts on average five years, during which apprentices regularly move from town to town, both in France and internationally, to discover types of knowledge and ways of passing them on. To be eligible to transmit this knowledge the apprentice must produce a 'masterwork', examined and assessed by the *compagnons. Compagnonnage* is popularly perceived as the last movement to practice and teach certain ancient craft techniques, to deliver true excellence in craft training, to closely integrate the development of the person and the training of the worker, and the last to perform trade initiation rites».

A seguito della sua trasmissione, il patrimonio culturale intangibile è «[...] costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia» (art. 2, par. 1, seconda frase). Le nozioni di ricreazione o reinterpretazione comportano che, con il passare del tempo, vi siano dei cambiamenti nelle caratteristiche del patrimonio, come è inevitabile dato il carattere vivente del patrimonio stesso, e pongono la difficile questione di determinare fino a che punto tali cambiamenti siano accettabili. Pur essendo evidente che una trasformazione naturale è qualcosa di ben diverso da un'alterazione artificiale, resta il fatto che vi possono essere molte varianti tra un estremo e l'altro. Una trasformazione naturale è stata considerato il caso dell'elemento 'La costruzione tradizionale di giocattoli in legno per bambini di Hrvatsko Zagorje', iscritto dalla Croazia, dove, oltre ai giocattoli tradizionali a forma di cavalli, carrozze e uccelli, ne sono apparsi di nuovi che raffigurano automobili, camion, aeroplani e treni: «The whistles, horses, cars, tiny furniture, spinning dancers, jumping horses and flapping birds produced today are almost identical to those made more than a century ago – though no two toys are precisely the same, thanks to the handcrafted production process. Popular among both locals and tourists, these toys are sold in parish fairs, markets and specialty shops around the world. They have also evolved with the times and, in addition to the traditional shapes such as horses and carts, new ones representing cars, trucks, airplanes and trains have appeared, reflecting the world surrounding modern-day children».

Per quanto concerne altri fenomeni evolutivi, l'organismo sussidiario del Comitato per l'esame delle candidature per la Lista rappresentativa del patrimonio culturale intangibile, facendo riferimento alla natura vivente di tale patrimonio, ha rilevato che non si può considerare *a priori* che la modernizzazione nei metodi di produzione, la meccanizzazione e

l'utilizzo di elettricità squalifichino un elemento del patrimonio culturale intangibile, in particolare per quanto concerne le pratiche artigianali, purché il fattore umano rimanga un aspetto determinante dell'elemento e purché la meccanizzazione rispetti le aspirazioni delle comunità coinvolte[29].

Un'altra importante questione riguarda la rivitalizzazione del patrimonio culturale intangibile, intesa come un'azione diretta a riattivare o reinventare pratiche sociali e rappresentazioni che non sono più in auge o stanno cadendo in disuso. I problemi che presenta la rivitalizzazione sono dovuti al fatto che il patrimonio culturale intangibile è soggetto non solo a trasformazione, ma anche, come ogni manifestazione sociale, all'eventualità di una scomparsa definitiva. Le minacce gravi al patrimonio possono derivare da eventi naturali (per esempio, cataclismi o siccità) o essere provocate dall'uomo (per esempio, conflitti, imposizioni politiche, deforestazione, urbanizzazione, meccanizzazione), ivi compresa la semplice indifferenza delle giovani generazioni nei confronti delle tradizioni dei loro genitori. Interessante, come esempio di patrimonio quasi scomparso per motivi politici e poi rivitalizzato a fini prevalentemente turistici, è il caso della già citata 'Cerimonia *Mevlevi Sema*': «[…] As a result of secularization policies, all *mevlevihane* were closed in 1925. The Turkish government began to allow performances again, though only in public, in the 1950s, restrictions were eased in the 1990s. Some private groups are re-establishing the original spiritual and intimate character of the *Sema* ceremony. However, over the thirty years the tradition was practised clandestinely, transmission focused rather on music and songs than on spiritual and religious traditions, which has deprived performances of part of their religious significance. Consequently, many *Sema* ceremonies are no longer performed in their traditional context but for tourist audiences, and have been shortened and simplified to meet commercial requirements».

L'art. 2, par. 3, della Convenzione include tra le 'misure di salvaguardia' volte a garantire la vitalità del patrimonio culturale intangibile anche la 'rivitalizzazione' dello stesso. In effetti, intorno al concetto di 'rivitalizzazione' e alle sue conseguenze si sono sviluppate intense discussioni durante i negoziati per la Convenzione. Una manifestazione del patrimonio, che è scomparsa, può essere resuscitata? Possono gli Stati fornire incentivi per mantenere in vita pratiche che non suscitano più interesse o devono essi limitarsi a documentare a fini di ricerca le ultime

[29] UNESCO, *Report by the Rapporteur*, cit., p. 6.

manifestazioni delle pratiche stesse? È rispettoso dello spirito della Convenzione il fatto che si ripristini una pratica che non è più in auge solo perché essa potrebbe presentare un interesse commerciale per attirare turisti o per vendere i prodotti a essa correlati? Si può rivitalizzare un torneo medioevale con una parata di *majorettes*? L'organismo sussidiario non ha preso una posizione netta a proposito delle questioni suscitate dalla rivitalizzazione, esprimendosi a favore della possibilità di rivitalizzare elementi che potrebbero svolgere nuovamente una loro funzione culturale, ma ricordando che non è il caso di far rivivere pratiche storiche che non hanno più un significato nella società contemporanea[30].

6. Segue: *Lo spazio culturale*

Il patrimonio culturale intangibile è associato a 'spazi culturali' (art. 2, par. 1, prima frase) ed è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi «[...] in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia» (art. 2, par. 1, seconda frase). Si tratta di un patrimonio strettamente correlato all'ambiente naturale e storico nel quale esso viene creato e tramandato.

Uno spazio inteso in senso culturale non può essere identificato tracciando delle linee su di una carta geografica, come è invece richiesto per i beni iscritti nelle liste stabilite dalla Convenzione del 1972 sul patrimonio mondiale. In conformità con il suo carattere sociale, uno spazio culturale s'intende come «[...] uno spazio fisico o simbolico nel quale le persone s'incontrano per svolgere, condividere o scambiare pratiche sociali o idee»[31]. In un simile contesto, anche un dato topografico, come lo 'Spazio culturale della piazza Jemaa el-Fna', iscritto dal Marocco, non è soltanto un luogo delimitato sulla pianta della città di Marrakesh, ma diventa un ambiente emblematico per una concentrazione unica di depositari tradizioni popolari (che, in quanto singoli individui, risiedono altrove): «The Jemaa el-Fna Square is one of the main cultural spaces in Marrakesh and has become one of the symbols of the city since its foundation in the eleventh century. It represents a unique concentration of popular Moroccan cultural traditions performed through musical, religious and artistic expressions. Located at the entrance of the Medina, this triangular square, which is

[30] UNESCO, *Report by the Rapporteur*, cit., p. 6.

[31] Così W. VAN ZANTEN, *Glossary – Intangible Cultural Heritage*, The Hague, 2002, p. 4.

surrounded by restaurants, stands and public buildings, provides everyday commercial activities and various forms of entertainment. It is a meeting point for both the local population and people from elsewhere. All through the day, and well into the night, a variety of services are offered, such as dental care, traditional medicine, fortune-telling, preaching, and henna tattooing; water-carrying, fruit and traditional food may be bought. In addition, one can enjoy many performances by storytellers, poets, snake-charmers, Berber musicians (*mazighen*), *Gnaoua* dancers and *senthir* (*hajouj*) players. The oral expressions would be continually renewed by bards (*imayazen*), who used to travel through Berber territories. They continue to combine speech and gesture to teach, entertain and charm the audience. Adapting their art to contemporary contexts, they now improvise on an outline of an ancient text, making their recital accessible to a wider audience».

Il concetto di spazio culturale ha poco a che vedere con la nozione giuridica di territorio sul quale uno Stato esercita la propria sovranità. Come dimostrato da un certo numero di elementi iscritti, lo stesso patrimonio culturale intangibile può appartenere al territorio di due o più Stati, qualora abbia un carattere transfrontaliero o persino intercontinentale. Per evitare il rischio di frammentazione di uno stesso patrimonio, il par. 13 delle Direttive operative per l'attuazione della Convenzione incoraggia gli Stati parte a presentare congiuntamente candidature plurinazionali per le liste, nel caso in cui un elemento si trovi sul territorio di più di uno di essi. Gli Stati mediterranei (o almeno uno si essi) sono coinvolti in cinque elementi plurinazionali. Oltre ai già richiamati 'Falconeria, un patrimonio umano vivente', condiviso da tredici Stati, e 'La dieta mediterranea', condiviso da sette Stati, si tratta della festività '*Novruz, Nowrouz, Nooruz, Navruz, Nauroz, Nevruz*', iscritto da Azerbaigian, India, Iran, Pakistan, Turchia e Uzbekistan, di 'Le pratiche e conoscenze legate all'*Imzad* delle comunità Tuareg di Algeria, Mali e Niger', iscritto dai tre Stati interessati, e di 'I giganti e dragoni processionali in Belgio e Francia', iscritto dai due Stati interessati.

7. Patrimonio culturale intangibile e diritti umani

La salvaguardia del patrimonio culturale intangibile s'inserisce nell'obiettivo generale della protezione dei diritti umani, intesi come diritti culturali sia dei singoli che delle collettività. La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile e diritti umani richiama, nel suo preambolo, la Dichiarazione universale dei diritti umani (1948) e i

due Patti internazionali (New York, 1966) relativi, rispettivamente, ai diritti economici, sociali e culturali e ai diritti civili e politici. Soprattutto l'art. 27 di quest'ultimo strumento acquista importanza nel settore del patrimonio intangibile: «In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language».

Ci si può tuttavia chiedere quale sia il rapporto tra la Convenzione e certe pratiche tradizionali (come le mutilazioni sessuali femminili) che sono in conflitto con diritti umani fondamentali[32]. La frase finale dell'art. 2, par. 1, esclude che possano rientrare nell'ambito della Convenzione elementi non compatibili con gli strumenti internazionali in materia di diritti umani, con le esigenze del rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui o con le esigenze dello sviluppo sostenibile: «For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development».

Particolarmente interessante si rivela l'applicazione di questa disposizione, che ha l'effetto di una condizione che impedisce l'iscrizione nelle liste di certi elementi del patrimonio culturale intangibile. Il problema si è presentato nel caso dell'elemento 'Torri umane', proposto dalla Spagna: «*Castells* are human towers built by members of amateur groups, usually as part of annual festivities in Catalonian towns and cities. The traditional setting is the square in front of the town hall balcony. The human towers are formed by *castellers* standing on the shoulders of one another in a succession of stages (between six and ten). Each level of the *tronc,* the name given to the second level upwards, generally comprises two to five heavier built men supporting younger, lighter-weight boys or girls. The *pom de dalt* – the three uppermost levels of the tower – comprises young children. Anyone is welcome to form the *pinya,* the throng that supports the base of the tower. Each group can be identified by its costume, particularly the colour of the shirts, while the cummerbund serves to protect the back and is gripped by *castellers* as they climb up the tower».

[32] Cfr. B. UBERTAZZI, "Su alcuni aspetti problematici della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio intangibile", in *Riv. Dir. internaz.*, 2011, p. 777 ss.

L'elemento è stato iscritto nella lista, nonostante le critiche (a ben vedere, fondate) mosse in una lettera inviata al Comitato dal *Grup d'Acció Valencianista*, un'organizzazione non governativa spagnola. Nella lettera si sosteneva che la pratica delle torri umane fosse contraria ai diritti umani dei bambini costretti ad arrampicarsi fino agli ultimi livelli e, in particolare, al loro diritto alla salute e si ricordavano alcuni gravi incidenti che avevano determinato lesioni a bambini e, nel 1983 e nel 2006, perfino la loro morte.

Nel 2010 il Comitato ha invitato gli Stati parte ad assicurarsi che, nel caso di domande riguardanti elementi che contengono riferimenti alla guerra o a un conflitto o a eventi storici specifici, la candidatura sia redatta con estrema cura, in modo da evitare malintesi tra le comunità e da incoraggiare il dialogo e il rispetto reciproco tra le comunità, i gruppi e gli individui[33]. In effetti, la storia dell'umanità è caratterizzata anche da guerre, violenze e massacri che hanno lasciato la loro traccia su alcuni elementi del patrimonio culturale intangibile (ad esempio, nelle rappresentazioni o rievocazioni che dipingono il nemico come inevitabilmente malvagio o fraudolento). È, però, importante che i riferimenti a fatti del passato, che non possono essere né alterati, né edulcorati perché facenti parte del patrimonio intangibile stesso, siano proposti oggi con un diverso spirito, che è quello del rispetto reciproco tra comunità, indipendentemente da quanto avvenuto in passato. In altre parole, un elemento del patrimonio culturale intangibile può rievocare un fatto storico con tutte le passioni che esso suscitava in passato, ma non deve mai essere oggi rappresentato in modo da perpetuare l'odio o le discriminazioni che si accompagnavano in passato a quel fatto storico.

Sarà interessante vedere se, in futuro, il dovere di non causare sofferenze inutili agli animali, che oggi costituisce un'esigenza morale (e, in vari casi, giuridica) sempre più generalmente condivisa, verrà fatto rientrare nell'ambito di applicazione della sopra citata frase finale dell'art. 2, par. 1, della Convenzione. Finora si può notare che le candidature di elementi basati sull'uso di animali da parte degli uomini hanno avuto cura di mettere in evidenza i riguardi che i secondi avevano nei confronti dei primi. Questo è avvenuto con la già richiamata 'Falconeria, un patrimonio umano vivente' (che pure è un attività di caccia ad animali con animali!), e con 'L'equitazione nella tradizione francese', iscritto dalla Francia, che affrontano il problema del rapporto tra uomo e animale nei modi seguenti: «Falconers develop a strong relationship and spiritual bond with their birds, and commitment is required to breed, train, handle and fly the

[33] Come dichiarato nella decisione 5.COM 6, in UNESCO, *Decisions*, cit., p. 10.

falcons». «Equitation in the French tradition is a school of horseback riding that emphasizes harmonious relations between humans and horses. The fundamental horse-training principles and processes are guided by non-violence and lack of constraints, blending human demands with respect for the horse's body, and mood. […] The common denominator among riders is the desire to establish close relations with the horse, build mutual respect and work towards achieving 'lightness'».

8. L'applicazione della Convenzione da parte degli Stati mediterranei

Ogni valutazione basata soltanto sul solo presupposto che uno Stato abbia un litorale mediterraneo è sempre approssimativa, se non errata, quando si tratta di prendere in considerazione manifestazioni culturali[34]. Ciò premesso, sul piano numerico risulta che, nell'ambito dei ventitré Stati rivieraschi del Mediterraneo[35], diciannove sono finora parti della Convenzione[36]. Nell'ambito di questi ultimi, tredici Stati hanno iscritto elementi nella Lista rappresentativa del patrimonio culturale intangibile dell'umanità[37]. Nell'ambito di questi ultimi, due (Grecia e Siria) hanno iscritto soltanto un elemento plurinazionale. I restanti undici Stati sono Albania (un elemento), Algeria (quattro elementi, di cui uno plurinazionale), Croazia (tredici elementi, di cui uno plurinazionale), Cipro (tre elementi, di cui uno plurinazionale), Egitto (un elemento), Francia (dieci elementi, di cui due plurinazionali), Italia (cinque elementi, di cui uno plurinazionale), Marocco (cinque elementi, di cui uno plurinazionale), Palestina (un elemento), Spagna (undici elementi, di cui due plurinazionali, Turchia (undici elementi, di cui uno plurinazionale).

Due elementi sono stati iscritti da Stati mediterranei nella Lista del patrimonio culturale intangibile che necessita una salvaguardia urgente. Si tratta del 'Canto Ojkanje', iscritto dalla Croazia, e del 'Cantu in paghjella, una tradizione orale secolare e liturgica della Corsica', iscritto dalla Francia, che sono a rischio per i seguenti motivi: «Ojkanje owes its survival to organized groups of local tradition bearers who continue to

[34] Basti pensare che un elemento iscritto dalla Francia ('Maloya') riguarda musiche, canti e danze dell'isola di La Réunion, situata nell'Oceano Indiano.

[35] Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Cipro, Croazia, Egitto, Francia, Grecia, Israele, Italia, Libano, Libia, Malta, Marocco, Monaco, Montenegro, Palestina, Regno Unito (per quanto riguarda Gibilterra e le aree sovrane di basi di Akrotiri e Dhekelia sull'isola di Cipro), Siria, Slovenia, Spagna, Tunisia, Turchia.

[36] Non ne sono parte Israele, Libia, Malta e Regno Unito.

[37] Non lo hanno finora fatto Bosnia-Erzegovina, Libano, Monaco, Montenegro, Slovenia e Tunisia.

transmit the skills and knowledge, representing their villages at festivals in Croatia and around the world. Although Ojkanje is traditionally passed on orally, audio and video media and organized training within local folklore groups now play an increasing part in its transmission. However, the survival of individual voice-shaking techniques and numerous two-part forms depends greatly on talented, skilful singers and their capacity to perform and to pass on their knowledge to new generations. Recent conflicts and rural to urban migration that reduced the population of the region and changes in ways of life have caused a sharp decrease in the number of performers, resulting in the loss of many archaic styles and genres of solo singing». «Despite the efforts of its practitioners to revitalize its repertoires, paghjella has gradually diminished in vitality, due a sharp decline in intergenerational transmission caused by emigration of the younger generation and the consequent impoverishment of its repertoire. Unless action is taken, paghjella will cease to exist in its current form, surviving only as a tourist product devoid of the community links that give it real meaning».

In realtà, anche dalla descrizione di alcuni elementi iscritti nella Lista rappresentativa del patrimonio culturale intangibile dell'umanità emergono a volte situazioni di rischio[38].

Solo la Spagna tra gli Stati mediterranei ha finora provveduto a fare iscrivere programmi, progetti e attività nel Registro delle migliori pratiche. Si tratta del 'Centro per la cultura tradizionale – progetto pedagogico del museo scolastico di Pusol', della 'Rivitalizzazione dell'artigianato tradizionale della calce a Morón de la Frontera, Siviglia, Andalusia' e della 'Metodologia per inventariare il patrimonio culturale intangibile nelle riserve della biosfera: l'esperienza di Montseny'.

[38] Questo sembra, ad esempio, verificarsi nel caso del già richiamato elemento 'L'opera dei pupi, teatro delle marionette siciliano': «The economic and social upheavals caused by the extraordinary economic boom of the 1950s had a considerable effect on the tradition, threatening its very foundations. At that time, similar forms of theatre in other parts of Italy disappeared, some of them to re-emerge some twenty years later. The Opera dei Pupi is the only example of an uninterrupted tradition of this kind of theatre. Owing to current economic difficulties puppeteers can no longer make a living from their art, prompting them to turn to more lucrative professions. Tourism has contributed to reducing the quality of performances, which were previously aimed at a local audience only».

DELIMITAZIONE E TUTELA AMBIENTALE DELLE ZONE MARITTIME DEI 'MARI MEDITERRANEI': I LIMITI DELLE SOLUZIONI OFFERTE DAL DIRITTO INTERNAZIONALE

Gemma ANDREONE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La delimitazione marittima della PC e della ZEE nel diritto internazionale. – 3. L'interpretazione delle regole della delimitazione nella giurisprudenza internazionale. – 4. Il ricorso a fattori non geografici per tutelare gli interessi delle popolazioni coinvolte nella delimitazione (in particolare alla tutela degli interessi di pesca). – 5. La protezione dell'ambiente marino nella prassi delle delimitazioni marittime. – 6. La delimitazione marittima nei mari mediterranei e le interpretazioni restrittive della Corte Internazionale di Giustizia. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La soluzione codificata nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (d'ora in poi Convenzione del 1982)[1] per assicurare la gestione pacifica delle delimitazioni della Piattaforma continentale (d'ora in poi PC) e della Zona economica esclusiva (d'ora in poi ZEE) tra Stati frontisti o adiacenti è stata e continua ad essere un tema molto dibattuto, nonché una soluzione di difficile attuazione.

Non solo la delimitazione degli spazi marini è di per sé un'impresa tecnicamente complessa, trattandosi di spazi, di *habitat* e di risorse indelimitabili, ma essa dovrebbe anche conciliare la *fictio* giuridica della fissazione di un limite marino con gli interessi degli Stati coinvolti e con le esigenze concrete delle comunità di persone che, dall'uso di tali spazi e delle sue risorse, fanno derivare la loro sussistenza.

Il presente lavoro non intende ricostruire in modo esaustivo il regi-

* Ricercatore di Diritto internazionale, CNR - Istituto di Studi Giuridici Internazionali; Chair della Cost Action IS1105 Marsafenet- Network of experts on the legal aspects of maritime safety and security.

[1] La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 è stata aperta alla firma degli Stati il 10 dicembre 1982 ed è entrata in vigore il 16 novembre 1994. Per il testo, le ratifiche e le dichiarazioni degli Stati si può consultare il sito web http://www.un.org/depts/los/index.htm.

me giuridico della delimitazione marittima e la sua evoluzione nell'attività interpretativa della giurisprudenza internazionale, ma ha la finalità di proporre alcuni spunti di riflessione relativi al rapporto tra questa procedura e l'esigenza degli Stati, come della Comunità internazionale nel suo complesso, di protezione degli ecosistemi marini, considerata ormai una necessità imprescindibile.

La questione della possibile influenza sul processo di delimitazione della protezione dell'ambiente marino appare ancor più rilevante nei mari semichiusi o mediterranei, dove le questioni ambientali sono sentite in modo ancora più pressante, in considerazione della ridotta estensione degli spazi marini e dei maggiori rischi derivanti dal sovrasfruttamento delle risorse, dall'inquinamento marino e dalla diversa gestione delle varie zone marittime sottoposte alla giurisdizione di più Stati.

Pertanto, dopo una breve ricostruzione del regime giuridico della delimitazione marittima delle zone oltre le 12 miglia nautiche, attraverso l'analisi della giurisprudenza internazionale, l'attenzione sarà rivolta a verificare se il diritto internazionale riesce a soddisfare le esigenze di tutela dell'*habitat* e delle risorse delle zone marittime oggetto di delimitazione.

La prima constatazione riguarderà la differenza tra le delimitazioni effettuate per accordo delle Parti e quelle decise giudizialmente da tribunali internazionali in assenza di accordo.

Infine, ci si interrogherà sulla opportunità di alcune decisioni della Corte internazionale di giustizia (d'ora in poi CIG), che, attraverso interpretazioni restrittive del concetto di equa soluzione in materia di delimitazione, sembrano sottovalutare l'importanza della cooperazione anche nella materia della delimitazione tra gli Stati frontisti o adiacenti di un mare mediterraneo, nonché l'utilità di soluzioni di delimitazioni condivise tra tutti gli Stati interessati. Da alcune sentenze recenti emerge, infatti, una tendenza eccessiva alla frammentazione e alla bi-lateralizzazione del processo di delimitazione anche nei mari mediterranei.

2. La delimitazione marittima della PC e della ZEE nel diritto internazionale

La delimitazione va distinta dalla fissazione unilaterale da parte di uno Stato costiero dei limiti della propria zona marittima oltre il mare

territoriale (PC o ZEE)[2]. La delimitazione, infatti, è l'operazione che deve essere effettuata tra due o più Stati al fine di separare le aree che possono sovrapporsi a causa dell'assenza dell'estensione massima della ZEE e della PC, rispettivamente di 200 e 350 miglia nautiche dalla linea di base[3], prevista dalla Convenzione del 1982.

Il carattere internazionale della delimitazione è, quindi, un elemento essenziale del regime della delimitazione marittima, come confermato dalla giurisprudenza internazionale, che ha escluso che essa possa essere effettuata in modo unilaterale[4].

Pertanto, la delimitazione non può consistere nel separare la zona marittima, sottoposta alla giurisdizione di uno Stato, dall'alto mare, dove non vi è nessun titolo giuridico rivendicato da altri Stati.

La possibilità di sovrapposizione di zone rientranti nella giurisdizione di due o più Stati è maggiore nei casi di zone marittime di Stati adiacenti. Infatti, le possibili delimitazioni laterali sono numericamente superiori alle delimitazioni già esistenti e potenziali tra Stati frontisti. Queste ultime, infatti, si rinvengono solo nei mari meno estesi, definiti mari mediterranei o, secondo la terminologia utilizzata dalla Convenzione del 1982, mari chiusi o semichiusi. In questi mari è frequente che la distanza tra le coste opposte degli Stati rivieraschi sia inferiore alle 400 miglia nautiche, impedendo così la proclamazione unilaterale massima possibile della ZEE per ciascuno Stato costiero.

Il numero degli accordi internazionali di delimitazione e delle delimitazioni decise da tribunali internazionali è stato stimato come corri-

[2] La dottrina che si è occupata di delimitazione marittima è molto vasta. Si rinvia pertanto a B. CONFORTI, "La delimitazione della PC del Mare del Nord", in *Riv. Dir. internaz.*, 1969, p. 509 ss.; P. WEIL, *Perspectives du Droit de la délimitation*, Paris, 1988; L. LUCCHINI, M. VOELCKEL, *Droit de la mer*, Tome 2, vol. 1, Paris, 1996; G. CATALDI, "L'Italia e la delimitazione degli spazi marini. Osservazioni sulla prassi recente di estensione della giurisdizione costiera nel Mediterraneo", in *Riv. Dir. internaz.*, 2004, pp. 621 ss.; I. PAPANICOLOPULU, *Il confine marino. Unità o pluralità?*, Milano, 2005; Y. TANAKA, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*, Portland, 2006.

[3] Tali limiti spaziali sono stati introdotti dalla Convenzione del 1982 agli art. 57 e 76 par. 5. Inoltre tale ultima disposizione prevede che l'estensione spaziale massima possibile della PC può essere misurata a 100 miglia nautiche dalla isobata dei 2500 metri, che è la linea che collega i punti dove la profondità delle acque è pari 2500 metri.

[4] Si veda la decisione della Camera della CIG nel caso del Golfo di Maine del 1984, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, par. 112. Si rinvia alle osservazioni di B. CONFORTI, "L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire entre la Lybie et Malta", dans *Rev. gén. dr. intern. pub.*, Tome LXXXX, 1986, p. 315.

spondente a quasi la metà dei potenziali casi di sovrapposizione di ZEE e PC tra Stati opposti o adiacenti[5].

Inoltre, il numero delle potenziali sovrapposizioni è destinato ad aumentare notevolmente in considerazione delle molte situazioni di incertezza relative alle estensioni della PC oltre le 200 miglia nautiche, già effettuate o che saranno effettuate nei prossimi anni, in base a quanto previsto dall'art.76 della Convenzione del 1982[6].

Venendo alle regole internazionali valide per la delimitazione delle zone marittime oltre il mare territoriale, la Convenzione di Ginevra sulla piattaforma continentale del 1958[7] prevede, all'art. 6, che, in assenza di accordo tra Stati opposti, il criterio prevalente di delimitazione della PC sia quello della linea mediana, modificata se necessario da eventuali circostanze speciali.

Tuttavia, la sentenza della CIG del 1969 sulla delimitazione della PC nel mare del Nord tra gli Stati rivieraschi e adiacenti di quel mare (Olanda, Germania e Danimarca)[8], dovendo rispondere al quesito relativo alla natura consuetudinaria di tale criterio contenuto nell'art. 6 della Convenzione del 1958, in considerazione della inopponibilità alla Germania di tale Convenzione in quanto Stato non parte, giunse ad alcune conclusioni generali che hanno condizionato il successivo regime giuridico della delimitazione della PC, così come della ZEE.

In primo luogo, la Corte nega che l'art. 6 fosse una disposizione dichiarativa di una norma generale consuetudinaria preesistente alla Convenzione e tanto meno che essa avesse determinato la formazione di una simile norma consuetudinaria negli anni successivi alla sua redazione e,

[5] Il dipartimento di Stato degli Stati Uniti d'America avrebbe previsto che il numero delle potenziali delimitazioni marittime (tra Stati adiacenti e frontisti nel complesso) si aggira intorno a 420. Mentre gli accordi internazionali di delimitazione già stipulati dagli Stati costieri rappresenterebbe solo il 48% , cioè circa 200 accordi. Si veda Y. TANAKA, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*, Portland, 2006, p. 2.

[6] Come è noto la procedura della estensione della PC oltre le 200 mn è stata attivata a partire all'inizio degli anni 2000 proprio per rispettare il limite temporale di rivendicazione di tale diritto fissato nell'Allegato II della Convenzione del 1982 all'art. 4: «Where a coastal State intends to establish, in accordance with article 76, the outer limits of its continental shelf beyond 200 nautical miles, it shall submit particulars of such limits to the Commission along with supporting scientific and technical data as soon as possible but in any case within 10 years of the entry into force of this Convention for that State. The coastal State shall at the same time give the names of any Commission members who have provided it with scientific and technical advice».

[7] La Convenzione di Ginevra sulla piattaforma continentale è stata aperta alla firma il 29 aprile 1958 ed è entrata in vigore il 10 giugno 1964.

[8] *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

di conseguenza, nega che il criterio della equidistanza, per la delimitazione delle zone marittime oltre il mare territoriale, sia previsto dal diritto internazionale generale.

La Corte, inoltre, non rinvenendo nel diritto consuetudinario nessuno altro criterio prevalente rispetto ai possibili metodi di delimitazione, sostiene per la prima volta la tesi secondo cui, quando una delle Parti è estranea alla Convenzione di Ginevra, la delimitazione della PC può essere stabilita solo attraverso un accordo tra gli Stati interessati dalla procedura di delimitazione[9].

Ne deriva, secondo la posizione della Corte, che gli Stati limitrofi sarebbero soggetti all'obbligo di condurre negoziati in buona fede al fine di concludere un accordo di delimitazione che realizzi un risultato equo[10].

Inoltre, gli Stati costieri coinvolti nella delimitazione sarebbero tenuti a rispettare principi di equità nella conclusione dell'accordo, tenendo conto di una serie di elementi come la configurazione delle coste, la struttura fisica e geologica della piattaforma, la proporzionalità tra l'estensione della piattaforma e quella delle coste ed altri fattori non geografici[11].

Il caso della delimitazione della PC nel mare del Nord ha fatto emergere la questione centrale, ancora oggi irrisolta, della necessità di

[9] Le conclusione raggiunte dalla CIG in questa celebre sentenza sono state oggetto di critiche e perplessità. Tuttavia, esse sono state poi ampiamente condivise dalla dottrina e dalla prassi convenzionale nella misura in cui escludevano l'esistenza di una norma internazionale che indicasse un particolare criterio di delimitazione come vincolante in assenza di accordo delle Parti. Si rinvia a B. CONFORTI, "La delimitazione della PC del Mare del Nord", cit., per una critica alla concezione territorialistica della Corte che si oppone alla nascente concezione funzionalistica.

[10] Per una disamina delle critiche sollevate dal concetto di equa soluzione e degli inconvenienti che essa può generare si rinvia agli scritti di B. CONFORTI, "La delimitazione della PC del Mare del Nord", cit., e B. CONFORTI, "L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire entre la Lybie et Malta", cit.

[11] Il ricorso a principi di equità viene fondato sul diritto internazionale consuetudinario alla luce della prassi degli Stati e soprattutto al Proclama Truman del 1945 che faceva espresso riferimento ai principi di equità. Per una critica alla tesi della CIG, espressa nella sentenza del 1969, e confermata anche dalla giurisprudenza successiva, secondo cui in assenza di qualsivoglia criterio vincolante di delimitazione, compresa l'equidistanza, la delimitazione debba essere il risultato di un accordo ispirato a principi di equità, si rinvia alle osservazioni di a B. CONFORTI, "La delimitazione della PC del Mare del Nord", cit., p. 509 ss. L'autore ammette che in assenza di criteri vincolanti l'accordo diventi indispensabile, ma nega che il riferimento all'equità sia rilevante. Infatti, nel momento in cui l'accordo viene stipulato, risulta irrilevante se esso abbia adottato principi equi o meno.

contemperare, da un lato, l'esigenza di fissare regole valide per tutte le delimitazioni, che conducano alla soluzione di una controversia tra due Stati frontisti o adiacenti, (e quindi in tal senso si dice che le regole della delimitazione devono essere prevedibili, assicurando quindi la *predictability*), con la necessità, dall'altro lato, di assicurare un'adeguata flessibilità delle norme che possa condurre ad un risultato equo negli innumerevoli, e tutti diversi tra loro, casi di delimitazione (in tal senso si invoca la *flexibility*)[12].

Come è noto la menzionata sentenza della CIG del 1969 ha poi condizionato il regime giuridico internazionale negoziato durante la III Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare. Le regole introdotte dalla Convenzione del 1982, per la delimitazione di ZEE o di PC in caso di sovrapposizioni sono identiche, benché contenute in articoli distinti e rispettivamente nella Parte V e nella Parte VI della Convenzione. Si tratta degli art. 74[13] e 83[14], i quali introducono un regime giuridico che sembrerebbe dare preferenza alla esigenza di flessibilità a scapito della prevedibilità e della certezza del diritto[15].

Al primo comma di entrambe queste disposizioni, infatti, viene previsto che la delimitazione della ZEE e della PC tra Stati con coste opposte o adiacenti venga effettuata per accordo sulla base del diritto internazionale, come previsto all'art. 38 dello Statuto della CIG, al fine di raggiungere un'equa soluzione.

Nel corso del tempo, poi, le decisioni della CIG, dei tribunali arbitrali internazionali, delle corti interne, nonché di recente anche del Tri-

[12] Y. TANAKA, *op. cit.*, p. 332 ss. L'autore precisa che «[...] however, the problem is that the geographical and non-geographical factors to be considered by the Courts are different in each and every case».

[13] Il primo comma dell'art. 74 prevede: «The delimitation of the exclusive economic zone between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution».

[14] Il primo comma dell'art. 83 prevede: «The delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution».

[15] La flessibilità che emerge dagli art. 74 e 83 della Convenzione del 1982 è ribadita dalla CIG nella sentenza del 1985 nel caso relativo alla delimitazione della PC tra Libia e Malta. Al par. 28 infatti si legge: «The Convention sets a goal to be achieved, but is silent as to the method to be followed to achieve it. It restricts itself to setting a standard, and it is left to States themselves, or to the courts, to endow this standard with specific content». *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 30-31.

bunale internazionale di diritto del mare[16], hanno contribuito ad approfondire e ad arricchire il regime applicabile alle delimitazioni marittime della ZEE e della PC.

3. L'interpretazione delle regole della delimitazione nella giurisprudenza internazionale

L'attività interpretativa svolta dalla giurisprudenza internazionale già a partire dalla menzionata sentenza della CIG del 1969, e soprattutto successivamente all'approvazione del testo della Convenzione del 1982, è imponente sia per il numero delle delimitazioni decise giudizialmente, sia per il notevole sforzo di sistematizzazione e di interpretazione 'integrativa' delle norme internazionali esistenti.

Volendo sintetizzare i principali risultati, ad oggi abbastanza pacifici, dell'evoluzione giurisprudenziale in materia[17], occorre partire dalla premessa che nessuna delimitazione marittima tra Stati frontisti o adiacenti può essere effettuata unilateralmente e che solo quando non sia stato possibile raggiungere un accordo, le parti in conflitto per la delimitazione delle rispettive ZEE o PC possono fare ricorso ad un terzo che abbia le competenze necessarie per dirimere la controversia[18]. Inoltre, ogni caso di delimitazione deciso da un tribunale internazionale avrà valore solo per le Parti coinvolte in quel giudizio. La CIG ha anche chiarito in varie sentenze che la delimitazione giudiziale non può avere luogo con riferimento a spazi marittimi sottoposti alla giurisdizione di Stati costieri estranei alla controversia[19]. La giurisprudenza internazionale è concorde

[16] Il Tribunale internazionale di diritto del mare è stato di recente investito di una controversia in materia di delimitazione nel caso *Myanmar c. Bangladesh*, *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, 14 March 2012, Case No. 16.

[17] M. KAWANO, "International Courts and Tribunals and the Development of the Rules and Methods Concerning Maritime Delimitation", in *The Journal of International Law and Diplomacy*, 2013, Vol. 112, No. 2, pp. 431-457 e G. CATALDI, "L'Italia e la delimitazione degli spazi marini", cit..

[18] Si vedano le seguenti sentenze: *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, e *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 267, par. 26-27.

[19] CIG, sentenza del 16 marzo 2001 nell'affare della delimitazione marittima e delle questioni territoriali tra Qatar e Bahrein (*Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, I.C.J. Reports 2011, par. 235 ss.). Si veda anche la sentenza resa dalla Corte nel caso della piattaforma continentale tra Libia e Malta (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 25 ss.).

nel ritenere che gli art. 74 e 83 riflettano il diritto consuetudinario[20]. Dalla lettura di tali disposizioni si evince chiaramente che nessun metodo di delimitazione possa essere considerato prevalente sugli altri, né tanto meno obbligatorio per le Parti e che l'equidistanza rappresenta, dunque, solo uno dei possibili metodi utilizzabili da solo o in combinazione con altre circostanze.

Per quanto concerne le regole materiali da applicare, le disposizioni degli art. 74 e 83 rinviano all'applicabilità di tutte le norme previste dal diritto consuetudinario e dai trattati ratificati dagli Stati coinvolti, che siano pertinenti alla delimitazione, nonché ai principi generali di diritto internazionale, come pure ai contributi offerti dalle decisioni di corti e tribunali ed, infine, alle interpretazioni dottrinali.

Sebbene dopo la sentenza della CIG del 1969 l'equidistanza non sia stato più considerato il criterio prevalente e obbligatorio, quasi tutta la giurisprudenza successiva ha fatto comunque riferimento a tale metodo geometrico, come base di partenza per la costruzione di qualunque confine marittimo.

Nella giurisprudenza internazionale si rinviene, ad oggi, un ampio accordo sulla procedura di delimitazione utilizzata dalla CIG e consistente in tre fasi distinte. Secondo tale procedura, un equo risultato può essere raggiunto partendo dalla linea di equidistanza come criterio iniziale di costruzione di una linea provvisoria (prima fase della delimitazione) per poi passare all'aggiustamento della linea in base ad altri criteri (cd. circostanze speciali o rilevanti) che possano contribuire a rendere il risultato finale equo per le Parti (seconda fase della delimitazione), arrivando infine alla fase della verifica (cd. *verification test*) della eventuale iniquità che potrebbe essere stata generata dalle prime due fasi (terza fase della delimitazione).

In questa ottica, la CIG ha anche più volte avuto l'occasione di affermare che ogni delimitazione è un *unicum* e che ogni specifico contesto deve essere valutato sempre caso per caso, non esistendo né una lista esaustiva delle possibili circostanze speciali né una gerarchia tra esse.

Tuttavia, la prassi giudiziaria, a differenza della prassi degli accordi bilaterali, rivela una preferenza marcata per alcune circostanze rispetto

[20] Da ultima si veda la sentenza della CIG del 2012 sulla delimitazione tra Nicaragua e Colombia (*Territorial and maritime dispute (Nicaragua v.Colomba)* Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 673, par 138): «As the Court has already noted, the law applicable to this delimitation is customary international law. The Court considers that the principles of maritime delimitation enshrine in Articles 74 and 83 and the legal regime of islands set out in UNCLOS Article 121 reflect customary international law».

ad altre. In particolare, è possibile fare una distinzione tra le due ampie categorie delle circostanze geografiche e delle circostanze non geografiche. Nel quadro della progressiva affermazione del criterio spaziale della distanza dalla costa, e del declino del criterio geologico della sfruttabilità, i tribunali internazionali hanno spesso fatto ricorso a quei criteri di delimitazione che sembrano offrire maggiori garanzie di neutralità, assicurando un più elevato grado di certezza giuridica e di riduzione della conflittualità[21].

Si tratta delle circostanze basate sulla geografia e sulla configurazione delle coste e delle aree da delimitare, quali la lunghezza e la morfologia delle coste, la proporzionalità tra la lunghezza delle coste e l'estensione dell'area, la presenza delle isole, l'esistenza di Stati terzi nell'area da delimitare, e, ancora la presenza di ghiaccio e altri fattori geologici e geomorfologici della PC, che hanno perduto molta parte della loro importanza in seguito al prevalere del criterio della distanza.

Al contrario, le circostanze non geografiche sono solitamente escluse dal novero delle circostanze che servono a delineare il confine.

Infatti, circostanze come i fattori economici, la condotta delle Parti, i diritti storici (tra cui i diritti storici di pesca), le esigenze di sicurezza e di navigazione, nonché i fattori ambientali, sono considerate in modo molto residuale e, anche laddove esse siano state invocate nei procedimenti giudiziari, non hanno mai determinato nessun effetto sull'aggiustamento della linea di equidistanza[22].

I fattori economici, a loro volta, possono essere suddivisi in fattori collegati all'esistenza di risorse naturali come petrolio, gas e risorse ittiche (questi sono generalmente definiti 'fattori economici in senso stretto') e fattori collegati ad aspetti socio economici quali la dipendenza economica dello Stato dalle risorse naturali e dal benessere economico della nazione. Le circostanze non geografiche sono spesso collegate tra loro fino ad arrivare a sovrapporsi. Ad esempio, i fattori economici e la condotta delle parti spesso si confondono dal momento che la condotta degli Stati riguarda prevalentemente le attività economiche, come la pesca e lo sfruttamento delle risorse non rinnovabili. Allo stesso modo, possono profilarsi ipotesi di sovrapposizione tra i criteri riconducibili al-

[21] Non sono mancate, tuttavia, obiezioni alla tesi secondo cui alcune circostanze come quelle geografiche o attinenti alla configurazione delle coste garantirebbero un minor rischio di discrezionalità da parte del giudice.

[22] Si veda T. SCOVAZZI, "Maritime delimitation cases before international courts and tribunals", in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck encyclopedia of public international law*, 2008.

le attività economiche e quelli che invocano diritti storici riguardanti tradizioni e fattori culturali. Identico discorso vale anche per le circostanze non geografiche quali la navigazione e la sicurezza marittima[23].

Inoltre, frequentemente, nelle procedure contenziose di delimitazione, sono stati invocati, come circostanza rilevante, gli interessi di pesca delle popolazioni appartenenti agli Stati coinvolti nella delimitazione. Tale circostanza deve essere distinta dai fattori ambientali, che sono collegati alla tutela dell'*habitat* marino, alla protezione di alcune risorse o dell'interno ecosistema. Tuttavia, possibili sovrapposizioni tra questi due fattori sono evidentemente inevitabili, in considerazione della loro stretta interazione.

In ogni caso, dall'analisi della giurisprudenza emerge chiaramente che i possibili criteri sono tutti quelli che sono stati, di volta in volta, invocati dagli Stati e, pertanto, si riferiscono sempre ad interessi specifici di ciascuno di essi, intesi come interessi statali o come interessi delle popolazioni interessate, ma non si riferiscono ad interessi generali della Comunità internazionale, sebbene in taluni casi l'interesse statale possa coincidere con quello generale.

Infine, è utile ricordare che gran parte della giurisprudenza internazionale in materia di delimitazione ha riguardato le richieste degli Stati costieri di tracciare un confine unico valido sia per la colonna d'acqua della ZEE o della Zona di pesca esclusiva sia per il fondo e sottofondo marino della PC [24].

Come è noto, la questione della determinazione di un confine unico non è scevra da dubbi e da perplessità. Infatti, considerato che nella Convenzione del 1982 il rapporto tra i regimi giuridici di tali zone marittime rimane molto incerto ed indefinito e che l'art. 56 di tale Convenzione attribuisce allo Stato costiero poteri esclusivi nella ZEE sia in relazione alla colonna d'acqua che al fondo e al sottofondo marino, ne consegue che anche la questione di sapere se si possa legittimamente parlare di confine unico per la ZEE e la PC di Stati opposti o adiacenti, o se, al contrario, il confine marittimo tra i due Stati si riferisca solo alla delimitazione tra le rispettive ZEE rimane una questione irrisolta[25].

Seguendo questa seconda impostazione, infatti, la possibilità un con-

[23] Y. TANAKA, *op. cit.*, p. 265 ss.

[24] G. CATALDI, "La ligne unique de délimitation? Application en Méditerranée", in *Annuaire du Droit de la mer,* 2002, p. 227 ss.; I. PAPANICOLOPULU, "A Note on Maritime Delimitation in a Multizonal Context: The Case of the Mediterranean", in *Ocean Development and International Law*, 2007, p. 381 ss.

[25] Y. TANAKA, *op. cit.*, p.15 ss.

fine unico valido per entrambe le zone, si porrebbe solo quando uno degli Stati interessati dalla delimitazione non abbia proclamato la ZEE, oppure non abbia intenzione di tracciare una linea unica per entrambe le zone.

Infatti, sebbene le disposizioni pattizie e consuetudinarie per la delimitazione di entrambe le zone siano identiche, le circostanze rilevanti per la definizione del confine potrebbero essere diverse per le due zone marittime, dando luogo quindi a due distinti risultati, non coincidenti in un'unica linea di delimitazione. L'esempio più immediato può essere la possibile rilevanza della presenza di risorse biologiche per la delimitazione delle ZEE, nonché la presenza di risorse minerali come elemento significativo per la fissazione della linea di confine valida per la PC.

In ogni caso, i dubbi sulla possibilità di fissare un confine unico si pongono solo quando gli Stati coinvolti siano in disaccordo su di esso, negli altri casi l'uso della definizione 'confine unico' da parte delle giurisdizioni internazionali è servito soprattutto a sottolineare l'inesistenza all'interno della Convenzione del 1982 di ogni riferimento all'esistenza di un obbligo degli Stati costieri di accettare la medesima frontiera per la colonna d'acqua e per il fondo marino.

4. *Il ricorso a fattori non geografici per tutelare gli interessi delle popolazioni coinvolte nella delimitazione (in particolare alla tutela degli interessi di pesca)*

Dall'analisi della giurisprudenza internazionale e, in particolare delle sentenze della CIG, si può dedurre che i fattori non geografici, quali la presenza delle risorse minerali e delle risorse di pesca, nonché i diritti storici di pesca e la dipendenza delle popolazioni locali dalla pesca sono stati spesso invocati dalle Parti come circostanze speciali rilevanti al fine di modificare la linea provvisoria di equidistanza[26]. Tali fattori, benché ampiamente presi in considerazione nella prassi degli accordi internazio-

[26] Per uno studio approfondito sull'incidenza dei fattori non geografici, e in particolare di fattori come gli interessi di pesca e, in modo autonomo, la protezione dell'ambiente, sulla delimitazione, all'interno che della prassi giudiziale che convenzionale, si rinvia a B. KWIATKOWSKA, "Economic and environmental considerations in maritime boundary delimitations", in J.J. CHARNEY, L.M. ALEXANDER (eds.), *International Maritime Boundaries*, Neatherlands, 1993, pp. 75-113 e a B. KWIATKOWSKA, "Resource, navigational and ennvironemental factors in equitable maritime boundary delimitation", in D.A. COLSON, R.W. SMITH (eds.), *International Maritime Boundaries*, Neatherlands, 2005, pp. 3223-3244.

nali, sono stati utilizzati solo raramente in una delle fasi del procedimento di delimitazione davanti ai tribunali internazionali, ed in particolare, nella seconda fase di aggiustamento della linea di equidistanza, o nella terza fase della verifica finale sulla eventuale iniquità del confine[27].

Nel caso relativo alla delimitazione della PC degli Stati Uniti e della Zona esclusiva di pesca del Canada, nel Golfo di Maine, deciso dalla CIG nel 1984[28], le Parti avevano chiesto di stabilire una linea di confine unica invocando come circostanze speciali la presenza di risorse minerali e di risorse di pesca. Infatti, mentre il Canada nella sua richiesta alla Corte aveva sottolineato, con molta enfasi, il carattere di vitale importanza per il popolo della Nova Scotia delle risorse di pesca presenti nei George Banks, mentre esse non erano altrettanto importanti per altre popolazioni coinvolte, gli Stati Uniti avevano invocato la presenza delle risorse minerali sulla linea di confine della PC come circostanza rilevante ai fini dello spostamento della linea mediana.

La Corte rifiutò gli argomenti addotti dalle Parti per tre principali motivi. In primo luogo, secondo la Corte, le considerazioni addotte dalle Parti erano di tipo politico ed economico e, quindi, non influenti sulla decisione che non poteva essere presa *ex aequo et bono*, ma doveva raggiungere un risultato equo sulla base delle norme esistenti[29]. In secondo luogo, i criteri da applicare dovevano essere solo criteri geografici inerenti l'area oggetto di controversia. Infine, la pesca così come pure la navigazione, la difesa o l'esplorazione e lo sfruttamento del petrolio, in quanto circostanze non geografiche, non potevano essere considerate rilevanti.

Pertanto, in questo caso, la Corte, intendendo utilizzare un criterio

[27] Sono note le argomentazioni della CIG nella sentenza del 1982 sulla delimitazione della piattaforma continentale tra Tunisia e Libia (*Continental shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p.18). La Tunisia, infatti, aveva invocato il suo stato di povertà rispetto alla Libia dovuto alla mancanza di risorse naturali e, allo stesso tempo, aveva chiesto che la presenza di risorse di pesca derivanti dai suoi diritti storici su di esse, fosse presa in considerazione come circostanza speciale. Tuttavia, la Corte affermò che queste considerazioni economiche non potevano essere prese in considerazione per la delimitazione della PC essendo fattori estranei alla delimitazione in quanto la fortuna o la calamità di una nazione erano variabili non prevedibili.

[28] S. KAYE, "Lessons learned from the Gulf of Maine case: the development of maritime boundary delimitation jurisprudence since Unclos III", in *Ocean and Coastal Law Journal*, 2008, vol 114:1, pp. 73-99.

[29] Molte perplessità sono state avanzate dalla dottrina in ordine all'esistenza di un'apprezzabile differenza tra una decisione *ex aequo et bono* e una decisione basata su criteri di equità da parte della Corte. Si rinvia a B. CONFORTI, "L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire entre la Lybie et Malta", cit.

neutrale, preferì il metodo geometrico della equidistanza per costruire il confine unico provvisorio e non prese in considerazione nessuno dei fattori economici invocati dalle Parti, neanche nella seconda fase di aggiustamento della linea provvisoria.

Solo nella terza fase della procedura di delimitazione, cd *verification stage*, la Corte fece riferimento a questi fattori socioeconomici, dovendo valutare se la linea di equidistanza, così come aggiustata, portasse ad un risultato iniquo per le Parti, e concluse che il risultato finale sarebbe stato radicalmente ingiusto solo se esso avesse implicato delle ripercussioni catastrofiche per il sostentamento e il benessere economico della popolazione del Paese interessato.

Tuttavia, nel caso di specie, la Corte escluse che simili ripercussioni catastrofiche potessero verificarsi, in considerazione della particolare ricchezza della zona e degli Stati coinvolti nella delimitazione.

In termini più generali, questa sentenza ha rappresentato un momento importante nell'evoluzione giurisprudenziale in materia di delimitazione poiché ha introdotto, anche se indirettamente, la possibilità di invocare l'eccezione delle ripercussioni catastrofiche (anche nota come eccezione del caso Golfo del Maine) nella fase di aggiustamento della linea di equidistanza.

Dopo tale sentenza, in almeno tre casi, due dei quali relativi a mari mediterranei, la CIG e altri tribunali internazionali hanno adottato soluzioni parzialmente alternative alla procedura di delimitazione descritta, attraverso le quali hanno tentato di dare una risposta alle istanze di protezione dei diritti di pesca delle comunità locali[30].

Si tratta di casi nei quali era emersa la necessità di trovare soluzioni che potessero soddisfare il concetto di equità previsto dalla Convenzione del 1982, secondo forme e modi diversi da quelli tradizionalmente usati nelle delimitazioni e ricorrendo, se necessario, a concetti mutuati da ordinamenti giuridici diversi dal diritto internazionale.

Questa esigenza di analizzare il concetto di equità secondo parametri diversi da quelli considerati 'equi' dalla giurisprudenza internazionale, è stata approfonditamente analizzata dal giudice Weeramantry nella sua opinione separata nel caso Jan Mayen deciso dalla CIG nel 1993[31].

La premessa dalla quale parte il giudice Weeramantry è che i con-

[30] In ogni caso, però, anche in tali casi è prevalsa la prassi inaugurate dalla CIG di procedere alla delimitazione generando una linea di equidistanza provvisoria aggiustata in base a criteri strettamente geografici.

[31] *Maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, I.C.J. Reports 1993, p. 38.

cetti di equità, attualmente desumibili dal diritto internazionale, non rappresenterebbero la totalità dei principi di equità applicabili al diritto internazionale marittimo. Inoltre, la stessa CIG sarebbe tenuta ad un particolare obbligo di cercare all'interno delle maggiori forme di civiltà esistenti, nonché dei principali sistemi giuridici, approcci più ampi e capaci di arricchire le norme che esso deve applicare. Da tale premessa egli giunge poi ad affermare, nei par. 241, 242 e 243 che: «241. Two examples of such broader perspectives which are specially relevant to the law of the sea and which are drawn from two widely different legal traditions will illustrate this proposition. They highlight the principles of conservation of earth resources and safeguards against environmental pollution which are of particular importance to the law relating to such an important earth resource, and are not without relevance to maritime boundary delimitation cases. This case itself has highlighted the importance of conservation as a factor constituting the background to the dispute before it, for the near extinction of the capelin, one of the richest resources of this maritime region, was a compelling circumstance leading to the international negotiations preceding this case. 242. The first illustration of such a broader perspective comes from traditional legal systems such as the African, the Pacific, and the Amerindian, which contained a deeply ingrained respect for the earth, the atmosphere, the lakes and the seas, which the evolving law of the sea can consider with profit [...]. 243. The second illustration comes from Islamic law which enshrines another deeply relevant equitable idea - the idea that earth resources such as land cannot be the subject of outright ownership as is the case with movables, but are the subject of trusteeship for the benefit of al1 future generations».

Quindi, secondo questa concezione, i principi della conservazione delle risorse naturali e della protezione dell'ambiente non dovrebbero essere ignorati nei casi di delimitazione marittima ed, in particolare, nel caso di specie, nel quale si poneva la questione della conservazione della risorsa del *capelin* (il capelano è un piccolo pelagico tipico delle acque islandesi) a forte rischio di estinzione.

Questa visione meno restrittiva dell'equità applicata alla delimitazione sembra essere stata accolta proprio nella menzionata sentenza *Jan Mayen*, che rappresenta, infatti, il primo caso in cui la CIG, nel decidere la controversia tra Danimarca (per la Groenlandia) e la Norvegia (per l'isola di Jan Mayen) relativamente alla delimitazione della ZEE e della PC, decise di adottare un criterio non geografico nella seconda fase di aggiustamento della linea mediana, e cioè la presenza di uno *stock* a rischio (il *capelin*) nella zona di pesca al confine. Tra l'altro, la Corte de-

cise anche di far coincidere le due linee di delimitazione della zona di pesca, della ZEE e della PC. In tal modo, il risultato fu che un criterio economico e non geografico valido per la colonna d'acqua fosse adottato anche per la delimitazione della PC.

Entrambi gli Stati avevano enfatizzato l'importanza del loro interesse nella pesca della risorsa migratrice del *capelin* e la Danimarca chiedeva l'aggiustamento della linea mediana per la sua zona di pesca tale da permettere di farvi rientrare gli *stocks* del *capelin* (quindi uno spostamento della mediana verso est). La Corte, quindi, divise la zona di maggiore interesse per tale risorsa (la zona 1) in due parti che potessero garantire un uguale accesso delle comunità di pescatori dei due Stati alla risorsa del *capelin*.

I fattori usati dalla Corte per aggiustare la linea mediana furono l'assenza di proporzionalità, stante la minima estensione dell'isola di Jan Mayen, e il fattore non geografico dell'accesso alle risorse.

La decisione è stata oggetto di critiche sia in dottrina che da alcuni giudici, e in particolare dal giudice Fischer, che, nella sua opinione dissidente affermava che la delimitazione era stata fatta in modo arbitrario, rappresentando uno degli infinti modi in cui poteva essere fatta[32].

Il secondo caso nel quale è stata trovata una soluzione alternativa alle istanze delle Parti di garantire e proteggere interessi di pesca delle comunità locali è dato dalla decisione arbitrale del 17 dicembre 1999 sulla delimitazione della PC e della ZEE tra Eritrea e Yemen (II Fase relativa alla delimitazione nel mar Rosso)[33]. Si tratta di una decisione basata sulla interazione tra regole dedotte dalla Convenzione del 1982, dalla giurisprudenza della CIG, ma anche dal diritto islamico e dai valori culturali della tradizione islamica, che erano alla base della precedente sentenza arbitrale del 1998 relativa alle questioni di sovranità territoriale tra Eritrea e Yemen nel mar Rosso (I Fase relativa alla sovranità nel mar

[32] In particolare, molto causticamente il giudice Schwebel commentò la decisione della Corte in questo modo: «It follows that the Court by this holding of distributive justice has departed from the accepted law of the matter, as fashioned pre-eminently by it. It is not suggested that this departure from principle and precedent is legally fatal. If what is lawful in maritime delimitation by the Court is what is equitable, and if what is equitable is as variable as the weather of The Hague, then this innovation may be seen as, and it may be as defensible and desirable as another. It may be more defensible and desirable than that concerning the length of coastlines».

[33] *Eritrea/Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings (Maritime Delimitation)*, 119 I.L.R., p. 417, 1999. Si veda il sito web della Permanent Court of Arbitration: www.pca-cpa.org.

Rosso)[34]. Nella decisione sulla sovranità, la Corte, riconoscendo la sovranità dello Yemen su alcune isole contese, stabiliva che lo Yemen dovesse assicurare la continuazione del regime di pesca tradizionalmente esistente nella zona, garantendo il libero accesso alle acque territoriali e alla ZEE di queste isole, sia ai pescatori yemeniti che ai pescatori eritrei dediti alla pesca artigianale in tali zone da tempo immemore[35].

Nella decisione sulla delimitazione marittima del 1999, pur avendo entrambe le Parti invocato il loro interesse allo sfruttamento delle risorse di pesca presenti nelle aree oggetto della delimitazione, la dipendenza economica dalla pesca, nonché l'alto consumo di pesce delle popolazioni interessate dalla pesca, il Tribunale rifiutava di considerare tutti questi elementi come fattori capaci di spostare la linea di delimitazione basata sull'equidistanza[36].

In primo luogo, secondo il tribunale, si trattava di fattori socioeconomici e come tali non presi in considerazione nella giurisprudenza precedente in materia e, in secondo luogo, nessuna delle due Parti era riuscita a dimostrare che la linea di delimitazione proposta dall'altra avrebbe potuto produrre effetti catastrofici ed effetti iniqui sulle attività di pesca dei loro cittadini o effetti dannosi sulle comunità locali (par. 72 e 73 della sentenza del 1999).

Sebbene la linea di delimitazione non venisse modificata in funzione degli interessi di pesca di una delle due Parti, il tribunale comunque ribadiva l'obbligo delle parti e dello Yemen ad assicurare il regime tradizionale di pesca così come deciso nella precedente sentenza sulla sovranità. In particolare, veniva confermata la teoria, basata sul diritto islamico, della 'continuazione del regime di pesca tradizionalmente esistente nella zona' e ne veniva specificato il contenuto come segue: «The traditional fishing regime is not an entitlement in common to resources nor is it a shared right in them. Rather, it entities both Eritrean and Yemeni fishermen to engage in artisanal fishing around the islands which, in its

[34] *Eritrea/Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings (Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, 1998. Si veda il sito web della Permanent Court of Arbitration: www.pca-cpa.org.

[35] Il dispositivo della decisione arbitrale del 1998 prevedeva che: «[…] the sovereignty found to lie within Yemen entails the perpetuation of the traditional fishing regime in the region, including free access and enjoyment for the fishermen of both Eritrea and Yemen».

[36] La sentenza può leggersi nel sito *web* della Corte permanente di arbitrato. Per un primo commento A. MARQUES ANTUNES, "The 1999 Eritrea-Yemen Maritime Delimitation Award and the Development of International Law", in *Int'l. & Comp. L. Q.*, 2001, p. 299 ss.

Award on Sovereignty, the Tribunal attributed to Yemen. This is to be understood as including diving, carried out by artisanal means, for shells and pearls. Equally, these fishermen remain entitled freely to use these islands for those purposes traditionally associated with such artisanal fishing-the use of the islands for drying fish, for way stations, for the provision of temporary shelter, and the effecting of repairs».

Una soluzione ancora diversa alla richiesta delle Parti di considerare gli interessi pesca nell'ambito della procedura di delimitazione è stata offerta dalla sentenza arbitrale del 2006 nel caso della delimitazione delle PC e delle ZEE tra Barbados e Trinidad e Tobago nel mare dei Caraibi[37].

In questo caso il tribunale arbitrale decise di rigettare sia la richiesta di applicazione della eccezione delle ripercussioni catastrofiche, sia la richiesta di considerare i precedenti della sentenza *Eritrea c. Yemen* e *Quatar c. Barahin* per giustificare la concessione dell' acceso alle risorse di pesca a favore delle Barbados.

Pertanto, il tribunale affermò che questi elementi relativi alle risorse di pesca non potevano avere impatto sulla determinazione della linea di confine. Inoltre, poiché la zona oggetto di contestazione rientrava nella giurisdizione di Trinidad e Tobago, il tribunale non avrebbe potuto occuparsi dei diritti di pesca in quanto *ultra petita* e anche in base all'eccezione alla giurisdizione obbligatoria prevista per la pesca dall'art. 297, par. 3 della Convenzione del 1982[38].

Tuttavia, poiché entrambe le Parti avevano espresso la volontà che il tribunale si esprimesse sulla questione della pesca della popolazione delle Barbados nella ZEE di Trinidad e Tobago, il tribunale decise di applicare un'altra opzione risolutiva, nuova rispetto ai casi fin qui analizzati.

Tale opzione consisteva nel chiedere alle Parti non solo di negoziare in buona fede, ma anche di concludere un accordo che prevedesse l'accesso alle risorse di pesca per le Barbados all'interno della ZEE di Trinidad e Tobago, secondo condizioni accettate reciprocamente e conformi alla Convenzione del 1982. Il tribunale quindi decise di

[37] *Barbados/ Trinidad and Tobago, Award of the Arbitral Tribunal, 2006.* Per il testo della decisione si veda il sito web della Permanent Court of Arbitration: www.pca-cpa.org.

[38] Sull'assenza di potere di prendere una decisione nel merito di un possibile regime di pesca da applicare il tribunal afferma che: «[...] while it has jurisdiction to consider the possible impact upon a prospective delimitation line of Barbadian fishing activity in waters affected by the delimitation, it has no jurisdiction to render a substantive decision as to an appropriate fisheries regime to apply in waters which may be determined to form part of Trinidad and Tobago's EEZ».

delimitare seguendo criteri solo geografici, e quindi adottando l'equidistanza, ma al tempo stesso, impose alle parti l'obbligo di concordare le misure necessarie per coordinare e assicurare la conservazione e la corretta gestione del pesce volante, quale risorsa commune più importante dell'area: «Trinidad and Tobago and Barbados are under a duty to agree upon the measures necessary to co-ordinate and ensure the conservation and development of flyingfish stocks, and to negotiate in good faith and conclude an agreement that will accord fisher folk of Barbados access to fisheries within the Exclusive Economic Zone of Trinidad and Tobago, subject to the limitations and conditions of that agreement and to the right and duty of Trinidad and Tobago to conserve and manage the living resources of waters within its jurisdiction».

Le tre decisioni ricordate mostrano chiaramente che, anche in presenza di richieste di valutazione di interessi di pesca delle popolazioni locali, la preferenza della giurisprudenza internazionale è comunque per i criteri geografici, pur non mancando però anche soluzioni alternative per rispondere alle legittime richieste di apprezzamento di fattori socioeconomici all'interno della delimitazione.

5. La protezione dell'ambiente marino nella prassi delle delimitazioni marittime

Nelle delimitazioni marittime, a differenza delle delimitazioni territoriali, la giurisprudenza internazionale rimette agli Stati costieri l'individuazione dei fattori rilevanti che possono concorrere al raggiungimento di un equo risultato per la delimitazione delle loro zone, salvo poi preferire l'applicazione dei soli criteri geografici.

Ciò è dovuto non solo all'assenza di norme internazionali che indichino chiaramente la prevalenza di un criterio o di una categoria di criteri rispetto ad un'altra (ad esempio criteri geografici e criteri non geografici), ma anche alla debolezza della base giuridica dalla quale si generano i poteri dello Stato nelle zone marittime della PC e della ZEE.

Secondo la sentenza della CIG sul Mare del Nord del 1969[39],

[39] Il par. 19 della menzionata sentenza della CIG del 1969 prevede infatti che: «More important is the fact that the doctrine of the just and equitable share appears to be wholly at variance with what the Court entertains no doubt is the most fundamental of al1 the rules of law relating to the continental shelf, enshrined in Article 2 of the 1958 Geneva Convention, though quite independent of it, namely that the rights of the coastal State in respect of the area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of

l'esercizio di diritti sovrani dello Stato costiero di esplorazione e sfruttamento delle risorse della PC, in quanto mera estensione della sovranità territoriale sul naturale prolungamento del territorio dello Stato, sono indipendenti da qualsiasi occupazione, sfruttamento o altra attività. Essi si acquistano *ipso facto* e *ab initio*, e sono sottratti al principio di effettività. A tale concezione di tipo spaziale attribuita ai poteri dello Stato costiero sulla PC è poi subentrato il riconoscimento di diritti sovrani a carattere funzionale contenuto nella concezione teorica adottata dalla Convenzione del 1982.

Tuttavia, è interessante notare come, ancora oggi, parte della dottrina[40] affermi il carattere territoriale e spaziale della giurisdizione dello Stato costiero sulla PC e sulla ZEE, benché si tratti di una sovranità diversa in quanto limitata solo ad alcuni diritti sovrani di esplorazione e sfruttamento delle risorse economiche e ad una serie di poteri concorrenti con quelli riconosciuti agli altri Stati.

In materia di protezione ambientale, gli spazi marini oltre il mare territoriale rimangono, secondo la Convenzione del 1982, sottoposti ai poteri concorrenti degli Stati costieri e degli Stati della bandiera, e devono essere esercitati nel rispetto degli interessi della Comunità internazionale alla navigazione, e al mantenimento di un buono stato ecologico dell'interno ecosistema marino.

In assenza di pieni poteri sovrani e nell'incertezza relativa ad alcuni poteri all'interno delle zone da delimitare, la stessa CIG, svolgendo spesso un ruolo di 'commissione per la delimitazione'[41], indirettamente riconosce la debolezza del titolo giuridico degli Stati costieri alla delimitazione di queste zone. Essa, infatti, rinvia costantemente alle circostanze invocate dalle parti e all'accordo tra esse al fine di non creare dei meccanismi razionali e ripetibili in situazioni simili.

Se il ricorso, poi, a criteri solo geografici da parte della giurisprudenza ha l'obiettivo di assicurare certezza giuridica alle delimitazioni, questo non risolve le questioni derivanti dalla concorrenza dei poteri tra lo Stato costiero e tutti gli altri Stati, ivi compreso lo Stato costiero limitrofo.

its land territory into and under the sea exist ipso facto and ab initio, by virtue of its sovereignty over the land, and as an extension of it in an exercise of sovereign rights for the purpose of exploring the seabed and exploiting its natural resources. In short, there is here an inherent right».

[40] Y. TANAKA, *op. cit.*

[41] Per tale definizione del ruolo svolto dalla Corte si rinvia a B. CONFORTI, "L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire entre la Lybie et Malta", cit.

Per questo le circostanze ambientali, intese non solo come interessi degli Stati costieri coinvolti nella delimitazione, ma anche come interessi generali delle comunità di persone interessate, non possono essere completamente ignorate dalle corti internazionali.

Tuttavia, quando le Parti di una controversia di delimitazione hanno chiesto l'applicazione di fattori socioeconomici, come la tutela dei loro interessi di pesca, la posizione della giurisprudenza internazionale si mostrata molto restrittiva.

Ed anche il fattore ambientale, inteso come preservazione dell'ambiente marino oggetto della delimitazione, non è stato preso in considerazione dalla giurisprudenza, sebbene invece il riferimento a tale criterio, o alla presenza di risorse naturali, sia diffuso nella prassi degli accordi bilaterali di determinazione della linea di confine o, più spesso, nella prassi degli accordi di cooperazione aventi ad oggetto la protezione o la gestione comune della zona di mare posta a cavallo tra le zone marittime appartenenti a due o più Stati.[42]

Numerosi accordi bilaterali, ma anche multilaterali, prevedono e recepiscono la rilevanza delle circostanze economiche e ambientali. Sebbene essi siano sempre esistiti, oggi la prassi offre un catalogo molto più ampio e differenziato per tipologia e per zona marittima. Possiamo, infatti, distinguere tra accordi di delimitazione che prevedono un regime speciale per lo sfruttamento delle risorse, attraverso l'istituzione di zone di gestione congiunta, e accordi autonomi rispetto alla delimitazione che contengono norme volte alla cooperazione in materia di protezione dell'ambiente.

6. La delimitazione marittima nei mari mediterranei e le interpretazioni restrittive della Corte Internazionale di Giustizia

Sebbene la questione della protezione ambientale si ponga in tutti casi di delimitazione, essa assume ancora maggiore enfasi nei casi di mari mediterranei, nei quali la cooperazione è indispensabile per la salva-

[42] Per uno studio approfondito della prassi relativa all'incidenza dei fattori non geografici, e in particolare di fattori distinti come gli interessi di pesca e la protezione dell'ambiente, sulla delimitazione si rinvia a B. KWIATKOWSKA, "Economic and environmental considerations in maritime boundary delimitations", in J.J. CHARNEY, L.M. ALEXANDER (eds.), *op. cit.*, pp. 75-113 e a B. KWIATKOWSKA, "Resource, navigational and ennvironemental factors in equitable maritime boundary delimitation", in D.A. COLSON, R.W. SMITH (eds.), *op. cit.*, pp. 3223-3244.

guardia dell'ecosistema, per la prevenzione dei conflitti e per la tutela degli interessi economici delle comunità che vi risiedono.

Peraltro, tale cooperazione è prevista e disciplinata dall'art. 123 della Convenzione del 1982 che si riferisce ai mari semichiusi.

Come è noto, in molti mari mediterranei sono stati creati sistemi di protezione ambientale regionali e settoriali[43].

In questo tipo di mari è ancora più opportuno e necessario concepire la delimitazione non come un operazione solo tecnica-giuridica, ma come un processo complesso e più ampio, nel quale convergano non solo gli interessi degli Stati costieri limitrofi, ma anche interessi generali alla protezione dell'ambiente e delle sue risorse[44].

Nel caso della cooperazione regionale nel mare dei Caraibi, esempio, è stata affrontata anche la spinosa questione della delimitazione.

Tuttavia, questo tentativo di portare le negoziazioni in materia di delimitazione in un alveo multilaterale e cooperativo non ha condotto a rilevanti risultati sul piano operativo.

Ciononostante sarebbe auspicabile che tali sforzi di cooperazione e soprattutto la necessità logica di essa in un mare mediterraneo, dove le coste di Stati diversi sono ravvicinate e quindi dove la coesistenza pacifica è prioritaria rispetto alla determinazione di un confine marittimo neutrale, fossero presi in considerazione anche dalla CIG e fossero valutati grazie ad un'interpretazione più ampia del concetto di equa soluzione.

Tuttavia, l'arroccamento di alcune sentenze della CIG, basato su interpretazioni restrittive e formalistiche delle regole della delimitazione, fanno, invece, pensare a prese di posizione pilatesche da parte degli interpreti del diritto internazionale.

In particolare, le sentenze del 2011 e del 2012, relative alla delimitazione marittima proprio nel mare dei Caraibi occidentale, e ancor di più gli sviluppi giudiziari successivi, offrono vari elementi di riflessione rispetto a questa attitudine della CIG.

La controversia principale, instaurata davanti alla CIG dal Nicaragua contro la Colombia nel 2001, aveva ad oggetto un insieme di questioni giuridiche in materia di titolo territoriale e di delimitazione marittima nei Caraibi occidentali.

[43] Tale è il caso ad esempio del mar Mediterraneo e del mare dei Caraibi.

[44] Sull'applicabilità della dottrina dello sviluppo sostenibile anche alle delimitazioni maritime si veda B. KWIATKOWSKA, "Resource, navigational and ennvironemental factors in equitable maritime boundary delimitation", in D.A. COLSON, R.W. SMITH (eds.), *op. cit.*, p. 3241 ss.

All'interno di tale procedura principale, il Costa Rica e l'Honduras avevano poi con due distinte procedure, chiesto di intervenire nella controversia principale, in qualità di Stati non parte, in virtù dell'art.62 dello Statuto della CIG e dell'art.81 del suo regolamento.

Entrambe le richieste di intervento sono state respinte dalla CIG, e in particolare, la sentenza del 4 maggio 2011 di rigetto della richiesta del Costa Rica aveva dato luogo a forti perplessità anche da parte di alcuni giudici della Corte[45].

Benché la stessa CIG ammettesse l'esistenza di un interesse di ordine giuridico del Costa Rica nella delimitazione della zona oggetto della procedura principale, come pure l'esistenza di un rischio di potenziali effetti, nei confronti degli Stati terzi, di una decisione della Corte, la decisione di escludere l'intervento del Costa Rica si basava sull'assenza di prove che avessero dimostrato che l'interesse giuridico di tale Stato non poteva essere protetto attraverso il principio dell'effetto relativo delle decisioni della Corte, consacrato dall'art. 59 dello Statuto (par. 87 della sentenza).

La prova richiesta dalla Corte appariva diabolica poiché presupponeva la conoscenza da parte del Costa Rica di quali sarebbero state le evoluzioni del ragionamento della Corte e le proposte delle Parti nel corso della procedura nella quale gli era precluso l'intervento.

Tra le varie critiche mosse al rigetto della richiesta di intervento del Costa Rica sono particolarmente chiare, ed esplicitamente contestualizzate in un caso di delimitazione marittima, quelle contenute nella Dichiarazione del giudice Gaja: «However, it seems paradoxical that, in a case of maritime delimitation, the only way for a third State to submit information about its interest of a legal nature which may be affected by a decision of the Court would be to make an application that the Court considers inadmissible. This the more so given the cumbersome procedure provided by Article 84 of the Rules when an objection to an application for permission to intervene is filed».

La debolezza della decisione della Corte in questo caso, evidente già per la ristretta maggioranza ottenuta (9 voti favorevoli e 7 contrari), è stata poi confermata dall'esito della procedura principale tra Nicaragua e Colombia, subito apparso visibilmente lesivo degli interessi degli Stati terzi, ivi compreso del Costa Rica.

[45] *Territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia, Application for permission to intervene*, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 348. Per alcuni rilievi critici a tale sentenza si rinvia a G. ANDREONE, "Chronique de la Jurisprudence", in *Annuaire du Droit de la Mer*, 2012, pp. 621-651.

La sentenza del 19 novembre 2012, infatti, chiude la lunga procedura giudiziaria in materia di delimitazione marittima tra Nicaragua e Colombia, e stabilisce, con voto unanime dei giudici, che la sovranità su alcune isole contese, situate nei Caraibi occidentali, appartiene alla Colombia e non al Nicaragua[46].

Sebbene la Corte, nel determinare il confine marittimo unico per la ZEE e per la PC tra tali Stati, avesse interrotto la linea di delimitazione al punto in cui si entrava nell'area di potenziale interesse per gli Stati terzi, comunque la decisione finale sull'attribuzione di sovranità sulle isole è apparsa subito in grado di pregiudicare gli interessi di natura giuridica degli Stati limitrofi.

Nella Dichiarazione allegata alla sentenza, il giudice Xue commenta la decisione finale evidenziando le conseguenze inevitabilmente lesive dei diritti degli Stati terzi che avessero stipulato precedenti accordi di delimitazione riguardanti le isole in questione: «The boundary line in the south would virtually produce the effect of invalidating the existing agreements on maritime delimitation that Colombia has concluded with Panama and Costa Rica respectively and drastically changing the maritime relations in the area. Even supposing that these agreements might have indeed infringed upon the maritime entitlements of Nicaragua in the area, it would be much better off for the maintenance of regional stability and public order if the Court just pointed out the direction of the boundary between the Parties in this area, allowing enough space for the States concerned to first draw up their respective boundaries and then readjust their maritime relations. I regret that the Court does not take that course».

La sentenza del 2012, quindi, avendo prodotto una modifica significativa all'assetto politico del mare dei Caraibi occidentale, nonché l'estinzione dei accordi bilaterali precedentemente conclusi con Stati terzi, rischia di rappresentare un elemento di ulteriore instabilità nell'area.

Pertanto, l'approccio strettamente bilaterale alla controversia di delimitazione che era stato adottato dalla Corte al momento della esclusione degli Stati terzi dalla procedura principale di delimitazione, è stato esplicitamente criticato anche dall'interno della Corte in occasione della sentenza sulla controversia principale. In particolare, il giudice Cot, ha posto anche l'accento sulle particolari esigenze di protezione dell'ambiente marino del mare dei Caraibi, il quale essendo un mare

[46] *Territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 673, par. 138.

meno esteso e più fragile è minacciato su più fronti, dal sovrasfruttamento delle risorse ai rischi ambientali derivanti dalla navigazione e da forme accidentali di inquinamento grave. Tali rilievi critici alla posizione della Corte sono esplicitati nei par. 7 e 8 della Dichiarazione allegata alla sentenza del 2012: «7. The Court cannot ignore these overall characteristics of the region or their legal consequences, in particular the need for joint management of this fragile area by the States concerned. Regrettably, the Court's Judgment overturns this regional framework and redraws the political geography of the western Caribbean. 8. […] The Court must take account of the rights of third States, whether the latter have asserted them through intervention proceedings or not».

Nella sentenza del 2012, inoltre, la Corte ribadisce lo schema di delimitazione, costruito nella sua giurisprudenza precedente, che parte dalla linea provvisoria di equidistanza e si compone di tre fasi, nonostante la richiesta del Nicaragua di discostarsi da questa procedura e di partire dalla costruzione di una linea provvisoria di confine, basata su un criterio diverso e più congeniale al contesto geografico dei Caraibi occidentali (par. 186 della sentenza del 2012)[47].

Pertanto, anche l'attaccamento della Corte al suo metodo di delimitazione predeterminato, sebbene giustificato dallo sforzo di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la prevedibilità del risultato, rischia di rivelarsi eccessivo e persino controproducente[48]. Infatti, facendo seguito alle statuizioni della Corte finora descritte, e ad altre pure dubbie contenute nelle sentenze del 2011 e del 2012 sui Caraibi, occidentali, tra il 2013 e il 2014 sono state istituite davanti alla stessa Corte altre tre pro-

[47] *Territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, par. 186: «For Nicaragua, the appropriate methodology requires recognition at the outset that the Colombian islands are very small features and are located on what it describes as the Nicaraguan continental shelf. It maintains that small island features of this kind are frequently given a reduced effect, or even no effect at all, in maritime delimitation. In these circumstances, Nicaragua maintains that the appropriate methodology to adopt is to enclave each of the Colombian islands, while recognizing that, outside these enclaves, the continental shelf and exclusive economic zone from the Nicaraguan coast to the line 200 nautical miles from the Nicaraguan baselines would be Nicaraguan».

[48] Il giudice Xue, nella Dichiarazione annessa alla sentenza dubita dell'efficacia dell'operazione di standardizzazione della procedura usata dalla Corte: «Of course, by no means do I disapprove of the concurrent use of these methods by the Court. On the contrary, they are justified as long as an equitable solution can be so achieved. The reservation I have is whether it is necessary for the Court to proceed with the three-stage method in the present case simply for the sake of standardization of methodology».

cedure giudiziarie relative alla delimitazione marittima di questo mare che coinvolgono le stesse Parti (Nicaragua, Colombia e Costa Rica)[49].

Da un primo sommario esame delle nuove controversie rimesse al vaglio della Corte, non si può escludere che esse siano nate in seguito a alla chiusura della Corte consistita in una eccessiva fedeltà allo schema preordinato di delimitazione ed in un radicale bilateralismo nella definizione dei confini marittimi di un mare mediterraneo, come il mare dei Caraibi. Questa posizione sembrerebbe non essere sempre in grado di assicurare una equa soluzione per le Parti.

La delimitazione operata da un giudice internazionale, infatti, dovrebbe favorire il più possibile una soluzione considerata soddisfacente da tutti i singoli Stati interessati in una prospettiva di cooperazione tra gli Stati frontisti o adiacenti di un mare mediterraneo. Al contrario, la tendenza alla frammentazione del processo di delimitazione, non solo è poco sostenibile dal punto di vista della protezione dell'ecosistema marino nel suo complesso, ma è anche un'impresa tecnicamente debole ed antitetica all'idea di equa soluzione.

7. Considerazioni conclusive

Nelle pagine che precedono emerge il contrasto tra l'approccio più restrittivo della giurisprudenza internazionale nell'applicazione di considerazioni sociopolitiche e ambientali nelle procedure di delimitazione giudiziale e la maggiore libertà e flessibilità delle soluzioni adottate dalla prassi statale attraverso gli accordi internazionali.

Tuttavia, sia la prassi giudiziale che la prassi statale di delimitazione rivelano una sostanziale inadeguatezza a rispondere alle trasformazioni della concezione tradizionale degli spazi marittimi, intesi come puramen-

[49] Il 26 febbraio 2014 la Costa Rica ha istituito un procedimento davanti alla CIG contro il Nicaragua con riguardo a "dispute concering maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean". Il 27 novembre 2013 Nicaragua ha adito la CIG contro la Colombia "with regards to alleged violations of Nicaragua's sovereign rights and maritime zones declared by the Cour's judgment of 19 November 2012" (*Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia*). Il 17 settembre 2013 Nicaragua ha introdotto davanti alla CIG una nuova controversia contro la Colombia chiedendo alla Corte di «[…] definitively determine the question of the delimitation of the continental shelf between Nicaragua and Colombia in the area beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan coast». Tale questione infatti non era stata definita dalla Corte nella sentenza del 2012. Per tutte queste controversie si rinvia al sito della CIG: www.icj-cij.org.

te accessori rispetto alla terraferma o come spazi di assoluta libertà di movimento e di sfruttamento.

Infatti, oggi, gli spazi marittimi hanno acquisito un carattere autonomo rispetto alla terraferma e sono quindi sempre più considerati, nella loro interezza o attraverso i singoli elementi di cui sono composti, come beni da tutelare nell'interesse generale della Comunità internazionale. In presenza di norme molto vaghe, di interpretazioni della giurisprudenza eccessivamente restrittive e di una prassi convenzionale molto varia e discontinua in materia di delimitazione, le istanze dalle comunità scientifiche e dalle organizzazioni internazionali impegnate nella protezione degli ecosistemi marini, non possono rimanere inascoltate. Tutte, con modi e proposte diverse, chiedono a gran voce di 'addolcire' (*softening maritime borders*) i confini marittimi interstatali per dare la giusta rilevanza ai problemi della protezione degli ecosistemi marini del fondo e della colonna d'acqua, indipendentemente dalla definizione del confine statale o addirittura 'ignorando tali confini'.

Come è noto queste istanze sono spesso confluite, soprattutto nei mari mediterranei, in accordi bilaterali o regionali finalizzati alla creazione di aree marine protette transfrontaliere e interregionali[50].

Inoltre, come è stato opportunamente notato, la fissazione esatta di un confine è importante quando si delimitano comunità (e quindi specialmente nel caso di delimitazione terrestre) ma non quando si tratta dello sfruttamento di risorse[51]. L'accordo o la sentenza sulla delimitazione marittima può risolvere il problema interstatuale, ma non è detto che dia una soluzione definitiva agli interessi delle comunità coinvolte.

In conclusione, anche nelle delimitazioni giudiziali, la prassi analizzata sembra suggerire l'opportunità di ampliare, il concetto di equa soluzione fino al punto di farvi rientrare anche interessi collettivi della comunità internazionale, superando quindi l'idea tradizionale, e ormai anacronistica in una società complessa, delle delimitazione marittime intesa esclusivamente come spartizione di zone di mare.

[50] Si pensi ad esempio alle proposte di creare Parchi marini per la pace nei quali la gestione dell'area marina possa essere affidata alle comunità locali, appartenenti agli Stati limitrofi, direttamente interessate sia allo sfruttamento che alla conservazione delle risorse della zona marina, i cui confini siano ancora contesi o non determinati. Gli interventi sull'ecosistema di tali Parchi dovrebbero essere concordati e costruiti di comune accordo al fine di ridurre al minimo le cause di eventuali conflitti.

[51] Così B. CONFORTI, "The Mediterranean and the Exclusive Economic Zone", in U. LEANZA (a cura di), *Il Regime giuridico internazionale del Mare Mediterraneo*, Milano, 1987, p. 173 ss. (ora anche in *Scritti di Diritto internazionale*, II, Napoli, 2003, p. 211).

Quest'ultima, infatti, non era e non poteva essere neanche la logica presente nella Convezione del 1982, trattandosi di zone come la ZEE e la PC che non sono zone sottoposte alla giurisdizione esclusiva dello Stato, ma piuttosto di zone dove coesistono e si sovrappongono interessi e poteri di più Stati (e l'esclusività del potere di uno Stato è limitata a pochissimi ambiti, come ad esempio alla pesca). La delimitazione non può quindi prescindere da considerazioni anche più generali e da valori come la tutela dell'ecosistema che devono essere protetti nell'interesse di tutti e delle future generazioni.

PRIMA SESSIONE PARALLELA

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIVERSITÀ CULTURALE

Presidenza

C. CAMPIGLIO

CORSI E RICORSI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: DAGLI STATUTARI AI GIORNI NOSTRI

Cristina CAMPIGLIO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il coordinamento tra ordinamenti: un valore protetto dal diritto internazionale. – 3. Relativismo dei valori espressi dagli ordinamenti giuridici. – 4. Relativismo dei diritti fondamentali dei soggetti interessati. – 5. Pluralismo e diritto dell'individuo all'identità: identità *in base alla* diversità degli ordinamenti e identità *nella* diversità degli ordinamenti. – 6. Dalla teoria dei *vested rights* al metodo del riconoscimento. – 7. Le norme di conflitto recettive e la tecnica della sostituzione. – 8. Le norme pubblicistiche recettive. – 9. La rivincita del pragmatismo.

1. Introduzione

Funzionalmente volto a coordinare i sistemi normativi frutto delle diverse culture giuridiche – consentendo al giudice nazionale di applicare il diritto di un altro Stato e di riconoscere effetti a provvedimenti esteri – il diritto internazionale privato si serve di vari metodi, nessuno dei quali può tuttavia considerarsi del tutto soddisfacente[1]. La sensazione, sempre più netta, è che l'approccio puramente dogmatico non sia più (se mai lo è stato) risolutivo, e che il diritto internazionale privato non possa essere ridotto alla somma di tecniche rigorose, ma venga progressivamente assumendo l'aspetto di una vera e propria arte, in cui teorie e sensibilità si mescolano in modo sempre diverso.

Le riflessioni che seguono prendono spunto dalla ricerca della giustificazione razionale dell'apertura dell'ordinamento verso gli ordinamenti stranieri, giustificazione che pare affondare nel diritto internazionale (pubblico). La coesistenza degli Stati comporta la coesistenza possibilmente armoniosa dei rispettivi ordinamenti, portatori di valori ugualmente degni di rispetto: come ugualmente degni di rispetto sono i

* Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Pavia.

[1] Si veda per tutti P. PICONE, "I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti", in *Riv. Dir. internaz.*, 1999, pp. 325-362.

diritti fondamentali degli individui coinvolti in situazioni transnazionali. Ma proprio la difficoltà (o impossibilità) di stilare una gerarchia di valori – si tratti di valori espressi dagli ordinamenti statali o di valori insiti nei diritti del singolo individuo – pone l'interprete di fronte al relativismo e alla necessità, in assenza di punti di riferimento inderogabili, di ricercare la soluzione più adatta al singolo caso. Nel campo del diritto di famiglia, che notoriamente è il settore più sensibile alle differenze normo-culturali, la soluzione più adatta dovrebbe essere quella che garantisce all'individuo la continuità nel tempo e nello spazio del proprio *status*.

Questa esigenza di continuità ha indotto la dottrina, negli ultimi anni, a rivisitare vecchie teorie ed elaborare un metodo (c.d. del riconoscimento) che di fatto mette fuori gioco le norme di conflitto. Si tratta di un metodo di cui si è talvolta avvalso anche il legislatore nazionale che ha elaborato norme di conflitto 'recettive'. Il metodo, peraltro, incontra difficoltà applicative ogniqualvolta la realtà giuridica straniera sia ignota al foro e richieda un'opera di trasposizione adattativa. In tali ipotesi viene recuperata un'altra vecchia teoria, quella della sostituzione, che sostituisce appunto il rapporto di diritto straniero, sconosciuto nel foro, con un rapporto di diritto interno che possa considerarsi equivalente. A questa stessa teoria occorre oggi rifarsi anche nell'applicazione delle norme che riconoscono *status* acquisiti all'estero come presupposto per la produzione di effetti di diritto pubblico.

Scopo ultimo di queste pagine è dare atto, da un lato, della persistente validità di vecchie teorie (talune risalenti addirittura al XVII secolo); dall'altro, della necessità di rinunciare al rigore metodologico e sfruttare, con saggezza ed efficienza, i vari metodi messi a disposizione dal diritto internazionale privato.

2. Il coordinamento tra ordinamenti: un valore protetto dal diritto internazionale

Gli statutari olandesi, nel XVII secolo, furono i primi a porsi il problema della giustificazione razionale dell'applicazione del diritto straniero. La teoria più fortunata (e destinata ad influenzare la dottrina inglese, prima, e nordamericana, poi) fu senza dubbio quella proposta da un giurista di diritto comune, Ulrik Huber, sulla base di tre assiomi. Il terzo assioma era così formulato: «Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim,

quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur»[2]. Il riferimento alla *comitas*[3] fu all'inizio inteso come allusivo ad un obbligo naturale di equità: l'accoglimento di valori giuridici stranieri avrebbe trovato fondamento in ragioni di mera cortesia, cortesia che ci si attendeva reciproca. Successivamente, anche alla luce di altri passi dell'opera di Huber (e in particolare del riferimento a un elemento giuridico: il tacito *consensus populorum*), la dottrina iniziò a dare una diversa lettura al termine *comitas*, radicando il diritto internazionale privato nel *ius gentium* e dunque nel diritto internazionale pubblico. Non solo, ma dal terzo assioma di Huber sarebbe stata poi desunta la teoria dei diritti quesiti (*vested rights*, *droits acquis*)[4], secondo la quale – come è noto – vanno riconosciuti i diritti acquisiti all'estero in base a una legge straniera.

Tra il XVIII e il XIX secolo andò progressivamente diffondendosi l'idea che per lo Stato esisterebbe un obbligo derivante dal diritto internazionale di non riservare un'applicazione assoluta alla propria legge ma di far posto alla legge straniera nella disciplina dei rapporti privatistici[5].

[2] Questi i primi due assiomi: «I: Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem reipublicae omnesque ei subjectos obligant, nec ultra. II. Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur» (U. HUBER, *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*, 1689).

[3] Il concetto di *comitas* era già stato invocato da Paul VOET (*De Statutis Eorunque Concursu*, Amsterdam, 1661) e dal figlio Jean VOET (*Commentarius ad Pandectas*, La Haye 1698). L'opera di Huber fu pubblicata in latino e in olandese: in luogo dell'espressione *comitas gentium*, la versione olandese utilizza l'immagine di Stati che si tendono la mano, evocando così un'idea di amicizia. Per un'analisi approfondita del polimorfo principio della *comitas* v. T. SCHULTZ, D. HOLLOWAY, *Retour sur la* comity. *Deuxième partie: La* comity *dans l'histoire du droit international privé*, in *Journal de droit international privé*, 2012, p. 571 ss.

[4] Vedi *infra*, par. 6. In realtà Huber non si riferiva al rispetto dei diritti privati acquisiti dagli individui, bensì ai diritti acquisiti dagli Stati nei confronti dei propri sudditi, che pure si trovassero all'estero.

[5] J. STORY (*Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*, Cambridge, 1834) riprende la dottrina di Huber, sottolineando come la presenza in tutti i Paesi di un complesso di norme di diritto internazionale privato deponga nel senso dell'esistenza di una consuetudine internazionale. In Italia D. ANZILOTTI (*Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, p. 130 ss., spec. a p. 138) sostiene che le norme di diritto internazionale privato, formalmente nazionali, sono sostanzialmente internazionali in quanto atte a garantire la convivenza degli Stati: accettando limitazioni al proprio potere normativo e consentendo integrazioni del proprio sistema di diritto privato ad opera dei sistemi stranieri, il legislatore nazionale svolge insomma una vera e propria funzione internazionale. Anche E.A. BARTIN fonda l'applicazione della legge straniera, e la conseguente limitazione degli effetti

Oggi il fondamento internazionale del diritto internazionale privato potrebbe essere ricercato nell'ambito dei diritti fondamentali dell'uomo.

Come è noto, a partire dal secondo dopoguerra, l'internazionalizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo porta alla consacrazione del diritto di ogni individuo di lasciare il proprio Paese e muoversi in altri Paesi (art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 2 del protocollo n. 4 della Convenzione europea dei diritti umani, d'ora in poi CEDU)[6]: universalmente riconosciuto è anche il diritto dello straniero di poter godere dei diritti fondamentali. Ogni Stato deve conseguentemente garantire i diritti fondamentali a tutti gli individui soggetti alla sua giurisdizione (art. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 1 della CEDU), senza discriminazioni basate sulla nazionalità (art. 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 14 della CEDU) e a prescindere dalla residenza nello Stato[7]. Lo straniero ha diritto, al pari del cittadino, ad avere giustizia e intrattenere rapporti giuridici in ambito civile, commerciale e familiare (art. 1 del protocollo n. 12 della CEDU)[8]. Attra-

delle norme interne, su un obbligo naturale: *Principes de droit international privé*, I, Paris, 1930, pp. 113-114. Cfr. altresì D.J. EVRIGENIS, "Tendances doctrinales actuelles en droit international privé", in *Rec. des Cours*, t. 118, 1966-II, p. 313 ss., a p. 374, e R. DE NOVA, *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws, ibid.*, p. 433 ss., a p. 448 ss.

[6] Non è questa la sede ove affrontare il tema dei limiti internazionali alle migrazioni. Basti dire che lo Stato è tendenzialmente libero di determinare i flussi migratori e di dettare le condizioni di ingresso, soggiorno e allontanamento, nel rispetto delle norme internazionali a tutela dei diritti dell'uomo.

[7] Risulta dai lavori preparatori della CEDU che la formula «within their jurisdiction» venne preferita a quella di «residing within the territories of the signatory States» proprio per chiarire che la Convenzione è applicabile anche ai soggetti che non risiedono permanentemente e stabilmente sul territorio di uno Stato contraente: cfr. A.H. ROBERTSON (ed.), *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention of Human Rights,* III, The Hague, Boston, London, Dordrecht, Lancaster, 1976, pp. 76, 260).

[8] Non è tuttavia escluso che lo Stato possa imporre allo straniero condizioni particolari. Si veda la prassi sull'art. 12 della CEDU in F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, p. 296. «The Convention institutions have accepted that limitations on the right to marry laid down in the national laws may comprise formal rules concerning such matters as publicity and the solemnisation of marriage. They may also include substantive provisions based on generally recognised considerations of public interest, in particular concerning capacity, consent, prohibited degrees of affinity or the prevention of bigamy. In the context of immigration laws and for justified reasons, the States may be entitled to prevent marriages of convenience, entered solely for the purpose of securing an immigration advantage» (Corte europea dei diritti umani, *Jaremowicz c. Polonia*, ricorso n. 24023/03, sentenza del 5 gennaio 2010, par. 49).

verso quali meccanismi lo Stato promuova il diritto di intrattenere rapporti giuridici è indifferente per il diritto internazionale. In particolare, mentre esiste l'obbligo di applicare le norme dell'ordinamento internazionale, non sembra ravvisabile alcun obbligo per lo Stato di applicare le norme dell'ordinamento di un altro Stato. Il giudice statale deve risolvere il singolo caso, in base alle disposizioni che il legislatore ritiene politicamente opportune: disposizioni che potrebbero anche essere sempre e comunque quelle del foro, indipendentemente dalla estraneità della fattispecie. Di fronte a rilevanti elementi di estraneità, è tuttavia logico che lo Stato prenda atto della specificità della situazione, a tal punto diversa da quelle puramente interne da richiedere un trattamento diverso: è consolidata prassi, infatti, che il principio di non discriminazione vada inteso in senso sostanziale, e dunque imponga un trattamento identico per situazioni identiche, e un trattamento diverso per situazioni diverse[9]. A fronte di rapporti privatistici transnazionali, insomma, potrebbe essere ritenuta discriminatoria l'applicazione *proprio vigore* della *lex fori* (ossia del diritto materiale comune del foro)[10].

Ragioni di opportunità – se non addirittura un vero e proprio obbligo internazionale non scritto[11] – dovrebbero perciò indurre lo Stato a tenere conto del carattere transnazionale della fattispecie da disciplinare, ciò che di solito avviene apprestando un sistema di norme che consentano, a determinate condizioni, l'applicazione della legge straniera, che ripartiscano cioè la competenza normativa tra i vari ordinamenti e aprano quello del foro verso gli ordinamenti degli altri Stati. Massima libertà è concessa allo Stato quanto ai metodi di coordinamento e ai criteri di colle-

[9] F. MARCHADIER, *Les objectifs*, cit., p. 311.

[10] Desta quindi perplessità la recente tendenza di taluni *sister states* nordamericani a vietare l'applicazione del diritto straniero. Oltre al *Save Our State Amendment* alla Costituzione dell'Oklahoma del 2010 («The courts [...] when exercising their judicial authority, shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution, the United States Code, federal regulations promulgated pursuant thereto, established common law, the Oklahoma Statutes and rules promulgated pursuant thereto, and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law»), segnalo il progetto dell'*Arizona Foreign Decisions Act* del 2011, per cui «[…] a court shall not use, implement, refer to or incorporate a tenet of any body of religious sectarian law» (il riferimento è *in primis* alla *sharia* ma il divieto riguarda anche il diritto canonico e altre regole di origine religiosa) come pure «[…] any case law or statute from another country or a foreign body or jurisdiction that is outside of the United States»: H.B. 2582, 50th Legis., 1st Reg. Sess. (Ariz. 2011).

[11] V. *supra*, nota 5.

gamento utilizzati[12]: come abbiamo già detto, ciò che interessa è il risultato concreto, indipendentemente dal fatto che ad esso si pervenga grazie alle norme dell'uno o dell'altro Stato.

Diversa, invece, è l'ipotesi in cui alle autorità di uno Stato sia chiesto – non già di dare vita ad un rapporto bensì – di riconoscere effetti a *status* o rapporti interpersonali già sorti all'estero, di cui l'individuo voglia godere anche al di là delle frontiere dello Stato in cui tali *status*/rapporti sono sorti. Il mancato riconoscimento di questi *status* personali e familiari avrebbe infatti ripercussioni negative sul diritto dell'individuo alla propria identità personale e alla continuità delle proprie relazioni interpersonali[13]: e questo vale sia per quelle situazioni rispetto alle quali l'intervento delle autorità pubbliche consiste nella 'ufficializzazione' di una volontà dei privati, sia per quelle situazioni che sono determinate dall'intervento di un'autorità pubblica (tipicamente dell'autorità giudiziaria: si pensi alla decisione che scioglie o annulla il matrimonio, decretando la modifica dello *status* personale dei soggetti interessati).

Se non può ritenersi vigente un vero e proprio obbligo di riconoscere situazioni createsi all'estero, può dirsi almeno che lo Stato, ammessa la natura giuridica degli ordinamenti stranieri (implicita nella soggettività internazionale degli Stati stessi), dovrebbe apprestare meccanismi atti a consentire – in linea di principio – il riconoscimento di effetti alle situazioni sorte all'estero sulla base di norme diverse dalle proprie. Non è un caso, del resto, che la Corte europea dei diritti umani (di seguito Corte EDU) sempre più frequentemente 'giudichi' le tecniche internazionalprivatistiche di riconoscimento delle decisioni straniere, ravvisando talvolta nel mancato riconoscimento di *status* personali la violazione di un diritto fondamentale (nella specie, del diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 8 della CEDU)[14].

[12] F. MARCHADIER, *Les objectifs*, cit., pp. 294, 300. Al più, si potrebbe sostenere l'esistenza di una consuetudine a sottoporre la forma degli atti alla *lex loci actus*, i diritti reali immobiliari alla *lex rei sitae* e le obbligazioni contrattuali alla legge scelta dalle parti.

[13] Significativo, da questo punto di vista, è il fatto che il già citato (*supra*, nota 10) *Arizona Foreign Decisions Act* esclude dal proprio ambito di applicazione «[...] the recognition of a traditional marriage between a man and a woman as officiated by the clergy or a secular official of the matrimonial couple's choice». Quest'ultima limitazione non compare invece in analoghe proposte di altri *states*, ai cui giudici non sarebbe più permesso riconoscere matrimoni stranieri e garantire ai coniugi benefici legali (cfr. A. FELLMETH, "U.S. State Legislation To Limit Use of International and Foreign Law", in *Am. J. Int'l L.*, 2012, p. 107 ss.: v. altresì ivi, p. 875 ss.).

[14] Vedi per tutte le sentenze della Corte europea dei diritti umani, *Pellegrini c. Ita-*

Il coordinamento tra ordinamenti sarebbe dunque un valore protetto dal diritto internazionale, che da un lato tutela i diritti fondamentali dell'individuo, dall'altro è sensibile alle esigenze dello Stato di accoglienza, al punto da legittimare nel caso concreto limitazioni dei diritti individuali. La tensione tra diritti individuali e interessi collettivi può essere risolta dallo Stato non già negando il pluralismo degli ordinamenti e tentandone la riconduzione ad unità, ma mettendo in opera meccanismi di armoniosa coesistenza e aggiustamento: meccanismi che, sfruttando la permeabilità degli ordinamenti, consentano la continuità delle situazioni giuridiche al di là delle frontiere e riducano al massimo le situazioni claudicanti[15].

3. Relativismo dei valori espressi dagli ordinamenti giuridici

Numerosi sono i meccanismi a disposizione del diritto internazionale privato, branca giuridica altamente tecnica, che disciplina le situazioni privatistiche transnazionali valorizzandone variamente l'estraneità rispetto all'ordinamento locale. Il diritto internazionale privato si serve vuoi di norme materiali *ad hoc* (norme di diritto internazionale privato materiale) vuoi, più di frequente, di norme indirette, destinate a risolvere il c.d. conflitto di leggi potenzialmente interessate a risolvere il caso (norme di conflitto)[16].

In passato si riteneva che le norme di conflitto operassero in maniera assolutamente imparziale e neutrale. Esse apparivano infatti indifferenti rispetto all'ordinamento richiamato: non solo, ma in quanto bilaterali, ponevano il diritto straniero su un piano paritario rispetto alla *lex fori*. Il diritto internazionale privato appariva insomma ispirato al relativismo, alla pari dignità dei valori di cui gli ordinamenti sono portatori, in

lia, ricorso n. 30882/96, sentenza del 20 luglio 2001, e *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007 (v. *infra*, nota 39).

[15] F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité géneralisé", in *Rec. des Cours*, t. 213, 1989, p. 9 ss., a p. 156 ss.

[16] Volutamente non ci si occupa qui dei conflitti di giurisdizione: i problemi connessi alla pluralità di fori giurisdizionali sono risolti attraverso le norme di diritto processuale civile internazionale, che in ciascuno Stato stabiliscono le condizioni in presenza delle quali sussiste la competenza dei giudici nazionali. In Italia oggi le norme contenute nella legge n. 218/1995 sono state in larga misura sostituite dalle norme dettate dalla Comunità/Unione europea (v., tra gli altri, i regolamenti n. 44/2001 e n. 2201/2003 relativi alla materia civile e commerciale e, rispettivamente, alla materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale).

un'ottica astratta di giustizia internazionalprivatistica. Per permettere al sistema di operare, le autorità nazionali hanno apprestato (in via legislativa o giurisprudenziale) regole di funzionamento tenendo conto, tra l'altro, del fatto che il pluralismo riguarda le norme materiali ma anche le stesse norme di conflitto (dando origine al c.d. conflitto di sistemi). Per tale motivo è stato messo a punto un meccanismo, il c.d. rinvio, atto a favorire, per quanto possibile, l'armonia internazionale delle soluzioni – la ricerca cioè di una soluzione condivisa da tutti gli Stati – che altrimenti solo norme di conflitto convenzionali avrebbero potuto realizzare.

La pari dignità dei valori espressi dai vari ordinamenti è però destinata a venir meno in tutti i casi in cui la *lex fori* si chiude in se stessa, a tutela dell'armonia interna: attraverso il limite dell'ordine pubblico (ma anche attraverso altri strumenti, quali le norme di applicazione necessaria, la presunta facoltatività delle norme di conflitto e l'onere probatorio del diritto straniero a carico delle parti) lo Stato finisce per sancire la prevalenza dei principi del proprio ordinamento sugli altri, decretando così una gerarchia di valori.

Ad intaccare la neutralità del diritto internazionale privato sono poi progressivamente intervenute considerazioni di giustizia materiale, che hanno indotto i legislatori a dettare norme di conflitto finalizzate ad un certo risultato: la validità formale di un atto, ad esempio, o la tutela della parte debole (ma anche, nel caso del legislatore europeo, il funzionamento del mercato e la libertà di circolazione delle persone).

Sullo sfondo resta sempre l'individuo, che di fatto 'subisce' la diversità degli ordinamenti (salvo trarne profitto radicando la causa in uno Stato piuttosto che in un altro – *forum shopping* e conseguente *system shopping* – o scegliendo direttamente di sottoporre il rapporto all'una o all'altra legge). In particolare, nonostante le varie tecniche di cui dispone, il diritto internazionale privato non è tuttora in grado di assicurare, al di là di ipotesi specifiche, la continuità degli *status* personali e familiari.

4. Relativismo dei diritti fondamentali dei soggetti interessati

Le difficoltà di conciliare diritti individuali e interessi collettivi è particolarmente evidente oggi nel nostro Paese, costretto a confrontarsi con il pluralismo dei modelli familiari, su due fronti. L'ordinamento italiano ha infatti necessità di coordinarsi per un verso con le legislazioni di Stati, soprattutto europei, fortemente impregnate di concezioni individualistiche che accolgono soluzioni assai innovative in materia di famiglia: unioni non matrimoniali registrate, matrimoni omosessuali, filia-

zione assistita e surrogata. Per altro verso, contemporaneamente, si trova a confrontarsi con il diritto di quegli Stati che risentono dell'influenza della religione islamica o addirittura fanno proprio il diritto islamico in materia di famiglia ed accolgono soluzioni lontane dalla nostra cultura giuridica, quali il matrimonio poligamico e il ripudio.

Sempre più spesso l'autorità italiana è chiamata a riconoscere effetti a istituti come quelli appena ricordati, alcuni dei quali presentano elementi di contrasto vuoi con i principi fondamentali del nostro ordinamento (si pensi al matrimonio tra persone del medesimo sesso o alla filiazione derivante da surroga di maternità) vuoi con i diritti fondamentali dell'uomo sanciti a livello internazionale (e in particolare con il principio di uguaglianza tra uomo e donna: il riferimento è al matrimonio poligamico e al ripudio). In tali ipotesi il legislatore – che solo eccezionalmente si fa direttamente carico del problema mediante disposizioni *ad hoc*[17] – affida alle autorità giudiziarie e amministrative il compito di invocare il limite dell'ordine pubblico. Compito che non di rado viene svolto con diverso grado di rigore per modulare l'intervento del limite (ordine pubblico attenuato[18] e ordine pubblico di prossimità[19]) in ragione del nesso più o meno intenso della situazione con l'ordinamento del foro. Ma non è solo questo il punto.

In tempi recenti, anche e soprattutto per un altro verso, si registra un affievolimento del limite dell'ordine pubblico. Incide infatti al riguardo la presa di coscienza della relatività dei principi propri del foro, la cui protezione deve cedere il passo al rispetto di diritti già acquisiti dai sog-

[17] Cito, ad esempio, l'art. 58 della legge di diritto internazionale privato olandese del 19 maggio 2011 (in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 1058), secondo cui lo scioglimento di un matrimonio all'estero, risultante dalla sola dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi (di fatto, il ripudio), è riconosciuto se uno scioglimento in tale forma è ammesso dalla legge nazionale del coniuge che ha effettuato la dichiarazione; se lo scioglimento è effettivo nello Stato in cui è avvenuto e se appare chiaro che l'altro coniuge ha espressamente o tacitamente acconsentito allo scioglimento o è stato acquiescente.

[18] Si veda al riguardo la risoluzione dell'Institut de droit international su «Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille» (*Annuaire de l'Istitut de droit international*, sessione di Cracovia, vol. 71, 2006, e in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2005, p. 1224 ss.).

[19] L'ordine pubblico di prossimità è attualmente al centro di dibattiti giurisprudenziali e dottrinali (v., tra altri, D. SINDRES, "Vers la disparition de l'ordre public de proximité?", in *Journal du droit international*, 2012, p. 887 ss.). Il legislatore tunisino lo ha espressamente escluso nel codice di diritto internazionale privato del 27 novembre 1998 (in *Revue critique de droit international privé*, 1999, p. 382): secondo l'art. 36 comma 3 infatti l'eccezione di ordine pubblico non dipende dall'intensità del rapporto tra l'ordinamento giuridico tunisino e la fattispecie.

getti interessati. L'ordine pubblico scatterebbe solo in caso di violazione dei principi che il foro ha in comune con la generalità degli altri ordinamenti statali[20], tanto che in dottrina[21] si sostiene che l'ordine pubblico non svolgerebbe più una mera funzione negativa, di chiusura dell'ordinamento nei confronti dell'ordinamento degli altri Stati, ma avrebbe assunto una funzione positiva, di apertura verso i valori universalmente riconosciuti, a prescindere dai contatti delle singole fattispecie con il foro.

Resta ovviamente da chiarire quali siano questi valori universalmente riconosciuti, di portata assoluta. La dottrina è unanime nell'individuarli nei diritti fondamentali dell'uomo, codificati nei diversi strumenti di protezione[22] e in particolare nella CEDU: al punto da ritenere che i diritti umani stiano assumendo il ruolo di vero e proprio fondamento del diritto internazionale privato, nella sua duplice funzione di apertura verso l'esterno e tutela dei principi irrinunciabili di civiltà giuridica[23].

A differenza del diritto internazionale privato che – come abbiamo visto – sposa il relativismo, i diritti umani sembrerebbero effettivamente presentarsi come universali. In realtà l'universalità è solo auspicata, come dimostra la giurisprudenza della Corte EDU che – soprattutto per i diritti ricavati in via interpretativa – ammette l'esistenza di valori non universalmente riconosciuti (laddove riscontra la mancanza di *consensus*), valori la cui promozione è lasciata al margine di apprezzamento di ciascuno Stato, caso per caso. Come la Corte europea non manca di

[20] Cass., 26 novembre 2004 n. 22332, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2005, p. 771.

[21] Cfr. ad es. N. BOSCHIERO, "Ordine pubblico 'internazionale' e norme di applicazione necessaria", in *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. I, *Diritto internazionale privato*, F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di), Torino, 2011, p. 137 ss., a p. 160 ss. Secondo taluni autori, il diritto internazionale sarebbe oggetto di applicazione diretta, non mediata cioè dall'ordine pubblico: così A. VIVIANI, "Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico internazionale", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 1999, p. 882 ss.

[22] Già nel 1950 Lerebours-Pigeonnière sosteneva che lo Stato dovrebbe «[…] refuser de recevoir chez lui une loi étrangère qui contredit l'idéal de la civilisation universelle, ou qui refuse de reconnaître l'un des droits de l'Homme déterminé par la Déclaration» universale del 1948 (P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, "La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français", in *Le droit privé français au milieu du 20ème siécle: études offertes à G. Ripert,* t. I: *études générales, Droit de la famille*, Paris, 1950, p. 255 ss., a p. 262).

[23] Così A. DAVÌ, "Diritto internazionale privato e diritti umani. Introduzione", in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), Napoli, 2012, p. 209 ss., a p. 216.

ripetere, «[...] where there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international court to give an opinion, not only on the 'exact content of the requirements of morals' in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them»[24].

A cavallo tra il mondo giuridico e il mondo culturale, il diritto al rispetto della vita privata e familiare è più di altri esposto al relativismo[25]. Attenta a salvaguardare in ogni caso l'interesse superiore del minore sancito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, la stessa Corte EDU non favorisce una particolare tipologia di famiglia: del resto, la CEDU – scindendo il matrimonio dalla creazione di una famiglia (art. 12)[26] – promuove il pluralismo dei modelli, obbligando gli Stati contraenti a rispettare i rapporti familiari costituiti in un altro Stato in base alle norme (materiali o di conflitto) ivi vigenti. Tant'è che, anche quando ravvisa un *consensus* tra gli Stati parti, non nega il margine di apprezzamento del singolo Stato 'dissenziente': «le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention, surtout dans un domaine – le mariage – aussi

[24] Corte europea dei diritti umani, *Stübing c. Germania*, ricorso n. 43547/08, sentenza del 12 aprile 2012, par. 60 (il caso riguardava l'incesto).

[25] M. DELMAS-MARTY, "Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels)", in *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, P. TAVERNIER (éd.) Bruxelles, 1996, p. 81 ss., a p. 83.

[26] «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto». Non dissimile la formulazione dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Vale la pena di segnalare che con la recente riforma delle «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali» (legge 10 dicembre 2012 n. 219), il legislatore italiano ha modificato tacitamente il modello di famiglia del nostro ordinamento: sancendo l'uguaglianza dei figli, indipendentemente dal matrimonio dei genitori, il legislatore mette infatti in crisi, snaturandolo, il modello tradizionale della famiglia legittima, suscitando addirittura dubbi circa la conformità della nuova disciplina con l'art. 29 della Costituzione che riconosce la famiglia «[...] come società naturale fondata sul matrimonio» (M. SESTA, "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 231 ss., a p. 233).

étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale»[27].

Il margine di apprezzamento (come, in misura ormai minima, la clausola delle necessità locali nel contesto extra-europeo di cui all'art. 56 par. 3 della CEDU) rappresenta la chiave di volta del pluralismo in seno al Consiglio d'Europa, lo strumento al servizio del «principio del rispetto delle particolarità nazionali»[28].

Questo relativismo non deve stupire, se solo si considera che – come gli altri – anche i trattati a tutela dei diritti dell'uomo possono essere oggetto di riserva. L'ammissibilità di riserve, tipici strumenti che relativizzano le regole codificate, è la dimostrazione che – a dispetto di proclamazioni in principio universali – è consentito agli Stati invocare motivazioni, spesso di natura culturale, per svincolarsi (e in modo generale e astratto) dal rispetto di taluni diritti[29].

Ci si può tuttavia interrogare circa la configurabilità di una gerarchia di diritti fondamentali e circa l'esistenza di valori realmente universali, assoluti. Se parte della dottrina qualifica come assoluti il diritto all'equo processo e l'uguaglianza tra i sessi[30], altri evocano la tolleranza e la giustizia[31]. La Corte EDU, dal canto suo, sembra lasciarsi guidare dai già

[27] Corte europea dei diritti umani, *F. c. Svizzera*, ricorso n. 11320/85, sentenza del 18 dicembre 1987, par. 33.

[28] Il principio è stato espresso dalla Corte nel caso *Podkolzina c. Lettonia*, ricorso n. 46726/99, sentenza del 9 aprile 2002, par. 34. Del resto, in caso di accertata violazione di un diritto, la Corte non si sostituisce allo Stato ma si limita a una sentenza dichiarativa lasciando allo Stato la decisione circa le misure da adottare (che vanno da un'interpretazione adeguatrice della norma interna – come ha fatto Trib. Cagliari, 14 novembre 2012 a seguito della sentenza della Corte europea del 28 agosto 2012, ricorso n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia* – alla modifica normativa). Ciò non toglie che la Corte si riservi di verificare la proporzionalità della limitazione al diritto individuale eventualmente decisa dallo Stato rispetto allo scopo perseguito. Così nel caso *Negrepontis-Giannisis c. Grecia* (Corte europea dei diritti umani, ricorso n. 56759/08. Sentenza del 3 maggio 2011) il motivo di ordine pubblico addotto è stato ritenuto anacronistico, troppo legato a motivi religiosi, e dunque lontano dagli standard europei: di qui la violazione della CEDU. Analogo l'atteggiamento della Corte di giustizia, che nel caso *Sayn-Wittgenstein* (causa C-208/09, sentenza del 22 dicembre 2010) è giunta viceversa ad 'assolvere' lo Stato (Austria) ritenendo che il suo ordine pubblico fosse vicino agli standard degli altri Stati membri (era in discussione l'abolizione dei titoli nobiliari).

[29] Si pensi alle riserve apposte dai Paesi islamici al Patto ONU sui diritti civili e politici e alla Convenzione contro le discriminazioni nei confronti delle donne.

[30] H. GAUDEMET-TALLON, "Le pluralisme en droit International privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)", in *Rec. des Cours*, t. 312, 2005, p. 9 ss., a p. 409 ss.

[31] VRELLIS, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", in *Rec. des Cours*, t. 328, 2007, p. 175 ss., a p. 242 ss. Esistono

ricordati valori del pluralismo e del rispetto della diversità – di religione, cultura, convinzioni politiche, stili di vita – adattando i diritti garantiti ai diversi contesti nazionali e modulandoli in funzione delle specificità locali (a patto che, così facendo, i diritti non finiscano per essere di fatto negati e non sia leso l'interesse superiore del minore che, come si è visto, la Corte effettivamente considera assoluto). Ma, se così è, l'unico valore universale sarebbe, paradossalmente, proprio il relativismo.

5. Pluralismo e diritto dell'individuo all'identità: identità in base alla *diversità degli ordinamenti e identità* nella *diversità degli ordinamenti*

L'attenzione della Corte EDU al pluralismo (anche) di tipo culturale[32] induce a chiedersi se esista un diritto dell'individuo all'identità culturale, cioè all'*identità basata sulla diversità*[33]. Riferito allo straniero, questo diritto presupporrebbe la tolleranza del Paese di accoglienza e la predisposizione di un metodo di coordinamento tra ordinamenti che valorizzi tale identità, quale il metodo della localizzazione (spaziale) nello Stato di appartenenza dello straniero. Il diritto all'identità culturale inteso come diritto all'applicazione della propria legge nazionale, di derivazione manciniana, è stato invero oggetto di critiche in dottrina. Innanzi tutto, si dice, la cultura è un processo dinamico, che rispecchia il comune sentire di una società in un tempo dato: la legge si limita a controllare i processi di sviluppo culturale della società, talvolta in maniera non totalmente obiettiva, e dunque non si identifica nella cultura. Agganciare all'identità culturale l'applicazione della *lex patriae*, inoltre, non terrebbe conto della situazione di quanti vorrebbero viceversa allontanarsi dalle proprie origini per integrarsi nello Stato di accoglienza, assoggettandosi alle regole locali[34]. Non solo: si sostiene che la mancata reazione

invero altri diritti assolutamente inderogabili, che tuttavia non rilevano ai fini internazionalprivatistici: il riferimento è al diritto alla vita, al diritto di non essere torturati o sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, al diritto di non essere ridotti in schiavitù e al diritto alla non retroattività della legge penale.

[32] Si veda da ultimo Corte europea dei diritti umani, *Harroudj c. Francia*, ricorso n. 43631/09, sentenza del 4 ottobre 2012, par. 51, in relazione alla *kafalah* islamica (v. *infra*, nel testo): per un commento v. S. CORNELOUP, in *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 161.

[33] V. già il mio "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", in *Riv. Dir. internaz.*, 2011, pp. 1029-1064, e in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela*, cit., pp. 235-276.

[34] È significativo il fatto che, prospettando l'armonizzazione delle norme di conflitto in materia di stato civile, la Commissione europea ipotizzi di lasciare all'interessato la

dello Stato ospite – in nome del diritto all'identità culturale – di fronte a norme straniere 'intollerabili' potrebbe rallentare la modernizzazione del diritto straniero[35]. Il diritto all'identità culturale andrebbe insomma valutato in rapporto all'autonomia privata e all'interesse dell'individuo all'inserimento nella vita sociale del nuovo Stato.[36] L'equazione 'diritto all'identità culturale = diritto all'applicazione della propria legge nazionale' non sarebbe pertanto valida.

È un'altra, piuttosto, l'identità che andrebbe protetta: l'*identità nella diversità*[37]. E proprio la tutela di questa identità, come si è detto all'inizio, dovrebbe essere uno degli obiettivi del diritto internazionale privato. L'identità si concretizza nella continuità nello spazio e nel tempo del proprio *status*. Il diritto internazionale privato sembra focalizzarsi soprattutto sugli aspetti spaziali, assunti addirittura come decisivi dalle già richiamate teorie dell'ordine pubblico attenuato e di prossimità. Trascurato, forse, è l'aspetto temporale, il c.d. possesso di stato, a garanzia della certezza del diritto e dell'ordine sociale (giustizia sociale). Al riguardo può essere utile ricordare una recente sentenza della Corte EDU, relativa alla *kafalah* islamica[38]. Adita da una donna a cui le autorità francesi avevano negato l'adozione di una minore ottenuta in *kafalah* in Algeria, la Corte distingue tra il caso (di cui appunto si discuteva) «où le droit de l'Etat défendeur se limite à ne pas assimiler la kafala à une adoption et à désigner la loi personnelle de l'enfant pour déterminer si une telle adoption est possible» e il caso in cui i giudici di uno Stato contraente (nella specie, il Lussemburgo) si rifiutano di riconoscere un provvedimento di adozione adottato da un tribunale straniero. In questo secondo caso, la stessa Corte era giunta – qualche anno prima – alla conclusione che i giudici «avaient passé outre au statut

scelta della legge applicabile, ritenendo che «[...] in tal modo si rispetterebbero gli interessi legittimi del cittadino che, scegliendo, sarebbe libero di esprimere la preferenza per la propria cultura e il proprio Stato d'origine o per uno Stato membro diverso» (Libro verde. Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile, COM(2010) 747 def., punto 4 *in fine*).

[35] V. P. KINSCH, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", in *Rec. des Cours*, t. 318, 2005, p. 9 ss., a p. 145 ss.: si tratta di una critica alla tesi di JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", in *Rec. des Cours*, t. 251, 1995, p. 9 ss.

[36] J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, p. 426.

[37] Le due identità sono spesso confuse: v. A. BUCHER, "La dimension sociale du droit international privé", in *Rec. des Cours*, t. 341, 2009, p. 9 ss., a p. 114 ss.

[38] La *kafalah* è un istituto di protezione dei minori, per la cui descrizione si rimanda al par. 7.

juridique créé valablement à l'étranger de facon non raisonnable et ainsi violé l'article 8 de la Convention»[39]. In altre parole, i giudici di Strasburgo si mostrano assai prudenti quando alle autorità di uno Stato è chiesto di creare un rapporto giuridico nuovo – sulla base delle norme di conflitto del foro –, mentre sono propensi a ravvisare una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare quando si tratti di riconoscere un rapporto già sorto all'estero[40]: fermo restando, nel primo caso, che se si è già instaurato un legame affettivo e sociale tra gli interessati, questo va riconosciuto *de facto*, pur nell'impossibilità di una formalizzazione *de iure*.

6. Dalla teoria dei vested rights *al metodo del riconoscimento*

Anche alla luce della giurisprudenza di Strasburgo a tutela dei legami affettivi e sociali, in ambito internazionalprivatistico si è recentemente assistito a un crescente interesse per il metodo del riconoscimento[41], le cui

[39] Corte europea dei diritti umani, *Harroudj c. Francia*, cit., par. 47. L'art. 370-3 (introdotto dalla legge 6 febbraio 2001) recita: «Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France». Nella specie la minore era nata in Algeria. «La Cour estime qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intéret public et celui de la requérante» (par. 51). Il caso a cui fa riferimento la Corte è il caso *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* del 2007 (v. *supra*, nota 14).

[40] Si potrebbe così sostenere che incorra nella violazione dell'art. 8 della CEDU lo Stato che rifiuti di riconoscere lo *status* di coniuge alla seconda moglie del poligamo. La Corte (Grande Chambre, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, ricorsi n. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, sentenza del 13 febbraio 2003, par. 119 e 128) lascia infatti agli Stati contraenti la *facoltà* di non applicare norme discriminatorie (come quelle islamiche che consentono la poligamia e il ripudio), facendo intendere che il principio di non discriminazione non è assoluto. Rientrerebbe perciò nel margine di apprezzamento anche il riconoscimento di effetti di provvedimenti esteri emanati in base a norme discriminatorie: il fatto che lo *status* sia stato acquisito in violazione del principio di non discriminazione non esclude che il suo mancato riconoscimento leda il diritto al rispetto della vita privata e familiare che senza dubbio va garantito «[...] ad ogni persona soggetta alla […] giurisdizione» degli Stati parti della CEDU.

[41] Per una sintesi v. E. PATAUT, "Le renouveau de la theorie des droits acquis", in *Travaux du Comité français de droit international privé*, années 2006-2008, p. 205 ss.; A. BUCHER, "La dimension", cit., p. 320 ss.; FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im in-*

radici affondano in quella teoria dei diritti quesiti che – come si è visto all'inizio – può farsi risalire addirittura al XVII secolo.

Agli inizi del XX secolo, la teoria dei diritti quesiti viene assunta negli Stati Uniti a fondamento del diritto internazionale privato e codificata nel *Restatement of the Law of Conflict of Laws* (*rapporteur* Beale)[42]. Secondo questa teoria (nota oltre Oceano come *vested rights theory*), la legge di uno Stato non opera che entro i confini nazionali. Se si verifica un evento in uno Stato straniero, ha origine un diritto il cui contenuto non può che essere determinato in base alla legge di quello Stato. Il compito del giudice del foro in una controversia transnazionale è esclusivamente quello di dare attuazione al diritto acquisito all'estero in base alla legge ivi vigente. Il problema riguarda insomma la determinazione del momento e del luogo in cui è sorto un particolare diritto, che non viene rimesso in discussione e resta assoggettato alla legge del Paese di 'origine'. Con quella visione prettamente pragmatica che caratterizza tutta la dottrina anglo-statunitense – ma anche latino-americana –, in altre parole, si assegna al giudice nazionale il compito non già di applicare la legge straniera (considerata un puro fatto) ma di riconoscere i diritti in base ad essa acquisiti[43].

In Francia, la teoria dei *droits acquis* viene formalmente distinta dal conflitto di leggi ed è invocata per riconoscere effetti ai diritti validamente acquisiti all'estero anche in base a una legge diversa da quella richiamata dalle norme di conflitto del foro[44]. Successivamente la dottrina imposta il problema in termini di 'efficacité internationale des droits définitivement constatés' e si appella – più che ad una regola di diritto internazionale – ad un obbligo 'morale' che non dispensa tuttavia lo Stato (il giudice) del foro dal controllo circa la legge sulla base della

ternationalen Privatrecht. Perspektiven eines europäischen Annerkennungskollisionsrechts für Statusfragen, Tübingen, 2009.

[42] J.H. BEALE, *A selection of cases on the conflict of laws*, I, Cambridge, 1907, II, 1901, III, 1902.

[43] Cfr. A.V. DICEY, "On Private International Law as a Branch of the Law of England", in *Law Quarterly Review*, 1890, p. 1 ss. e 1891, p. 113 ss.: «Every right which has been acquired under the law of any civilized country is recognized and (in general) enforced by English Courts».

[44] «Toutes les fois qu'un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté et les effets qu'il produit doivent lui être garantis dans un autre pays»: così A. PILLET, "La théorie générale des droits acquis", in *Rec. des Cours*, t. 8, 1925, p. 485 ss., a p. 492 (v. già *Traité pratique de droit international privé,* t. I, Paris, 1923, p. 119 ss.). Si veda altresì H. MUIR WATT, "Quelques remarques sur la théorie anglo-américaines des droits acquis", in *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 425 ss.

quale i diritti sono stati creati[45]. In questo modo la teoria dei diritti acquisiti finisce per essere assorbita dai conflitti di legge e per perdere la propria autonomia, e si avvia verso un 'abandon consommé'[46], eccezion fatta per il settore del riconoscimento delle sentenze straniere. Proprio alla teoria in esame sembra ispirarsi, ad esempio, l'art. 65 della nostra legge di diritto internazionale privato, in base al quale sono riconosciuti in Italia i provvedimenti stranieri in materia di capacità, *status* familiari e diritti della personalità che siano stati emessi nello Stato la cui legge è richiamata dal diritto internazionale privato italiano (o, se emessi altrove, producano effetti in detto Stato: si tratta del c.d. richiamo internazionalprivatistico delle sentenze straniere): il diritto internazionale privato sembra essere qui chiamato a svolgere un ruolo ancillare rispetto al riconoscimento.

Sulla scia del rinnovato interesse per la teoria dei diritti quesiti[47], negli ultimi anni la dottrina ha elaborato – come si diceva – un vero e proprio 'metodo di riconoscimento' delle situazioni sorte all'estero, sia ad esito di un procedimento giudiziario sia a prescindere da esso (si pensi agli atti pubblici)[48]. Secondo questo metodo, la situazione deve essere

[45] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français,* t. III: *Conflits de lois, d'autorités et de juridictions*, Paris, 1944, pp. 284-342.

[46] P. ARMINJON, "La notion des droits acquis en droit international privé", in *Rec. des Cours*, t. 44, 1933, p. 1 ss. In realtà la teoria non è mai scomparsa del tutto, ma è parzialmente sopravvissuta con denominazioni diverse: meccanismo di soluzione dei conflitti di sistemi (Francescakis), metodo del riferimento all'ordinamento competente (Picone), *Foreign Court Theory*. Cfr. H. MUIR WATT, "Quelques remarques", cit., pp. 437, 446 s.

[47] E. PATAUT, *Le renouveau*, cit., p. 225; A. BUCHER, "La dimension", cit., p. 320 ss.

[48] Secondo P. MAYER ("Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 547 ss.) esisterebbero in verità più metodi di riconoscimento. Da un lato si parla di riconoscimento in relazione alle sentenze, ai provvedimenti di volontaria giurisdizione ma anche alle decisioni emesse da organi amministrativi, agli atti pubblici e alle sentenze arbitrali. Dall'altro lato il riconoscimento può avere ad oggetto situazioni derivanti immediatamente da norme (es. matrimonio, cristallizzato ad opera dell'ufficiale di stato civile). In realtà, come ben emerge dal Libro verde sulla libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile, presentato nel 2010 dalla Commissione europea (*supra*, nota 34), anche gli atti di stato civile – al pari degli atti giudiziari, amministrativi e notarili – sono volti a «[...] fornire la prova di fatti attestati da un'autorità pubblica». Questa comunanza di funzione giustifica, ad esempio, l'art. 21 par. 2 del regolamento n. 2201/2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, secondo cui «[...] non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una

riconosciuta tenendo conto della legge sulla cui base è sorta, a prescindere dal diritto internazionale privato dello Stato richiesto. Con un ribaltamento di prospettiva rispetto al passato, è il diritto internazionale privato a restare oggi assorbito dal metodo del riconoscimento delle situazioni giuridiche estere[49].

La tecnica di coordinamento tra ordinamenti fondata sul metodo del riconoscimento delle situazioni giuridiche estere preclude al giudice il controllo in ordine alla legge applicata nello Stato d'origine, mettendo fuori gioco – come si è detto – il diritto internazionale privato: che tuttavia rientra in gioco per definire gli effetti conseguenti a dette situazioni.

Due sono le possibili soluzioni. La prima consiste nel collegare alla situazione gli effetti che essa avrebbe nello Stato di origine (*Wirkungserstreckung*). La seconda consiste invece nell'attribuire alla situazione gli effetti che lo Stato di accoglienza ricollega a situazioni analoghe (*Gleichstellung*). La logica del metodo del riconoscimento (continuità della situazione) indurrebbe a propendere per la prima soluzione: con la complicazione di dover verificare gli effetti nello Stato di origine anche alla luce del suo diritto internazionale privato. Un esempio si rinviene nella legge svizzera di diritto internazionale privato, il cui art. 78 comma 2 recita: «Le adozioni straniere o atti analoghi esteri che hanno effetti essenzialmente divergenti dal rapporto di filiazione nel senso del diritto svizzero sono riconosciuti in Svizzera soltanto con gli effetti conferiti loro nello Stato in cui sono avvenuti»[50].

Ragioni di politica legislativa spingerebbero invece nell'altra direzione, per evitare la moltiplicazione sul territorio di modelli diversi. La situazione verrebbe cioè riconosciuta come fatto ormai cristallizzato (ivi compresi gli effetti da essa indissociabili)[51], mentre gli effetti che ancora

decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciata in altro Stato membro».

[49] Radicale la rivisitazione proposta da A. BUCHER ("La famille en droit international privé", in *Rec. des Cours*, t. 283, 2000, p. 9 ss., a p. 96 ss.), secondo cui il riconoscimento delle situazioni sarebbe direttamente basato sul diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della CEDU.

[50] Ricordo che, in base all'art. 54 del regolamento Bruxelles I-*bis*, ai fini dell'esecuzione di un provvedimento ignoto al diritto dello Stato membro richiesto, «[...] tale provvedimento è adattato, nella misura del possibile, a un provvedimento previsto dalla legge di tale Stato membro che abbia efficacia equivalente e che persegua obiettivi e interessi analoghi». La disposizione precisa che l'adattamento non può comportare effetti che vadano «[...] oltre quelli previsti dalla legge dello Stato membro d'origine».

[51] Ad es., all'adozione consegue necessariamente la rottura dei legami con la famiglia naturale. L'adozione estera che mantenga tali legami non potrebbe dunque essere riconosciuta come tale. Il legislatore olandese, dopo aver espressamente sancito la non

devono prodursi saranno regolati in base al diritto internazionale privato dello Stato di accoglienza.

Assolutamente originale è la soluzione accolta dal legislatore olandese in occasione della riforma del 2011. Secondo l'art. 9, quando determinati effetti giuridici sono ricollegati a un fatto da uno Stato straniero in base alla legge richiamata dal suo diritto internazionale privato, questi stessi effetti vanno riconosciuti al fatto, anche in deroga alla legge applicabile secondo il diritto internazionale privato olandese, nella misura in cui il mancato riconoscimento di tali effetti costituirebbe una inaccettabile violazione delle legittime aspettative delle parti o della certezza giuridica[52].

7. Le norme di conflitto recettive e la tecnica della sostituzione

Talvolta invero il metodo del riconoscimento prende corpo in apposite regole, le norme di conflitto c.d. recettive. Le norme di conflitto recettive si distinguono dalle (tradizionali) norme di conflitto attributive in quanto non indicano l'ordinamento da cui desumere la disciplina della fattispecie ma recepiscono situazioni giuridiche sorte all'estero e suscettibili di produrre effetti nel foro, senza nulla precisare quanto alla legge sulla quale dette situazioni sono fondate[53].

Norme di questo tipo si rinvengono anche a livello internazionale. Così, secondo la Convenzione CIEC di Monaco di Baviera del 2007 sul riconoscimento dei partenariati registrati, una *partnership* registrata in uno Stato deve essere in principio riconosciuta come valida in tutti gli altri Stati contraenti (art. 2)[54].

riconoscibilità (art. 110 comma 2 della legge 19 maggio 2011), prevede tuttavia la possibilità di chiedere la conversione dell'adozione estera in adozione secondo la legge olandese (art. 111).

[52] L'art. 17 stabilisce che lo statuto personale dello straniero con permesso di asilo è regolato dalla legge del domicilio o, in mancanza, di residenza: sono fatti salvi i diritti acquisiti in passato in materia di statuto personale e in particolare i diritti collegati al matrimonio.

[53] A. BUCHER, "La dimension", cit., pp. 109, 344.

[54] Con una formulazione diversa, la Convenzione dell'Aja del 1978 sulla celebrazione e il riconoscimento della validità dei matrimoni prevede che «A marriage validly entered into under the law of the State of celebration or which subsequently becomes valid under that law shall be considered as such in all Contracting States» (art. 9). Questa disposizione, a ben vedere, non si ispira al metodo del riconoscimento, in quanto maschera una classica norma di conflitto caratterizzata da un criterio di collegamento (nella specie il luogo di celebrazione delle nozze).

A livello nazionale, due esempi di norme di conflitto recettive si trovano ancora una volta nella legge svizzera di diritto internazionale privato. L'art. 45, al comma 1, stabilisce che «il matrimonio celebrato validamente all'estero è riconosciuto in Svizzera», mentre al comma 3 dispone: «Il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata». Questa seconda disposizione è particolarmente interessante poiché si occupa di un'ipotesi che può non di rado presentarsi all'interprete, l'ipotesi cioè di una situazione, meglio di un istituto ignoto all'ordinamento del foro. Il legislatore svizzero provvede a recepire l'istituto estero convertendolo in un istituto noto al sistema elvetico. La tecnica utilizzata è quella della 'sostituzione'.

Anche nel silenzio del legislatore, a tale tecnica fanno talvolta ricorso le autorità giudiziarie o amministrative poste di fronte a istituti sconosciuti[55]: per quanto riguarda l'Italia, si pensi ad esempio a istituti quali la *partnership* registrata ma soprattutto agli istituti caratteristici di particolari culture come la *kafalah*[56], il *mahr*[57], il *katb ktab*[58] e il *waqf*[59] islamici,

[55] Il problema non è nuovo: diversi erano però, in passato, gli istituti con cui doveva confrontarsi l'interprete (v. E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, p. 319 ss.). Assai dibattuta, in Italia, era ad esempio la qualificazione del *trust* anglosassone e dell'*Anstalt* (persona giuridica nota in Liechtenstein). All'estero creava invece difficoltà di inquadramento l'istituto italiano della affiliazione.

[56] V. *infra*, subito nel testo.

[57] Il *mahr* è la somma di danaro che il futuro marito corrisponde alla futura moglie: secondo il Corano si tratta di un dono che deve obbligatoriamente figurare nel contratto matrimoniale. In Occidente il *mahr* è per lo più assimilato alla dote, ma è stato anche considerato come «le prix de la vente que la femme fait de sa personne en se mariant» (in quanto tale, contrario all'ordine pubblico). In proposito si veda DEL PILAR DIAGO DIAGO, "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", in *Annales du droit Louvain*, 2001, p. 407 ss., e la più recente giurisprudenza francese analizzata da L. ASCANIO, "Il mahr tra diritto musulmano e contesto non islamico", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2009, p. 387 ss.

[58] Il *katb ktab* è un accordo che precede il matrimonio, in base al quale i nubendi si impegnano da un lato a non convivere, dall'altro a non sposarsi con altra persona. In Italia sembra che l'unico caso affrontato sia stato quello in cui è stato richiesto alla Corte d'appello di Torino di riconoscere la decisione di un tribunale siriano di scioglimento di un *katb ktab*. Il riconoscimento è stato accordato: il limite dell'ordine pubblico non è intervenuto in quanto la decisione in oggetto «[...] si è limitata a far venire meno un rapporto […] che […] non era suscettibile di produrre particolari effetti nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, e quindi non poteva formare oggetto di trascrizione (nonostante tutto effettuata) presso i registri dello stato civile» (App. Torino, decreto 23 dicembre 2010, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2011, p. 478).

[59] Il *waqf* è una fondazione pia, volta a garantire la conservazione e la inalienabilità di un bene mobile o immobile. Il gestore del bene ne amministra l'uso, sotto il controllo del giudice, a fini caritatevoli, religiosi o comunque di pubblica utilità.

e la *ketouba* ebraica[60]. In presenza di questi istituti, l'interprete deve procedere a un'operazione di 'traduzione giuridica interculturale'[61] e interrogarsi sulla loro equivalenza rispetto a istituti noti al diritto italiano, ricorrendo eventualmente alla tecnica appunto della sostituzione[62]. Esemplare il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione in relazione alla *kafalah*[63]. La Corte parte da una descrizione dell'istituto. «Negli ordinamenti musulmani […] – stante la sancita illegittimità di qualsiasi rapporto sessuale fuori dal matrimonio, l'esclusa giuridicità, ad ogni effetto, nei confronti del padre, dei figli naturali, e la considerazione di quelli adottati come 'non veri figli' (Sura, XXIII, versetto 4) – il dovere di fratellanza e di solidarietà […] è assolto, nei confronti dei minori illegittimi, orfani o comunque abbandonati, attraverso l'unico strumento, appunto, di tutela e protezione dell'infanzia, definito *kafalah*. Mediante il quale il minore […] può essere accolto da due coniugi od anche da un singolo affidatario (*kafil*), che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l'affidato (*makful*) entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che così lo accoglie». A questo punto i nostri giudici si pongono il problema della

[60] Si tratta della promessa unilaterale del futuro marito al momento del matrimonio nei confronti della moglie: la promessa ha effetti prettamente patrimoniali.

[61] L'espressione è ripresa da M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013, p. 157.

[62] «Le problème consiste dans la question de savoir si l'on peut substituer à un rapport de droit interne, considéré par la loi interne comme condition préjudicielle d'un effet juridique déterminé, un rapport analogue du droit étranger. Le problème indiqué peut se poser dans les situations les plus diverses qui, toutefois, conduisent toutes à la question de savoir si les deux rapports en question – le rapport du droit interne et le rapport du droit étranger – peuvent être considérés comme équivalents, problème dont la solution relève, en fin de compte, du droit comparé»: H. LEWALD, *Règles générales des conflits de loi. Contributions à la technique du droit international privé,* Bâle, 1941, p. 132 ss. Si veda la risoluzione dell'Institut de droit international su «La substitution et le principe d'équivalence en droit international prive» e il rapporto E. JAYME, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, sessione Santiago del Cile, vol. 72, 2007. Qualora non sia possibile emettere un giudizio di equivalenza, il metodo del riconoscimento non potrebbe funzionare: sarebbe indispensabile l'armonizzazione del diritto materiale, realisticamente attuabile solo in particolari contesti.

[63] Cassazione, 20 marzo 2008, n. 7472, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.,* 2008, p. 809. La sentenza è ripresa dalla stessa Cassazione, nelle sentenze 1° marzo 2010 n. 468 (*ibidem*, 2010, p. 754) e 23 settembre 2011 n. 19450 (*ibidem,* 2012, p. 731), e nella più recente ord. 24 gennaio 2012 n. 996 (*ibidem,* 2013, p. 129). Per la precedente giurisprudenza rimando al mio "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana", *ibidem*, 2008, p. 43 ss., a p. 70 ss.; e a P. MOROZZO DELLA ROCCA, "Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante kafalah", in *Gli stranieri*, 2011, p. 15 ss.

«[...] equiparabilità della *kafalah* islamica all'affidamento» italiano, e rilevano che «[...] tra la *kafalah* islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore». Di qui la 'sostituzione' con l'affidamento (presupposto per il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29 comma 2 del d.lgs. n. 286/1998).

8. Le norme pubblicistiche recettive

Il problema della continuità degli *status* familiari si pone sempre più frequentemente anche in ambito pubblicistico. Il diritto internazionale privato – oltre a coordinare quello del foro con gli altri ordinamenti – è infatti diventato una cerniera tra branche giuridiche diverse all'interno dello stesso ordinamento nazionale. Le problematiche familiari, in particolare, emergono in relazione alle migrazioni (visto d'ingresso, permesso di soggiorno, residenza ecc.) o alla concessione di benefici previdenziali o fiscali. Il diritto internazionale privato ha assunto insomma la funzione di integrare altri settori del diritto, dando contenuto alle nozioni ivi impiegate ('coniuge', 'figlio' ecc.): in assenza di nozioni autonome, l'interprete si trova in pratica di fronte ad un vero e proprio problema di qualificazione[64]. Questa nuova funzione espone il diritto internazionale privato al rischio di strumentalizzazione a fini politici, rischio tanto più alto quanto meno preparati sono gli operatori al tecnicismo della materia.

Le norme pubblicistiche in parola sono, di fatto, norme recettive, in quanto recepiscono *status* validamente acquisiti all'estero come presupposto per la produzione di effetti nel diritto pubblico locale. Norme di questo genere figurano anche nel diritto dell'Unione europea, stante la decisione politica di non elaborare nozioni comuni in materia di diritto di famiglia, di rinunciare cioè all'armonizzazione del diritto materiale.

Così, quando la direttiva 2004/38, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei membri delle loro famiglie di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, fa riferimento al 'coniuge', ogni Stato membro dovrebbe riconoscere la qualità di coniuge risultante dal matrimonio validamente celebrato in un altro Stato mem-

[64] Potenzialmente le varie nozioni potrebbero essere ricostruite in base al diritto materiale del foro, alla legge richiamata dal diritto internazionale privato del foro, alla legge dello Stato di origine (inteso, a sua volta, come Stato di cittadinanza o di residenza del soggetto, o come Stato in cui il soggetto ha acquisito lo *status* in questione).

bro, anche se nello Stato ospite il matrimonio sarebbe invalido[65]. L'unicità e continuità transfrontaliera degli *status* familiari acquisiti e la loro libera circolazione, a prescindere dal diritto internazionale privato dello Stato di destinazione, è d'altronde sancita dalla Corte di Lussemburgo[66], che ne ravvisa il fondamento nel principio del mutuo riconoscimento (a sua volta corollario della libertà di circolazione delle persone). Basandosi su un giudizio di equivalenza tra situazioni sorte nei vari Stati, il legislatore comunitario indirettamente estende tale giudizio ai sistemi di diritto internazionale privato degli Stati stessi, neutralizzandone il conflitto (è noto che il conflitto di sistemi può essere risolto solo attraverso l'armonizzazione delle norme di conflitto[67], ivi comprese quelle di funzionamento).

Non dissimile, a ben vedere, è la soluzione adottata dalla direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare di cittadini di Paesi terzi. L'art. 4, dopo aver enunciato la regola per cui gli Stati membri autorizzano l'ingresso e il soggiorno del 'coniuge' del soggior-

[65] Così, vi è chi ritiene che il coniuge dello stesso sesso dovrebbe essere accolto anche in Stati che non conoscono tale forma di matrimonio: cfr. P. LAGARDE, "La reconnaissance, mode d'emploi", in *Vers de nouveaux equilibres entre ordres juridiques: Liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 481 ss., a p. 488 ss. Diversa la soluzione normativamente esplicita per le unioni registrate. La direttiva 2004/38 considera familiare, oltre al 'coniuge', il 'partner' che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro: si precisa tuttavia che è necessario che «[...] la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio» (art. 2 n. 2 lett. *b*): in altre parole, la *partnership* è fatta oggetto di 'sostituzione' con il matrimonio.

[66] Basti qui ricordare il caso *Garcia Avello* (Corte di giustizia, causa C-148/02, sentenza del 2 ottobre 2003, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2003, p. 1088 ss.) ma soprattutto il caso *Grunkin-Paul* (Corte di giustizia, causa C-353/06, sentenza del 14 ottobre 2008, *ibidem*, 2009, p. 221 ss.). Per una lettura del mutuo riconoscimento in ambito comunitario come meccanismo di coordinamento tra ordinamenti v. G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, che distingue – nell'ambito del mercato interno – tra mutuo riconoscimento fondato sulla presunzione di equivalenza tra normative dello Stato di origine delle merci/persone in circolazione (giurisprudenza *Cassis de Dijon*) e mutuo riconoscimento in materia di diplomi e qualifiche professionali, in cui l'equivalenza non è presunta ma verificata caso per caso. A questo secondo modello si ispirerebbe – nello spazio giudiziario – il sistema di riconoscimento delle sentenze configurato dal regolamento n. 2201/2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale; al modello *Cassis de Dijon* si ispirerebbe viceversa l'equivalenza tra norme di conflitto nazionali sottesa allo stesso regolamento: così L. TOMASI, *La tutela degli* status *familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 328.

[67] Come è noto, sinora solo le norme di conflitto in materia di divorzio e separazione personale sono state armonizzate (regolamento n. 1259/2010). Evidentemente, l'armonizzazione delle norme di conflitto favorisce il funzionamento del metodo del riconoscimento.

nante (comma 1), precisa: «In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge» (comma 4). La direttiva considera insomma 'coniuge' tutte le mogli del poligamo, al quale impone però di scegliere la moglie con cui convivere[68]. In pratica, il legislatore comunitario riconosce lo *status* di moglie acquisito all'estero ancorché in base a norme discriminatorie; riconosce dunque il matrimonio poligamico estero, ma lo converte in monogamico (operando una 'sostituzione'). In questo modo, si finisce per estendere tendenzialmente il principio di riconoscimento agli Stati terzi, in linea con la già ricordata giurisprudenza di Strasburgo relativa al diritto al rispetto della vita privata e familiare.

9. La rivincita del pragmatismo

Il diritto internazionale privato oggi più che mai non può essere ridotto a un insieme di tecniche formali di coordinamento di ordinamenti, ma deve recuperare la sua funzione primaria: proteggere gli individui[69] nelle loro relazioni di vita internazionale, nell'ottica di una kantiana «ospitalità universale»[70].

[68] Vedi *infra*, nota 74, la critica mossa dalla prospettiva islamica, a questa soluzione. Per quanto riguarda la *partnership*, la direttiva 2003/86 prevede che «[...] gli Stati membri possono decidere, relativamente al ricongiungimento familiare, di riservare ai partner legati da una relazione formalmente registrata lo stesso trattamento previsto per i coniugi»: v. *supra*, nota 65 la formalmente diversa soluzione adottata dalla direttiva 2004/38.

[69] Di graduale perdita di umanità del diritto internazionale privato parla L. GANNAGE, "L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs", in *Travaux du Comité français de droit international privé*, années 2006-2008, p. 205 ss., a p. 225. In effetti, la dottrina tende ad affrontare le problematiche internazionalprivatistiche nell'ottica dell'ordinamento, sia esso quello del foro o quello straniero: v. per tutti P. MAYER, "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé", in *Rec. des Cours*, t. 327, 2007, p. 9 ss.

[70] Terzo articolo definitivo per la pace perpetua: «Il diritto cosmopolitico deve essere limitato alle condizioni dell'ospitalità universale». Secondo I. KANT (*Per la pace perpetua*, parte II, 1795) gli Stati devono offrire allo straniero «la loro società in virtù del diritto della proprietà comune della superficie terrestre, sulla quale, in quanto sferica, gli uomini non possono disperdersi all'infinito, ma alla fine devono sopportare di stare l'uno a fianco dell'altro». Nella tripartizione kantiana del diritto (statuale, internazionale e cosmopolitico), il diritto cosmopolitico intende regolare (anche) i rapporti fra individui che entrano in contatto fra loro, ivi compresi quelli che coinvolgono stranieri: vi è dunque il tentativo di fondare giuridicamente i diritti dell'individuo indipendentemente dallo Stato di appartenenza, ovvero di vedere nell'individuo un cittadino del mondo. I conflitti tra

Occorre, in altri termini, superare il dogmatismo a favore del pragmatismo, nella ricerca della miglior soluzione nel caso concreto – sul modello statunitense[71] – e nel rispetto della realtà sociale – sul modello della Corte EDU –: aprendosi fino al massimo concesso dalle esigenze di coesione sociale e accettando eventualmente di limitare nel singolo caso gli effetti dell'applicazione della norma/decisione straniera[72].

Il diritto internazionale privato pare attualmente chiamato a contribuire alla giustizia intesa sia come soluzione materiale più soddisfacente sia come individuazione dell'ordinamento più adatto a disciplinare il caso concreto sia, infine, come rispetto dei diritti fondamentali[73]. Si tratta di un compito non facile, che in talune situazioni rischia di condurre ad esiti opposti (o almeno percepiti come opposti) rispetto a quelli cercati, ossia rischia di creare discontinuità tra ordinamenti e radicalizzare quel 'conflitto di civiltà' che vorrebbe viceversa risolvere[74]. Il pericolo è che la pretesa universalità dei diritti umani conduca paradossalmente il diritto internazionale privato a opporsi al relativismo culturale, a rifiutare concessioni alla diversità. Solo affermando che i diritti umani sono rela-

privati e tra Stati (che aspirano ad applicare la propria legge) vengono risolti dal diritto internazionale privato coordinandone le aspettative attraverso la ripartizione di competenza tra le leggi degli Stati interessati (G.P. ROMANO, "Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice", in *Journal du droit international*, 2012, p. 59 ss., a p. 75 ss.). Il coordinamento degli spazi di libertà dei soggetti-individui non si può realizzare se non attraverso il coordinamento degli spazi di libertà dei soggetti-Stati. Secondo Mancini, «[...] l'homme naît cosmopolite, et [...] la nature n'a pas voulu l'enchaîner toute sa vie à son pays de naissance» (P.S. MANCINI, "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit International privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civile set criminelles", in *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, E. JAYME (a cura di), Torino, 1994, p. 123 ss., a p. 130).

[71] Negli Stati Uniti già in passato era assai diffusa la teoria della soluzione più adatta al caso di specie (approccio pratico ed equitativo). V., tra altri, R. DE NOVA, "Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi viste da un continentale", in ID., *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 631 ss., a pp. 652-653.

[72] R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", in *Rec. des Cours*, t. 348, 2010, p. 253 ss., a p 454 ss.

[73] E. BARATTA, "La reconnaissance", cit., p. 468.

[74] Basti leggere le pagine di K. MEZIOU ("Migrations et relations familiales", in *Rec. des Cours*, t. 345, 2009, p. 9 ss.), che ritiene discriminatoria la politica occidentale di non riconoscere lo *status* di coniuge a tutte le mogli e lasciare di fatto al marito la scelta della moglie con cui ricongiungersi. Sarebbe poi scorretto parlare di conflitto di civiltà (tra Occidente e Islam) perché il mondo islamico non è monolitico: ne è una dimostrazione la Tunisia, più vicino all'Occidente che al mondo arabo, tanto da utilizzare il limite dell'ordine pubblico per bloccare l'applicazione delle leggi dei vicini Stati arabi e non già degli Stati occidentali (p. 341 ss.)

tivi se ne possono invece giustificare quelle attenuazioni che consentono la convivenza tra culture diverse[75]. Così, ad esempio, di fronte ad istituti quali il matrimonio poligamico e il ripudio, si dovrebbe tollerare la discriminazione nei confronti della donna, considerando che il mancato riconoscimento dello *status* di coniuge alla seconda/quarta moglie e dello *status* libero acquisito dalla moglie ripudiata violerebbe a sua volta il diritto della donna al rispetto della vita privata e familiare[76]: oltre a contravvenire ad altri valori internazionalmente protetti, quali la legittima aspettativa degli interessati e la certezza del diritto[77].

Un dato certo è che, ogniqualvolta entri in gioco un minore, si assiste a un indebolimento di tutti i principi, ivi compresi principi a prima vista assoluti che vengono eccezionalmente relativizzati nel quadro di una ideale gerarchia di valori: tanto che si potrebbe addirittura ravvisare nell'interesse superiore del minore l'unico principio veramente universale, in un mondo dominato dal relativismo dei valori. Alla luce di questo principio si potrebbero anche risolvere eventuali conflitti positivi tra *status* acquisiti in Stati diversi[78]: l'interesse superiore del minore «[...] richiede la continuità spaziale della filiazione e la coerenza internazionale della stessa, così come un rispetto ineludibile del diritto alla identità unica dei minori che prevale, in ogni caso, su ogni altra considerazione»[79].

Esemplare da questo punto di vista la decisione della Corte

[75] F. MARCHADIER, *Les objectifs*, cit., pp. 656-657. Talvolta gli Stati delegano a istituzioni *ad hoc* la soluzione dei conflitti caratterizzati da disparità culturali/religiose formalmente insanabili: sull'esperienza dei tribunali islamici in Inghilterra e Canada v. G. ANELLO, "*'Fratture culturali' e 'terapie giuridiche'. Giurisdizioni religiose e diritti umani in una prospettiva interculturale*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 482 ss.

[76] V. *supra*, nota 40.

[77] L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, Paris, 2001, p. 241 ss.

[78] Si pensi al caso del figlio nato da surroga di maternità, che in uno Stato (ad es. Grecia) risulta figlio della madre committente e in un altro (ad es. Germania) figlio della madre portatrice. Sempre l'interesse del minore, poi, giustifica la previsione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare per cui «[...] gli Stati membri *possono* limitare il ricongiungimento familiare dei figli minorenni del soggiornante e di un altro coniuge» (corsivo aggiunto). Sull'interesse superiore del minore v. *supra*, par. 4.

[79] Sono le parole utilizzate dalla Dirección general de los registros y del notariado nella risoluzione del 18 febbraio 2009 relativa alla trascrizione in Spagna dell'atto di nascita californiano di due minori nati da maternità surrogata commissionata da una coppia di uomini spagnoli. Se ne veda il commento di A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privato", in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2009, p. 294 ss.

d'appello di Bari del 2009[80] a cui era stato chiesto il riconoscimento di due *parental order* inglesi attributivi della maternità alla committente italiana (il cui marito era invece inglese). La Corte dichiara di doversi fare «[...] carico degli effetti che 'in concreto', e non già 'in astratto', spiegherebbero, nel nostro ordinamento, i due provvedimenti stranieri di cui qui si chiede il riconoscimento, valutati, comparativamente, con gli effetti derivanti dal rigetto della domanda attorea». I giudici baresi ritengono la maternità surrogata non contraria all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come insieme dei «[...] valori condivisi dalla comunità internazionale»: il fatto che «[...] la maternità surrogata è ammessa da alcuni Stati dell'Unione europea» depone a favore della sua accettazione a livello internazionale. Inoltre la vicenda «[...] costituisce un dato storico, che ha creato una situazione consolidatasi da oltre dieci anni». L'interesse superiore dei minori può essere soddisfatto solo dal riconoscimento dei *parental order* inglesi, ossia in pratica dal superamento in via eccezionale del *favor veritatis* nella prospettiva del *favor filiationis*. Alla luce di tali considerazioni, la Corte barese dichiara l'efficacia in Italia dei *parental order* in forza dei quali madre dei bambini è la committente. La realtà sociale giustifica il riconoscimento non solo *de facto* ma anche *de iure* dello *status* familiare[81]. Vengono conseguentemente disposte le necessarie annotazioni nei registri dello stato civile, sì da permettere alla committente di avanzare richiesta di affidamento dei figli in sede di separazione personale.

Non così in là si è spinta la Cour de cassation francese[82] che ha vi-

[80] App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2009, p. 699 (con commento di CAMPIGLIO, "Lo status di figlio nato da contratto internazionale di maternità", p. 589 ss.).

[81] Vale la pena di segnalare il decreto 18 aprile 2001 (in *Dir. fam.*, 2001, p. 1492), con cui la Corte di Appello di Torino ha autorizzato la seconda moglie di un marocchino a restare in Italia: l'autorizzazione è stata decisa non «[...] per consentire ad un coniuge di ricongiungersi all'altro coniuge in una situazione di famiglia poligamica; ma […] nell'interesse del figlio minore, per garantirgli la vicinanza del genitore, indipendentemente dal fatto che questo sia o meno sposato con l'altro genitore del figlio, e che sia sposato in regime monogamico o poligamico. La autorizzazione è, quindi, finalizzata a tutelare non una relazione coniugale, in ipotesi, contraria ai principi del nostro ordinamento, ma a realizzare il diritto di un minore a […] non essere […] separato» dal genitore. In altre parole, non viene riconosciuto formalmente lo *status* di coniuge della seconda moglie ma se ne accettano di fatto le conseguenze nell'interesse del minore. La soluzione è analoga a quella accolta dalla Cour de Cassation nel caso di cui subito nel testo.

[82] In tre decisioni di pari data: 6 aprile 2011. In due dei tre casi, è stato presentato ricorso alla Corte EDU per supposta violazione degli artt. 8 e 12 della CEDU (*Mennesson e altri c. Francia,* ricorso n. 65192/11; *Labassee e altri c. Francia*, ricorso n. 65941/11). I ricorsi sono tuttora pendenti.

ceversa dichiarato non trascrivibile in Francia l'atto di nascita redatto negli Stati Uniti da cui risulta la maternità della committente. Secondo la Corte, il mancato riconoscimento non violerebbe il diritto al rispetto della vita familiare degli interessati in quanto da un lato resta accertata la paternità dall'altro non viene intaccata la maternità imputata alla committente dalla legislazione americana; né verrebbe leso l'interesse del minore a vivere con i 'genitori', potendo la convivenza proseguire anche in assenza di trascrizione dell'atto di nascita. Evidentemente il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita straniero è stato ritenuto l'unico mezzo per dissuadere i cittadini francesi dal ricorrere a surroghe di maternità all'estero, eludendo il divieto francese. D'altronde, a differenza del caso barese, il mancato accertamento formale della maternità della committente non avrebbe impedito al minore di continuare a crescere accanto alla committente[83].

Anche nella ricerca dell'interesse del minore, insomma, occorre procedere empiricamente e lasciarsi guidare dal buon senso. La ricerca di soluzioni di compromesso è tipica del diritto internazionale privato, che – come scriveva De Nova – è una scienza di sacrifici, «[...] richiedendo per sua natura il contemperamento di esigenze diverse, lo sviluppo equilibrato di principi non contrastanti in linea di massima e quindi compatibili, ma contraddittori se integralmente applicati». E il primo a dover accettare sacrifici è «[...] lo studioso, il quale è costretto sovente a rinunciare alla costruzione di una teoria logicamente armoniosa, di fronte agli inconvenienti insormontabili che essa produrrebbe applicandosi ai multiformi e variabili fenomeni della 'vita attiva'»[84]. In altre parole, come si è anticipato all'inizio, il diritto internazionale privato più che una scienza esatta sembra essere ormai una vera e propria arte.

[83] Non vanno trascurate, peraltro, le conseguenze sull'acquisto della cittadinanza. Al riguardo cfr. la circolare del 25 gennaio 2013 pubblicata in *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 275.

[84] R. DE NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato*, Padova, 1931, pp. 77-78.

DIVERSITE CULTURELLE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE. DE L'ORDRE PUBLIC AUX ACCOMMODEMENTS RECIPROQUES?

Jean-Yves CARLIER*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. L'ordre public: un procédé d'exclusion. – 3. *Segue*: a) Des exemples extrêmes: polygamie et répudiation. – 4. *Segue*: b) Des théories contradictoires: l'ordre public de principe et l'ordre public modalisé. – 5. L'aménagement réciproque: un processus d'inclusion. – 6. *Segue*: a) Les motifs. – 7. *Segue*: b) Les moyens.

1. Introduction

Ordre public contre désordres privés. L'affirmation est excessive. Mais, elle permet de situer la question qui pose la diversité culturelle dans le contexte des démocraties contemporaines en général, et du droit international privé en particulier. Peut-on encore, au nom de valeurs fondamentales relevant d'un ordre public, intervenir dans les vies privées considérées comme désordonnées? C'est que les multiples situations privées, même lorsque celles-ci sont très différentes des comportements majoritaires, ne sont plus tant considérées comme des désordres, voire des déviances, que comme l'expression d'identités diverses. La diversité de ces identités est accentuée dans les situations privées internationales. Pour se limiter au statut des personnes et de la famille, on peut citer, parmi les situations appréhendées différemment selon les ordres juridiques, le nom et l'identité personnelle, l'union et la désunion des familles, la procréation et la parentalité. Les différences peuvent être conséquentes. Cela va du nom patriarcal au libre choix d'un ou de plusieurs noms; du mariage polygamique au mariage de personnes de même sexe, en passant par le mariage 'classique', le mariage posthume et différentes formes de partenariats; du divorce pour cause déterminée à la répudiation unilatérale, en passant par le divorce par consentement mutuel et le divorce pour séparation; de l'enfant

* Professeur de Droit international et européen, Université de Louvain et de Liège.

légitime à la gestation pour autrui, en passant par l'enfant naturel, l'accouchement dans l'anonymat, la procréation médicalement assistée, l'adoption, la *kafala*. Selon les points de vue, dans le temps et dans l'espace, ces institutions sont classées tantôt comme rétrogrades, tantôt comme normales, progressistes ou contre nature. Selon la logique binaire du droit, elles sont jugées tantôt acceptables et juridiquement consacrées, tantôt inacceptables et illégales. Selon les classifications de Bartole (XIVe), il y irait de statuts favorables ou de statuts odieux. Selon un instrument classique du droit international privé, elles seront soumises ou non au rejet de l'exception d'ordre public international. Ce faisant, le droit appréhende-t-il encore correctement la réalité? S'agit-il encore de désordres privés auxquels il convient d'opposer un ordre public? La famille serait-elle encore la 'pépinière de l'État'? Le corps personnel et familial ne serait-il qu'un membre du corps social nécessairement structuré par l'État nation?

En 1874, dans son rapport pour l'Institut de droit international, Mancini transpose son raisonnement sur la souveraineté des États du droit international public au droit international privé. En retenant l'importance attribuée à la nation et à la nationalité, on a peut-être oublié la nuance avec laquelle est décrite le rapport entre la liberté individuelle et le pouvoir social, en ces termes: «L'*ordre juridique* consiste dans l'accord de la *liberté privée et individuelle* avec *l'exercice du pouvoir social*, c'est-à-dire des rapports entre *la loi de l'État* et les *prérogatives de l'individu*, entre l'ordre politique et l'ordre civil des rapports domestiques et privés. L'action du 'pouvoir social' s'arrête là où elle rencontre la *liberté inoffensive* et dès lors *légitime* des particuliers. En conséquence, l'autorité sociale ne peut, sans commettre un injuste excès, envahir la sphère inaccessible et inviolable dans laquelle se répand et s'exerce cette liberté inoffensive»[1].

Certes, Mancini soustrait le statut personnel à la 'liberté inoffensive' pour le soumettre au 'droit privé nécessaire' régi par l'ordre politique et donc par la loi nationale. Il fait de la personne le prolongement de l'État nation. Mais c'est là le fruit d'une époque, empruntant la voie nécessaire à la consolidation des États nations. N'y a-t-il pas lieu, aujourd'hui, d'accepter que la vie privée et familiale fait partie des 'libertés inoffensives' ouvertes à l'autonomie et fermées à

[1] «De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre différentes législations civiles et criminelles», *Clunet*, 1887, pp. 221, *ivi*, p. 292, italiques de Mancini.

l'intervention disproportionnée de l'État? N'y a-t-il pas lieu, au XXIe siècle, de réinterroger ce rapport entre la liberté individuelle et le corps social? Bien sûr, le juriste ne peut être naïf et croire qu'il serait inutile de veiller à l'organisation d'un corps social. Mais il sait, au XXIe siècle, que cette organisation est devenue souple et plurielle. Si l'État nation est encore un lieu important de l'organisation de ce corps social, il n'est plus le seul, encadré qu'il est par des institutions et des identités supra et infranationales. Comme la structure du droit en général, qui a évolué 'de la pyramide au réseau'[2], le droit international privé doit aborder «[…] les institutions juridiques individuelles dans un système de relativité générale»[3]. Le corps social n'étant plus construit sur une identité nationale uniforme mais autour d'une pluralité culturelle, l'ordre public demeure, malgré ses évolutions, un instrument d'exclusion: (I) à l'objectif de construction d'un corps social complexe, il substitue l'amputation de certains membres, au risque de renforcer les oppositions parfois qualifiées de conflit de civilisation; à l'inverse, une notion d'accommodement réciproque, inspirée de la notion d'accommodement raisonnable développée au Canada, tendrait à favoriser l'inclusion (II).

2. L'ordre public: un procédé d'exclusion

En droit international privé, l'ordre public peut intervenir comme technique d'exception à deux niveaux, le conflit de lois ou le conflit de juridictions[4].

Dans la première hypothèse, il s'agit de créer une situation juridique nouvelle dans un ordre juridique donné. L'ordre public intervient après désignation de la loi applicable, par exemple la loi nationale ou la loi de résidence habituelle. Il écarte cette loi jugée contraire à l'ordre public du for. Certaines codifications de droit international privé comportent, sous l'influence de l'évolution du droit interne, des clauses d'ordre public positif. Elles imposent au juge d'écarter le droit étranger, normalement applicable, qui ne connaitrait

[2] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

[3] F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé", dans *Rec. des Cours*, 1989-I, t. 213, pp. 9-407.

[4] Voir les premiers travaux de P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959.

pas une institution particulière comme le divorce[5] ou le mariage de personnes de même sexe[6]. Cette clause peut être accompagnée d'une condition qui en fait, souvent, un ordre public de proximité[7]. Un exemple relatif au divorce en droit international privé belge suffit à illustrer l'évolution de l'ordre public dans le temps. En 1955 et en 1978, la Cour de cassation de Belgique refuse le divorce si une des lois nationales en présence, en l'occurrence la loi italienne, ne permet pas le divorce. En 2004, le code de droit international privé belge prévoit, à l'inverse, d'écarter la loi nationale qui ne connaîtrait pas le divorce[8].

Pour rencontrer la diversité des situations familiales, une fois évanouie l'application uniforme de la loi nationale du mari, *pater familias*, et vu les difficultés liées à l'application cumulative des lois nationales lorsque celles-ci diffèrent, les règles de conflits de lois en matière de statut personnel se sont affinées. D'une part, la catégorie de rattachement du statut personnel a éclaté en plusieurs sous-catégories disposant de règles de conflit propres: capacité, nom, union, désunion, filiation, etc. D'autre part, entre l'application dominante de la loi nationale puis de la loi du domicile et de la résidence habituelle, d'autres règles se sont développées, soit déclinant des facteurs de rattachement subsidiaires selon l'idée de l'échelle de Kegel (la loi de la nationalité commune, à défaut la loi de la résidence habituelle commune, à défaut la loi du for), soit proposant un nouveau facteur de rattachement jusque-là réservé à la matière contractuelle: la volonté. Cette place faite à l'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel, généralement en la forme d'une option de droit, est

[5] Code belge de droit international privé (16 juillet 2004), art. 55§3: «[…] l'application du droit désigné au §1er est écartée dans la mesure où ce droit ignore l'institution du divorce».

[6] Code belge de droit international privé, art. 46, al. 2 : «[…] l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe».

[7] Code belge de droit international privé, suite de l'art. 46 al. 2 : «[…] lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage».

[8] Cour de cassation de Belgique, 16 février 1955, *Rossi*, *Pas*., 1955, I, p. 647, dans *Revue critique de droit international privé*, 1955, p. 143; Cour de cassation de Belgique, 14 décembre 1978, Bigwood II, *Pas*., 1979, I, p. 445, dans *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 132. Tous deux in F. RIGAUX, G. ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge de droit international privé*, Bruxelles, 1981, p. 244 et 452. Dans son commentaire, François Rigaux soulignait très correctement qu'au-delà d'une technique d'application cumulative des lois nationales, la Cour opérait un choix de fond en faveur de l'indissolubilité du mariage. En 2004, le législateur belge opère le choix inverse.

relativement récente. Elle se développe d'abord dans la doctrine[9], ensuite dans certaines législations nationales[10], enfin dans des règlements européens[11]. Selon les termes du considérant numéro 15 du règlement de Rome III, ce choix correspond à 'davantage de souplesse et (à) une plus grande sécurité juridique'. Il marque une préoccupation d'adaptabilité du droit à la réalité mouvante, dans l'espace et dans le temps, des relations interindividuelles et de leurs rapports avec le corps social, lui-même pluriel. Ce faisant, l'usage de l'ordre public est, sinon totalement écarté, du moins rendu plus rare, car la probabilité que toutes les parties choisissent, ensemble, un droit contraire à l'ordre public est très faible, dans la mesure où cette contrariété résulte souvent d'une inégalité défavorisant nettement une partie[12].

En matière d'ordre public et de diversité culturelle, il est souvent question de deux institutions: la polygamie et la répudiation. À dire vrai, ce n'est pas dans cette première hypothèse d'exercice de l'ordre public, en aval de la règle du conflit de loi, que ces institutions sont généralement soumises au juge. L'effet plénier de l'exception d'ordre public suffit, en général, à les écarter sans autre forme de procès, ce qui est peut-être questionnable. C'est dans le deuxième aspect de la reconnaissance de situations juridiques créées à l'étranger que ces institutions font l'objet de débats jurisprudentiels et doctrinaux. Ils sont ici examinés au départ, principalement, de la jurisprudence belge (a) pour dégager les théories à l'œuvre (b).

[9] Parmi les précurseurs, A.E. VON OVERBECK, "La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé", in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, J. LIMPENS et d'autres, II, Gent, 1966, p. 1085. Voir aussi, plus tard, J.Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel,* Bruxelles, Bruylant, 1992; P. GANNAGE, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", dans *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 425; J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Matrimonio y elección de ley*, Granada, 2000.

[10] Loi espagnole de droit international privé (15 octobre 1990, art. 9), Code belge de droit international privé (16 juillet 2004, art. 55§2).

[11] Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit Règlement de Rome III, applicable dans 14 États membres depuis le 21 juin 2012: Belgique, Bulgarie, Allemagne, Grèce, Espagne, France, Italie, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Malte, Autriche, Portugal, Roumanie et dans 2 États: Slovénie et Lituanie, au 22 mai 2014). L'art. 5 est titré: choix de la loi applicable par les parties.

[12] Ainsi dans le code belge de droit international privé la clause d'ordre public positif de l'art. 55§3 (précité note 5), ne porte pas sur l'hypothèse de l'autonomie de la volonté visée à l'art. 55§2 mais uniquement sur la règle de conflit s'appliquant à défaut de choix (et se présentant comme une échelle de Kegel inversée).

3. Segue*: a) Des exemples extrêmes: polygamie et répudiation*

Des exemples extrêmes: polygamie et répudiation.

Les débats sur les rencontres de cultures et de 'civilisations' ne sont pas neufs en droit international privé. En particulier la rencontre entre les droits (plus ou moins) laïcisés et les droits (plus ou moins) rattachés à l'Islam s'est faite dans le cadre des colonisations d'abord, des migrations ensuite[13]. Les rencontres furent occasionnelles dans le cadre des 'flux' migratoires, ensuite plus fréquentes dans le cadre de l'installation des 'stocks' migratoires, avant d'intégrer la sphère nationale au fil des générations, le musulman n'étant plus seulement marocain mais aussi belge, italien ou français[14]. Ce phénomène d'intégration de la diversité au sein des sociétés d'immigration par les descendants de migrants, qui n'est pas sans rappeler le *melting pot* américain, a des incidences sur les solutions de droit international privé proposées à long terme. Ici, on se limite *de lege lata* à l'examen de l'exception d'ordre public opposée aux situations de polygamie ou de répudiation créées à l'étranger.

[13] P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Genève, Droz, 1972; P. GANNAGE, "La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales", dans *Rec. des Cours*, 1979, t. 164, pp. 339-423; J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)", dans *Rec. des Cours*, 1988, t. 211, pp. 9-372; J.Y. CARLIER, M. VERWILGHEN (éd.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé* , Bruxelles, Bruylant, 1982; M.C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005; les travaux de l'Institut de droit international, session de Cracovie, vol. 71-I, Paris, 2005, pp. 7-115 avec le rapport de P. LAGARDE sur "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille"; S. VRELLIS, "Conflits ou coordination de valeurs en droit international privé", dans *Rec. des Cours*, 2007, t. 328, pp. 175-486 (en faveur d'une *Wertungsjurisprudenz* fondée sur des valeurs fondamentales); K. MEZIOU, "Migrations et relations familiales", *Dans. des Cours*, 2009, t. 345, pp. 9-386; N. BERNARD-MAUGIRON, B. DUPRET (éds.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, 2012. Pour des analyses en Italie, voir: C. CAMPIGLIO, "Matrimonio poligamico e repudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente", dans *Riv. Dir. int. priv. poc*., 1990, p. 853; "La famiglia islamica nel diritto internazionale italiano", *Ibidem*, 1999, p. 21; "Il diritto di famiglia islamica nella prassi italiana", *Ibidem*, 2008, p. 43; en Espagne voir: Z. COMBALÍA, M. DIAGO, A. GONZÁLES-VARAS (éds.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Madrid, 2011.

[14] M.C. FOBLETS, J.F. GAUDREAULT-DESBIENS, A. DUNDES RENTELN (éds.), *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruxelles, 2010; M.C. FOBLETS, N. YASSARI (éds.), *Approches juridiques de la diversité culturelle*, Académie de droit international de La Haye, Centre de recherches, 2013.

L'adjectif 'extrême', ici utilisé dans le sous-titre pour qualifier les exemples de la polygamie et de la répudiation, retenus pour illustrer l'attitude du droit international privé face à la diversité culturelle, mérite deux précisions. Premièrement, il y a d'autres exemples extrêmes tout en étant plus proche. Les mariages avec un mort ou avec une personne de même sexe peuvent être, selon les points de vue, aussi étranges que le mariage avec deux femmes. Certes, l'ordre public sera évoqué au regard de ces institutions tantôt pour les accepter, tantôt pour les rejeter. Ainsi, la jurisprudence belge a admis les effets d'un mariage posthume, autorisé par le droit français, entre une belge et un français[15]. La jurisprudence italienne a, encore en 2012, refusé la transcription en Italie d'un mariage célébré aux Pays-Bas entre ressortissants italiens de même sexe[16]. Cela n'exclut pas nécessairement de reconnaître des effets à cette vie familiale. Ceci est un autre exemple de la relativité de l'ordre public dans l'espace et dans le temps. En 1580, Montaigne note dans son journal qu'à Rome, à San Giovanni Porta Latina, «[...] certains Portugais, quelques années il y a [...] s'épousaient mâle à mâle à la messe avec même cérémonie que nous faisons nos mariages [...] couchaient et habitaient ensemble», car ils avaient considéré que le mariage légitimant les relations sexuelles entre l'homme et la femme devait aussi les légitimer entre personnes de même sexe. Montaigne précise qu'ils furent brûlés[17]. On sait qu'aujourd'hui encore, dans de nombreux Etats l'homosexualité est criminalisée, ce qui peut conduire à l'exil et à la reconnaissance de la qualité de réfugié dans un autre pays[18]. L'Islam est donc loin d'être le seul fournisseur de situations 'étranges' intéressant l'ordre public. Il y a aussi des statuts personnels particuliers au sein même d'États aussi centralisateurs que la France[19]. Deuxièmement, si polygamie et répudiation posent questions, il y a de nombreuses autres institutions de droit musulman qui ne posent aucune difficulté et sont même considérées plus égalitaires, comme le régime matrimonial de séparation des biens. Il convient donc d'éviter de parler

[15] Cour de cassation de Belgique, *Dhont c. Josi*, *Pasicrisie*, 2 avril 1981, I, p. 835, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1983, p. 499, note F. RIGAUX; *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 59, note M. VERWILGHEN.

[16] Corte di Cassazione italiana, n° 4184, 15 mars 2012.

[17] M. DE MONTAIGNE, "Journal de voyage en Italie", dans *Œuvres complètes*, La Pléiade, p. 1227, orthographe adaptée.

[18] Cour de Justice de l'Union européenne, *X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel ('XYZ')*, affaire C-199/12 et 201/12, 7 novembre 2013.

[19] E. RALSER, "Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier", dans *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 733.

trop hâtivement de conflits de civilisations, car d'une part de tels conflits existent au sein d'une même 'civilisation' comme l'Union européenne et, d'autre part, ces conflits 'extrêmes' sont à la marge des réalités générales. Il est toutefois bon de s'y arrêter car c'est aussi aux extrêmes, à la marge, que l'on peut mieux cerner les questions.

I. Polygamie:

Dès les années septante, les juridictions belges furent confrontées à la reconnaissance du mariage polygame. Il s'agissait en l'espèce d'attribuer une indemnisation aux deux veuves marocaines, résidentes au Maroc, d'un travailleur marocain décédé en Belgique[20]. Ensuite, la pension de survie, à charge de l'État, sera attribuée à deux veuves marocaines, considérant que «[...] l'exercice d'un droit régulièrement acquis à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public international belge pour la seule raison que celui-ci ferait obstacle à la naissance de ce droit en Belgique»[21]. Cette application classique de l'effet atténué de l'exception d'ordre public est tempérée par le partage de la pension entre les deux épouses, afin d'éviter une charge trop lourde pour les finances publiques. Ce partage était expressément prévu dans la convention belgo-marocaine signée en 1968[22]. La Cour constitutionnelle avait estimé ne pas devoir examiner le caractère discriminatoire ou non de ce traitement différencié imposé aux femmes marocaines, considérant qu'il trouvait sa source dans le droit marocain[23]. En revanche, lorsque viennent en concurrence une épouse belge et une épouse marocaine, la jurisprudence sera plus partagée. En 2007, la Cour de cassation refuse le partage et attribue l'intégralité de la pension à l'épouse belge, considérant que: «L'ordre public international belge s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger lorsque l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non

[20] Liège, 23 avril 1970, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1971, note G. VAN HECKE.

[21] Cour du Travail de Mons, 8 septembre 2005, *Journal des tribunaux du travail*, 2006, p. 16.

[22] *Convention générale sur la sécurité sociale entre le royaume de Belgique et le royaume du Maroc*, Rabat, 28 juin 1968, loi du 20 juillet 1970, *Moniteur belge*, 1970, p. 8113, art. 24§2: «La pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré».

[23] Cour de cassation de Belgique, *Haouach*, n° 84/2005, 4 mai 2005, accessible sur: www.const-court.be, note J.Y. CARLIER, *Le journal du juriste*, n° 42, 24 mai 2005, H. STORME, *Rechtskundig Weekblad*, 2005-2006, p. 725.

encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie»[24].

À l'inverse, la Cour constitutionnelle s'est, pour sa part, montrée plus sensible à un ordre public atténué qu'à un ordre public de proximité. En 2008, elle accepte les effets de la polygamie pour le droit de séjour des enfants, dans le cadre du regroupement familial[25]. La Cour constitutionnelle a considéré que «[...] les enfants concernés ne sont en aucune manière responsables de la situation conjugale de leurs parents», donnant de la sorte raison aux pays qui, comme l'Italie, n'ont pas utilisé cette faculté, offerte par la directive européenne, de refuser le séjour aux enfants de couples polygames[26]. En 2009, la Cour constitutionnelle confirme le partage de la pension de survie même si l'une des deux épouses est belge, d'origine marocaine[27]. En 2013, la Cour de cassation parait se ranger à ce point de vue, en confirmant le partage et en refusant le bénéfice de l'ordre public de proximité à une femme devenue belge après le mariage, malgré sa résidence en Belgique depuis plus de quarante ans[28]. Toutefois, les juridictions du fond opposent une certaine résistance. Ainsi, en 2014, la Cour du travail de Bruxelles refuse le partage pour accorder l'intégralité de la pension à l'épouse devenue belge après le mariage et ayant une résidence de longue durée en Belgique, considérant que «[...] la proximité avec l'ordre juridique belge ne peut être appréciée en fonction d'un seul critère mais doit en combiner plusieurs, en rapport

[24] Cour de cassation de Belgique, *H.A. c. Office National des Pensions*, S.06.0088.F/1, 3 décembre 2007, accessible sur: www.cass.be, note J.Y. CARLIER, "Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé", dans *Revue générale de droit civil belge*, 2008, p. 525 et C. HENRICOT, "Les effets du mariage polygamique sur les droits sociaux", dans *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 825.

[25] Cour constitutionnelle de Belgique, 26 juin 2008, n°95/2008. Ce faisant, la Cour constitutionnelle annule la disposition du droit belge permettant de refuser le droit au regroupement familial d'enfants de couples polygames, conformément au choix laissé par l'art. 4§4 de la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *Journal officiel des Communautés européennes*, 3 octobre 2003, L. 251, p. 12.

[26] C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, dans *Riv. Dir. int. priv. poc.*, 2008, p. 50. La jurisprudence belge ne s'est pas encore prononcée sur le droit de séjour de la deuxième épouse en sa qualité de mère de ces enfants. En Italie, voir *Ibidem*, p. 52.

[27] Cour constitutionnelle de Belgique, *El Haddouchi*, n° 96/2009, 4 juin 2009.

[28] Cour de cassation de Belgique, *H.H.*, 18 mars 2013, note détaillée de S. FRANCQ, J. MARY, "Les effets du mariage polygamique: pour une appréciation en contexte", dans *Revue trimestrielle de droit familial*, 2013, p. 861.

avec la nationalité, mais aussi la durée de la résidence en Belgique et les intentions des parties»[29].

II. Répudiation

L'art. 57 du Code belge de droit international privé (2004), se lit comme suit: «§1er Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique. § 2. Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes: 1° L'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi; 2° Lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 3° Lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 4° La femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage».

Deux dispositions du code de droit international privé ont occupé l'essentiel des débats au parlement lors des travaux préparatoires. Celle-ci, relative à la répudiation (art. 57) et celle relative au mariage de personnes de même sexe (art. 46§2). Autant le législateur a voulu ouvrir la possibilité du mariage de personnes de même sexe aux étrangers, autant a-t-il voulu bannir la reconnaissance des répudiations unilatérales. Le principe est le refus de reconnaissance, même en cas d'acceptation par l'épouse comme le permettait la jurisprudence antérieure[30]. Seule pourrait être reconnue une situation n'ayant aucune proximité, avec un quelconque ordre juridique ne connaissant pas la répudiation. On notera également qu'en adoptant un art. particulier relatif à la répudiation, on écarte le débat sur la qualification de cet 'acte' qui doit être 'homologué par une juridiction': acte public, semi-public ou jugement[31]? Il n'y a donc pas lieu de s'interroger sur la

[29] Cour du Travail de Bruxelles, n° 2012/AB/245, 8 janvier 2014, inédit, à paraître *Revue trimestrielle de droit familial*, 2014. Pour une analyse des jurisprudences des juridictions du travail, voir C. HENRICOT, "L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail", dans *Cahiers du CeDIE*, 2012/2 accessible sur: www.uclouvain.be/cedie. Pour un arrêt récent de la Cour de cassation de France qui casse une décision qui avait refusé le partage de pension pour cause de bigamie voir Cassation française, n° 11-27903, 14 mars 2013, inédit, accessible sur Legifrance. La motivation est incertaine, se référant à l'ensemble des moyens de la requête. Elle rejette certainement l'ordre public de principe mais aussi, semble-t-il, un examen incomplet de l'ordre public de proximité territoriale qui n'aurait pas porté sur la situation de chacune des épouses.

[30] Cour de cassation de Belgique, 29 avril 2002, dans *Revue trimestrielle de droit familial*, 2003, p. 94.

[31] R. EL HUSSEINI, *Le droit international privé français et la répudiation*

distinction entre mesure relevant d'une règle ou décision individuelle ni, par conséquent, sur la nécessité ou non de soumettre la reconnaissance au contrôle préalable de la règle de conflit de lois appliquée[32]. On se centre sur la seule exception d'ordre public, ici caractérisée en la forme d'un ordre public de proximité de principe. On pourrait espérer que, compte tenu de cette législation, la Belgique éviterait les errements jurisprudentiels que d'autres pays connaissent encore, même si la tendance dominante y est aussi au rejet de principe, partiellement adapté par proximité[33]. C'était compter sans la réalité. Ainsi, en 2007, la Cour de cassation refuse d'écarter comme contraire à l'ordre public la loi marocaine qui ne prévoit pas de pension alimentaire après répudiation[34]. Pour ce faire, la Cour va à l'encontre de l'opinion des juridictions de fond qui, retenant l'ordre public de proximité, avaient tenu compte du rattachement de la situation des parties à l'ordre juridique du for, après neuf ans de vie commune en Belgique où sont nés les enfants. Pour ce faire encore, la Cour de cassation présumait comme reconnue de plein droit en Belgique la dissolution du lien conjugal intervenue par répudiation, ce qui n'a pas manqué d'étonner[35].

islamique, Paris, 2002 et dans *Revue critique de droit international privé, 1999, p. 427.*

[32] P. MAYER, *La distinction des règles et des décisions en droit international privé*, Paris, 1973 et "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 547.

[33] En France, parmi les commentaires postérieurs aux arrêts de principe de 2004 de la Cour de cassation, voir: L. GANNAGE, "À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux", dans *Mélanges en l'honneur de Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 264; M.L. NIBOYET, "Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes", dans *Rev. intern. Dr. comp*., 2006, p. 27; H. FULCHIRON, "Ne répudiez point …: pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004", *idem*, p. 7; J.P. MARGUENAUD, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 367; H. FULCHIRON, *JCP*, 2004, II, 10128 ; L. GANNAGE, *Clunet*, 2004, p. 1200; P. COURBE, *D*., 2004, Chron., p. 815; P. HAMMJE, *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 423. Voir aussi Cassation Française, 3 janvier 2006, *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 627, note M.C. NAJM; P. LAGARDE, "Reference to public order in French private international law", in *Cultural diversity and the law*, *op. cit*., 2010, p. 521; K. ZAHER, "Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. À propos de l'arrêt de la première chamber civile du 4 novembre 2009", dans *Revue critique de droit international privé,* 2010, p. 313; N. JOUBERT, E. GALLANT, "Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du sud de la méditerrannée", in *Ordre public et droit musulman de la famille*, *op. cit*., 2012, p. 307. Pour une comparaison entre la France et l'Italie: A. MARIGNANI, note sous Cour Administrative de Cagliari, 16 mai 2008, reconnaissant une répudiation en raison du peu de proximité, *Clunet*, 2013, p. 455.

[34] Cour de cassation de Belgique, *B.A. c. B.F*., C.04.0430.F/1, 18 juin 2007.

[35] P. WAUTHELET, "La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire", dans *Jurisprudence de Liège*, Mons-Bruxelles, 2008, p. 822; J.Y.

Ces exemples, puisés à la pratique, montrent la difficulté d'appliquer à la diversité culturelle une notion uniforme d'ordre public.

4. Segue*: b) Des théories contradictoires: l'ordre public de principe et l'ordre public modalisé*

Les exemples tirés de l'application de l'exception d'ordre public à la polygamie et à la répudiation montrent que, schématiquement, deux tendances majeures s'affrontent. L'une pourrait être qualifiée d'ordre public de principe. Elle se réfère aux droits fondamentaux et, en particulier, au principe d'égalité. L'autre pourrait être qualifiée d'ordre public modalisé. Prolongeant la théorie de l'effet atténué de l'ordre public en cas de réception d'une situation créée à l'étranger, elle mesure les liens de proximité entre la situation et l'ordre juridique du for, ainsi que l'importance des effets requis. Selon les termes de l'art. 25 du Code belge de droit international privé: «[...] l'incompatibilité s'apprécie en tenant compte notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et la gravité de l'effet ainsi produit». À dire vrai, ni l'ordre public de principe, ni l'ordre public de ferdle sociologisme des concessions culturelles aux droits de l'homme[36]. C'est un ordre public 'de combat' selon la formule de Patrick Kinsch qui, tout en le comprenant dans certains contextes où les droits de l'homme – et surtout de la femme – sont encore menacés, ne l'approuve pas, dans le contexte des sociétés occidentales[37]. Cet ordre public de principe pourra éventuellement être modalisé en fonction de certaines hiérarchies introduites au sein des droits de l'homme[38]. Au sommet de cette hiérarchie, on pourrait placer les droits de l'homme

CARLIER, *Revue générale de droit civil belge*, 2008, p. 525.

[36] L. GANNAGE, "À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux", *op. cit.*, p. 265 et 283.

[37] P. KINSCH, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", dans *Rec. des Cours*, t. 318, 2005, p. 264, ici, p. 276.

[38] L. GANNAGE, *op. cit*., p. 281, et *La hiérarchie des normes et des méthodes de droit international privé*, Paris, 2001; P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", dans *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 1; H. GAUDEMET-TALLON, "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses. Le funambule et l'arc en ciel", dans *Rec. des Cours*, t. 312, 2005, p. 409; F. MARCHADIER, *Les droits de l'homme*, Bruxelles, 2007; *contra*: P. KINSCH, *op. cit*., dans *Rec. des Cours*, 2005, p. 247. Pour une classification, plus qu'une hiérarchisation, des droits de l'homme en fonction du rôle qu'ils jouent dans l'institution de la démocratie, voir P. GERARD, *L'esprit des lois. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, en particulier pp. 125 à 141.

«[...] définis par le droit international public général»[39] qui entrent dans le *jus cogens*, équivalent de l'ordre public en droit international public. Mais, outre que la liste de ces interdits absolus est limitée (génocide, esclavage, meurtre, torture, détention arbitraire, discrimination raciale), l'intérêt commun sur lequel ils se fondent reposerait, selon le regard lucide d'un auteur de droit international public, «[...] moins sur la défense de ce qui est commun que sur la préservation de ce qui est particulier»[40]. Ce constat n'est que plus vrai pour l'ordre public de droit international privé.

L'ordre public de principe ou de combat résiste mal à l'épreuve de la réalité. Il est, par exemple, difficile d'expliquer à une femme marocaine répudiée, qui souhaite se remarier, qu'elle doit d'abord introduire une nouvelle procédure en divorce longue et couteuse, parce que, contrairement à ce qu'elle croyait, elle est toujours mariée à cet homme qu'elle ne connaît plus et qui l'a rejetée. De même, la deuxième veuve d'un homme polygame risque d'être doublement discriminée, une première fois, pendant le mariage, en vivant la polygamie, une deuxième fois, après le décès, en n'obtenant aucune pension.

L'ordre public de proximité parait mieux adapté à la réalité. Par une manière de renversement du principe et de l'exception, l'ordre public de proximité met l'accent sur la modalisation du jeu de l'exception, en fonction de l'existence ou non de liens. La nature et le point d'attache de ces liens peuvent varier. S'agissant du point d'attache, ce fut dans un premier temps uniquement l'ordre juridique du for à partir des théories allemandes et autrichiennes de la *Binnenbeziehung* et de *l'Inlandsbeziehung*. Il s'agit de vérifier si la loi ou l'institution «[...] étrangère perturbe véritablement l'ordre juridique du for» car il y va d'une situation [...] qui est suffisamment ancrée dans cet ordre juridique»[41]. Cette approche, qui traduisait le rôle classique de sauvegarde d'intérêts nationaux par l'ordre public, s'est élargie précisément sous l'influence de références communes aux droits de l'homme. Dès qu'il y a un lien, par nationalité ou par résidence, non avec l'Etat du for, mais avec un quelconque pays qui, en raison de mêmes références aux droits de l'homme, ne connaîtrait pas telle institution, celle-ci sera rejetée. En élargissant de la sorte son champ d'application, l'ordre public de proximité rejoint davantage l'ordre

[39] P. KINSCH, *op. cit.*, *Rec. des Cours*, 2005, p. 223.

[40] J. VERHOEVEN, "Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public", dans *Rec. des Cours*, 2008, t. 334, p. 228.

[41] N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique* (Inlandsbeziehung) *en droit international privé*, Paris, 2007, p. 146.

public de principe, mais il demeure ce que Patrick Kinsch appelle, très correctement, une «[...] atténuation des exigences des droits de l'homme en fonction de l'extranéité de la situation»[42]. Et bien souvent, cette extranéité se mesure à l'aune des intérêts des "vrais" nationaux concernés, comme le montre la jurisprudence belge relative à la polygamie qui distingue la belge d'origine, bénéficiaire de l'intégralité de la pension de survie, de la belge naturalisée après le mariage, soumise au partage. De même, une jurisprudence italienne, reconnaissant la répudiation d'une Égyptienne faite en Égypte par un Italien, permet ainsi à ce dernier de maintenir la validité de son remariage[43]. Même lorsqu'elle se pare des atours de principes, comme l'égalité homme femme inscrite dans la convention européenne des droits de l'homme (Protocole 7, art. 5), citée par la jurisprudence de la Cour de cassation de France, l'exception d'ordre public ne peut s'empêcher d'évoquer la proximité de la situation avec l'ordre juridique du for.

5. L'aménagement réciproque: un processus d'inclusion

Tantôt par principe, tantôt par intérêt, l'ordre public conduit à exclure plus qu'à inclure. On peut certes affiner l'application de l'ordre public de proximité en abandonnant au juge l'examen *in concreto* du faisceau d'éléments permettant de mesurer la proximité de la situation et la gravité des effets requis. Toutefois, différents motifs poussent à envisager de substituer à l'ordre public une autre notion, celle d'aménagement réciproque.

6. Segue: *a) Les motifs*

Le monde contemporain est caractérisé par le renforcement de deux tendances: d'une part le renforcement de l'universalisme dans un monde globalisé, d'autre part la montée des particularismes et des revendications identitaires. Le renforcement simultané de ces deux tendances, apparemment opposées, se comprend aisément et traverse l'histoire de la condition humaine en recherche d'appartenance à une identité commune et de différenciation. Si ces deux tendances se comprennent, il n'en demeure pas moins qu'elles sont sources de

[42] P. KINSCH, *op. cit.*, p. 247.
[43] Cour Administrative de Cagliari, 16 mai 2008, *Clunet*, 2013, p. 455.

tensions. L'organisation démocratique de cette tension et sa conversion en projet politique de société est un des défis contemporains[44]. Le droit doit y prendre sa part de responsabilité. En droit, cette tension entre universalisme et particularisme se traduit notamment dans l'interprétation des droits de l'homme. Comment «[...] faire tenir ensemble le postulat de l'universalité des droits de l'homme et la reconnaissance de la pluralité des cultures»[45]? Comment poser une belle mosaïque sur un ciment commun? Probablement en acceptant dès l'abord que l'objectif, le produit final recherché, est bien la mosaïque, le ciment n'étant qu'un moyen. La société canadienne a, plus que d'autres, rencontré ce questionnement dans les travaux de nombreux intellectuels d'abord, dans les pratiques judiciaires et les débats publics ensuite. Sans prétendre à une solution unique – qui serait aux antipodes de la diversité – une notion s'est dégagée: celle d'accommodement[46]. Développée dans un premier temps en droit privé, en particulier du travail, la notion d'accommodement a permis d'adapter les conditions d'exercice d'un emploi à la diversité des travailleurs: postes de travail adaptés aux handicaps, horaires adaptés aux convictions religieuses, etc. En droit public, l'accommodement permet d'adapter les règles de vie commune à une société multiculturelle: port d'un couvre-chef religieux (turban *sikh*) plutôt que le chapeau traditionnel des membres de la police montée canadienne, port d'un poignard symbolique pour les enfants sikhs dans les écoles, etc. On pourrait, à titre d'hypothèse, imaginer la recherche d'un accommodement sur la question du crucifix dans les écoles publiques en Italie. Deux positions se sont affrontées. D'une part, la position traditionnelle, favorable au maintien d'une pratique, symbole d'une identité nationale, finalement acceptée par la Cour européenne des droits de l'homme en Grande Chambre, au motif de la marge d'appréciation des États. D'autre part, la position de rejet de tout symbole identitaire, au motif d'une neutralité stricte de respect des convictions dans l'enseignement, d'abord soutenue par la Cour européenne des droits de l'homme[47]. Entre les deux, une voie moyenne

[44] W. KYMLIEKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

[45] D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 183.

[46] Voir par exemple les travaux de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, dirigés par G. BOUCHARD et C. TAYLOR), accessibles sur www.accommodements-quebec.ca. Sur la complexité des différentes logiques à l'œuvre au Canada, voir J.F. GAUDREAULT-DESBIENS, "The State management of legal and cultural diversity in Canada", in *Cultural Diversity and the Law*, M.C. FOBLETS (dir.), *op. cit.*, p. 195.

[47] Cour européenne de droit de l'homme, *Lautsi e.a. c. Italie*, [GC], 18 mars 2011,

est-elle possible? Pourquoi ne pas consacrer un mur de la classe à l'affichage des différents symboles de religions diverses ou de laïcité que chaque enfant apporterait? Cela était déjà possible en application d'une 'approche bienveillante à l'égard des religions minoritaires', avancée par le gouvernement italien dans la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme[48]. Allant plus loin, l'accommodement consisterait à organiser volontairement cette diversité par quelques heures de cours, expressément consacrées à la question. S'ouvre ainsi un espace de débat démocratique qui fut un des objectifs de cette pratique au Canada.

Les motifs qui ont conduit à l'usage du principe d'accommodement sont-ils importables en droit international privé? Oui, plus peut-être dans cette branche du droit que dans d'autres[49]. L'objet central du droit international privé a toujours été la recherche de l'harmonie, en l'occurrence de l'harmonie internationale. Or, précisément, qui dit harmonie dit, non pas uniformité, mais combinaison concertée – en concert – de diverses notes et de divers instruments. Tout en conservant cet objectif d'harmonie, le droit international privé doit, lui aussi, repenser la manière dont le droit régit l'identité et les rapports personnels dans les contextes multiculturels[50]. Cela n'est pas en opposition avec l'importance des droits de l'homme mais, au contraire, fait partie des questionnements de la souveraineté qu'ils imposent en droit international, tant public que privé[51].

7. Segue*: b) Les moyens*

En droit international privé, deux manières principales d'accommodement paraissent possibles comme instrument de gestion de la diversité. D'une part, l'autonomie de la volonté dans les règles de conflits de lois. D'autre part, la reconnaissance adaptée dans les règles de conflits indirects de juridiction. On s'arrête ici uniquement à cette dernière hypothèse. La reconnaissance est un mécanisme qui prend de

précédé d'un arrêt de chambre du 3 novembre 2009.

[48] Arrêt de Grande Chambre *Lautsi*, *op. cit.*, pt 39.

[49] J.A. TALPIS, "L'accommodement raisonnable en droit international privé", Montréal, 2009, p. 98, avec un commentaire de M. REVILLARD, publié aussi, sans le commentaire, in *La religion, le droit et le raisonnable. Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, J.F. GAUDREAULT-DESBIENS (dir.), Montréal, 2009.

[50] D. GUTTMANN, *Le sentiment d'identité*, Paris, 2000.

[51] H. MUIR WATT, "Fundamental Rights and Recognition in Private International Law", dans *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, p. 411.

plus en plus d'importance en droit international privé[52]. Elle répond à un 'besoin social de continuité et de stabilité' permettant de conserver le même statut au-delà des frontières[53]. Proche de la théorie des droits acquis, la reconnaissance n'est plus simple reconnaissance de droits, mais aussi de situations, de réalités sociales[54]. Au sein du mécanisme de reconnaissance, l'ordre public lui-même évolue pour s'adapter aux réalités sociales[55]. On constate que, sous l'influence des droits de l'homme et du droit européen, l'ordre public qui serait opposé à la reconnaissance d'une situation étrangère «a perdu son caractère fondamentalement national»[56]. Cet ordre public des droits de l'homme amène tantôt à refuser la reconnaissance de décisions étrangères, tantôt à l'imposer, dans l'un et l'autre cas pour des motifs procéduraux liés au droit au procès équitable. Il pourrait aussi être amené à réaliser de délicats équilibres entre des droits substantiels, comme la non-discrimination et le respect de la vie privée et familiale[57]. On assiste à une mutation de l'ordre public. De rempart qui permet d'opposer les valeurs d'identité nationale aux extranéités excessives, il devient un instrument d'intégration de la diversité, au sein d'un concept commun de justice. Un autre exemple de cette mutation de l'ordre public se rencontre dans le droit européen de la libre circulation des personnes. Un État membre de l'Union européenne peut encore renvoyer un citoyen européen vers son État d'origine si, par son 'comportement personnel', il représente «[…] une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société»[58].

[52] Parmi les dernières publications: P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, 2013 et R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familliales", dans *Rec. des Cours*, t. 348, 2010, p. 253 à 499.

[53] R. BARATTA, *op. cit.*, p. 272; S. BOLLEE, "L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale", dans *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 307.

[54] H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 420.

[55] A. BUSSCHER, "L'ordre public et le but social des lois", dans *Rec. des Cours*, 1993, t. 239.

[56] S. CORNELOUP, "Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme", dans *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, p. 381, ici p. 401.

[57] D. SPIELMAN, "La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Un essai de synthèse", dans *Rev. trim. dr. homme*, 2011, p. 701 et dans J.F. AKANDJI-KOMBE (coord.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage à Paul Tavernier*, Bruxelles, 2013; traduction anglaise, "Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions. Requirements under the European Convention on Human Rights. An Overview", dans *Cyprus Human Rights Law Review*, 2012, p. 4.

[58] Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union

Toutefois, la Cour admet que si tel est bien le cas, un État peut aussi ne pas expulser ce citoyen européen mais prendre 'des mesures moins sévères' et limiter simplement sa liberté de circulation dans le pays d'accueil[59]. Ce faisant, l'ordre public purement national, qui conduisait à se débarrasser d'un national d'un autre État membre de l'Union, est remplacé par un ordre public plus intégrateur qui maintient ce citoyen européen dans l'Etat d'accueil, tout en le surveillant. L'avocat général justifiait cette mesure plus favorable en ces termes: «[...] la possibilité de moduler les mesures restrictives éventuellement adoptées en fonction des besoins réels liés à la sauvegarde de l'ordre public semble, en fait, correspondre pleinement au principe de proportionnalité»[60]. Des raisonnements similaires peuvent être tenus s'agissant de l'ordre public de droit international privé. Comme le souligne la doctrine belge commentant la jurisprudence relative à la polygamie, «[...] tout l'effort des juridictions et de la doctrine [...] a été de dessiner une exception d'ordre public appelant une intervention en contexte», c'est-à-dire une approche qui «[...] nécessite une attitude ouverte à l'égard de toutes les circonstances de fait de la situation». Il faut toutefois reconnaitre que si cet ordre public «[...] intervient comme médiateur permettant de soupeser les différents aspects de la situation [c'est] sans pouvoir déjouer une opposition fondamentale entre systèmes juridiques»[61].

C'est qu'il est peut-être temps, pour surmonter l'opposition, de modifier l'outil, pour en construire un autre, mieux adapté au nouvel objectif de médiation. Peut-être alors est-il temps, en droit international privé, de commuer le rempart en pont, le *limes* en *cumfines*, l'ordre public en accommodement. Prenons les exemples de la polygamie et de la répudiation évoqués ci-dessus. Faut-il, dans les deux cas, pour motif d'ordre public, nier la réalité juridique de l'union ou de la désunion ainsi consacrée, créant de la sorte des situations boiteuses? Ne peut-on, à l'inverse, reconnaître l'état de la personne – mariée ou divorcée –, la réalité sociale que cela représente et, au besoin, en adapter les conséquences juridiques? S'agissant de la polygamie, les valeurs fondamentales de la société sont-elles à ce point fragiles que pour refuser des effets à une union polygamique acquise en droit? Quel que soit le lien de proximité, ne faut-il pas reconnaître des effets à la

et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JO, 2004, L158, p. 77, art. 27.

[59] Cour de justice des communautés européennes, *Olazabal*, affaire n. C-100/012, du 6 novembre 2002, p. I-10981, pt 41.

[60] Conclusions A.G. TIZZANO du 25 avril 2012 sur affaire *Olazabal*, pt 30.

[61] S. FRANCQ, J. MARY, *op. cit.*, dans *Revue trimestrelle de droit familial*, 2013, p. 873, 875 et 883.

situation acquise sans fraude? Certes, l'ordre public est atteint en ce que seul le mari bénéficie de ce privilège de polygynie, la femme ne disposant pas de la polyandrie. Ce n'est pas la pluralité de conjoints qui choque, mais l'inégalité. Est-ce corriger l'inégalité que de sanctionner l'une ou l'autre épouse en raison de son ordre de priorité dans le mariage, de sa nationalité ou de sa résidence? Autre chose est de permettre au juge du fond d'adapter le partage à la réalité de vie. Rien n'indique que le partage de la pension de survie entre deux épouses doive être fait à parts égales identiques et qu'il ne puisse être tenu compte des besoins, de la durée de vie commune et d'autres facteurs[62]. S'agissant de la répudiation, ce n'est pas la dissolution unilatérale sans cause qui choque, mais le fait que seul le mari pourrait y avoir accès. Une bonne connaissance du droit du pays d'origine permet parfois de questionner cette inégalité. Ainsi le code marocain de la famille, tout en maintenant, pour satisfaire les traditionnalistes, le *talak* (répudiation) comme seul privilège du mari, a introduit le *chicaq* (divorce unilatéral pour mésentente) tant pour la femme que pour l'homme. On peut douter qu'il soit encore possible d'affirmer que la femme ne dispose pas d'un droit égal[63]. Surtout, la reconnaissance de la dissolution du lien conjugal n'empêche en rien le juge du fond d'adapter les effets par exemple pour les enfants et pour les aliments[64]. On peut songer à des adaptations similaires pour d'autres institutions. Ainsi, la *kafala*, manière de tutelle, ne doit pas nécessairement ouvrir le droit à l'adoption. Ce qui importe est de reconnaitre la réalité de vie qui est actée. Ainsi dans son arrêt *Harroudj*, si la Cour européenne des droits de l'homme ne condamne pas le refus opposé par la France à la demande d'adoption d'un enfant algérien ayant fait l'objet d'une *kafala*, c'est en soulignant que cette *kafala* est reconnue de plein droit

[62] Voir toutefois l'adverbe "également" utilisé dans la convention belgo-marocaines, *supra*, note 22.

[63] A. QUINONES ESCAMEZ, "La réception du nouveau code de la famille marocain en Europe", dans *Riv. Dir. internaz. priv. poc.*, 2004, p. 877 ; M.C. FOBLETS, J.Y. CARLIER, *Le code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, 2005; K. ZAHER, "Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. À propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009", dans *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 313. Pour le *chicaq* lui-même, il n'y a aucun doute qu'il soit égalitaire et doive être reconnu. Il a même été appliqué à un divorce entre marocains en Belgique au titre de loi nationale commune (Cour d'Appel de Liège, 26 mai 2009, *Revue historique de droit français et étranger*, 2009, p. 748).

[64] J.Y. CARLIER, "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public ripudi", dans *Journal des tribunaux*, 1985, p. 101 (accessible sur www.uclouvain.be/jean-yves.carlier).

et ouvre plusieurs droits, dont le regroupement familial, en manière telle que la France «[...] a institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national [...] [qui] entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine [et] respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante»[65]. On est bien davantage dans une logique d'accommodement que d'ordre public. Bien que, sous l'impulsion des droits de l'homme, l'ordre public peut avoir des aspects d'exclusion et d'inclusion, il demeure a priori un rempart défensif. À l'inverse, l'accommodement est une notion positive d'intégration par adaptation, du reste déjà connue en droit international privé par la notion d'équivalence comme instrument de coordination des systèmes[66]. La reconnaissance, avec possibilité d'adaptation, nous parait mieux répondre aux exigences du réel que la reconnaissance 'telle quelle', en ce compris des effets de l'institution étrangère[67]. Le juge du fond pourra mieux mesurer dans quel contexte, temporaire ou permanent, l'institution ou le jugement étranger sont appelés à sortir des effets et les adapter en conséquence. Ce n'est pas dire qu'accommodement serait acceptation de tout et renoncement à toute valeur. En droit interne, l'accommodement est souvent qualifié de raisonnable, en ce que l'adaptation de la règle consentie en faveur d'une minorité ne doit pas constituer une charge excessive pour la majorité. En droit international privé, l'accommodement pourrait être qualifié de réciproque. Cette réciprocité s'exprimerait de deux manières, l'une particulière, l'autre générale. La réciprocité particulière consiste *in*

[65] Cour européenne de droit de l'homme, *Harroudj c. France*, [D.H.], 4 octobre 2012, pt 51, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 146, note S. CORNELOUP, p. 161. Voir aussi P. HAMMJE, "La Cour européenne des droits de l'homme et la coopération transfrontière", dans *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, p. 403. Sur la *kafala*, voir ici, la contribution de C.E. TUO sur le droit au regroupement familial en Italie par la *kafala* voir Corte di Cassazione, 16 septembre 2013, n° 21108.

[66] S. GODECHOT-PATRIS, "Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes", dans *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 271.

[67] En ce sens, M.C. FOBLETS, N. YASSARI, "Cultural diversity in the legal framework: modes and operation", in M.C. FOBLETS, N. YASSARI, (dir.), *Approches juridiques de la diversité culturelle*, La Haye, 2013, p. 51: «Public policy as a concept leaves room for accommodating cultural elements when assessing the comparability of a foreign rule within the lex fori». *Contra* dans une réflexion centrée plus sur les effets des unions civiles: «[…] propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple», A. QUINONES ESCAMEZ, *op. cit.*, dans *Rev. crit., d.i.p.*, 2007, p. 357, ici p. 373.

concreto à fonder l'accommodement sur des concessions ou avancées de chacune des parties en présence. Si l'État accepte de reconnaitre des effets à une situation de polygamie, les personnes concernées acceptent que certains droits, comme une pension, soient partagés. Si l'État accepte de reconnaitre la dissolution du lien conjugal par répudiation, les personnes concernées ne peuvent renoncer aux droits consécutifs à la dissolution d'un lien conjugal. Dans les deux cas, le recours à une telle institution à l'étranger ne peut se faire en fraude à la juridiction ou à l'autorité normalement compétente, par la création fictive d'éléments d'extranéité. La réciprocité générale consisterait en l'adoption de textes développant la reconnaissance du plein droit, sans exception d'ordre public mais en réservant la possibilité d'accommodements. Ces textes pourraient exister dans des cadres régionaux, comme l'Union européenne, mais aussi internationaux, comme la conférence de la Haye. Ces accommodements réciproques retrouveraient un fondement proche de ce que fut la courtoisie internationale.

La notion d'accommodement réciproque n'est pas très éloignée d'une application nuancée de l'ordre public de proximité[68]. Les formes que cette notion d'accommodement pourrait prendre en droit international privé mériteraient des études plus approfondies. La distinction essentielle est le point de départ qui induit une perspective différente. Plus que technique d'exclusion ou d'évitement, comme l'ordre public, l'accommodement est un instrument d'inclusion. Il participe mieux à la construction des sociétés démocratiques contemporaines marquées par le besoin de créer une citoyenneté commune à partir d'identités diverses. L'accommodement, à la différence de l'ordre public est '*più incontro* que *contro*'.

[68] Sur l'ordre public de proximité, voir, ici, la contribution de Pasquale Pirrone.

L'ORDINE PUBBLICO DI PROSSIMITÀ TRA TUTELA DELL'IDENTITÀ CULTURALE E RISPETTO DEI DIRITTI DELL'UOMO

Pasquale PIRRONE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I valori in presenza. – 3. L'ordine pubblico di prossimità. – 4. L'ordine pubblico di prossimità e la tutela dell'identità culturale. – 5. L'ordine pubblico di prossimità e il rispetto dei diritti dell'uomo. – 6. Alcune possibili alternative all'ordine pubblico di prossimità. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Con sempre maggiore frequenza la disciplina di fattispecie privatistiche simultaneamente collegate a due o più ordinamenti giuridici (d'ora innanzi: 'fattispecie internazionalprivatistiche') pone problemi di tutela dell'identità culturale dei soggetti coinvolti e, allo stesso tempo, di rispetto dei diritti dell'uomo.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza ha indicato nel c.d. 'ordine pubblico di prossimità' lo strumento migliore per la soluzione di questi problemi.

La presente indagine si propone, quindi, di valutare l'idoneità di questo strumento alla corretta gestione delle fattispecie internazionalprivatistiche che pongano simultaneamente problemi di tutela dell'identità culturale e di rispetto dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi: 'fattispecie in esame').

Preliminarmente verranno svolte alcune considerazioni sui valori in gioco nella regolamentazione di queste fattispecie (par. 2), successivamente saranno esposte le caratteristiche e le principali manifestazioni giurisprudenziali e normative dell'ordine pubblico di prossimità (par. 3). Si procederà, poi, a valutare questo strumento, in primo luogo, con riguardo all'obiettivo di tutelare l'identità culturale (par. 4) e, in secondo luogo, con riguardo alla necessità di rispettare gli obblighi internazionali in materia di diritti dell'uomo (par. 5). Verranno, quindi, formulate alcune ipotesi su possibili soluzioni alternative al ricorso allo strumento

* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Catania.

dell'ordine pubblico di prossimità (par. 6) prima di enunciare sinteticamente i principali risultati raggiunti nella presente indagine (par. 7).

2. I valori in presenza

Nella regolamentazione delle fattispecie in esame, entrano in gioco, innanzi tutto, *i valori e gli obiettivi classici* che caratterizzano la gestione di tutte le fattispecie internazionalprivatistiche[1]: 1) perseguire l'*armonia internazionale* delle soluzioni e 2) garantire l'*armonia interna* dell'ordinamento del foro.

L'armonia internazionale delle soluzioni e la continuità delle situazioni giuridiche, com'è noto, vengono normalmente assicurate dalle norme che consentono la circolazione dei valori giuridici, siano essi espressi in termini generali ed astratti da norme, siano essi espressi in termini concreti nelle decisioni giudiziarie, quindi dalle norme di diritto internazionale classiche (strumentali) e dalle norme sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie straniere.

Per converso, l'armonia interna dell'ordinamento del foro trova il suo strumento ordinario di garanzia nell'ordine pubblico internazionale, ma talvolta è assicurata in maniera più efficace da norme di applicazione necessaria ovvero da norme di diritto internazionale privato materiali fortemente improntate ai valori caratterizzanti del foro, e in alcuni ordinamenti essa è assicurata in modo più radicale attraverso l'identificazione tra *forum* e *ius*.

Nelle fattispecie in esame, i suindicati obiettivi classici del diritto internazionale privato devono combinarsi con altri due obiettivi: 1) il *rispetto dei diritti dell'uomo* e 2) la *tutela dell'identità culturale*. Su questi due profili occorre svolgere, adesso, alcune considerazioni preliminari, che ci permetteranno, poi, di affrontare correttamente la questione oggetto di questo lavoro.

Con riferimento ai *diritti dell'uomo*, una questione da considerare è quella riguardante il carattere universale o meno di tali diritti. Sia la dottrina che la giurisprudenza, infatti, fanno talvolta riferimento a questo profilo al fine di determinare se e in che misura i diritti in questione va-

[1] Per una dettagliata ricostruzione degli studi sul Diritto internazionale privato e processuale in Italia, dalla quale, tra l'altro, emergono le diverse finalità che gli studiosi riconnettono a questa branca del diritto, si veda A. DAVÌ, "La Rivista e gli studi di diritto internazionale privato in Italia nel dopoguerra", in *Riv. Dir. internaz.*, 2007, p. 59 ss.

dano presi in considerazione nella gestione di fattispecie internazionalprivatistiche[2].

Invero, la pretesa universalità dei diritti umani appare, ad una valutazione empirica, più un'aspirazione che una realtà. Infatti, se si escludono pochi essenziali diritti, garantiti da norme consuetudinarie, molti dei diritti sanciti nelle convenzioni internazionali in materia non possono essere considerati realmente universali. Alcuni di essi non sono riconosciuti da diversi Stati. Si pensi, ad esempio, alla parità tra uomo e donna, o all'eguaglianza tra figli naturali e legittimi, nei paesi musulmani, i quali o non ratificano le convenzioni che sanciscono questi diritti o, se lo fanno, vi appongono importanti riserve[3]. Molti diritti umani, poi, pur formalmente riconosciuti da gran parte degli Stati, nella sostanza vengono intesi, e quindi garantiti, con una portata ed un significato assai differente da ognuno di essi. Un sufficiente grado di condivisione sull'esistenza di dati diritti umani e sul loro contenuto, dunque, non si riscontra a livello universale, ma esclusivamente fra gruppi di Stati tra loro omogenei, ad esempio, in ambiti regionali. Si pensi ai sistemi di protezione dei diritti dell'uomo in ambito europeo o americano. Si riscontra, dunque, a dispetto dell'aspirazione all'universalismo, una sorta di *relativismo dei diritti dell'uomo*[4].

Ciò non implica, tuttavia, che il rispetto dei diritti dell'uomo che non siano universalmente accettati sia escluso in ambito internazionalprivatistico. Gli Stati, infatti, sono tenuti a rispettare in tutti i settori della loro 'giurisdizione' gli obblighi che essi hanno assunto sul piano dell'ordinamento internazionale in materia di diritti dell'uomo, nel significato e con la portata che tali diritti hanno in questo ordinamento.

In verità, sia la dottrina che la giurisprudenza tendono sovente a far coincidere i diritti dell'uomo di fonte internazionale con quelli sanciti dall'ordinamento interno e, per questa via, con i principi fondamentali dell'ordinamento statale che in ipotesi siano messi in pericolo dall'accoglimento di valori giuridici esterni, sia quando tali valori siano espressi da norme straniere, sia quando essi trovino applicazione in una

[2] Su questa questione si vedano le note 26 e 33.

[3] Sulla posizione dei Paesi islamici nei confronti delle convenzioni sui diritti dell'uomo, si veda, M.A. BADERIN, "A Macroscopic Analysis of the Practice of Muslim State Parties to International Human Rights Treaties: Conflict or Congruence?", in *Human Rights Law Review*, 2001, p. 265 ss.

[4] Sul punto, tra gli altri, si vedano: E. LE ROY, "Les droits de l'homme entre un universalisme hâtif et le ghetto des particularismes culturels", in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone,* éd. Aupelf-UREF, 1994, p. 59 ss.; L. GANNAGE, "Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen", in *Rev. intern. Dr. comp.*, 2006, p. 101 ss.

decisione giudiziaria straniera. Dottrina e giurisprudenza trovano quindi naturale garantire tali diritti mediante lo strumento elettivo (classico) di tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento interno: l'ordine pubblico internazionale[5].

Più avanti si valuterà in che misura il ricorso a quest'unico strumento per la tutela dei diritti dell'uomo sia proficuo. Sin d'ora, però, si può rilevare che non sempre i diritti dell'uomo sono meglio tutelati impedendo il recepimento dei valori giuridici stranieri[6]. Come ha mostrato, ad

[5] Sull'ordine pubblico internazionale vi è una vastissima dottrina. Oltre a quelle citate nelle note successive, si vedano, tra le altre, le seguenti opere: G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; ID., "Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)", in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, p. 1 ss.; G. BARILE, "Ordine pubblico (diritto internazionale privato)", *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 1106-1124; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; N. BOSCHIERO, "Art. 16 (ordine pubblico)", in *Le nuove leggi civili commentate, Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 1046 ss.; L. FUMAGALLI, "Considerazioni sulla unità del concetto di ordine pubblico", in *Comunicazioni e studi*, 1985, XVII-XVIII, Milano, p. 593 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005; F. MOSCONI; "Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 1994, p. 5 ss. Sul rapporto tra ordine pubblico internazionale e diritti umani, tra gli altri, si vedano: B. GOLDMAN, "La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit des lois", in *Liber amicorum discipulorumque René Cassin*, t. I, Paris, 1969, p. 449 ss.; P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", in *Revue critique de droit international privé*, 1997 p. 1 ss.; A. VIVIANI,"Coordinamento tra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 1999, p., 847 ss.; M. VOLTZ, *Menschenrechte und ordre public im Internationalem Privatrecht*, Frankfurt am Main, 2002. Sul rapporto tra ordine pubblico internazionale e diritto internazionale, si veda: M. FORTEAU, "L'ordre public «transnational» ou «réellement international»", in *Journal du droit international*, 2011, pp. 3-49.

[6] Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani un esempio classico in cui il rispetto dei diritti dell'uomo (nel caso di specie il diritto all'equo processo) avrebbe imposto di non riconoscere il valore giuridico straniero (nel caso di specie si trattava una sentenza della Sacra Romana Rota) è dato dalla sentenza della sezione seconda della Corte, nel caso *Pellegrini c. Italia*, ricorso n. 30882/96, del 20 luglio 2001. Su questa sentenza si vedano, tra gli altri, i seguenti commenti: L.L. CHRISTIANS, in *Revue critique de droit international privé*, 2004, p.106 ss.; J.P. COSTA, "Cour eur. dr. h., 2e section, 20 juillet 2001, Pellegrini c. l'Italie 'Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme'", in *Rev. trim. dr. homme*, 2002, p. 463 ss.; C. FOCARELLI, "Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere", in *Riv. Dir. internaz.*, 2001, p. 955 ss.; P. PIRRONE, "Il caso Pellegrini dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia in Italia di sentenze ecclesiastiche ed equo processo", in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, IV, p. 2063 ss.; F. POCAR, "Notes on the Pellegrini Judgment of the European Court of Human Rights", in *Liber memorialis Petar Šarčević*, J. ERAUW, V. TOMLJENOVI'C, P. VOLKEN (eds.), 2006, pp. 575-58; L. SINOPOLI, "Droit au procès équitable et exequatur: Strasbourg sonne les cloches à Rome", in *Gazette du Palais*, 2002, p. 1157.

esempio, la Corte europea dei diritti umani, nella sentenza del 28 giugno 2007, sul caso *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*[7]e in altre successive[8], proprio il rispetto dei diritti dell'uomo impone, al contrario, in talune circostanze, il recepimento all'interno dell'ordinamento del foro di valori giuridici stranieri, in particolare, in materia di *status* personali e familiari, al fine di assicurare la continuità delle situazioni giuridiche.

Per quanto riguarda l'*identità culturale*, occorre ricordare che nella seconda metà del secolo scorso si sono sviluppate in America e in Europa delle correnti di pensiero volte a sostenere il c.d. *relativismo culturale*[9]. Partendo dalla costatazione delle importanti diversità culturali che connotano i vari popoli, ed affermando la pari dignità di tutte le culture, i sostenitori di queste tesi arrivano talvolta a sostenere l'esistenza di un 'diritto' dei singoli alla tutela della loro identità culturale, che si riverbererebbe anche in ambito internazionalprivatistico[10]. Invero, se è sicura-

[7] Corte europea dei diritti umani, sezione prima, *Wagner e J.M.W.L c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007. Su questa sentenza si vedano, tra gli altri, i commenti di: L. D'AVOUT, in *Journal du droit International*, 2008, pp. 187-198; J.F. FLAUSS, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (mars – août 2007), L'exequatur des jugements étrangers", in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, 2007, pp. 1920-1921; P. KISCH, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, pp. 815-822; F. MARCHADIER, "La protection européenne des situations constituées à l'étranger", in *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 2700-2703; P. PIRRONE, "Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 151-168.

[8] Per ulteriori pronunce in cui la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che il rispetto dei diritti dell'uomo imponesse il recepimento nell'ordinamento del foro della decisione giudiziaria straniera, si vedano le seguenti pronunce della Corte: sezione seconda, *Selin Asli Öztürk c. Turchia*, ricorso n. 39523/03, sentenza del 13 ottobre 2009 (per alcune considerazioni su questa sentenza si veda il commento di F. MARCHADIER, in *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 502-510 e P. PIRRONE,"La Corte europea dei diritti umani ritorna ad occuparsi del diniego di riconoscimento di decisioni giudiziarie straniere", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pp. 396-411); sezione prima, *Vrbica c. Croazia*, ricorso n. 32540/05, sentenza del 1° aprile 2010 (per alcune considerazioni su questa sentenza v. P. PIRRONE, *op. ult. cit.*); sezione quinta, *Mc Donald c. Francia*, ricorso n. 18648/04, decisione del 29 aprile 2008 (per dei commenti su questa decisione si vedano: P. KINSCH, in *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 836-841; J.P. MARGUÉNAUD, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 646 ss.; F. MARCHADIER, in *Journal du droit International*, 2009, p. 193 ss.; P. PIRRONE, *op. ult. cit.*); sezione prima, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, sentenza del 3 maggio 2011 (per dei commenti su questa sentenza, tra gli altri, si vedano: P. FRANZINA, "Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011 pp. 609-616; A. DIONISI-PEYRUSSE, in *Journal du droit International*, 2012, pp. 219-228).

[9] Si vedano, tra gli altri, C. LEVI-STRAUSS, *Race et histoire*, Paris, 1961; S. ABOU, *Diritti e culture dell'uomo*, Torino, 1995.

[10] Sul rilievo in ambito giuridico della diversità culturale e dell'identità culturale esiste una dottrina vastissima. Tra gli altri si vedano: E. JAYME, "Identité culturelle et in-

mente incontestabile l'esistenza di una pluralità di culture profondamente differenti tra loro[11] e se risulta certamente condivisibile la pari dignità di principio di queste culture; sul piano logico, e ancor più sul piano logico-giuridico, non sembra si possa trarre da ciò (a mo' di corollario, come fanno alcuni sostenitori delle tesi relativiste) un vero e proprio 'diritto' alla tutela dell'identità culturale. Infatti, coloro che per questa via affermano l'esistenza di un tale diritto, sembrano ignorare che, accanto ad un relativismo culturale, vi è un altrettanto incontestabile *relativismo giuridico*, reso evidente dalla presenza di una pluralità di ordinamenti statali, ognuno dei quali con un proprio ambito di efficacia spaziale e soggettivo. Conseguentemente, i valori giuridici, in cui normalmente si trasfondono i valori che connotano la cultura di un popolo, nascono con un loro circoscritto ambito di efficacia, che è quello dell'ordinamento in cui tali valori si 'formano' e si 'formalizzano'. Non appare dunque pen-

tégration: le droit international privé postmoderne", in *Rec. des* Cours, 1995,vol. 251, pp. 9-268;Y.M. DONDERS, *Towards a Right to Cultural Identity?*, Amsterdam, 2002; P. LAGARDE, "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille", in *Annuaire de l'Institut de droit International*, 2006, session de Cracovie, vol. 71, p. 290 ss. ; M. IOVANE, "The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Same Theoretical and Practical Considerations", in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2007, pp. 231-262; A. MALATESTA, "Cultural Diversity and Private International Law", in *Nuovi strumenti di diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 643 ss.; C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale - Atti del XVI Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale*, A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), Napoli, 2012, pp. 235-276; L. GANNAGÉ, "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures", in *Rec. des* Cours, 2013, vol. 357, p. 223 ss.

[11] In talune circostanze le differenze culturali tra i popoli dei vari paesi e tra i rispettivi ordinamenti sono, specialmente in materia di rapporti di famiglia, talmente marcate da indurre la dottrina a parlare di 'conflitti di civilizzazione.' A questo riguardo (oltre al famoso studio politologico di S. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996), tra gli altri, si vedano: P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève, 1972; J. DEPREZ, "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 *Rec. des Cours*, 1988, IV, vol. 21, p. 9 ss.; G. CARELLA, "Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, G. CARELLA (a cura di), Torino, 2010, pp. 67-90; ID., "La famiglia transazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani", in *Europa e mediterraneo, Le regole per la costruzione di una società integrata*, E. TRIGGIANI (a cura di), Napoli, 2010, pp. 429-452; G. CONTALDI, "La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e i conflitti di civilizzazione", in *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, A. GALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), Padova, 2010, pp. 535-547; M.C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations: relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, 2005.

sabile imporre, almeno per questa via, ad uno Stato di riconoscere all'interno del proprio ordinamento i valori giuridici di un altro ordinamento e, quindi, le situazioni giuridiche soggettive in cui tali valori si concretizzano.

Un obbligo di tutela dell'identità culturale in capo ad uno Stato potrà eventualmente scaturire da una norma internazionale, vuoi di fonte consuetudinaria (quindi, generale), vuoi di fonte convenzionale (dunque, particolare). Ebbene, al momento attuale non sembra si possa affermare l'esistenza di una norma consuetudinaria di questo contenuto. E anche sul piano del diritto convenzionale, l'identità culturale del singolo appare scarsamente tutelata. Fanno eccezione la Convenzione dell'UNESCO sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali, del 20 ottobre 2005 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Entrambe le disposizioni contenute al riguardo in tali strumenti, però, presentano problemi interpretativi che lasciano margini di incertezza sulla loro esatta portata.

Invero, la tutela dell'identità culturale, al di fuori da ambiti convenzionali, costituisce, più che un vero e proprio diritto, un *obiettivo*, sia dell'ordinamento internazionale, che dei sistemi di diritto internazionale privato. In questo senso si è espresso anche l'Istituto di Diritto Internazionale, nella risoluzione su 'Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille', adottata in occasione della sessione di Cracovia del 2005, nel preambolo della quale è precisato «[…] que le respect des identités culturelles est devenu un *objectif* du droit international *qui doit trouver à s'appliquer en droit international privé*»[12]. Nell'ambito del diritto internazionale privato, peraltro, l'obiettivo in questione appare perfettamente coerente con quello classico di perseguire l'armonia internazionale e la continuità delle situazioni giuridiche soggettive.

Tale obiettivo troverà i suoi principali strumenti di attuazione in ambito internazionalprivatistico nelle norme che prevedono la circolazione dei valori giuridici: sia quelle sul riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere, sia quelle di diritto internazionale privato classiche (strumentali) che, per la disciplina di date fattispecie, richiamano gli ordinamenti stranieri, specialmente se utilizzano dati criteri di collegamento, come, ad esempio, la cittadinanza o, in una certa misura, la volontà delle parti. Di contro, il raggiungimento del suddetto obbiettivo sarà

[12] Corsivo aggiunto. Il testo integrale della risoluzione può essere letto in *Annuaire de l'Institut de droit International*, 2006, session de Cracovie, vol. 71, p. 11 ss.

ostacolato dal ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale del foro.

Occorre soffermarsi adesso, sia pure brevemente, sui *rapporti tra diritti dell'uomo e identità culturale*.

Sul *piano dei contenuti*, invero, tali rapporti appaiono *ambivalenti*. Infatti, se in alcune ipotesi tali contenuti tendono a coincidere e, quindi, si verifica una sorta di *convergenza* tra rispetto dei diritti dell'uomo e tutela dell'identità culturale, spesso, i contenuti in questione si pongono tra loro in antitesi, si verifica quindi uno scontro, un *conflitto*, tra diritti umani e identità culturale. Così, ad esempio, come ha affermato la stessa Corte europea dei diritti umani, nella sentenza del 13 febbraio 2003, sul caso *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*[13], molti istituti del diritto islamico in materia di famiglia si pongono in contrasto con taluni diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti umani (d'ora innanzi: CEDU). Si pensi a istituti come la poligamia, il ripudio, il matrimonio a tempo, nonché al divieto di accertamento del rapporto di filiazione fuori dal matrimonio, al divieto di adozione di minori, alle discriminazioni tra uomo e donna in materia successoria[14]. Nelle pagine seguenti ci occuperemo proprio delle ipotesi in cui diritti umani e identità culturale si pongano tra loro in conflitto.

Sia che la tutela dell'identità culturale si qualifichi come un vero e proprio diritto soggettivo, sia che rilevi come un semplice obiettivo generale del diritto internazionale privato, nel caso in cui tale tutela si ponga in contrapposizione col rispetto di un obbligo internazionale dello

[13] Corte europea dei diritti umani, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, [GC] ricorsi n. 41340/98; 41342/98; 41343/9841344/98, sentenza del 13 febbraio 2003.

[14] Sui rapporti tra diritto musulmano, ordinamenti occidentali e diritti dell'uomo in materia di rapporti di famiglia, si vedano, tra gli altri: L. ASCANIO, "Il mahr tra diritto mussulmano e contesto non islamico", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2009, p. 387 ss.; C. CAMPIGLIO, "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2008, p. 43-76; R. CLERICI, "La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale", in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.; F. CORBETTA, "Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, p.18 ss.; K. KREUZER, "International Instruments on Human Rights and Shariah Law", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 343-361; K. ZAHER, "Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains", in *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 313-332; C. CAMPIGLIO, "Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar", in *Cuadernos de derecho transnacional*, octubre 2012, vol. 4, n. 2, pp. 5-21. Con specifico riferimento alla materia successoria, si veda: I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "El derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional", in *Revista española de derecho internacional*, 2009, pp. 441-453.

Stato del foro in materia di diritti dell'uomo, occorrerà cercare una soluzione che porti ad una *composizione materiale* trai 'diritti' in presenza, ovvero tra il diritto dell'uomo rilevante nel caso dato e l'obiettivo internazionalprivatistico della tutela dell'identità culturale. Naturalmente, ove tale soluzione malgrado ogni forzo non dovesse essere realizzabile, il diritto dell'uomo prevarrà sia sull'obiettivo, sia sul diritto, alla tutela dell'identità culturale, quest'ultimo, infatti, sarà comunque subalterno e cedevole rispetto al diritto dell'uomo[15].

3. L'ordine pubblico di prossimità

Come si è visto, l'ordine pubblico internazionale, da una parte, diventa il bersaglio dei difensori della diversità culturale, che vedono in esso l'ostacolo principale alla tutela dell'identità culturale, dall'altra, è ritenuto lo strumento, per eccellenza, di difesa dei diritti fondamentali in ambito internazionalprivatistico. Sull'ordine pubblico internazionale si scarica, dunque, la tensione tra identità culturale e diritti dell'uomo.

Ciò ha portato la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza a cercare soluzioni tecniche di compromesso per modulare e mitigare l'intervento dell'ordine pubblico internazionale nella disciplina di fattispecie internazionalpivatistiche connotate da tensioni tra diritti umani e identità culturale. In altri termini: l'ordine pubblico internazionale andrebbe applicato (a tutela dei diritti fondamentali), ma non in modo sistematico e/o pieno (per consentire la presa in considerazione della diversità culturale). Le suddette soluzioni tecniche sono state individuate, prima, nel c.d. 'ordine pubblico attenuato' e, poi, nell'ordine pubblico di prossimità.

Com'è noto, la teoria dell'*ordine pubblico attenuato* distingue tra l'ipotesi di creazione della situazione giuridica nell'ordinamento del foro e il riconoscimento in quest'ordinamento di una situazione giuridica creata all'estero[16]. Nella prima ipotesi l'ordine pubblico internazionale andrebbe applicato pienamente, non consentendo l'applicazione di norme straniere richiamate dalle norme di conflitto, ove gli effetti dell'applicazione della norma straniera richiamata si pongano in contrasto con

[15] In questo senso si veda C. CAMPIGLIO, "Identità culturale", cit., p. 244. Si veda, inoltre, l'art. 2 par. 1 della citata Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, del 20 ottobre 2005, il quale dispone: «No one may invoke the provisions of this Convention in order to infringe human rights and fundamental freedoms as enshrined in the Universal Declaration of Human Rights or guaranteed by international law, or to limit the scope thereof».

[16] Si veda per un'enunciazione e un'applicazione giurisprudenziale di questa teoria la famosa sentenza *Rivière* della Corte di cassazione francese, del 17 aprile 1953.

un principio fondamentale dell'ordinamento del foro. Nella seconda ipotesi, invece, l'ordine pubblico internazionale funzionerebbe in modo, appunto, 'attenuato', tollerando, ad esempio, il riconoscimento di una decisione straniera anche quando il suo contenuto non appaia pienamente in sintonia con uno dei suddetti principi. La maggiore flessibilità dell'ordine pubblico internazionale in questa seconda ipotesi si giustificherebbe, da una parte, con un fattore temporale, la situazione giuridica che il giudice del foro riconosce essendo già creata e in qualche caso consolidata, dall'altra, con un fattore spaziale, essendo tale situazione creata all'estero, in un ordinamento straniero.

In Francia, uno dei paesi in cui la giurisprudenza si è maggiormente impegnata nella ricerca delle soluzioni tecniche di cui sopra, il ricorso all'ordine pubblico attenuato ha dato luogo per un certo periodo ad una vera e propria deriva verso un'eccessiva apertura a istituti (di diritto islamico) contrastanti con taluni diritti dell'uomo[17]. Molto sensibile alle tesi relativiste e alla necessità di tutelare l'identità culturale degli stranieri islamici, la giurisprudenza francese si era mostrata per alcuni anni assai propensa a riconoscere decisioni di ripudio. A tal fine essa faceva ampiamente ricorso proprio alla tecnica dell'ordine pubblico attenuato, trascurando spesso, però, di dare al fattore temporale il rilievo che ad esso sarebbe stato giusto riconoscere al fine della corretta utilizzazione di tale tecnica. Si è assistito, in altri termini, ad una utilizzazione dell'ordine pubblico attenuato in funzione di tutela dell'identità culturale[18].

Proprio per porre un freno a tale deriva, la Corte di cassazione francese, con cinque sentenze del 17 febbraio 2004[19], ha fatto ricorso alla

[17] Per un *escursus* sull'evoluzione della giurisprudenza francese in materia si veda L. GANNAGÉ, "Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identités culturelles (l'exemple du droit français)", in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, P. PIRRONE (a cura di), Milano, 2011, pp. 53 ss., spec. pp. 60-67.

[18] Lo stesso Primo Presidente della Corte di cassazione francese sostenne la linea del relativismo culturale e la necessità della tutela dell'identità culturale se del caso a discapito dei diritti sanciti dalla CEDU. Cfr. G. CANIVET, "La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français", in *Rev. intern. Dr. comp.*, 2003, p. 7.

[19] Per dei commenti a tali sentenze si veda *infra*, nota 21. Nel senso che queste sentenze, costituiscano il tentativo di mettere un freno all'eccesiva apertura nei confronti dei provvedimenti stranieri di ripudio e alla pratica del c.d. 'voyage de la répudiation', si veda, tra l'altro, la dichiarazione di Y. LEQUETTE nel corso del dibattito, svoltosi nella seduta del 14 marzo 2008, del Comité Français de Droit International Privé, in occasione della presentazione del rapporto di L. GANNAGÉ, dal titolo: "L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs", in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 233-241, spec. p. 236. Sostiene tra l'altro Lequette: «Et puis cette construction a été ébranlée […] avec pour pour conséquence ce qu'on a appelé le

teoria dell'*ordine pubblico di prossimità*, secondo la quale, il limite dell'ordine pubblico internazionale va applicato quando la fattispecie internazionalprivatistica sottoposta al giudice francese presenti un collegamento significativo col foro, mentre va escluso in caso contrario[20].

Le cinque sentenze in questione avevano ad oggetto il riconoscimento in Francia di decisioni algerine di *ripudio* unilaterale e ponevano dunque problemi di compatibilità con il principio della parità dei coniugi, sancita, tra l'altro, dall'art. 5 del protocollo VII alla CEDU. La Corte di cassazione francese, in applicazione della teoria dell'ordine pubblico di prossimità, respinse le richieste di riconoscimento delle suddette decisioni, ravvisando l'elemento della prossimità con l'ordinamento francese nella circostanza che i coniugi erano domiciliati in Francia[21]. Il 14 ottobre 2009, poi, la stessa Corte di cassazione francese respinse la richiesta di riconoscimento di una decisione marocchina di scioglimento del matrimonio, che recepiva, tra l'altro, la rinuncia della sposa agli alimenti per la figlia. La prossimità in questo caso era data dalla circostanza che sia i coniugi che la figlia risiedevano stabilmente in Francia.

Non mancano ulteriori pronunce, sia in Francia che altrove, che fanno ricorso all'ordine pubblico di prossimità con riferimento ad altri istituti di diritto islamico. Così, ad esempio, con riguardo alla *poligamia*, la

'voyage de la répudiation' et ce que Ibrahim Fadlallh a nommé la 'fraude à l'intensité de l'ordre public'. C'est à cela qu'on a essayé de remédier en renforçant le facteur spatial. On a considéré que l'effet atténué de l'ordre public n'a pas lieu de jouer si la situation entretient des liens étroits avec la société française, parce que les intéressés sont français ou résident en France. D'où l'émergence d'un ordre public de proximité qui, dans un premier temps, est venu faire échec au jeu de l'effet atténué de l'ordre public, alors même que la situation était déjà créée». Invero, questo brano mostra, inoltre, il paradosso nel quale è incorsa la giurisprudenza francese, che, per correggere l'errore consistente nel non tenere sufficientemente conto del fattore temporale nell'applicazione della tecnica dell'ordine pubblico attenuato, ma quasi esclusivamente del fattore spaziale (situazione creata all'estero), punta ancora una volta sul fattore spaziale, utilizzando la prossimità col foro (dato spaziale, appunto), per riattivare l'ordine pubblico internazionale.

[20] Sul c.d. ordine pubblico di prossimità, tra gli altri, si vedano: P. 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.; N. JUOBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, P. HAMMJE, "L'ordre public de rattachement", in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 153-178; L. GANNAGE, "L'ordre public international à l'épreuve", cit., spec. pp. 216-222; P. LAGARDE, "Differences culturelles", cit.; D. SINDRES, "Vers la disparition de l'ordre public de proximité?", in *Journal du droit international*, 2012, pp. 887-901.

[21] Su queste sentenze, tra gli altri, si vedano i commenti di: P. HAMMJE, in *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 423 ss.; J. P. MARGUENAUD, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 367 ss.; L. GANNAGE, in *Journal du droit international*, 2004, p.1200 ss.

Corte di cassazione belga, con una sentenza del 3 dicembre 2007, rifiutò il riconoscimento del secondo matrimonio di un cittadino marocchino residente in Belgio, con una cittadina marocchina residente in Marocco, essendo lo sposo già coniugato con una cittadina belga. La seconda moglie aveva richiesto il riconoscimento del matrimonio per ottenere una quota della pensione di reversibilità del marito deceduto[22].

In materia di *filiazione*, la Corte di cassazione francese, nel caso *Latouz*, con una sentenza del 10 febbraio 1993, che anticipava la giurisprudenza dell'ordine pubblico di prossimità, affermava che non si dovesse dar luogo all'applicazione della legge tunisina, che impediva l'accertamento della filiazione di un minore nato fuori dal matrimonio, nel caso in cui il minore fosse francese o stabilmente residente in Francia[23].

Sempre in materia di filiazione, però, la stessa Corte di cassazione francese, in applicazione della teoria dell'ordine pubblico di prossimità, con sentenza del 10 maggio 2006, riscontrando l'assenza di elementi di prossimità della fattispecie con l'ordinamento francese, in quanto la minore in questione non era nata, né risiedeva stabilmente in Francia, applicava la legge algerina che impedisce anch'essa l'accertamento della filiazione del minore nato fuori dal matrimonio[24].

Negli ultimi anni l'ordine pubblico di prossimità è stato spesso considerato la migliore tecnica per la regolamentazione di fattispecie internazionalprivatistiche nel rispetto dei diritti dell'uomo e delle differenze culturali, in quanto appariva come idonea a raggiungere soluzioni di compromesso tra i due valori in presenza.

In tal senso si è, ad esempio, espresso l'Istituto di Diritto Internazionale, nella già citata risoluzione su 'Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille', in cui, dopo aver precisato che la tutela dell'identità culturale rappresenta un obiettivo del diritto internazionale privato, indica, con riferimento a vari rapporti giuridici in materia di famiglia o in qualche modo a questa collegati (matrimonio, divorzio, filiazione, successioni), i criteri di prossimità di queste fattispecie con l'ordinamento del foro, in relazione ai quali far operare o meno l'ordine pubblico internazionale.

[22] Su questa sentenza e su altra analoga giurisprudenza belga si veda J.Y. CARLIER, "Quand l'ordre public fait désordre", in *Revue générale de droit civil belge*, 2008, pp. 525-531.

[23] Corte di cassazione francese, 10 febbraio 1993, in *Revue critique de droit international privé*, 1993, p. 620 ss., con commento di J. FOYER, pp. 622-632.

[24] Su questa sentenza si vedano i commenti di G. KESSLER e G. SALAMÉ in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2890 ss.; T. AZZI, in *Juris Classeur Périodique*, 2006, II, 1165; L. CORBION, in *Juris Classeur Périodique*, 2007, I, 109.

La tecnica dell'ordine pubblico di prossimità ha trovato accoglienza anche in talune legislazioni nazionali. Così, ad esempio, gli art. 21 e 25 del codice di diritto internazionale privato belga, che disciplinano il ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale nell'applicazione della legge straniera, il primo, e nel riconoscimento e nell'esecuzione delle decisioni giudiziarie straniere, il secondo, stabiliscono entrambi che nell'applicazione di questo limite si deve tenere conto, tra l'altro, «de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge». Per completezza d'informazione bisogna dire, peraltro, che vi è almeno un ordinamento, quello tunisino, che al contrario vieta espressamente valutazioni relative alla prossimità in materia di ordine pubblico internazionale[25].

Vi è poi una particolare versione, italiana, dell'ordine pubblico in questione, in cui la 'prossimità' della fattispecie con l'ordinamento del foro assumerebbe rilievo, non per attivare o meno l'ordine pubblico internazionale, bensì per stabilire quali tra i principi fondamentali che lo compongono utilizzare. Così, ove la fattispecie risultasse blandamente collegata con l'ordinamento italiano, sarebbero da applicare solo i principi fondamentali internazionalmente condivisi, mentre nel caso in cui la fattispecie fosse significativamente collegata con quest'ordinamento, occorrerebbe applicare anche i principi fondamentali specifici di questo[26].

Nei prossimi paragrafi si valuterà la tecnica dell'ordine pubblico di prossimità con riguardo all'obiettivo di tutelare l'identità culturale e alla necessità di rispettare gli obblighi internazionali in materia di diritti dell'uomo. Sin d'ora, però, si possono formulare almeno due considerazioni critiche che prescindono da questi due profili.

In primo luogo, appare paradossale che la tecnica dell'ordine pubblico di prossimità, alla quale come si diceva si è fatto ricorso per porre un freno alla deriva cui aveva dato luogo un eccessivo, e probabilmente distorto[27], ricorso all'ordine pubblico attenuato e alla conseguente eccessiva apertura a istituti islamici, abbia finito, come mostra la sentenza della Corte di cassazione francese del 10 maggio 2006, con l'*estendere le ipotesi in cui l'ordine pubblico internazionale viene disattivato*. Infatti,

[25] In questo senso dispone l'art. 36.3 del Codice di diritto internazionale privato tunisino. Su questa disposizione si veda A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de Droit international privé*, Tunis, 1999.

[26] Per esempi di questa giurisprudenza si vedano le seguenti sentenze: Corte di cassazione, sez. un., 8 gennaio 1981, n. 189; Corte di cassazione, 24 novembre 1989, n. 5074.

[27] Sulla deviazione della giurisprudenza francese dal modello corretto di ordine pubblico internazionale, si veda L. GANNAGÉ, "L'ordre public international à l'épreuve", cit., pp. 214-216.

mentre l'ordine pubblico attenuato dà luogo ad un affievolimento dell'ordine pubblico internazionale solo in caso di riconoscimento di situazioni giuridiche create all'estero; l'ordine pubblico di prossimità comporta, in assenza di prossimità della fattispecie con l'ordinamento del foro, l'esclusione dell'ordine pubblico internazionale anche in caso di applicazione di norme straniere, in caso, cioè, di creazione (o di ostacolo alla creazione) di situazioni giuridiche in quest'ordinamento.

In secondo luogo, la teoria dell'ordine pubblico di prossimità presuppone la presenza e la presa in considerazione di una *pluralità di collegamenti diversamente rilevanti*. In particolare, essa implica che il legame che la fattispecie presenta con l'ordinamento del foro e sul quale si radica la competenza giurisdizionale del giudice di questo ordinamento, non sia necessariamente sufficiente a giustificare il ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale: un ulteriore e 'più significativo' legame potrebbe infatti essere necessario a tal fine.

Così, ad esempio, nel già citato caso *Latouz*, nel quale la giurisdizione del giudice francese si fondava sul domicilio del convenuto e la legge applicabile si determinava sulla base della cittadinanza della madre della minore la cui paternità andava accertata, la prossimità fu stabilita in considerazione della residenza abituale della minore in Francia e conseguentemente fu applicato il limite dell'ordine pubblico internazionale. In modo speculare, nella sentenza del 10 maggio 2006, dove ancora una volta la giurisdizione trovava il suo fondamento nel domicilio del convenuto e la legge applicabile nella cittadinanza della madre della minore, l'assenza di prossimità e, quindi, l'impossibilità di fare ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale, venne stabilita in considerazione del fatto che la minore non era cittadina francese, non era nata in Francia, né ivi risiedeva stabilmente.

In questo quadro, uno degli aspetti problematici più gravi, riguarda *l'incertezza circa l'intensità del legame che la fattispecie deve avere con l'ordinamento del foro, per essere considerato 'significativo'* a tal punto da giustificare l'applicazione del limite dell'ordine pubblico internazionale. Come si è visto negli esempi appena citati, la Corte di cassazione francese, in materia di filiazione, in un caso, considerava significativi la cittadinanza francese e, alternativamente, la residenza abituale in Francia del minore, nell'altro, riteneva sufficiente anche la nascita di questo nel territorio francese. L'Istituto di Diritto Internazionale, poi, nella già cita risoluzione sulle differenze culturali, considera sufficiente anche la cir-

costanza che il minore sia residente abituale in uno Stato (diverso da quello del foro) che permetta lo stabilimento del rapporto di filiazione[28].

Probabilmente anche in conseguenza dei difetti appena segnalati, dopo alcuni anni di 'altissimo gradimento', si scorge forse adesso qualche timido segnale di ripensamento della giurisprudenza riguardo all'ordine pubblico di prossimità. Così, con una sentenza del 26 ottobre 2011, la Corte di cassazione francese, chiamata a pronunciarsi sull'accertamento della paternità di un minore di cittadinanza ivoriana, nato e residente in Francia, decise di non applicare la legge nazionale del minore (richiamata dalla norma di conflitto francese), che non consentiva l'accertamento della paternità per i figli nati fuori dal matrimonio, in quanto contrastante con il limite l'ordine pubblico internazionale: significativamente, nel far ricorso a questo limite, la Corte non ritenne di dovere far valere la prossimità della fattispecie col foro, rappresentata dalla nascita e dalla residenza del minore in Francia[29].

4. L'ordine pubblico di prossimità e la tutela dell'identità culturale

Come si è già rilevato, la prossimità della fattispecie con l'ordinamento del foro è stata inizialmente fatta valere, nella giurisprudenza francese, per porre un freno all'eccessivo (e, probabilmente, distorto) utilizzo dell'ordine pubblico attenuato in funzione di tutela dell'identità culturale, che aveva portato ad un'estrema apertura a istituti di diritto islamico, in particolare a decisioni di ripudio. L'ordine pubblico attenuato, in altri termini, appariva troppo sbilanciato a favore della tutela dell'identità culturale.

[28] L'incertezza e l'inadeguatezza dei criteri da prendere in considerazione per stabilire la prossimità della fattispecie col foro è stata rilevata persino da uno dei massimi teorici e sostenitori dell'ordine pubblico di prossimità: P. LAGARDE, il quale nel corso del dibattito, svoltosi nella seduta del 14 marzo 2008, del Comité Français de Droit International Privé, in occasione della presentazione del rapporto di L. GANNAGÉ, dal titolo: "L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs", in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, a p. 234, criticando la sentenza della Corte di casazione francese, del 10 maggio 2006, afferma: «Et, j'ai fortement critiqué cet arrêt – je ne sais pas si vous me mettiez dans ceux qui l'approuvaient – mais parce que je pense que lorsqu'il s'agit d'un enfant qui cherche à établir sa filiation à l'égard d'un père français qui lui transmettrait sa nationalité *jure sanguinis*, il y a un lien de proximité et que ce lien justifierait évidement le jeu de l'ordre public de proximité contre la loi algérienne qui interdit la recherche».

[29] Per un commento a questa sentenza si veda, tra gli altri, J. GUILLAUMÉ, in *Journal du droit international*, 2012, p. 176 ss. Sempre su questa sentenza e, più in generale, sui primi segni di un declino dell'ordine pubblico di prossimità si veda D. SINDRES, *op. cit.*

Ciò ha certamente contribuito a far apparire l'ordine pubblico di prossimità come una soluzione di compromesso tra la tutela dell'identità culturale dei soggetti coinvolti nella fattispecie sottoposta al giudice francese e la tutela dell'armonia interna dell'ordinamento del foro.

Invero, come si è detto, il compromesso implica una composizione materiale tra valori in presenza. Con riferimento al tema che ci occupa, una soluzione di compromesso comporterebbe una composizione sostanziale tra i valori fondamentali dell'ordinamento del foro e quelli che connotano l'identità culturale dello straniero parte della fattispecie internazionalprivatistica.

Ebbene, se si considera il 'dopo ordine pubblico', appare evidente che il ricorso alla tecnica dell'ordine pubblico di prossimità non assicura il raggiungimento di soluzioni di compromesso. Al contrario, essa *alterna soluzioni estreme*.

Infatti, se talvolta l'identità culturale finisce col prevalere persino sui diritti fondamentali dell'ordinamento del foro, in molte altre circostanze, applicando il principio della prossimità all'ordine pubblico internazionale, essa viene totalmente sacrificata sull'altare della tutela dei valori interni e, quindi, dell'armonia interna di questo ordinamento.

Così, ad esempio, nella citata sentenza della Corte di cassazione, del 10 maggio 2006, in assenza di un collegamento sufficientemente significativo col foro, quindi, in assenza di prossimità, è stata applicata la normativa algerina che impediva l'accertamento del rapporto di filiazionee, in nome dell'identità culturale, si è lasciata una minore priva di paternità e dei vantaggi che da questa sarebbero conseguiti: cittadinanza francese (il preteso padre naturale era francese), diritti in materia alimentare e successoria. Al contrario, nella sentenza *Latouz*, e in molte altre più recenti, la prossimità determinata dalla stabile residenza in Francia del minore ha indotto la Suprema Corte francese a fare ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale per non applicare la legge tunisina che avrebbe impedito l'accertamento della paternità.

Se, in materia di filiazione, la rinuncia a riconoscere rilevanza alla diversità (identità) culturale al fine di garantire l'interesse del minore a vedere accertata la paternità può risultare accettabile, sicuramente meno comprensibile appare tale rinuncia riguardo ad altri istituti, come la poligamia. Con riferimento alla citata sentenza della Corte di cassazione belga, ad esempio, non si vedono ragioni insuperabili riconducibili ai diritti umani e/o ai principi fondamentali dell'ordinamento tali da giustificare la mancata presa in considerazione della diversità culturale e, conseguentemente, il rifiuto di riconoscere (sia pure incidentalmente) il secondo

matrimonio del cittadino marocchino e di assegnare alla seconda moglie una quota della pensione di reversibilità del coniuge deceduto.

L'alternanza tra soluzioni estreme e, quindi, la rinuncia radicale a tutelare in molti casi l'identità culturale dei soggetti interessati a favore dell'armonia interna, appare ancor più insoddisfacente se si considera che tale alternanza è determinata, come si è visto, da un criterio (la prossimità) di incerta determinazione.

5. L'ordine pubblico di prossimità e il rispetto dei diritti dell'uomo

Come si è detto, gli Stati, nella regolamentazione di fattispecie internazionalprivatistiche, sono tenuti a rispettare gli obblighi internazionali sui diritti dell'uomo che gravano su di essi, vuoi sulla base del diritto internazionale generale, vuoi sulla base delle convenzioni che abbiano stipulato in materia. Anche la tecnica dell'ordine pubblico di prossimità, dunque, può e deve essere valutata alla luce del rispetto di tali obblighi.

A questo riguardo occorre prendere in considerazione la sentenza di radiazione della causa dal ruolo, della Corte europea dei diritti umani, sul caso *D.D. c. France*, del 8 novembre 2005[30], in cui la Corte prende atto dell'evoluzione giurisprudenziale rappresentata dalle cinque sentenze del 17 febbraio 2004, con cui la Corte di cassazione francese inaugurava la pratica dell'ordine pubblico di prossimità e, in considerazione della circostanza che i coniugi erano residenti in Francia, rifiutava di riconosce alcune pronunce algerine e marocchine di ripudio unilaterale, in quanto contrarie al principio della parità dei coniugi, sancito, tra l'altro, dall'art. 5 del protocollo VII alla Convenzione europea dei diritti umani. La Corte di Strasburgo afferma che tali sentenze «[…] sont manifestement d'une grande importance», esprimendo così un giudizio positivo su questa svolta giurisprudenziale francese[31].

[30] Corte europea dei diritti umani, *D. D. c. Francia*, ricorso n. 3/02, sentenza dell'8 novembre 2005.

[31] L'attitudine positiva della Corte di Strasburgo è testimoniata, inoltre, dalla stessa decisione di radiare la causa dal ruolo. Com'è noto, infatti, la Corte, anche in presenza di una precisa richiesta delle parti in tal senso, non procede alla radiazione della causa dal ruolo senza aver prima verificato, ai sensi dell'art. 37, che «[…] il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli» non imponga la prosecuzione dell'esame del ricorso, che, cioè, per usare le parole della stessa Corte, non esistano ragioni di 'carattere generale' o di 'interesse generale' che richiedano di proseguire nell'esame del ricorso. Ove il ricorso, come nel caso in esame, ponga una questione a portata generale, nel senso che nell'ambito dell'ordinamento della Stato convenuto una questione identica (o analoga) riguardi oltre il ricorrente una pluralità di individui, la Corte, prima di decidere la radiazione della causa dal ruolo, valuta normalmente se il

Invero, l'attitudine positiva della Corte europea dei diritti umani nei confronti di questa giurisprudenza va contestualizzata e relativizzata. In primo luogo, la Corte di Strasburgo sembra trascurare la circostanza che la tutela della parità dei coniugi, per mezzo del limite dell'ordine pubblico internazionale, viene assicurata dalla Suprema Corte francese, solo in considerazione della prossimità della fattispecie con l'ordinamento francese, data dalla residenza in Francia dei coniugi.

In secondo luogo, la suddetta attitudine positiva si spiega con la circostanza, più volte ricordata, che il ricorso all'ordine pubblico di prossimità in queste sentenze è motivato dalla volontà di mettere un freno alla tendenza sino ad allora manifestata dai giudici francesi di riconoscere con estrema larghezza, sulla base della teoria dell'ordine pubblico attenuato e con l'obiettivo di tutelare l'identità culturale, pronunce di ripudio unilaterale. In questo contesto è del tutto comprensibile che la Corte di Strasburgo abbia accolto positivamente una pratica che nel caso concreto tutelava un diritto sancito dal sistema della CEDU e che prometteva di evitare per il futuro (almeno in presenza di un elemento di prossimità) le ulteriori violazioni dello stesso diritto che si sarebbero verificate se i giudici francesi avessero continuato a riconoscere con la stessa larghezza pronunce di ripudio unilaterale. Ci si deve chiedere, però, quale sarebbe stata la posizione della Corte di Strasburgo se avesse dovuto valutare la pratica dell'ordine pubblico di prossimità in rapporto, ad esempio, alla sentenza del 10 maggio 2006, con cui la Corte di cassazione francese, in assenza di un elemento di prossimità col proprio ordinamento, decise di applicare la legge algerina, lasciando una minore straniera priva di paternità e dei conseguenti diritti alimentari e successori.

La corretta valutazione dell'ordine pubblico di prossimità alla luce delle norme internazionali sui diritti dell'uomo deve essere svolta tenendo conto di tre elementi che caratterizzano queste norme: 1) i diritti che da esse discendono devono essere garantiti a *tutti gli individui soggetti alla giurisdizione dello Stato*; 2) gli obblighi che esse pongono sono *obblighi di risultato*; 3) nella loro attuazione gli Stati godono di un certo *margine di apprezzamento*.

Con riguardo al primo profilo, si può, ad esempio, fare riferimento all'art. 1 della CEDU, il quale dispone: «Le Alte Parti contraenti ricono-

problema giuridico generale abbia trovato soluzione nell'ordinamento di tale Stato. Sulla giurisprudenza della Corte in materia di radiazione delle cause dal ruolo si rinvia a P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, pp. 37-46, nonché ID., "Articolo 46", in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, S. BARTOLE, P. DE SENA, W. ZAGREBELSKY (a cura di), Padova, 2012, par. II.5, V.3, VIII.5.

scono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione».

Con tutta evidenza tale disposizione obbliga gli Stati parti della Convenzione a garantire i diritti in essa sanciti *a tutti gli individui* che si trovino sotto la loro 'giurisdizione' (intesa in senso lato, come potere d'imperio)[32], senza discriminare in alcun modo, ad esempio, sulla base della cittadinanza o dell'appartenenza della persona a gruppi etnici o religiosi.

Se si tiene conto di ciò, l'ordine pubblico di prossimità appare per la sua stessa concezione (in *re ipsa*, potremmo dire) contrario ai diritti dell'uomo, in quanto *discriminatorio*. Infatti, il legame che la fattispecie internazionalprivatistica presenta con l'ordinamento del foro, e che fonda la competenza giurisdizionale dei giudici di quest'ordinamento, è da solo pienamente sufficiente a far sorgere l'obbligo, in capo allo Stato, di garantire alla persona interessata i diritti dell'uomo, in quanto in questa ipotesi la persona è certamente «soggetta alla […] giurisdizione» dello Stato. Tuttavia, come si è visto, secondo la teoria dell'ordine pubblico di prossimità, questo legame potrebbe non essere sufficiente a attivare il ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale, in assenza di prossimità della fattispecie con l'ordinamento del foro, in assenza, cioè, di un ulteriore e più significativo legame. Ove lo strumento dell'ordine pubblico internazionale fosse, in una certa ipotesi, l'unico strumento per tutelare un dato diritto dell'uomo nell'ambito di una fattispecie internazionalprivatistica, alla persona interessata non verrebbe garantito il diritto in questione, che in ipotesi lo Stato del foro ha, invece, l'obbligo internazionale di garantire.

Sempre con riferimento al primo profilo, inoltre, occorre precisare che gli Stati parti di convenzioni sui diritti dell'uomo hanno l'obbligo di garantire *tutti i diritti* sanciti da tali convenzioni, intesi *nel significato e con la portata che essi hanno nell'ordinamento internazionale*. Così, ad esempio, gli Stati parti della CEDU hanno l'obbligo di assicurare agli individui che si trovino sotto la loro giurisdizione il godimento di tutti i diritti sanciti dalla Convenzione, col significato e con la portata che risulta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in tutti gli ambiti in cui si esplica il potere d'imperio dello Stato, quindi, anche nell'esercizio dell'attività giurisdizionale connessa a fattispecie internazionalprivatistiche, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di diritti universalmente riconosciuti o no.

[32] Sulla nozione di 'giurisdizione' nelle convenzioni sui diritti dell'uomo, si veda: P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo,* Torino, 2002.

Perché un diritto dell'uomo internazionalmente garantito faccia ostacolo all'accoglimento di valori giuridici stranieri ad esso contrari è sufficiente che lo Stato del foro sia obbligato a garantirne il rispetto a beneficio di tutte le persone sottoposte alla propria giurisdizione, non rilevando in alcun modo la circostanza che si tratti di un diritto 'universale', nel senso di universalmente riconosciuto, o no. In questo senso, non appaiono soddisfacenti, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, quelle tesi che subordinano la rilevanza dei diritti dell'uomo in ambito internazionalprivatistico al carattere 'universale' o meno del diritto di volta in volta rilevante[33].

Se il primo elemento che caratterizza le norme (e quindi gli obblighi) internazionali sui diritti dell'uomo restringe la libertà dello Stato del foro, gli altri due elementi sopraindicati vanno in direzione opposta e, in una certa misura, suggeriscono la via corretta per la gestione delle fattispecie in esame.

Come si diceva, infatti, le norme internazionali sui diritti dell'uomo pongono normalmente *obblighi di risultato*, esse, cioè, lasciano in principio lo Stato libero per quanto riguarda i mezzi. In quest'ottica l'ordine pubblico internazionale costituisce *uno dei mezzi* per garantire i diritti in questione in situazioni internazionalprivatistiche, *non l'unico*. La tendenza a garantire i diritti dell'uomo mediante l'ordine pubblico internazionale (in tutte le sue declinazioni: ordine pubblico materiale, processuale[34], attenuato, di prossimità) mostra una certa rigidità nella risposta della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza alla necessità di garantire i diritti in questione in ambito internazionalprivatistico.

[33] In questo senso si veda, tra gli altri, H. GAUDEMET-TALLON, "Nationalité, statut personnel et droit de l'homme", in *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, 2004, p. 205 ss.; ID."Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)", in *Rec. des Cours*, 2005, vol. 312, p.409 ss.

[34] Sull'ordine pubblico internazionale processuale, tra gli altri, si vedano: G. BIAGIONI, "L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della convenzione di Bruxelles", in *Riv. Dir. internaz*., 2001, p.723 ss.; B. NASCIMBENE, "Riconoscimento di sentenza straniera e «ordine pubblico europeo»", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc*., 2002, pp. 658-664; N. BOSCHIERO, "L'ordine pubblico processuale comunitario ed «europeo»", in *La tutela transnazionale del credito*, P. DE CESARI, M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), Torino, 2007, pp. 163-195; J.F. FLAUSS, "L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural: le point de vue de Strasbourg", in *Les petites affiches*, n. 78, 18 avril 2002, p. 11 ss.; F. SALERNO, "Il principio del contraddittorio e il riconoscimento di sentenze straniere", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 1979, p. 70 ss.; F. SALERNO, "L'ordine pubblico internazionale processuale e la tutela dei diritti fondamentali", in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 121-146; C.E. TUO, "La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU", in *Dir. Un. eur.*, 2010, pp. 923-959.

I diritti dell'uomo, infatti, ben possono essere garantiti (e, invero, talvolta lo sono) anche mediante *altre modalità e tecniche*. Tale garanzia, infatti, potrà essere assicurata, in primo luogo, attraverso *altri strumenti classici del diritto internazionale privato*: norme di applicazione necessaria, norme di diritto internazionale privato materiali, norme autolimitate. La suddetta garanzia potrà essere assicurata, in secondo luogo, mediante l'*azione diretta delle norme internazionali sui diritti dell'uomo in ambito internazionalprivatistico*, nel caso in cui l'ordinamento del foro riconosca rilievo a tali norme al proprio interno. Esemplare appare a tal proposito la sentenza n. 19595, del 17 luglio 2008, della Corte di cassazione italiana, che a sezioni unite ha esplicitamente affermato l'obbligo, per il giudice italiano, di seguire una lettura delle norme di diritto internazionale privato e processuale orientata al rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU. In particolare la Suprema Corte ha affermato che, in virtù dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione, si impone un'interpretazione dell'art. 3 (ambito della giurisdizione) della L. 218/95 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), rispettosa dell'art. 6 della CEDU, il quale riconosce tra l'altro il diritto alla tutela giurisdizionale[35]. Conseguentemente, ove non sussista la giurisdizione

[35] Questa sentenza della Corte di cassazione si pone sul solco della giurisprudenza della Corte costituzionale che ha chiarito il valore che la CEDU assume nell'ordinamento italiano grazie all'art. 117, comma 1, della Costituzione. Tale giurisprudenza si è avviata con le famose sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 ed è stata confermata e sviluppata con altre successive sentenze. (si vedano tra le altre: n. 39, del 25.2.2008; n. 239, del 24.7.2009; n. 311 del 26.11.2009; n. 196, del 2010; n. 1, del 2010; n. 80, del 11.3.2011; n. 113, del 7.4.2011; n. 236, del 2011; n. 264, del 28.11.2012). Su queste pronunce della Corte costituzionale, tra gli altri, si vedano: F. ANGELINI, "L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale", in *Dir. Un. eur.*, 2008, pp. 487-510; S. BARTOLE, "Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 291-300; E. CANNIZZARO, "Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale", in *Riv. Dir. internaz.*, 2008, pp.138-143; G. CATALDI, "Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 321-347; P. CARETTI, "Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive", ivi, pp. 311-320; L. CONDORELLI, "La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?", ivi, pp. 301-310; B. CONFORTI, "La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione", in *Giur. it.*, 2008, p. 569 ss.; G. GAJA, "Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro definito solo parzialmente", in *Riv. Dir. internaz.*, 2008, pp. 136-138; M.L. PADELLETTI, "L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 349-365; F. SALERNO, "La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Riv. Dir. internaz.*, 2010, p. 637-665; F. SALERNO, R. SAPIENZA

del giudice italiano sulla base dei criteri contenuti nell'art. 3 «[…] e risulti positivamente che nessun giudice straniero abbia giurisdizione, sussiste residualmente la giurisdizione del giudice italiano». In termini processuali ciò comporta «[…] che il convenuto che eccepisca il difetto della giurisdizione del giudice italiano indichi anche il giudice straniero a suo avviso fornito di giurisdizione». Nulla esclude, infine, che *la giurisprudenza trovi (diciamo pure 'inventi') altri strumenti* utili al fine di tutelare i diritti dell'uomo in ambito internazionalprivatistco.

Ma l'elemento più interessante e utile, al fine di gestirele fattispecie internazionalprivatistiche nel rispetto degli obblighi internazionali dello Stato del foro in materia diritti dell'uomo e dell'identità culturale dei soggetti interessati, è certamente costituito dal *margine di apprezzamento* di cui gli Stati godono nella individuazione delle soluzioni atte a garantire tali diritti[36].

(a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011; F. SEATZU, "Sulla primauté della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico italiano", in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 265 ss.; G. TESAURO, "Costituzione e norme esterne", in *Dir. Un. eur.*, 2009, pp. 195-229; U. VILLANI, "I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007", in *I diritti dell'uomo. Cronache e* battaglie, 3/2007, p. 46 ss.; U. VILLANI, "Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano", in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 7-27; C. ZANGHÌ, "La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti del'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007", in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2007, pp. 50-61.

[36] Sul 'margine di apprezzamento' statale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo esiste una dottrina vastissima. Tra gli altri si vedano: R. SAPIENZA, "Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Riv. Dir. internaz.*, 1991, pp. 571-614; R.ST.J. MACDONALD, "The Margin of Appreciation", in *The European System for the Protection of Human Rights*, R.ST.J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), Dordrecht, 1993, pp. 83-124; H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, 1996; E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* Bruxelles, 1996; M.R. HUTCHINSON, "The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights", in *Int'l & Comp. L. Q.*, 1999, pp. 638-650; S. GREER, *The Margin of Appreciation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000; Y.A. TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, 2002; R. SAPIENZA, "L'interpretazione della Convenzione tra margine d'apprezzamento statale e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici", in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, cit., pp. 169-177; M. LUGATO, "Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pp. 359-374.

Varie soluzioni sono infatti compatibili con il rispetto di un dato diritto dell'uomo, purché vi sia un rapporto di proporzionalità tra l'obiettivo (legittimo) che lo Stato intende perseguire e la soluzione adottata. Se ci volessimo affidare ad una metafora, prendendo a prestito categorie concettuali di base della geometria, potremmo dire che il rispetto di un diritto dell'uomo raramente è un 'punto', più spesso è un 'segmento'. Fuor di metafora: non un'unica soluzione, ma diverse soluzioni, nell'ambito di un *range*, possono risultare rispettose di un dato diritto. Questa caratteristica dei diritti dell'uomo consente, anzi, in un certo senso, sembra auspicare, una composizione tra diritti o tra un diritto ed un obiettivo.

Con riferimento alle fattispecie internazionalprivatistiche in esame, il margine di apprezzamento di cui lo Stato del foro dispone nel garantire i diritti dell'uomo posti da norme internazionali, gli consente di attuare una composizione materiale di valori, in particolare, gli consente di comporre, nel rispetto del rapporto di proporzionalità suddetto, il diritto dell'uomo rilevante in un dato caso con la tutela dell'identità culturale dei soggetti interessati.

Un interessante esempio di composizione materiale tra diritti dell'uomo e identità culturale, in rapporto a fattispecie internazionalprivatistiche, è offerto dall'esame del caso *Harroudj c. France,* oggetto della sentenza della Corte europea dei diritti umani, del 4 ottobre 2012[37]. Il caso trae origine da un ricorso presentato alla Corte da una cittadina francese, la quale lamentava la circostanza di non aver potuto ottenere dai giudici francesi un provvedimento di 'adozione piena' di una minore di nazionalità algerina che gli era stata affidata, mediante l'istituto della *kafala*, dall'autorità giudiziaria algerina. La stessa autorità aveva consentito anche il trasferimento della minore in Francia e l'attribuzione alla stessa del cognome della ricorrente. L'adozione della minore era stata rifiutata in applicazione dell'art. 370-3 del codice civile francese, il quale, con una norma ispirata al rispetto dell'identità culturale dei minori islamici, ma che attribuisce un qualche rilievo anche alla prossimità, stabilisce che «L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France». La legge algerina non consente l'adozione e la minore era nata in

[37] Corte europea dei diritti umani, *Harroudj c. Francia*, ricorso n. 43631/09, sentenza del 4 ottobre 2012. Su questa sentenza si vedano i commenti di S. CORNELOUP, in *Revue critique de droit international privé*, 2013, pp. 161-172 e S. BOLLEE, "La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala", in *Rev. trim. dr. homme*, 2013, pp. 717-724.

Algeria. Il rifiuto del provvedimento di adozione da parte delle autorità giudiziarie francesi costituiva per la ricorrente violazione del diritto al rispetto della vita familiare, ai sensi dell'art. 8 della CEDU. La Corte, nel respingere la tesi della ricorrente, rileva che lo Stato convenuto «[…] *a institué une articulation flexible entre le droit de l'Etat d'origine de l'enfant et le droit national*»[38] in quanto la proibizione posta dalla norma di conflitto (art. 370-3) può essere superata «[…] à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française» grazie, tra l'altro, alla «[…] possibilité ouverte à l'enfant d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française». Tale possibilità è prevista dall'art. 21-12 della legge n. 2003-1119 del 26 novembre 2003. La Corte conclude, quindi, precisando «[…] qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'Etat défendur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, *respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante*»[39].

6. Alcune possibili alternative all'ordine pubblico di prossimità

Alla luce delle considerazioni svolte appare evidente che non è possibile offrire un'elencazione esaustiva delle soluzioni tecniche, alternative all'ordine pubblico di prossimità, per regolamentare fattispecie internazionalprivatistiche nel rispetto dell'identità culturale e dei diritti dell'uomo. Come si è detto, infatti, possono sempre essere trovate soluzioni nuove. Tuttavia, è possibile prospettare, a mero titolo esemplificativo, alcune di queste soluzioni, distinguendo l'ipotesi della creazione della situazione giuridica nel foro, da quella del riconoscimento di una situazione giuridica creata all'estero.

Con riferimento alla prima ipotesi (*creazione della situazione giuridica nel foro*), la composizione materiale tra i valori che caratterizzano l'identità culturale della persona interessata e i diritti dell'uomo posti da norme internazionali vincolanti per lo Stato del foro potrà avvenire il più delle volte, in termini concreti, ad opera del giudice, e talvolta, in termini generali e astratti, ad opera del legislatore.

[38] Corsivo aggiunto.
[39] Corsivo aggiunto.

Assumendo che il *giudice* faccia ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale (senza tener conto dell'elemento della prossimità), l'attenzione deve concentrarsi sul modo di operare del limite in questione e sul 'dopo ordine pubblico'. Soluzioni soddisfacenti potranno essere raggiunte facendo operare l'ordine pubblico in modo selettivo, inibendo l'applicazione di quella parte della disciplina straniera richiamata che si ponga in manifesto e irriducibile contrasto col valore (diritto dell'uomo) che nell'ipotesi dà contenuto all'ordine pubblico e applicando per il resto la normativa richiamata. Questa tecnica (con riferimento alla quale si parla talvolta di intervento 'chirurgico' dell'ordine pubblico) è stata in qualche circostanza utilizzata dalla giurisprudenza, ma presuppone la possibilità di frazionamento della disciplina della fattispecie (una sorta di *dépeçage* ad opera del giudice), che, però, non sempre potrebbe risultare possibile.

Un'ulteriore soluzione prospettata dalla dottrina e talvolta seguita dalla giurisprudenza è costituita dalla tecnica c.d. dei due stadi. Questa tecnica consiste nell'individuare la legge da applicare tra quelle in conflitto e nell'interpretarla e applicarla alla luce della legge accantonata. Così, ad esempio, ove si applichi la legge straniera la si interpreterà tenendo conto della normativa del foro in materia e viceversa ove si applichi la normativa del foro la si interpreterà tenendo conto della normativa straniera in conflitto con questa[40].

La composizione dei valori in presenza in termini generali e astratti da parte del *legislatore* potrà avvenire mediante la posizione di norme di diritto internazionale privato materiale o mediante l'azione combinata di norme di diritto internazionale privato (strumentali o materiali) e di altre norme dell'ordinamento di natura sostanziale. L'intervento del legislatore sarà opportuno per quelle fattispecie internazionalprivatistiche caratterizzate da tensioni tra identità culturale e diritti dell'uomo, che nell'ordinamento del foro tendano a riproporsi con caratteristiche sempre analoghe. Esemplificativa a questo riguardo è la normativa francese in materia di adozioni di minori cittadini di paesi islamici affidati, mediante l'istituto della *kafala*, a cittadini francesi, esaminata e, come si è visto,

[40] Propone il ricorso a questa tecnica, tra le varie soluzioni per disciplinare fattispecie internazionalprivatistiche tenendo conto delle differenze culturali in materia di famiglia, E. JAYME, "Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 1994, p. 295 ss. Come esempi di pronunce giudiziarie in materia, quest'autore cita la sentenza della Corte federale tedesca del 28 gennaio 19987, in *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 1988, p. 109 e la sentenza della Corte d'Appello di Hamm, del 10 febbraio 1992, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1992, p. 1180 ss.

'approvata' dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *Harroudj c. France*.

Nella seconda ipotesi (*riconoscimento della situazione giuridica creata all'estero*), potrebbe risultare utile ritornare ad un utilizzo prudente e corretto dell'ordine pubblico attenuto, in cui non ci si accontenti del semplice elemento spaziale, ma si attribuisca la dovuta rilevanza all'elemento temporale e all'eventuale frode alla legge, al fine di evitare, ad esempio, i c.d. 'viaggi del ripudio'. In molte circostanze, poi, situazioni giuridiche soggettive create all'interno di ordinamenti musulmani e corrispondenti ad istituti tipici del diritto islamico, potrebbero essere riconosciute 'incidentalmente' quando, ad esempio, il riconoscimento di tali situazioni costituisca una questione pregiudiziale rispetto alla questione (principale) sottoposta al giudice.

7. Conclusioni

Tornando adesso al quesito iniziale, alla luce delle considerazioni svolte, possiamo concludere che l'*ordine pubblico di prossimità* risulta *inadeguato* ad una gestione equilibrata delle fattispecie internazionalprivatistiche in esame, sia sotto il profilo della tutela dell'identità culturale, sia sotto il profilo del rispetto degli obblighi internazionali dello Stato del foro in materia di diritti dell'uomo.

L'esistenza di un obiettivo generale dei sistemi di diritto internazionale privato di tutelare, nella misura del possibile, l'identità culturale non consente che questa sia in talune ipotesi, connesse a un criterio incerto come la prossimità, sbrigativamente e totalmente espunta dalla soluzione del caso.

D'altra parte, le norme internazionali sui diritti dell'uomo pongono in capo allo Stato l'obbligo di garantire tutti i diritti che esse sanciscono, col significato e la portata che questi hanno nell'ordinamento internazionale, a tutti gli individui che si trovino sotto la sua giurisdizione. Esse non consentono, dunque, allo Stato del foro di rinunciare a garantire i diritti in questione a date persone sulla base dell'argomento che tali persone sono parti di una fattispecie che 'non è sufficientemente collegata' con l'ordinamento del foro. La circostanza che i giudici di questo ordinamento esercitino la loro competenza giurisdizionale su tale fattispecie, infatti, è da sola 'sufficiente' a far sorgere in capo a tale Stato l'obbligo di garantire i diritti in questione.

La regolamentazione delle fattispecie internazionalprivatistiche nel rispetto dell'identità culturale e dei diritti dell'uomo, inoltre, non può es-

sere affidata ad un solo strumento, l'ordine pubblico internazionale, ma richiede il ricorso, di volta in volta, a strumenti e tecniche differenti. Essa necessita, potremmo dire, di *una regolamentazione pluristrumentale*.

Gli strumenti di volta in volta utilizzati dovranno portare ad una *composizione materiale* tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo. Se, il più delle volte, tale composizione materiale potrà e dovràessere operata con riferimento al caso concreto dal *giudice*, in talune circostanza essa potrà essere realizzata anche in termini generali e astratti dal *legislatore*, come testimonia chiaramente la citata sentenza della Corte europea dei diritti umani sul caso *Harroudj c. France*.

CORPO E CULTURE DEL CORPO NELLA PROSPETTIVA DEI CONFLITTI DI LEGGI

Pietro FRANZINA*

SOMMARIO: 1. Corpo, cultura e diritto nell'epoca delle biotecnologie. – 2. Le trasformazioni del corpo e l'evoluzione del suo statuto giuridico. – 3. La costruzione dello statuto internazionalprivatistico del corpo: un'ipotesi di lavoro. – 4. I diritti sul corpo tra universalismo e relatività culturale. – 5. L'identità culturale del singolo e la sua problematica declinazione in termini 'geografici'. – 6. I diritti sul corpo tra autonomia dell'individuo e responsabilità sociale. – 7. Prospettive di studio e di regolamentazione.

1. Corpo, cultura e diritto nell'epoca delle biotecnologie

Il discorso giuridico sul corpo, cioè la trama di rappresentazioni di cui si serve il diritto per rapportarsi al corpo umano e alle sue pratiche, è intessuto di condizionamenti culturali. Non vi è società che accetti il corpo nella fisionomia e consistenza che gli sono proprie per natura[1], e che rinunci a prendere posizione circa i casi e i modi in cui il corpo può essere esibito, raffigurato o sottoposto a modificazioni[2]. Lungi dal poter essere ridotto a un affare privato, il corpo costituisce l'oggetto di una narrazione collettiva. La società si 'appropria' del corpo e, svelando il significato che questo riveste nel processo con cui il singolo definisce la propria posizione nel gruppo, proietta sul corpo aspettative e sensibilità.

L'immagine che il diritto restituisce del corpo varia, così, a seconda dell'angolatura sociale, culturale e religiosa da cui lo stesso viene guardato[3]. L'importanza di una lettura in chiave culturale delle regole relative

* Professore associato di Diritto internazionale, Università di Ferrara.

[1] M. AIME, *Cultura*, Torino, 2013, p. 38 ss.; M. MARZANO, *Straniero nel corpo*, Milano, 2004, p. 47

[2] Cfr. D. LE BRETON, *Antropologia del corpo e modernità*, traduzione italiana di B. MAGNI, Milano, 2007, nonché E. MASCIA-LEE (ed.), *A Companion to the Anthropology of the Body and Embodiment*, Chichester, 2011.

[3] Cfr. a questo proposito, fra gli altri, C. BOUFFARD, "Le respect du corps dans la pratique de la biomédecine en contexte de diversité culturelle: une perspective anthropologique de la bioéthique", in *Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort - Droit, éthique et culture*, A.M. DUGUET (éd.), Bordeaux, 2005, p. 65 ss., specie

al corpo, emersa con chiarezza nel secolo scorso in relazione alla pratica dei trapianti d'organo[4], si ripropone oggi con accresciuta evidenza alla luce delle nuove tecnologie della vita e delle possibilità da esse dischiuse in settori oramai 'maturi' come la procreazione assistita e la terapia genica[5] o in aree 'di frontiera' come quella del potenziamento (*enhancement*) dell'individuo o quella della creazione di 'bio-oggetti'[6], frutto della combinazione e ibridazione di forme di vita umane, animali e vegetali[7].

Sullo sfondo di queste innovazioni, si moltiplicano le prospettive da cui il corpo interroga il diritto. Il corpo umano è tradizionalmente venuto in rilievo per la sua capacità di convogliare l'identità del singolo (e così, ad esempio, per il conflitto il carattere stabile ed univoco di tale identità e la pretesa del singolo di ottenerne l'adeguamento all'identità di genere percepita)[8] e per la sua immediata implicazione nella salvaguardia della dignità dell'individuo (suscettibile di essere messa in discussione, ad esempio, da usi degradanti del corpo, anche consentiti dall'interessato)[9]. Oggi, nel quadro di un più vasto processo di 'trasformazione' del corpo

con riferimento alle percezioni culturali del corpo malato, nonché, più in generale, M.J. BRANNIGAN (ed.), *Cross-Cultural Biotechnology*, Lamham, 2004, e C. STEINECK, O. DÖRING (ed.), *Kultur und Bioethik - Eigentum am eigenen Körper*, 2ª ed., Baden-Baden, 2009.

[4] Cfr., ad esempio, M.S. BEN AMMAR, *Islam et transplantation d'organes*, Paris, 2009, e M. WANG, W. ZHANG, X. WANG, "The Principle of Family Determination in Organ Donation: The Application of Confucian Ethics", in *HEC Forum*, 2008, p. 183 ss.

[5] B. FEUILLET-LIGER, K. ORFALI, T. CALLUS (eds.), *Who is My Genetic Parent? Donor Anonymity and Assisted Reproduction - A Cross-cultural Perspective*, Bruxelles, 2011.

[6] N. VERMEULEN, S. TAMMINEN, A. WEBSTER (eds.), *Bio-objects - Life in the 21st Century*, Farnham, 2012.

[7] Sui temi evocati nel testo v. in generale, anche con riguardo alle rispettive declinazioni culturali, A.E. BUCHANN, *Beyond Humanity?*, Oxford, 2011 nonché L. MARINI, A. CARLINO (a cura di), *Il corpo post-umano - Scienze, diritto, società*, Roma, 2012, e L. GRION (a cura di), *La sfida postumanista. Colloqui sul significato della tecnica*, Bologna, 2012. La riflessione giuridica sul corpo si colloca nella cornice della più ampia riflessione sulla bioetica e il biodiritto. Su tale cornice, considerata nei suoi aspetti internazionalistici, cfr. per tutti N. BOSCHIERO (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario - Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006, e L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, 2ª ed., Torino, 2012.

[8] Sul tema, per tutti, cfr. G. PALMERI, "Il cambiamento di sesso", in *Trattato di biodiritto - Il governo del corpo*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), Milano, 2011, p. 729 ss.

[9] Può richiamarsi, ad esempio, la pratica del *dwarf tossing*, su cui si veda l'osservazione adottata il 26 luglio 2002 del Comitato dei diritti umani dell'ONU UN Doc. dell'ONU, Un Doc. CCPR/C/75/D/854/1999.

nel prisma del diritto[10], il corpo viene in considerazione in scenari nuovi e diversi, in particolare, per quanto interessa in questa sede, quando si fa questione delle utilità che il corpo può dare, cioè dei benefici che possono trarsi da organi, tessuti e informazioni genetiche, spendibili all'interno di un vero e proprio mercato del corpo, ora regolamentato (quando asservito a fini di ricerca o a fini di cura in strutture autorizzate)[11], ora clandestino e illegale[12]. Visto da questa angolatura, il corpo assume agli occhi del giurista un'apparenza inedita: quella di una realtà scomponibile, paradossalmente 'disorganica'[13], i cui elementi – seme, sangue cordonale, singoli organi etc. – sembrano prestarsi ad un apprezzamento separato e ad un destino giuridico autonomo.

2. Le trasformazioni del corpo e l'evoluzione del suo statuto giuridico

Per il giurista continentale, abituato ad 'organizzare' la realtà prima di predicarne la disciplina, il corpo suscita alla luce di questi sviluppi un problema di inquadramento concettuale. Beninteso, l'intima correlazione che lega il corpo alla persona, e che giustifica la tradizionale sussunzione delle norme relative al corpo entro il perimetro dei diritti della personalità, non ha bisogno di essere spiegata né sembra poter essere revocata in dubbio, quanto meno nei suoi assunti fondamentali. Problematico, semmai, è il rapporto che il corpo oggi intrattiene con le categorie giuridiche alle quali, sino a un'epoca relativamente recente, il corpo sembrava poter essere univocamente accostato, e con quelle dalle quali, viceversa, esso poteva essere distinto in modo altrettanto incontroverso[14].

[10] Una lettura di insieme di tale sviluppo si trova in S. RODOTÀ, "Trasformazioni del corpo", in *Per uno statuto del corpo*, C.M. MAZZONI (a cura di), Milano, 2008, p. 43 ss.

[11] In Europa, ad esempio, elementi di regolamentazione del peculiare mercato di cui si discorre nel testo si rinvengono nella direttiva 2004/23/CE del 31 marzo 2004 sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

[12] M. GOODWIN, *Black Markets - The Supply and Demand of Body Parts*, Cambridge, 2006, e ID. (ed.), *The Global Body Market - Altruism's Limits*, New York, 2013.

[13] Cfr. S. ROMAGNOLI, "Désorganisation du moi corporel et changements d'identité personnelle: le cas de la greffe", in *Donner, recevoir un organe*, M.J. THIEL (éd.), Strasbourg, 2009, p. 131 ss.

[14] Il dibattito sulla natura giuridica del corpo umano ha dato luogo ad una letteratura ormai vasta. Cfr. in generale G. VIGARELLO, V. DESCOMBES, "Peut-on séparer le corps de la personne?", in *Recueil Dalloz*, 24 maggio 2001, p. 2 ss.; C. CRIGNON-DE OLIVEIRA, M. GAILLE-NIKODIMOV, *À qui appartient les corps humain?*, Paris, 2004; R.N. NWABUEZE,

L'accostamento che esige di essere ripensato è quello che lega il corpo al 'soggetto'. L'esperienza giuridica contemporanea riconosce la condizione corporea della persona, attribuendo al singolo i mezzi per proteggere la propria integrità fisica e la propria immagine e riconoscendo all'interessato – secondo forme e limiti che possono variare anche in modo marcato a seconda del contesto socio-culturale preso a riferimento, per le ragioni già viste – il diritto di manipolare il proprio corpo, modificandone l'aspetto o la consistenza, eventualmente anche in modo permanente. La rilevanza giuridica del corpo, tuttavia, non si esaurisce più nell'orizzonte del soggetto. Il corpo viene oramai in rilievo per il diritto anche in situazioni in cui lo stesso non può più essere inteso soltanto alla stregua di una estensione materiale di quest'ultimo, cioè come 'involucro', 'custode' o 'segnalatore' del soggetto[15].

Almeno due sono gli scenari nei quali tale evoluzione può essere percepita. Il primo è quello che si verifica quando corpo e soggetto vivono un'esistenza temporalmente non coincidente, onde il secondo può venire in considerazione, per un tempo più o meno lungo, anche dopo che il primo ha cessato di esistere. Questo fenomeno di 'sopravvivenza' del corpo si lascia apprezzare non solo e non tanto quando si discorra della dignità del cadavere e del ripudio degli atti di vilipendio (giacché in questi casi la tutela si rivolge soprattutto al sentimento di *pietas* avvertito dai congiunti o dalla generalità dei consociati), né quando si discorra del diritto del singolo di determinare modalità e condizioni del trattamento delle proprie spoglie (poiché in questo caso, per l'ovvia contiguità fra l'orizzonte vitale del singolo e il momento della sepoltura, la volontà cui si tratta di dar corso è una volontà pressoché attuale, destinata ad esaurire i propri effetti in un contesto temporale immediatamente successivo alla morte). Un fenomeno di tipo nuovo si manifesta, piuttosto, quando si fa questione della raccolta, della conservazione e dell'impiego di campioni biologici umani per fini scientifici o di altra natura: realtà, queste,

Biotechnology and the Challenge of Property - Property Rights in Dead Bodies, Body Parts, and Genetic Information, Farnham, 2007; P. ZATTI, "Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 1 ss.; R. CANRILLAC, "Corps humain", in *Dictionnaire des droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et d'autres (éds.), Paris, 2008, p. 219; B. EDELMAN, *Ni chose ni personne - Le corps humain en question*, Paris, 2009; R. CARSTEN, *Eigentum an Körperteilen - Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlil, Heidelberg, 2009; N. HOPPE, *Bioequity - Property and the Human Body*, Farnham, 2009; V. MARZOCCO, *Dominium sui - Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli, 2012. Cfr. altresì, per una ricostruzione di insieme della tematica, condotta da una prospettiva che combina diritto e religione, X. DIJON, *La raison du corps*, Bruxelles, 2012.

[15] Sul processo di 'oggettivazione' del corpo, cfr. per tutti S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi?*, Paris, 2004, p. 29 ss.

che possono oggi conoscere un'esistenza materiale indipendente dalla vita di colui a cui sono appartenuti, senza perdere con ciò la loro inerenza alla sfera dell'umano.

Il secondo scenario in cui il corpo tende per così dire ad emanciparsi dal soggetto, anche agli occhi del diritto, si verifica quando risulta nei fatti attenuata od esclusa, almeno secondo un parametro sociale, l'attitudine del corpo o di una sua parte ad identificare il soggetto a cui quel corpo o quella parte sono appartenuti, con ciò perdendo una prerogativa 'identitaria' tradizionalmente ascritta alla corporeità ed essenziale alla costruzione giuridica del rapporto fra corpo e persona. Alcune parti del corpo, infatti, pur potendo essere univocamente associate a un dato individuo in ragione della loro singolarità genetica, vengono in considerazione sul piano sociale non tanto per il fatto di essere appartenute a questo o a quel soggetto, ma per il fatto – 'impersonale', verrebbe da dire – di presentare certe 'qualità' (l'assenza di determinate patologie etc.) tali da renderle idonee ad uno scopo di cui il progresso medico tecnologico le abbiano rese capaci. In qualche caso, d'altronde, per ragioni diverse, il diritto si preoccupa addirittura di 'impedire' l'identificazione del soggetto a cui certe parti del corpo siano appartenute (è il caso, in particolare, degli organi trapiantati), prescrivendone un'esistenza socialmente 'anonima' e garantendone la rintracciabilità solo a fini medici[16].

La distinzione della quale sembra necessario riconsiderare la nettezza è quella che tradizionalmente oppone il corpo alle cose. Le esperienze giuridiche improntate a una logica personalista rifiutano l'idea che il corpo possa venire in rilievo nella sua mera consistenza materiale: la materialità del corpo resta giuridicamente irriducibile a quella di ogni altra realtà fisica. Sostenere il contrario, proiettando sul corpo un paradigma proprietario, fino a riconoscere un titolo *lato sensu* reale in capo al soggetto a cui quel corpo biologicamente appartiene, significherebbe del resto, ad avviso di alcuni, incorrere in una contraddizione logica: un diritto soggettivo è concepibile solo là dove esista una relazione di alterità fra il soggetto a cui il diritto appartiene e la realtà su cui questo si estende; un presupposto, questo, che non sarebbe riscontrabile nel caso del corpo umano, se è vero che l'uomo è per sua natura un'unità[17].

Questo assunto è oggi messo in discussione sotto la spinta di fattori

[16] Cfr. in questo senso, nel diritto italiano, l'art. 18, comma 2, e l'art. 19, comma 1, della legge 1° aprile 1999, n. 91, in tema di prelievi e trapianti di organi e di tessuti. V. altresì l'art. 23 del Protocollo addizionale alla Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, concernente il trapianto di organi e tessuti di origine umana, fatto il 24 gennaio 2002, e l'art. 8 della citata direttiva 2004/23/CE.

[17] R. ANDORNO, *La bioéthique et la dignité de la personne*, Paris, 1997, p. 35.

tanto tecnologici quanto politici, che segnalano, come si è accennato, l'acquisita attitudine di alcune parti del corpo ad esprimere già in quanto tali un 'valore': un valore di scambio, in qualche caso, ma anche una valenza sociale, posto che organi, tessuti e dati genetici, quanto meno se resi disponibili nel rispetto dei principi di libertà, gratuità e dignità della persona e secondo modalità tali da non pregiudicare una effettiva parità di accesso ai vantaggi che possono trarsene, rendono possibili delle pratiche solidaristiche nell'ambito della ricerca scientifica e in medicina[18]. Il tema del corpo, sulla scia di questi sviluppi, si proietta su terreni giuridici che prima non gli appartenevano, contribuendo a suggerire una ridefinizione dei relativi perimetri, in particolare lungo il confine, divenuto poroso, che separa i diritti fondamentali dall'area del contratto[19].

3. La costruzione dello statuto internazionalprivatistico del corpo: un'ipotesi di lavoro

Questo scritto si propone di avviare una riflessione circa gli schemi concettuali secondo cui le diverse culture del corpo, considerate alla luce delle regole che ne costituiscono il portato (e che concorrono ad assicurarne la conservazione), possono coordinarsi fra loro in relazione a fattispecie a carattere transnazionale. L'obiettivo è quello di tracciare – in assenza di norme specificamente rivolte a questo scopo rinvenibili nei si-

[18] L'idea che la disponibilità materiale di parti del corpo possa corrispondere a un interesse socialmente apprezzabile affiora talora anche in contesti diversi da quelli considerati nel testo. Può citarsi in proposito la vicenda della testa tatuata di un guerriero Maori, donata nel 1875 alla città di Rouen per esservi esposta nel locale museo di storia naturale, e poi oggetto, nel 2007, di un provvedimento di restituzione allo Stato neozelandese disposto dalle autorità cittadine su sollecitazione del governo di quel Paese. Per il Tribunal Rouen, 27 dicembre 2007, in *Juris Classeur Périodique*, 2008, II, n. 10041, con nota di C. SAUJOT, la questione va, sì, affrontata nella prospettiva della tutela della dignità della persona, dovendosi riaffermare su questa base il divieto del commercio del corpo; ma là dove la dignità è rispettata, come attestato dalla cura con cui il reperto viene conservato nel museo, devono ritenersi preminenti – in nome della inalienabilità del patrimonio pubblico – le ragioni che consentono al museo di continuare a perseguire con tale oggetto la missione scientifica ed educativa di cui è investito. Nel 2011, il governo francese ha comunque deciso di restituire alla Nuova Zelanda questo ed altri analoghi reperti, conservati in vari musei transalpini. Sui problemi giuridici collegati alla restituzione di reperti umani conservati per fini scientifici e culturali, cfr. C. WOODHEAD, "Summary of the Report of the Working Group on Human Remains in Museum Collections", in *Art, Antiquity and Law*, 2004, p. 178 ss., e S. GALLAGHER, "Museums and the Return of Human Remains: An Equitable Solution?", in *International Journal of Cultural Property*, 2010, p. 65 ss.

[19] Cfr. in generale R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, 2012.

stemi internazionalprivatistici nazionali e negli strumenti di diritto internazionale privato uniforme – le grandi linee dello statuto internazionalprivatistico del corpo[20]. Ci proponiamo non già di delineare i contenuti e l'articolazione di una possibile disciplina conflittuale dei diritti che ineriscono al corpo, ma di identificare e trattare brevemente alcune delle questioni di fondo nelle quali si imbatterebbe chi intraprendesse una simile operazione.

I rilievi che ci apprestiamo a svolgere, limitati alla sfera dei conflitti di leggi ed elaborati sullo sfondo del sistema italiano di diritto internazionale privato, prenderanno a riferimento un quadro fattuale specifico, quello in cui si faccia questione dell'uso di organi, tessuti e altri materiali biologici umani nell'ambito di una biobanca. Il termine biobanca designa le strutture tecniche e amministrative, create in forza di provvedimenti pubblici o sulla base di strumenti privatistici, in seno alle quali vengono assicurati lo stoccaggio sistematico di campioni e altro materiale biologico, la raccolta e il trattamento di informazioni genetiche e di altra natura ad essi relative, la corretta conservazione del materiale stoccato, la sua distribuzione per fini di ricerca o di cura e la diffusione dei dati da esso ricavati ovvero di colture e preparati realizzati a partire dallo stesso[21]. La pratica del *biobanking*, di per sé non nuova se si considera che ormai da lungo tempo laboratori ed ospedali conservano campioni provenienti da atti chirurgici e diagnostici, costituisce oggi una risorsa di importanza primaria per la conoscenza di determinate patologie, specie rare, nonché per l'elaborazione di nuovi metodi di cura e per lo sviluppo di una medicina 'personalizzata', modellata sul particolare profilo genetico del paziente. Varie preoccupazioni di ordine etico e giuridico sono emerse in rapporto al fenomeno, vuoi con riguardo alla riservatezza delle

[20] Il tema proposto si colloca in una cornice, quella dei rapporti tra bioetica (e biodiritto) e diritto internazionale privato, su cui la dottrina ha sin qui abbastanza raramente dedicato la propria attenzione. Fra i principali contributi, C. LABRUSSE-RIOU, "Bioéthique et droit international privé: objectifs et méthodes en questions", in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2000-2002, p. 47 ss. Nel 2012, l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja ha ospitato un corso di M. AUDIT dal titolo "Bioéthique et droit international privé", sin qui non pubblicato nel *Rec. des Cours*.

[21] Sulle questioni di ordine giuridico suscitate dalle biobanche cfr. H. GOTTWEIS, A. PETERSEN (eds.), *Biobanks - Governance in Comparative Perspective*, Abingdon, 2008; K. DIERICKX, P. BORRY (eds.), *New Challenges for Biobanks - Ethics, Law and Governance*, Antwerp, 2009; G. NOVELLI, I. PIETRANGELI, "I campioni biologici", in *Trattato di biodiritto - Il governo del corpo*, cit., p. 1027 ss.; J. KAYE, S.M.C. GIBBONS, C. HEENEY, M. PARKER, A. SMART (eds.), *Governing Biobanks - Understanding the Interplay between Law and Practice*, Oxford, 2012; P. DABROCK, J. TAUPITZ, J. RIED (eds.), *Trust in Biobanking - Dealing with Ethical, Legal and Social Issues in an Emerging Field of Biotechnology*, Berlin, 2012; M. MACILOTTI, *Le biobanche di ricerca - Studio comparato sulla zona grigia tra privacy e proprietà*, Trento, 2013.

informazioni acquisite, vuoi in rapporto alle decisioni adottate da tali strutture circa la destinazione di reperti e preparati[22].

In quest'ambito, diverse sono le situazioni in rapporto alle quali può sorgere la necessità di risolvere un conflitto di leggi. Va considerato, per un verso, che i campioni biologici che confluiscono in una biobanca possono provenire da persone di cittadinanza diversa, residenti in Stati diversi ovvero suscettibili, quando si tratti di donatori viventi, di muoversi da un Paese all'altro dopo il conferimento. Per altro verso, l'impiego dei campioni e delle informazioni ad essi riferibili può proiettarsi in una pluralità di Paesi: quelli in cui sono stabiliti i fruitori istituzionali delle utilità così prodotte (strutture cliniche e di ricerca etc.), o quelli in cui – magari a causa della gestione negligente della banca – i campioni stessi vengono sviati o dispersi[23]. Di qui la possibilità che determinazioni ascrivibili a una pluralità di ordinamenti giuridici distinti (l'ordinamento del Paese sul cui territorio la biobanca è amministrata, quello in virtù delle cui regole la biobanca è stata costituita, quello del Paese di cittadinanza o di residenza abituale della persona da cui sono stati ricavati i campioni, quello del Paese in cui si sia realizzato un uso illecito delle informazioni o dei reperti etc.) abbiano vocazione a regolare, dal loro punto di vista, una o più questioni giuridiche riguardanti una data realtà corporea.

Beninteso, gli scenari appena delineati sono riconducibili, in prima battuta, a istituti giuridici il cui trattamento nei conflitti di leggi risponde a schemi del tutto familiari. Il conferimento dei campioni può obbedire ad una logica contrattuale o allo schema del *trust*. L'impiego del materiale raccolto, visto dall'angolatura del conferente (ed eventualmente dei suoi eredi), si inquadra nell'esecuzione di un programma negoziale. L'eventuale condotta pregiudizievole della banca, ove non integri una deviazione da quel programma, suscettibile di giustificare l'esperimento dei rimedi normalmente offerti al creditore (o al beneficiario, nella prospettiva del *trust*), potrà venire in considerazione alla stregua di un illecito aquiliano.

Anche così, tuttavia, si tratta di stabilire 'che cosa', precisamente,

[22] Per un'analisi d'insieme del fenomeno, cfr. di recente E. MAESTRI, "La dispensa umana. Aspetti scientifici, giuridici ed etici delle biobanche", in *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, F. POGGI (a cura di), Roma, 2013, p. 71 ss.

[23] Pochi in dottrina sono stati, sin qui, gli studi dedicati in modo specifico agli aspetti privatistici (e internazionalprivatistici) dell'attività delle biobanche. Fra questi può citarsi il lavoro monografico di S. MORVAN, *Les flux transfrontières de produits biologiques d'origine humaine - Un aspect nouveau du droit du commerce international*, Bordeaux, 2002, peraltro solo in parte consacrato alla dimensione privatistica (invero, più precisamente, contrattuale) dei flussi considerati.

venga conferito dal singolo alla biobanca, e 'che cosa' rischi di subire una lesione, inquadrabile in uno sviluppo patologico del rapporto o nella menomazione di un interesse protetto *erga omnes*. Tali interrogativi alimentano una questione logicamente preliminare a quelle suscettibili di insorgere con riferimento al contratto, al *trust* o all'illecito di cui si discute, e capace – almeno in linea di principio – di ricevere una soluzione autonoma[24]. Si tratta in sostanza di stabilire – al fine di verificare l'ammissibilità di un atto dispositivo, di individuare a chi spetti far valere un'eventuale pretesa risarcitoria etc. – quale sia la legge deputata a determinare la natura, l'estensione e le possibili vicende delle posizioni giuridiche soggettive riferite al corpo umano e alle sue parti.

Le norme che disciplinano i conflitti di leggi in materia di diritti della personalità – in Italia, come è noto, l'art. 24 della legge 31 maggio 1995 n. 218, recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato[25] – sono evidentemente le prime a cui viene da volgere lo sguardo. Non è però affatto evidente che, nel contesto considerato in questa sede, l'applicazione di tali norme costituisca una soluzione del tutto appagante.

Il corpo, come si è detto, pur partecipando alla costruzione della personalità, non si lascia ridurre per intero entro i confini di quest'ultima. Il rilievo, ai fini che qui interessano, è tanto più significativo se si considera che, nei sistemi internazionalprivatistici nazionali, le norme di conflitto specificamente riferite ai diritti della personalità (o comunque applicabili a quei diritti in quanto riguardanti in via generale lo statuto personale delle persone fisiche), mirano perlopiù ad assicurare che i diritti in questione siano sottoposti in modo univoco e rigido alla legge del Paese con cui l'interessato intrattiene un certo legame politico e sociale ritenuto significativo: legame da identificarsi ora nella cittadinanza (come dispone l'art. 24 della nostra legge di riforma o l'art. 34 del codice belga di diritto internazionale privato del 16 luglio 2004), ora nel domi-

[24] Non è questa, evidentemente, la sede appropriata per dar conto della vasta problematica della legge applicabile alla questione preliminare nel diritto internazionale privato. Cfr. a questo fine, anche per ulteriori rinvii: R. SCHUZ, *A Modern Approach to the Incidental Question*, London, 1997, nonché, per tutti, nella dottrina italiana, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale - Parte generale e obbligazioni*, 5ª ed., Torino 2010, p. 215 ss.

[25] La norma stabilisce, al 1° comma, che «L'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge nazionale del soggetto», aggiungendo che, tuttavia, «[…] i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto». Il 2° comma precisa che «[l]e conseguenze della violazione dei diritti di cui al comma 1 sono regolate dalla legge applicabile alla responsabilità per fatti illeciti».

cilio (come dispongono, fra gli altri, l'art. 33 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 o l'art. 16 della legge venezuelana di diritto internazionale privato del 6 agosto 1998). Estendere al corpo, senza correttivi, una soluzione di questo genere, ancorata in modo rigido alla proiezione geografica del soggetto di cui trattasi e non suscettibile di modulazioni volontarie (e ciò in linea, del resto, con l'idea che i diritti della personalità integrano il patrimonio originario, irrinunciabile e inalienabile dell'interessato e dunque gli competono per necessaria implicazione delle norme obiettive), potrebbe comportare degli inconvenienti di un certo momento.

Va considerato, innanzitutto, che nel momento in cui le singole parti del corpo vengono avviate ad un'esistenza materiale distinta da quella di colui da cui provengono, ancorare lo statuto giuridico delle stesse all'ordinamento a cui 'appartiene' l'individuo in questione rischia di frustrare alcuni dei vantaggi che quell'ancoraggio, viceversa, dovrebbe per sua natura propiziare. Se infatti è del tutto plausibile che il regime giuridico della personalità, proiezione sociale dell'individuo, si saldi all'ambiente con cui la persona di cui trattasi intrattiene una relazione socialmente significativa (per via della sua cittadinanza o in ragione del suo domicilio o della sua residenza), è meno comprensibile che quello stesso legame investa 'porzioni' di personalità che, per quanto biologicamente ascrivibili all'individuo da cui provengono, hanno di fatto cessato di integrarne l'identità in senso sociale. La persona da cui i campioni sono stati prelevati potrebbe condurre la propria esistenza in un contesto lontanissimo da quello in cui si consumano le vicende – viceversa anonime, o comunque 'spersonalizzate' – dei campioni stessi.

Per delineare lo statuto internazionalprivatistico del corpo conviene, piuttosto, prendere le mosse dai particolari valori materiali che innervano la materia di cui discorriamo. Caduta l'illusione della neutralità della norma di conflitto e recuperato il senso politico delle opzioni di ordine tecnico che ne descrivono la fisionomia e il funzionamento[26], diviene in-

[26] La (ri)scoperta della funzione politica e sociale del diritto internazionale privato costituisce uno dei prodotti del dibattito relativo alla 'crisi' della norma di conflitto, imputata dalla dottrina del XX secolo al metodo tradizionale dei conflitti di leggi e alla logica localizzatrice che lo informa, cfr. per tutti G. KEGEL, "The Crisis of Conflict of Laws", in *Rec. des Cours*, vol. 112, 1964, p. 91 ss., e B. AUDIT, "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit - Sur la crise des conflits de lois", ivi, vol. 186, 1984, p. 219 ss. La 'strumentalità' del diritto internazionale privato, a dispetto della apparente astrattezza di molte sue disposizioni, appare oggi un dato acquisito, riferibile anche alle norme che rispondono al metodo tradizionale: in argomento v. di recente V. VAN DEN EECKHOUT, "The Instrumentalisation of Private International Law: *quo vadis*? Rethinking the 'Neutrality' of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of

fatti cruciale identificare gli obiettivi di cui la stessa norma di conflitto, pur con le sue peculiari modalità, è chiamata a farsi strumento. Una volta identificati tali obiettivi è possibile modellare, attingendo al vasto strumentario della disciplina, le soluzioni operative più adatte alla realizzazione degli stessi, se del caso adeguando (per via legislativa, ove non basti l'opera dell'interprete) le norme esistenti, ove inadatte allo scopo.

Quattro sono i valori su cui conviene concentrarsi. Essi intrattengono fra loro un rapporto dialettico e si prestano ad essere esaminati per coppie: la prima coppia contrappone l'idea di universalità dei diritti sul corpo alla diversità delle culture giuridiche del corpo; la seconda contrappone l'autonomia dell'individuo alla sua responsabilità sociale.

4. I diritti sul corpo tra universalismo e relatività culturale

I diritti sul corpo, connessi come sono alle coordinate esistenziali della persona umana (nascita, morte, salute, riproduzione, sessualità etc.) si inscrivono pacificamente nell'orizzonte dei diritti fondamentali. Il dato, da tempo acquisito ai sistemi costituzionali di impronta personalista, come quello italiano[27], trova ormai sicure conferme nel diritto internazionale dei diritti umani, tanto a livello universale quanto nel contesto regionale europeo.

Particolarmente rilevante, su questo terreno, è stato il contributo della Corte europea dei diritti umani. I giudici di Strasburgo hanno dato vita ad un'ampia giurisprudenza sui temi del corpo, perlopiù incentrata sull'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, relativo al rispetto della vita personale e familiare, e sull'art. 2, riguardante il diritto alla vita[28]. Centrale, nell'elaborazione della Corte, è il riferimento all'autonomia personale. Facendo leva sul principio di autonomia, la Corte ha escluso, ad esempio, la legittimità di pressoché ogni interferenza statale nella sfera delle relazioni sessuali ed ha scorto una violazione della Convenzione nel rifiuto opposto dalle autorità statali all'adattamento

Private International Law", disponibile nella piattaforma *Social Science Research Network* all'indirizzo ssrn.com.

[27] Oltre a R. ROMBOLI, "La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo", in *Pol. dir.*, 1991, p. 565 ss., v. in proposito P. VERONESI, "Uno statuto costituzionale del corpo", in *Trattato di biodiritto - Il governo del corpo*, cit., p. 137 ss.

[28] Cfr. in argomento, per tutti, M. LEVINET, "Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", in *La libre disposition de son corps*, J.M. LARRALDE (éd.), Bruxelles, 2009, p. 71 ss.

dell'identità fisica dell'interessato a quella di genere da esso percepita[29]. La Corte si è egualmente richiamata all'autonomia personale con riferimento alle misure adottate dagli Stati contraenti sul controverso terreno delle scelte di fine vita, salvo reputare sacrificabili le ragioni dell'autodeterminazione del singolo di fronte a proibizioni (come quella avente ad oggetto il c.d. suicidio assistito) ritenute necessarie in una società democratica e proporzionate ai valori in gioco[30].

La giurisprudenza della Corte ha contribuito a porre le basi per l'elaborazione di specifici strumenti normativi nel campo del biodiritto, segnatamente la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sulla biomedicina, in vigore per poco meno di trenta Stati (fra cui peraltro non vi è l'Italia, in mancanza di una ratifica pure autorizzata dalle Camere)[31], e i relativi protocolli addizionali[32]. Il principio di autonomia e la salvaguardia della dignità umana giocano anche in questo specifico contesto un ruolo essenziale: il primo illumina, in particolare, la disciplina del consenso informato[33]; la seconda si traduce nel primato degli interessi e del benessere della persona umana rispetto al mero interesse della società e della scienza[34].

I diritti sul corpo, letti da questa angolatura, assumono una valenza universale: il loro rispetto, dovuto negli Stati vincolati dalle norme in esame a chiunque si trovi sottoposto alla loro giurisdizione, sembrerebbe rifiutare ogni temperamento fondato su specificità geografiche, economiche e sociali[35]. Tale circostanza potrebbe indurre i singoli Stati a ga-

[29] Cfr. in particolare Corte europea dei diritti umani, *K.A. e A.D. v. Belgio*, ricorsi n. 42758/98 e 45558/99, sentenza del 17 febbraio 2005, nella banca dati *Hudoc* (hudoc.echr.coe.int), par. 83, e Corte europea dei diritti umani, *Christine Goodwin v. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002, in *Recueil*, 2002-VI, par. 90.

[30] Corte europea dei diritti umani, *Pretty v. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza del 29 aprile 2002, in *Recueil*, 2002-III, par. 61.

[31] Sugli usi giurisprudenziali della Convenzione cfr. peraltro, per tutti, F.M. PALOMBINO, "La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano", in *Giur. cost.*, 2011, p. 4811 ss.

[32] Oltre al Protocollo menzionato *supra*, alla nota 16, si tratta del Protocollo addizionale sulla ricerca biomedica, del 25 gennaio 2005, e del Protocollo addizionale sui test genetici realizzati a fini di cura, del 27 novembre 2008. Sulla Convenzione e i suoi Protocolli cfr. fra i contributi recenti I.R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009, nonché J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS, J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention - Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, 2005.

[33] La Convenzione di Oviedo ne tratta in modo specifico agli art. da 5 a 9.

[34] Così l'art. 2 della Convenzione di Oviedo.

[35] Sul senso e l'evoluzione storica dell'aspirazione universalista nel discorso sui diritti umani v. ora i saggi raccolti in R. ARNOLD (a cura di), *The Universalism of Human Rights*, Dordrecht, 2013.

rantire sistematicamente la protezione di tali diritti, anche sul piano privatistico, nei termini e con gli strumenti stabiliti dal rispettivo ordinamento; e ciò a prescindere dall'intensità del rapporto che leghi l'interessato alla vita giuridica del foro e dalla oggettiva prossimità della fattispecie all'ambiente sociale in cui la stessa viene valutata e decisa. L'ammissibilità degli atti di conferimento relativi a tessuti e parti del corpo, la revocabilità delle manifestazioni di volontà già espresse in tal senso, la natura e il contenuto delle prerogative suscettibili di essere concesse o trasferite alle strutture in cui i campioni sono destinati ad essere conservati etc., finirebbero così per dipendere, in ogni caso, dalle valutazioni del foro[36].

Varie considerazioni militano, in realtà, a favore di un approccio caratterizzato da una maggiore apertura internazionalistica. La prima considerazione rappresenta il corollario della già rilevata valenza culturale del corpo. In questo campo, negare in radice ogni rilevanza alle norme straniere equivale a disconoscere il valore della diversità culturale: agli individui, per questa via, verrebbe impedito di far valere l'identità di cui sono portatori (informata anche a fattori culturali, appunto) e di beneficiare in rapporto ad essa di quella continuità di regolamentazione giuridica nello spazio che il diritto internazionale privato mira per sua natura a favorire. Contro una simile deriva, la norma di conflitto, se costruita in termini bilaterali (cioè in termini strutturalmente aperti all'eventualità del richiamo di un diritto straniero), si candida a costituire una sorta di valvola capace di dosare la vocazione universalista dei diritti dell'uomo e il particolarismo delle culture del corpo.

La mediazione così realizzata fra le spinte anzidette, e veniamo così alla seconda considerazione, non è necessariamente incompatibile con le

[36] È appena il caso di osservare che le norme internazionali richiamate nel testo, pur definendo una serie di standard comuni, non hanno la pretesa di dettare, specie sul piano privatistico, una regolamentazione uniforme completa delle fattispecie considerate. Così, ad esempio, la Convenzione di Oviedo, all'art. 21, si preoccupa di vietare che il corpo e le sue parti costituiscano, in quanto tali, una fonte di guadagno («The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain»), ma al di là di questa pur cruciale indicazione (ribadita, per inciso, all'art. 3, lett. *c*) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), essa lascia impregiudicata la questione della natura, della portata e del contenuto dei diritti, anche suscettibili di valutazione patrimoniale, riguardanti il corpo e le sue parti. Spetta agli ordinamenti nazionali rispondere a tali interrogativi, e così pure definire la cornice attuativa dei diritti di fonte convenzionale (ad esempio in rapporto a quanto prevede l'art. 22, secondo cui, «[w]hen in the course of an intervention any part of a human body is removed, it may be stored and used for a purpose other than that for which it was removed, only if this is done in conformity with appropriate information and consent procedures», o in rapporto all'art. 24, secondo cui «[t]he person who has suffered undue damage resulting from an intervention is entitled to fair compensation according to the conditions and procedures prescribed by law»).

stesse norme internazionali che tutelano i diritti fondamentali della persona umana. Anzi, la possibilità di valorizzare, nella concreta protezione di quei diritti, le implicazioni culturali derivanti dall'applicazione di un certo diritto invece di un altro, è almeno potenzialmente un passaggio necessario per pervenire a risultati di cui le stesse norme internazionali impongono il perseguimento. Consentendo a certi valori giuridici stranieri di fare ingresso nel foro, l'ordinamento si dà i mezzi, infatti, per soddisfare, in termini unitari e bilanciati, le diverse esigenze che – già al livello delle pertinenti norme internazionali – circondano l'uso del corpo: l'affermazione dell'autonomia del singolo, la salvaguardia della dignità della persona e il rispetto e la promozione della diversità culturale. Non includere il fattore indicato da ultimo fra le leve capaci di orientare il giudice e l'interprete significherebbe, di fatto, ostacolare la realizzazione di valori che lo stesso ordinamento internazionale mostra di voler tutelare, come dimostra, in particolare, la Convenzione del 20 ottobre 2005 sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (attualmente in vigore per circa centotrenta Paesi, compresa l'Italia).

Certo, questo modo di procedere apre la strada, nel foro, ad una tutela diversificata dei diritti in discorso, e più specificamente – se si tratta di norme di conflitto ispirate da una logica localizzatrice – ad una tutela diversificata in ragione delle proiezioni geografiche (di indole personale o oggettiva) della situazione considerata. Una certa variabilità della tutela non appare tuttavia incompatibile con l'immagine che le stesse norme internazionali propongono dei diritti fondamentali sul corpo. Giova rammentare in proposito che, nell'attuare gli obblighi internazionali relativi alla protezione dei diritti di cui parliamo, i singoli Stati godono di un certo margine di apprezzamento, più o meno ampio a seconda delle questioni considerate e del grado di convergenza delle soluzioni rinvenibili nelle diverse legislazioni nazionali. È dunque perfettamente plausibile, già dal punto di vista delle pertinenti norme internazionali, che la fisionomia dei diritti sul corpo risponda in ciascun ordinamento a modelli particolari, non per questo incompatibili con i parametri internazionali pertinenti. Si aggiunga che negare rilievo in modo sistematico alle forme di protezione dei diritti sul corpo stabilite in un ordinamento straniero, solo perché diverse da quelle invalse nel foro, contraddirebbe nei fatti l'idea di cooperazione fra Stati che le norme internazionali relative ai diritti umani e alla promozione della diversità culturale intendono, viceversa, propiziare[37].

[37] Ai sensi dell'art. 12 della Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione

In definitiva, nel costruire la disciplina dei conflitti di leggi applicabile ai diritti relativi al corpo e all'uso delle sue parti sembra opportuno preferire, sul piano del metodo, l'impiego di norme capaci di richiamare, a seconda delle circostanze, tanto la *lex fori* quanto un diritto straniero, e dunque – salvo apportarvi delle coloriture materiali, più o meno marcate – delle norme dirette in prima battuta a situare la fattispecie nello spazio. La tecnica della localizzazione, specie se volta ad individuare la cornice (non tanto territoriale, quanto piuttosto) sociale e culturale della fattispecie, consente infatti di mettere in comunicazione tra loro l'ambiente giuridico del foro e le regole nelle quali si esprimono i valori culturali implicati nella situazione.

Il rischio che, per questa via, il foro possa dare ingresso a valori incompatibili con i valori di autonomia e dignità, o tradursi nella violazione di altri precetti ritenuti fondamentali (ad esempio, il divieto di discriminazione sulla base del sesso o della razza), può essere scongiurato con accorgimenti ben noti al diritto dei conflitti di leggi: accorgimenti relativi tanto alla articolazione della norma e del criterio di collegamento ivi impiegato, quanto ai meccanismi volti a limitare il funzionamento della regola di conflitto in nome di particolari esigenze regolatorie del diritto sostanziale del foro, vale a dire l'eccezione di ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria. È del resto comunemente ammesso, a proposito dei meccanismi indicati da ultimo, che la tutela dei diritti fondamentali della persona, anche nei termini sanciti dalle pertinenti norme internazionali, integri i principi deputati a formare l'ordine pubblico di un Paese, e che la salvaguardia dei diritti fondamentali possa tradursi nell'elaborazione di regole materiali a carattere internazionalmente imperativo, destinate in quanto tali a prevalere sulle norme di conflitto, anticipandone o comunque alterandone l'operare[38].

della diversità delle espressioni culturali, gli Stati contraenti «[…] shall endeavour to strengthen their bilateral, regional and international cooperation for the creation of conditions conducive to the promotion of the diversity of cultural expressions». Per quanto la norma non sia stata concepita avendo specificamente in vista il genere di apertura cui è preposto il diritto internazionale privato, riesce difficile immaginare come il dialogo che la norma punta ad agevolare possa svolgersi in modo efficace fra Stati che escludano per principio o limitino grandemente l'applicabilità del diritto straniero ove si tratti di istituti di marcata matrice culturale. Sulla relazione che lega il diritto internazionale privato alla promozione e tutela della diversità culturale, cfr. in generale A. MALATESTA, "Cultural Diversity and Private International Law", in *Liber Fausto Pocar*, G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), vol. II, Milano, 2009, p. 643 ss., e J. VERHELLEN, "Lost in Nationality: Private International Law and Cultural Diversity", in *Legal Approaches to Cultural Diversity*, M.C. FOBLETS, N. YASSARI (eds.), Leiden, 2013, p. 521 ss.

[38] Cfr. in generale sull'argomento, oltre allo studio di M. VOLTZ, *Menschenrechte und ordre public im internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, 2002, lo scritto di

5. L'identità culturale del singolo e la sua problematica declinazione in termini 'geografici'

Affermata l'opportunità di un'apertura verso i valori giuridici stranieri, in quanto funzionale alla valorizzazione della dimensione culturale del regime giuridico del corpo, resta da capire in che modo tale apertura vada realizzata, cioè in quale direzione essa debba indirizzarsi.

L'inerenza del corpo alla sfera della personalità, malgrado il rilevato scollamento fra corpo e soggetto, induce a concentrare l'attenzione, almeno in prima battuta, sui criteri di collegamento di natura personale. Ove si voglia agevolare l'ingresso nel foro dei valori culturali implicati nella fattispecie, la soluzione più ovvia consiste nel localizzare la situazione nell'ambiente sociale con cui la persona di cui trattasi sia legata da vincoli culturali particolarmente intensi. L'interessato, in questo modo, anche dove sposti il proprio orizzonte di vita da un Paese ad un altro, potrà confidare in prima battuta – per quanto concerne la sua persona e il suo corpo – nell'applicazione delle norme che veicolano l'identità giuridico-culturale dell'ambiente sociale in cui lo stesso affonda le sue origini.

Un'opinione diffusa scorge nell'impiego del legame di cittadinanza il mezzo per proiettare nel foro la cultura dell'individuo e le regole che ne sono l'espressione. L'applicazione della *lex patriae* ai fini della valorizzazione dell'identità culturale del singolo presenta tuttavia alcuni inconvenienti. Giova in questa sede segnalarne almeno due.

Va rilevato, per un verso, che l'identità 'nazionale' di un individuo è solo una delle molte identità – religiosa, linguistica, etnica etc. – di cui l'interessato può essere portatore[39]. Di fatto, l'identità nazionale potrebbe non essere, nel caso specifico, l'identità più intensamente percepita dal singolo, e potrebbe addirittura, in qualche caso, presentarsi come un'identità imposta a quest'ultimo (in quanto membro di una minoranza, ad esempio, ove i diritti di questa non godano di tutela) precisamente per soppiantare legami culturali più profondi. Non è escluso, per la verità, specie nel primo caso, che le altre identità dell'individuo possano venire in rilievo in via mediata: in particolare, quando la *lex patriae* si scom-

N. WATTÉ, "Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme", in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, 2004, p. 1047 ss., nonché R. CALLSEN, "Human Rights and Public Policy Exception in Private International Law", in *Human Rights Abuses in the Contemporary World: Tri-national Workshop*, R. ALLEWELDT, R. CALLSEN, J. DUPENDANT (eds.), Bern, 2012, p. 125 ss.

[39] Su tutta la tematica cfr. E. JAYME, *Zugehörigkeit und kulturelle Identität - Die Sicht des internationalen Privatrecht*, Göttingen, 2012.

ponga al suo interno di una pluralità di sistemi privatistici distinti, un simile risultato può essere raggiunto ogniqualvolta il richiamo possa orientarsi, nel foro, verso il sistema che esprima il radicamento culturale più genuino dell'individuo[40]. Anche così, la valorizzazione di queste altre identità, quando sia filtrata dal richiamo della legge nazionale della persona di cui trattasi, rischia di risultare limitata o difficile.

È bene osservare, per altro verso, che la particolare stabilità del legame di cittadinanza sembra porsi in contrasto con la facilità con la quale, in un'epoca di accresciuta mobilità delle persone, gli individui possono integrare nel corso della vita degli ambienti sociali nuovi, rendendosi partecipi, almeno potenzialmente, della relativa vita culturale. Si colloca sullo sfondo di questa dinamica la contrapposizione fra il criterio internazionalprivatistico della cittadinanza e quello della residenza abituale: il primo, si suole osservare, proietta l'individuo nell'orizzonte giuridico delle origini, nella terra dei padri; il secondo premia invece il *qui e ora* della vita del soggetto, situando le vicende che lo riguardano nella cornice sociale in cui di volta in volta, per un tempo apprezzabile, si colloca il centro principale delle sue relazioni[41]. Sarebbe tuttavia eccessivo pretendere di rinvenire entro questa contrapposizione, specie se intesa rigidamente, delle indicazioni sempre attendibili circa l'identità culturale della persona di cui trattasi: vuoi perché, come detto, la cultura nazionale del Paese di cittadinanza non corrisponde sempre, neppure 'in partenza', alla cultura effettiva o principale dell'individuo considerato; vuoi perché il singolo potrebbe maturare col Paese di accoglienza, magari in un orizzonte temporale sufficientemente lungo, un rapporto tanto intenso da influenzarne profondamente l'identità culturale. In pratica, in un numero non trascurabile di casi, le plurime identità dell'individuo possono innescare un concorso che il richiamo della *lex patriae* non è sempre in grado di amministrare in modo appropriato.

[40] A un risultato di questo genere potrebbe condurre, in Italia, l'art. 18 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in tema di richiamo di ordinamenti plurilegislativi; ciò, quanto meno, quando non sia dato rinvenire nell'ordinamento richiamato dei criteri per la soluzione del rilevato conflitto interlocale o interpersonale e si tratti dunque di applicare, in forza del 2° comma, «[…] il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto». Nel determinare il sistema con cui la fattispecie risulta più intensamente collegata occorre in effetti guardare, fra gli altri, ai legami di tipo culturale fra l'individuo di cui trattasi e l'una o l'altra delle comunità a cui corrispondono i diversi sistemi di cui si compone l'ordinamento. Cfr. in proposito C. RICCI, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, Padova, 2004, p. 96 ss.

[41] Sia permesso rinviare in proposito a P. FRANZINA, "The Evolving Role of Nationality in Private International Law", in *The Changing Role of Nationality in International Law*, A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), Abingdon, 2013, p. 193 ss.

6. I diritti sul corpo tra autonomia dell'individuo e responsabilità sociale

Una delle tecniche mediante le quali è possibile comporre un conflitto di identità come quello a cui si è appena fatto cenno consiste nel permettere all'interessato di scegliere lui stesso l'ordinamento a cui intende ancorare la regolamentazione materiale delle vicende che investono la propria persona e il proprio corpo. Approdiamo così alla seconda coppia di valori alla quale sembra opportuno ancorare la costruzione dello statuto internazionalprivatistico del corpo, quella che oppone l'autonomia dell'individuo alla sua responsabilità sociale.

L'espansione del ruolo dell'autonomia privata nella soluzione dei conflitti di leggi costituisce una delle grandi tendenze del diritto internazionale privato contemporaneo[42]. Nell'area dei diritti della persona – e dunque, in linea di principio, dei diritti che si riferiscono al corpo – l'autonomia è chiamata a soddisfare fondamentalmente due esigenze. Da un lato, lo si è appena accennato, l'*electio iuris* serve a 'completare' i criteri di natura personale tradizionalmente impiegati in quest'ambito, correggendone l'operare: il legislatore, rinunciando ad affermare una volta per tutte il primato dell'uno o dell'altro collegamento, rimette all'interessato il compito di stabilire quali siano di volta in volta le proiezioni (geografiche e) socio-culturali meritevoli di maggiore considerazione. Dall'altro, riconoscendo al singolo la possibilità di incidere sull'assetto dei propri interessi già nella fase in cui ne viene identificata la cornice ordinamentale, il legislatore proietta sul terreno del diritto internazionale privato il valore materiale dell'autodeterminazione del singolo, elevato – come si è visto – a parametro ricostruttivo dei diritti fondamentali in questa materia. Nell'uno come nell'altro caso, l'individuo, operando la scelta eventualmente concessagli dalla norma di conflitto afferma la propria singolarità: e lo fa ora contrapponendosi alle scelte tradizionali o maggioritarie del gruppo (familiare, etnico, religioso) da cui proviene, ora – al contrario – riconoscendosi in quel gruppo e 'professandone' il diritto. La scelta dell'interessato dovrebbe comunque essere limitata, alla luce di quanto precede, a un numero ragionevolmente limitato di opzioni, cioè alla legge di Paesi con cui lo stesso intrattenga un

[42] Cfr. per tutti sugli sviluppi recenti dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato, J. BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts", in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 32 ss., e C. KOHLER, "L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme", in *Rec. des Cours*, 2012, vol. 359, p. 285 ss.

rapporto che possa reputarsi apprezzabile nell'ottica dei valori sostanziali (di rispetto dell'identità culturale, ma anche di promozione dell'integrazione sociale etc.) ritenuti pertinenti al fenomeno in discorso. Una scelta più ampia, o addirittura illimitata, rischierebbe del resto di agevolare il ricorso a pratiche elusive: per quanto in linea di principio contrastabili con gli strumenti dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria, queste potrebbero trovare impiego nei fatti per facilitare un inammissibile impiego 'commerciale' del corpo e delle sue parti.

Per essere conforme all'idea di autonomia e di individualità che circonda il governo del corpo nell'orizzonte dei diritti umani, un'eventuale *professio iuris* dovrebbe peraltro essere corredata da cautele che ne garantiscano una maturazione libera e informata. Una scelta coartata, o espressa sulla base di informazioni parziali o inadeguate (circa i contenuti della legge scelta e dunque circa gli esiti materiali cui condurrebbe la sua applicazione), si porrebbe in contrasto col già ricordato primato dell'uomo sugli interessi sociali e scientifici, e con il rigetto – in nome di quello – di un uso del corpo rivolto al conseguimento di un profitto economico.

Detto questo, anche sul terreno che stiamo esplorando, la matrice individualistica dell'autonomia tende fatalmente ad entrare in tensione con le ragioni della responsabilità. Occorre qui riprendere, anche se da un'angolatura differente, l'idea della valenza sociale del corpo. Nel complesso rapporto che la società instaura col corpo degli individui entrano oramai in gioco, come detto, nuovi interessi solidaristici[43]. Vari, alla luce di questo, sono gli interessi legati al corpo che possono plausibilmente essere ritenuti dall'ordinamento giuridico meritevoli di tutela: interessi diffusi (l'interesse al progresso delle conoscenze scientifiche, l'interesse alla salute della comunità etc.) o interessi individuali facenti capo a persone diverse da quella del cui corpo si tratta (l'interesse del singolo malato, potenziale beneficiario di una delle predette utilità etc.). La loro considerazione suggerisce al legislatore di tener conto, fra le altre cose, del bisogno di certezza giuridica implicitamente espresso da quanti partecipano alle 'dinamiche' dell'uso del corpo: medici, ricercatori, individui interessati ai relativi vantaggi e fisicamente idonei a benefi-

[43] Nella prospettiva dei diritti umani, una contrapposizione netta fra la dimensione individuale e quella sociale dei diritti sul corpo sarebbe peraltro fuori luogo. La stessa nozione di dignità umana – snodo cruciale della tematica – rifiuta di essere declinata in chiave meramente individualistica: sul tema, evidentemente troppo complesso per essere adeguatamente sviluppato in questa sede, cfr. B. MATHIEU, "La dignité de la personne humaine: quel droit? Quel titulaire?", in *Dalloz*, 1999, p. 282 ss.

ciarne, imprese impegnate nello sviluppo e applicazione delle tecnologie in discorso etc.

La dimensione sociale del problema giuridico del corpo trova riscontro nelle norme che affrontano le tematiche esaminate in queste pagine sul piano dei diritti fondamentali. La Convenzione di Oviedo e il relativo Protocollo addizionale sui trapianti d'organo, ad esempio, si preoccupano di garantire un accesso non discriminato ai vantaggi della biomedicina[44] e di promuovere la diffusione di pratiche altruistiche come, appunto, la donazione di organi e tessuti[45]. Il Protocollo sulla ricerca biomedica, da parte sua, sottolinea nel Preambolo che il progresso nelle scienze mediche e biologiche «[…] contributes to saving lives and improving quality of life» e che l'avanzamento delle conoscenze biomediche e delle relative pratiche dipende da un'attività di studio e sperimentazione «[…] which necessitates research on human beings». Lo stesso principio del *primato* della persona rispetto agli interessi della scienza e della società presuppone l'idea che, dal punto di vista della stessa Convenzione, anche tali interessi siano meritevoli di considerazione, salvo dover essere sacrificati allorché confliggano con la dignità e il benessere della persona.

Nella prospettiva dei conflitti di leggi, i valori sociali appena ricordati possono venire in rilievo in vario modo. È lecito supporre, ad esempio, che almeno alcune delle norme del foro deputate a soddisfare i valori in questione – ad esempio, quelle che garantiscono un adeguato livello di sicurezza giuridica a chi 'organizza' (nel foro) degli usi meritevoli del corpo, come è il caso in linea di principio delle biobanche di ricerca – possano essere elevate a norme di applicazione necessaria. In molti dei Paesi che si sono dotati di una normativa organica, specificamente riferita alla raccolta, allo stoccaggio e all'impiego di organi, tessuti e altro materiale biologico umano (come ha fatto ad esempio il Regno Unito con lo *Human Tissue Act* del 2004)[46], tale normativa tende a considerare entro un contesto unitario tanto gli aspetti istituzionali dell'attività di

[44] La Convenzione rileva, nel preambolo, che «[…] progress in biology and medicine should be used for the benefit of present and future generations», richiamando l'importanza della cooperazione internazionale «[…] so that all humanity may enjoy the benefits of biology and medicine». All'art. 3, la Convenzione dispone che le parti « […] shall take appropriate measures with a view to providing, within their jurisdiction, equitable access to health care of appropriate quality».

[45] V. in questo senso, fra le altre disposizioni, l'art. 19 del Protocollo: «Parties shall take all appropriate measures to promote the donation of organs and tissues».

[46] Il testo può leggersi in legislation.gov.uk. Sul meno organico e meno completo quadro normativo delle biobanche in Italia cfr. per tutti M. MACILOTTI, *Le biobanche di ricerca*, cit., p. 9 ss.

biobanking, dominati da considerazioni pubblicistiche (funzionali alla tutela della salute, al contrasto del traffico illegale di materiali biologici umani etc.), quanto gli aspetti relativi ai rapporti che si instaurano fra la struttura e i suoi interlocutori (donatori, fruitori, strutture collegate etc.).

Le disposizioni riguardanti gli aspetti istituzionali possono plausibilmente rivestire i caratteri della cogenza, dell'intensità valutativa e della autonoma determinazione della sfera di efficacia propri delle norme di applicazione necessaria. Per le altre, invece, non è sempre indispensabile (e soprattutto non è sempre necessariamente opportuno, specie alla luce di quanto osservato sopra circa il rispetto della diversità culturale e le esigenze di apertura internazionalistica) arrivare a una qualificazione tanto impegnativa. Gli interessi sociali sottesi all'uso del corpo possono in effetti trovare espressione nelle stesse norme di conflitto a carattere bilaterale.

Vari accorgimenti sono suscettibili di essere impiegati a questo scopo. In particolare, per far sì che le strutture impegnate nella raccolta e nel trattamento di campioni biologici da donatori viventi operino con un apprezzabile grado di certezza, le norme di conflitto possono essere congegnate in modo tale da istituire un numero comunque limitato di criteri di collegamento, imperniati su circostanze di agevole rilevazione. La possibilità offerta all'interessato di compiere una *professio iuris* si lascerebbe apprezzare anche alla luce di questa esigenza, giacché (specie se corredata da idonee prescrizioni in punto di validità formale ed eventualmente di pubblicità) offrirebbe ai terzi un mezzo per determinare in modo univoco e chiaro l'ordinamento sulla cui base debbono essere determinati i diritti in questione.

Vantaggi di non poco rilievo sul piano della certezza, e dunque della 'spendibilità' sociale dei diritti di cui parliamo, potrebbero inoltre essere conseguiti se le circostanze elevate a criterio di collegamento, per evitare le difficoltà connesse al fenomeno del c.d. conflitto mobile, fossero indicate come rilevanti ai fini della legge applicabile nella fisionomia da esse posseduta in un momento storico particolare (ad esempio, la cittadinanza del donante all'epoca del conferimento dei campioni). Gli eventuali mutamenti intervenuti al riguardo non avrebbero l'effetto di travolgere gli atti posti in essere dalla biobanca o anche solo programmati, sul presupposto dell'applicazione della legge richiamata inizialmente. Un risultato equivalente verrebbe assicurato, in caso di *professio iuris*, prevedendo che la scelta dell'interessato, se revocata o soggetta a modifiche, non pregiudichi i diritti acquisiti dai terzi in forza della legge precedentemen-

te richiamata[47]. Una soluzione di questo genere, operando sul piano dei conflitti di leggi, non impedirebbe sul piano del principio la revocabilità del consenso prestato all'uso dei campioni, ma semplicemente renderebbe stabile l'individuazione dell'ordinamento deputato a definire le condizioni e le modalità di esercizio di un'eventuale revoca.

7. Prospettive di studio e di regolamentazione

Le considerazioni svolte sin qui costituiscono evidentemente solo un tentativo di avvicinamento alle questioni suscitate dal corpo nella prospettiva del diritto internazionale privato. Lo studio della tematica non può del resto essere confinato alla disciplina dei conflitti di leggi, ma deve essere esteso alle norme relative alla giurisdizione e all'efficacia delle decisioni e degli atti stranieri, e alla loro interazione con le norme di conflitto.

Ciò appare tanto più vero all'interno del terreno specifico preso a riferimento in queste pagine, quello relativo alle biobanche, posto che – allo stato – il fenomeno di cui discorriamo è caratterizzato da differenze talora marcate fra le legislazioni dei vari Stati e da un intervento non sporadico delle pubbliche autorità (ad esempio sotto forma di provvedimenti amministrativi volti ad autorizzare l'avvio di un'attività di *biobanking*, o a definire il trattamento dei campioni stoccati quando la struttura presso cui sono conservati cessi di operare).

Da un diverso punto di vista, ma restando entro lo specifico settore sopra evocato, il carattere intrinsecamente transnazionale della ricerca biomedica e l'irradiazione normalmente globale dei suoi prodotti suggeriscono di articolare la riflessione internazionalprivatistica sul corpo ed i suoi usi secondo la prospettiva di una regolamentazione internazionalmente uniforme. Benché non risulti attualmente allo studio alcuna concreta iniziativa rivolta a questo scopo, giova segnalare che, almeno in Europa, l'opportunità di una *governance* condivisa del fenomeno è sostenuta con decisione crescente[48]. Sia nel contesto di questo particolare segmento del biodiritto, sia più in generale nell'ambito del regime giuri-

[47] Soluzioni di questo genere non sono del resto insolite nelle norme che disciplinano l'autonomia privata nei conflitti di leggi: v. ad esempio l'art. 3, par. 2, secondo periodo, del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

[48] Cfr. lo studio *Biobanks for Europe - A Challenge for Governance* elaborato nel 2012 su incarico della Commissione europea da un gruppo di esperti presieduto da H. GOTTWEIS (*rapporteur* J. Kaye), reperibile su: ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/biobanks-for-europe_en.pdf.

dico del corpo, il diritto internazionale privato ha vocazione a integrare il novero degli strumenti deputati ad assicurare il governo della materia, portando ordine nel dialogo tra le culture ed accrescendo la sicurezza dei rapporti e delle situazioni giuridiche pur nella diversità delle soluzioni normative accolte nei diversi contesti statali o regionali[49].

[49] È espressione di questa consapevolezza – per la verità rispetto a una tematica che non investe solo il problema giuridico del corpo, investendo primariamente la costruzione dei rapporti parentali e dell'identità biologica dell'individuo – l'avvio in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, nel 2010, di lavori riguardanti le questioni internazionalprivatistiche «[…] surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements» (c.d. *Parentage / Surrogacy Project*). Sull'argomento, cfr. K. TRIMMINGS, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013.

RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI DELLE ADOZIONI STRANIERE E RISPETTO DELLE DIVERSITÀ CULTURALI

Chiara E. TUO*

SOMMARIO: 1. La disciplina applicabile al riconoscimento delle adozioni straniere e il relativo ambito di operatività. – 2. Il riconoscimento di provvedimenti stranieri concernenti l'adozione legittimante di un minore. – 3. I limiti al riconoscimento: il caso dell'adozione da parte di un singolo… – 4. *Segue*: … e il caso della *kafalah* islamica. – 5. La disciplina applicabile al riconoscimento delle adozioni straniere alla prova del principio della continuità degli *status* personali quale si ricava dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE… – 6. *Segue*: …e da quella della Corte europea dei diritti umani.

1. La disciplina applicabile al riconoscimento delle adozioni straniere e il relativo ambito di operatività

Il quadro normativo sulla base del quale, nel nostro ordinamento, deve procedersi al riconoscimento degli effetti di provvedimenti di adozione di minori stranieri si contraddistingue per la significativa stratificazione delle disposizioni da cui è composto. La materia, pertanto, appare oltremodo complessa ed è tutt'altro che agevole orientarvisi. Se tale connotazione costituisce, in sé, un disvalore, essa appare tanto più grave in quanto riguarda una materia, quella delle adozioni internazionali, la cui disciplina – come si avrà modo di evidenziare in appresso – dovrebbe risultare estremamente chiara e non prestarsi ad incertezze interpretative, in quanto improntata al soddisfacimento dell'interesse superiore del minore.

Al fine di individuare esattamente le regole sulla cui scorta stabilire se un determinato rapporto adottivo creato all'estero sia, o meno, idoneo a spiegare la propria efficacia in Italia, quindi, appare utile preliminarmente definire l'inquadramento normativo della complessa materia al riguardo rilevante. A venire in considerazione, anzitutto, è la legge 31 maggio 1995, n. 218, recante la 'Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato', il cui Capo V del Titolo III è, appunto, dedicato

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova.

all'adozione[1]. Esso si compone di quattro articoli, che volontariamente non esauriscono tutti i problemi cui può dare luogo un'adozione connotata da elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico italiano.

Gli art. 38-41 si occupano, infatti, di definire l'ambito della giurisdizione dei nostri giudici e di determinare la legge applicabile all'adozione, tanto di minori che di maggiorenni, in presenza di caratteri di internazionalità del rapporto, oltre che di fissare le condizioni di riconoscibilità dei relativi provvedimenti emessi all'estero[2].

Peraltro, su tale materia coesiste anche la disciplina della legge 4 maggio 1983, n. 184 relativa all'adozione e all'affidamento dei minori[3], novellata dalla legge 31 dicembre 1998, n. 476, recante autorizzazione alla 'Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a l'Aja il 29 maggio 1993'[4], nonché, successivamente, dalla legge 28 marzo 2001, n.

[1] Legge 31 maggio 1995, n. 218, in *Gazzetta ufficiale* n. 128 del 3 giugno 1995, S.O. n. 68, la cui entrata in vigore si è verificata, limitatamente al titolo IV, relativo all'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri, il 31 dicembre 1996 (legge 23 dicembre 1996, n. 649, in *Gazzetta ufficiale* n. 300 del 23 dicembre 1996), e, rispetto a tutte le altre parti, il 1° settembre 1995.

[2] Su tali articoli cfr. A. BONOMI, "La disciplina dell'adozione dopo la riforma del diritto internazionale privato", in *Riv. Dir. civ*., 1996, p. 356 ss.; R. CAFARI PANICO, "Articoli 38-41", in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, R. CLERICI (a cura di), Padova, 1996, p. 194 ss.; M. FRANCHI, "Artt. 38-41", in *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Commentario*, S. BARIATTI (a cura di), in *Nuove leggi civ. comm*., 1996, p. 1202 ss.; P. PICONE, *La riforma italiana di diritto internazionale privato*, Padova, 1998; T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, voce "Adozione (diritto internazionale privato e processuale)", in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, III, Milano, 1999, 69 ss.; G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, Bari, 2008; S. TONOLO, "Adozione", in *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA (a cura di), II ed., Torino, 2009, pp. 149-165; A. LANCIOTTI, "Artt. 38-39", in *Trattato notarile, Atti notarili - Diritto comunitario e internazionale*, t. 1, *Diritto internazionale privato*, F. PREITE (dir.), Torino, 2010, p. 948 ss.; S. DE BELLIS, "Artt. 40-41", *ibidem*, p. 992 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, III ed., Torino, 2011, pp. 207-231.

[3] Legge 4 maggio 1983, n. 184, recante la 'Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori', in *Gazzetta ufficiale*, n. 133 del 17 maggio 1983, S.O. Su tale normativa, *ex plurimis*, v. R. BARATTA, "Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri nella nuova legge sull'adozione", in *Riv. Dir. internaz.*, 1985, p. 782 ss.; A. DAVÌ, "Problemi di diritto internazionale privato relativi all'applicazione della nuova legge italiana sull'adozione", in *Dir. fam*., 1988, p. 486 ss.

[4] Si tratta, come noto, della Convenzione del 29 maggio 1993, adottata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato ed entrata in vigore il 1° maggio

149, nella quale profili di diritto sostanziale interferiscono con quelli sui conflitti di leggi[5].

La vigente disciplina nazionale in materia di adozione, infatti, rappresenta il frutto dell'adeguamento della legge del 1983 alla Convenzione dell'Aja del 1993[6], tesa a garantire che le adozioni internazionali abbiano luogo in conformità con quanto previsto a proposito dei diritti fondamentali sanciti dal diritto internazionale in virtù di un sistema di cooperazione tra gli Stati contraenti rivolta a favorire, nell'interesse superiore del minore, il riconoscimento delle adozioni costituite nel loro ambito e secondo la Convenzione stessa[7]. La disciplina pattizia, quindi, è particolarmente rilevante in tutti i casi nei quali un minore abitualmente residente in uno Stato contraente (cd. d'origine) è stato o deve essere spostato in altro Stato contraente (cd. di accoglienza), in vista dell'adozione o

1995. Essa è stata ratificata sia da Stati membri della Conferenza dell'Aja che da Stati che non ne sono parte. Per un elenco dei Paesi che l'hanno ratificata cfr. www.hcch.net. Tra i contraenti, peraltro, non è ricompreso alcun Paese islamico, a ragione del fatto che l'ambito applicativo della Convenzione include soltanto le adozioni che «[…] costituiscono un rapporto giuridico di filiazione» di tipo definitivo, come tale assolutamente non contemplato dagli ordinamenti di tali Paesi (in argomento v. anche *infra*, par. 4). La legge, richiamata nel testo, con cui l'Italia ha autorizzato la ratifica e l'esecuzione di tale Convenzione, è pubblicata in *Gazzetta ufficiale* n. 8 del 12 gennaio 1999 ed ha operato una revisione del procedimento di adozione internazionale al fine di adeguare la normativa nazionale alla disciplina della Convenzione dell'Aja e di implementare le procedure di cooperazione dalla stessa introdotte anche nei confronti di Stati non parte della Convenzione né di accordi bilaterali con l'Italia. La legge in questione ha, dunque, sostituito pressoché integralmente il titolo III della l. n. 184/1983, dedicato, appunto, all'adozione internazionale, apportando modifiche, tra l'altro, anche agli art. 40, 41 e 72 del capo II, aventi ad oggetto l'espatrio di minori a scopo di adozione. In proposito, *amplius*, cfr. G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 36-42.

[5] In *Gazzetta ufficiale* n. 96 del 26 aprile 2001, la quale ha modificato pure il titolo IV del libro primo del codice civile e sostituito il titolo della legge 184/83 ('Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori'), che ha assunto la denominazione 'Diritto del minore ad una famiglia'. Il testo consolidato della legge italiana sull'adozione è consultabile in R. CLERICI, F. MOSCONI, F. POCAR, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, VI ed., Milano, 2009, p. 79 ss. Su tale legge cfr., per tutti, R. CAFARI PANICO, *Considerazioni sulla nuova adozione internazionale*, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2001, p. 885 ss.

[6] V. *supra*, nota 4.

[7] Si legge, infatti, all'art. 1, lett. a) che tale Convenzione sottopone il procedimento di adozione al rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti al minore dal diritto internazionale: v. *infra*, par. 3.

dopo essere stato adottato da persone abitualmente residenti in questo secondo Stato[8].

Le norme di diritto internazionale privato di cui alla l. n. 218/95 e le norme di diritto materiale di cui alla l. n. 184/83, come successivamente modificata, sono quindi tra loro strettamente correlate: prova ne è il richiamo delle leggi speciali in materia di adozione di minori operato dall'art. 41, c. 2 della l. n. 218/95 ai fini del riconoscimento dei provvedimenti stranieri (sul quale *infra*, par. 2) nonché la presenza, tra le norme sostanziali sull'adozione internazionale, di disposizioni di rilevanza internazionalprivatistica riguardanti, specialmente, l'attribuzione di efficacia alle adozioni straniere.

Peraltro, come meglio si dirà in appresso, una corretta e compiuta ricostruzione del funzionamento delle regole preposte al riconoscimento delle adozioni straniere non può prescindere, da un lato, dalla considerazione dell'impatto che, su tali regole, è suscettibile di esercitare l'applicazione dei principi di diritto UE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione così come interpretati dalla giurisprudenza, fino ad oggi consolidatasi, della Corte di giustizia; dall'altro lato, dalle indicazioni che la Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, anche, Corte EDU o Corte di Strasburgo) ha, ancora di recente, impartito – proprio con riguardo al tema del riconoscimento di rapporti adottivi o paragenitoriali creati all'estero – in ordine alla idoneità di alcune norme statali di diritto internazionale privato a consentire il pieno godimento dei diritti fondamentali in materia di famiglia quali si trovano consacrati nella Convenzione europea dei diritti umani (di seguito, anche, CEDU).

La rilevanza dei profili appena evocati impone, pur nei limiti del presente contributo, di dedicarvi per lo meno alcuni cenni nel prosieguo (par. 5-6), allo scopo di appurare se, messo alla prova dei diritti fondamentali alla tutela dei rapporti familiari quali risultano affermati, nei rispettivi ambiti di competenza, dalla Corte di giustizia UE e dalla Corte EDU, il regime, anche di matrice pattizia, alla cui stregua il nostro ordinamento accorda ingresso a provvedimenti stranieri di adozione possa ancora dirsi conforme ai diritti in questione e, quindi, pienamente applicabile.

[8] Secondo quanto disposto dall'art. 2 della Convenzione, requisito di applicabilità della quale è dunque che la residenza abituale del minore e degli adottanti sia situata in Stati contraenti diversi.

2. Il riconoscimento di provvedimenti stranieri concernenti l'adozione legittimante di un minore

L'art. 41 della l. n. 218/1995 riguarda non solo i provvedimenti di adozione in senso stretto intesi ma, più in generale, il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri 'in materia' di adozione e, dunque, i provvedimenti stranieri in qualche misura assimilabili all'adozione o strumentali rispetto ai provvedimenti di adozione[9].

Il significato del termine 'adozione' impiegato dalla norma in esame (così come dalle altre disposizioni della l. n. 218/1995 dedicate a tale istituto) deve infatti intendersi secondo un'accezione più elastica di quella che essa ha nel nostro diritto sostanziale, riconducendovi quindi anche quelle fattispecie connotate da elementi di estraneità che, seppur non perfettamente sovrapponibili all'istituto dell'adozione quale è configurato dal diritto materiale italiano, ne riproducano, tuttavia, le caratteristiche basilari e i connotati essenziali[10]. Ma con alcuni, invalicabili, limiti. Un esempio. Pur accogliendosi un'ampia nozione di 'adozione', non sembra possibile ricomprendervi, come meglio si vedrà in appresso (*infra*, par. 4), la *kafalah* di diritto islamico, in quanto si tratta di istituto in virtù del quale l'affidatario, in sostituzione del genitore, assume legalmente l'obbligo di provvedere al mantenimento, all'educazione e alla protezione di un minore affidatogli tramite autorizzazione governativa, provvedimento giudiziale o atto notarile che non determina il sorgere di alcun legame di filiazione.

Due sono le disposizioni di cui si compone il citato art. 41 della l. n. 218/95[11], delle quali la prima, nel richiamare le regole dettate in tema di riconoscimento dalla stessa l. 218/95 (art. 64 ss.), ha solo apparentemente carattere generale. Come sostenuto in dottrina, infatti, dal secondo comma di tale norma dovrebbe ricavarsene l'applicabilità soltanto lad-

[9] F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 225.

[10] F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. ult. cit.*, pp. 212-213, ove si precisa, altresì, che la qualificazione delle fattispecie volta a volta in considerazione al fine di stabilirne la riconducibilità alle norme di diritto internazionale privato in materia di adozione va operata alla stregua del diritto italiano, in quanto *lex fori*, senza trascurare che funzione di tali norme «[…] è proprio quella di aprire l'ordinamento del foro verso valori e istituti propri di altri ordinamenti giuridici»: v. anche *infra*, par. 4.

[11] Il tenore testuale del quale – rubricato 'Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione' – è il seguente: «1. I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66. 2. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori».

dove non si sia in presenza di adozione legittimante di minore. Le norme di cui agli art. 64 ss. della l. n. 218/1995 troverebbero applicazione, in altri termini, esclusivamente quando non si tratti di riconoscere il provvedimento straniero come adozione legittimante ai sensi della l. n. 184/1983 come novellata dalla l. n. 476/1998[12].

Di conseguenza, gli art. 64 ss. l. n. 218/1995 (in quanto richiamati dall'art. 41, c. 1)[13] resterebbero applicabili nei seguenti casi[14]: *i*) provvedimenti di adozione di maggiorenni, italiani o stranieri[15]; *ii*) provvedimenti di adozione all'estero di minori italiani[16]; *iii*) provvedimenti di

[12] In questi termini G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 181.

[13] Su tali articoli cfr. A. ATTARDI, "La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere", in *Riv. Dir. civ*., 1995, p. 727 ss.; S. BARIATTI, "Artt. 64-68", in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, cit., p. 318 ss.; F. CARPI, "L'efficacia delle sentenze ed atti stranieri", in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, M. GIORGIANNI (a cura di), Milano, 1996, p. 154 ss.; M. MARESCA, "Artt. 64-66", in *Legge 31 maggio 1995 n.* 218, cit., p. 1461 ss.; C. CONSOLO, "Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze", in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1997, p. 575 ss.; R. LUZZATTO, "Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri nella riforma del diritto internazionale privato italiano", in *Comunicazioni e studi*, 1997, XXI, p. 81 ss.; G. CARELLA, voce "Riconoscimento di sentenze e di atti stranieri", in *Enc. dir*., *Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, p. 1077 ss.; M.G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere (Artt. 64-67 L. N. 218/1995)*, Milano, 2001; C. CONSOLO, voce "Sentenze straniere (riconoscimento)", in *Il Diritto-Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, XIV, Milano, 2007, p. 324 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007; F. VISMARA, "Efficacia di sentenze ed atti stranieri", in *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, cit., pp. 311-342; O. LOPES PEGNA, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, 2009; G. CARELLA, R. DI CHIO, "Artt. 64-67", in *Trattato notarile, Atti notarili - Diritto comunitario e internazionale*, t. 1, cit., p. 1258 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, V ed., Torino, 2012, pp. 343-366.

[14] Secondo quanto si legge in F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 228.

[15] Come statuito da Trib. min. Roma, decr. 9 gennaio 1999, in *Dir. fam.*, 1999, p. 715 ss.

[16] Peraltro, per l'ipotesi in cui sorga la necessità di un riconoscimento incidentale del provvedimento straniero di adozione di un minore italiano nel caso in cui il Tribunale per i minorenni venga investito di una procedura di adozione dello stesso minore, opinione di S. TONOLO, "Adozione", cit., p. 163, è che l'accertamento compiuto dal Tribunale minorile possa produrre effetti limitatamente «[…] al procedimento di adozione in oggetto, secondo quanto dispone l'art. 67, 3° co.» della l. n. 218/1995, residuando, tuttavia, la possibilità, per i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata l'adozione, di chiedere «[...] l'accertamento in via principale dei requisiti del

adozione all'estero di minori stranieri da parte di stranieri[17]; *iv*) provvedimenti di adozione nei casi particolari *ex* art. 44 l. n. 184/1983[18].

Nella diversa ipotesi in cui il provvedimento straniero riguardi l'adozione di un minore con effetti legittimanti, pertanto, ai sensi dell'art. 41, c. 2 della l. n. 218/1995 deve accordarsi rilievo alle disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori, vale a dire alla l. 4 maggio 1983, n. 184 e, in particolare, ai suoi art. 35 e 36 (così come successivamente modificati)[19].

Due sono i tipi di adozione con effetti legittimanti previsti dalla legge n. 184/1983 a seguito della novella del 1998: *i*) quella relativa ai minori stranieri che si trovino in stato di abbandono in Italia, alla quale si applicano, in virtù dell'art. 37-*bis* della legge n. 184/1983, le norme dettate da quest'ultima per l'adozione interna, indipendentemente dalla cittadinanza o dal luogo di residenza degli adottanti[20]; *ii*) quella – che assume rilievo in questa sede, in quanto implicante il riconoscimento di provvedimenti stranieri – relativa all'adozione di minore non italiano già

riconoscimento in base all'art. 67, 1° co [della medesima legge n. 218/1995, *ndr*], in caso di contestazione o di mancata ottemperanza di tale provvedimento».

[17] Secondo S. TONOLO, *op. loc. ult. cit*., «[…] sembra che la lettera dell'art. 29-*bis*, 1° co. della l. adozione determini la necessità di estendere l'operatività della disciplina prevista da quest'ultima» anche «[…] alle adozioni effettuate da cittadini stranieri residenti in Italia». Analoghe considerazioni, secondo l'A., possono essere svolte anche relativamente «[…] alle adozioni poste in essere a favore di adottanti italiani residenti all'estero; l'art. 29-*bis*, 2° co., dispone in tal senso».

[18] Così il Trib. min. Bari, 12 luglio 2000. È da segnalare, tuttavia, che – proprio con riferimento al riconoscimento di provvedimenti adottivi di minori stranieri (asseritamente) riconducibili ai casi particolari di cui all'art. 44 menzionato da ultimo – la Suprema Corte (14 febbraio 2011 n. 3572, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 701, nota M.A. ASTONE) ha, di recente, statuito che tali provvedimenti, per il solo fatto di riguardare minori (e quindi, pare, a prescindere dall'efficacia – legittimante o meno – che essi siano ammessi a spiegare in Italia), non ricadono nell'ambito applicativo degli art. 64 ss. l. n. 218/1995 ma, ai sensi dell'art. 41, c. 2 di detta legge, soggiacciono alle disposizioni speciali della legge sull'adozione: in punto v. *infra*, par. 3.

[19] Come osservano F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 226, la previsione di cui all'art. 41, c. 2, pur «[…] di per sé non indispensabile», deve intendersi «[…] sicuramente utile in quanto idonea a prevenire sbandamenti giurisprudenziali e sterili elaborazioni dottrinali».

[20] Le norme della l. n. 184/1983 sono, in altri termini, di applicazione necessaria ogni qual volta si tratti di disporre l'adozione di minore straniero di cui sia accertato lo stato di abbandono in Italia: in questo senso, d'altronde, deve interpretarsi l'art. 38, c. 1, seconda frase della l. n. 218/1995, ai sensi del quale «Tuttavia si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo».

adottato all'estero o comunque proveniente da un altro Paese per essere adottato in Italia.

Dell'adozione di cui *sub ii*) si occupano, come detto, gli art. 35-36 della l. n. 184/1983, delineando un sistema di riconoscimento nel quale intervengono sia il Tribunale dei minorenni nel cui distretto risiedono gli adottanti sia la Commissione per le adozioni internazionali presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

In particolare, l'art. 35, cc. 2-3 disciplina il riconoscimento dell'adozione già pronunciata in altro Stato contraente della Convenzione del 1993 prima dell'arrivo del minore in Italia[21], disponendo che il relativo provvedimento sia sottoposto ad un controllo volto ad accertare la sussistenza dei requisiti *ex* art. 4 della Convenzione medesima. A tal fine, è richiesta la verifica che le autorità dello Stato di residenza abituale abbiano: *i*) dichiarato lo stato di adottabilità del minore; *ii*) constatato che l'adozione internazionale risponde al superiore interesse del minore per l'impossibilità di procedere ad un'adozione interna; *iii*) ottenuto i necessari consensi di persone e istituzioni; *iv*) verificato che il minore sia stato informato, sentito e abbia prestato il proprio consenso. Occorre, inoltre, la previa autorizzazione all'ingresso e alla permanenza in Italia da parte della Commissione per le adozioni internazionali[22]. In presenza di tali condizioni, il provvedimento straniero è trascritto nell'archivio di

[21] Ipotesi, questa, in cui si è in presenza di un provvedimento di adozione 'completo' rispetto al quale, secondo la Convenzione dell'Aja, il riconoscimento dovrebbe essere automatico, libero, cioè, da procedure di accertamento, esecuzione o trascrizione. Recita, infatti, l'art. 23 della normativa pattizia che: «[…] l'adozione, certificata dall'autorità competente dello Stato contraente in cui ha avuto luogo, è riconosciuta di pieno diritto negli altri Stati contraenti». G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 202-204, rifacendosi al *Rapport explicatif* della Commissione speciale alla Convenzione, mette in rilievo il carattere fortemente innovativo (rispetto al previgente regime nazionale) della procedura di riconoscimento prefigurata dalla disciplina internazionale, alla cui stregua è soltanto richiesto: *i)* da parte delle competenti autorità dello Stato di origine del minore, il rilascio di un certificato attestante il rispetto delle norme convenzionali e la prestazione dei consensi di cui all'art. 17, lett. c) della Convenzione; *ii)* da parte degli altri Stati contraenti, il riconoscimento automatico e di pieno diritto di tale adozione nel momento in cui il relativo certificato è presentato, salvi soltanto il controllo della validità formale di quest'ultimo e/o il contrasto degli effetti del provvedimento straniero con l'ordine pubblico, motivo questo da interpretarsi in funzione del superiore interesse del minore e che l'art. 24 della Convenzione indica quale unica ragione di rifiuto del riconoscimento (v. *infra*, par. 3).

[22] Così dispone l'art. 35, c. 3 della l. n. 184/1983. Al rilascio dell'autorizzazione all'ingresso ed al soggiorno permanente in Italia del minore straniero adottato è deputata la nostra Commissione per le adozioni internazionali in qualità di Autorità Centrale *ex* art. 6, c. 1 della Convenzione del 1993.

stato civile e il minore acquista lo *status* di figlio legittimo nonché la cittadinanza italiana dei genitori adottivi[23].

Se si tratta di adozione destinata a perfezionarsi dopo l'ingresso del minore in Italia, l'art. 35, c. 4 della l. n. 184/1983 stabilisce che il provvedimento estero sia riconosciuto come mero affidamento preadottivo[24]. Decorso un anno dall'inserimento del minore nella nuova famiglia, purché ciò corrisponda all'interesse del minore stesso, il Tribunale per i minorenni pronuncia l'adozione, ordinandone anche in questo caso la trascrizione nell'archivio dello stato civile[25]. Contro il decreto con cui tale ordine è impartito era prima ammesso solo il ricorso straordinario per Cassazione *ex* art. 111 Cost., mentre oggi, sulla scorta dell'affermazione

[23] Osserva S. DE BELLIS, "Art. 41 - Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione", cit., p. 999 che, implicando tale verifica la ripetizione di valutazioni già operate, alla stregua della stessa disciplina convenzionale, dall'Autorità centrale del paese di provenienza del minore, essa «[…] non appare in linea con la Convenzione», che al riguardo, lo si è visto (*supra*, nota 21), introduce il principio del riconoscimento automatico, e cioè libero da (pressoché) ogni accertamento, dei provvedimenti di adozione emessi da Stati contraenti della Convenzione. Nello stesso senso P. MENGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2004, p. 143 ss.

[24] Corte di cassazione, 4 luglio 1991 n. 7357, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 1992, p. 549.

[25] In entrambe le fattispecie considerate, e cioè sia quando il provvedimento di adozione è già stato emesso all'estero sia quando l'adozione deve perfezionarsi in Italia, il procedimento per il riconoscimento si articola in tre fasi: la prima, preliminare e di natura giurisdizionale, si svolge innanzi al Tribunale per i minorenni del luogo di residenza degli aspiranti adottanti e si conclude con la dichiarazione di idoneità degli stessi; la seconda, a carattere amministrativo o giurisdizionale, ha luogo davanti alla competente autorità straniera; la terza, di natura nuovamente giurisdizionale, avviene in Italia, davanti al Tribunale per i minorenni, ed è volta, a seconda che ricorra l'una o l'altra delle situazioni contemplate dall'art. 35, ad attribuire efficacia al provvedimento straniero o, qualora l'adozione non sia ancora stata pronunciata nello Stato estero, a perfezionarne la costituzione. Per una più ampia trattazione di tali fasi cfr. G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 186-190. Come nel caso in cui il riconoscimento abbia ad oggetto un provvedimento di adozione già perfezionatosi nel Paese d'origine del minore, anche laddove si versi nell'ipotesi di cui all'art. 35, c. 4 deve ritenersi che, seppure non espressamente statuito dalla norma in esame, il Tribunale debba accertare la sussistenza dell'autorizzazione all'ingresso del minore in Italia da parte della Commissione per le adozioni internazionali. Questo perché, ai sensi dell'art. 39, c. 1, lett. i) della l. n. 184/1983, tale autorizzazione è riferita sia al minore 'adottato' che a quello 'affidato a scopo di adozione'. Sulle condizioni per il rilascio di tale autorizzazione cfr. ancora G. PIZZOLANTE, *op. ult. cit.*, pp. 219-224.

della natura sostanziale di sentenza del decreto in questione, se ne consente l'impugnazione anche mediante il rimedio dell'appello[26].

L'adozione pronunciata a favore di adottanti cittadini italiani residenti in uno Stato estero nel quale abbiano soggiornato continuativamente e risieduto da almeno due anni è «[…] riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del Tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione» dell'Aja del 1993, senza che occorra la dichiarazione di idoneità all'adozione degli aspiranti genitori, né l'intervento degli enti autorizzati, né l'accertamento, da parte della Commissione per le adozioni internazionali, della conformità dell'adozione alla Convenzione dell'Aja (ai sensi dell'art. 36, c. 4 l. n. 184/1983)[27].

Ancora diversa è l'ipotesi in cui gli adottanti, di cui almeno uno avente cittadinanza italiana, pur entrambi residenti da almeno due anni in uno Stato straniero ed ivi soggiornanti ininterrottamente per lo stesso periodo, adottino un minore proveniente da uno Stato terzo rispetto a quello italiano e a quello di loro residenza.

Sul regime di riconoscimento di tali provvedimenti, emessi nell'ambito dell'ordinamento di residenza dell'adottato e già recepiti da quello di residenza degli adottanti, si registrano, in dottrina, posizioni divergenti. Vi è, infatti, chi, sottolineando che quando il minore proviene da un Paese terzo non si è in presenza di adozione costituita in modo diretto nello Stato di residenza degli adottanti, esclude l'applicabilità del trattamento preferenziale di cui all'art. 36, c. 4, a favore dell'art. 35, cc. 2-3 o dell'art. 36, c. 2 della l. n. 184/1983[28].

Secondo altra parte della dottrina, invece, in situazioni di questo tipo ricorrerebbero le ragioni giustificatrici del trattamento preferenziale di cui all'art. 36, c. 4, in quanto si tratterebbe di riconoscere in Italia un provvedimento straniero di adozione che, emesso dalla competente auto-

[26] Corte di cassazione, 18 marzo 2006 n. 6079, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2007, p. 166. In argomento v. G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 225-226.

[27] Al riguardo v. G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 234-235, la quale osserva che la particolarità del regime in esame si giustifica in quanto si tratta non di una vera e propria adozione internazionale, quanto di un'adozione interna al Paese dove è stata pronunciata. Gli adottanti hanno l'onere di provare non solo il periodo di residenza all'estero, ma anche di avervi soggiornato continuativamente per lo stesso periodo di tempo, altrimenti la procedura di riconoscimento dovrà svolgersi ai sensi degli art. 35, cc. 2-3, oppure 36, c. 2 della legge sull'adozione: Corte di cassazione, 18 marzo 2006 n. 6078, in *Dir. fam.*, 2007, p. 601.

[28] Il riferimento è a G. PIZZOLANTE, *op. ult. cit.*, p. 236.

rità dello Stato di residenza del minore, sarebbe già stato riconosciuto nell'ordinamento dello Stato di residenza degli adottanti. Il che implicherebbe, in particolare, che anche in tal caso l'idoneità degli adottanti all'adozione sia già stata valutata positivamente. Se poi l'adozione fosse avvenuta nel rispetto dei principi della Convenzione dell'Aja e se anche le Autorità centrali dei due Stati stranieri si fossero coordinate, non si ravviserebbe nessuna ragione per negare l'applicabilità della norma in questione[29].

Nei termini da ultimo esposti, in realtà, si è espressa la giurisprudenza nell'unico caso che – a quanto consta – si è presentato di statuire sulla domanda di riconoscimento di un'adozione straniera di minore proveniente da un Paese terzo e riconosciuta in quello di residenza di cittadini italiani[30].

Nel caso, infine, di provvedimenti di adozione di minori provenienti da Stati non contraenti della Convenzione dell'Aja del 1993 (né di accordi bilaterali con l'Italia), ai sensi dell'art. 36, c. 2 della l. n. 184/1983 il Tribunale per i minorenni ne dichiara l'efficacia in Italia previa verifica che, nel complesso, l'adozione sia conforme ai principi della Convenzione e, più in particolare, che: *i*) nello Stato di provenienza sia stato accertato lo stato di abbandono del minore o ottenuto il consenso dei genitori naturali ad una forma di adozione legittimante (implicante, perciò, la cessazione dei rapporti con la famiglia d'origine); *ii*) gli adottanti abbiano ottenuto il decreto di idoneità; *iii*) siano intervenuti la Commissione per le adozioni internazionali e, come intermediario, un ente da questa accreditato; *iv*) l'ingresso del minore sia stato autorizzato dalla stessa Commissione[31].

La mancata previsione di un periodo di affidamento preadottivo

[29] Così S. DE BELLIS, "Art. 41 - Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione", cit., p. 1002.

[30] Si tratta di App. Roma, 20 giugno 2005, in *Dir. fam*., 2006, p. 1685.

[31] In virtù dell'art. 36, c. 2 della l. n. 184/1983 (come novellata dalla l. n. 476/1998), in altri termini, la procedura dell'adozione internazionale dei minori regolata dalla Convenzione dell'Aja del 1993 è stata estesa anche ai rapporti con Paesi non partecipanti a detta Convenzione, per evitare di porre regole discriminatorie nei confronti dei minori che di tali Paesi sono originari. Anche per i provvedimenti emessi in detti Stati, dunque, non trova più applicazione la previgente disciplina di cui alla legge del 1983, secondo la quale le adozioni di minori stranieri già adottati, o la cui adozione doveva perfezionarsi in Italia, soggiacevano alle medesime garanzie per le adozioni interne, al fine di procedere alla pronuncia di una nuova adozione. Qualora, invece, l'adozione sia priva di effetti legittimanti ovvero riguardi maggiori di età, i relativi provvedimenti provenienti dagli Stati in questione saranno oggetto di riconoscimento in base agli art. 64 ss. l. n. 218/1995.

(imposto, invece, nel caso di adozioni interne) nella situazione innanzi indicata non è stata ritenuta, dalla Corte costituzionale, motivo di violazione dell'art. 3 Cost., in quanto la riconoscibilità del provvedimento straniero è subordinata, secondo la Corte, all'espletamento di controlli in ordine ad aspetti non meramente formali[32]. Ed è proprio in ragione di tali controlli che, in giurisprudenza, si ritiene non configurabile il riconoscimento automatico dei provvedimenti stranieri provenienti da Stati non aderenti alla Convenzione, essendo la relativa dichiarazione di efficacia pronunciata volta per volta dal Tribunale per i minorenni sempre che siano soddisfatti i requisiti fissati dalla Convenzione[33].

La non configurabilità come 'automatico' del riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione di minori è altresì tendenzialmente rimarcata, più in generale, sulla base del tenore testuale dell'art. 41, c. 2 l. n. 218/1995, così come applicato in giurisprudenza[34]. Si ritiene, infatti, che, mentre alla stregua degli art. 64 ss. della legge italiana di diritto internazionale privato il riconoscimento delle decisioni straniere rientranti nel loro ambito applicativo[35] è sempre automatico (senza, quindi, che occorra un intervento giudiziale a tal fine, ma a condizione che siano soddisfatti determinati requisiti), tale meccanismo non può dirsi operante rispetto al regime delineato dalla l. n. 184/1983, destinato a trovare applicazione – ai sensi, appunto, dell'art. 41, c. 2 della l. n. 218/1995 – con riguardo alle adozioni di minori stranieri. Simile conclusione appare in linea con la generalizzata applicazione della *lex fori* che il legislatore italiano, vista la particolare importanza della materia delle adozioni legittimanti, ha ritenuto di disporre, spiegandosi, altresì, alla lu-

[32] Così Corte costituzionale, 31 luglio 2002, n. 415.

[33] Corte di cassazione, 18 marzo 2006 n. 6079, cit.; G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 237-238, pone in evidenza la diversa natura del procedimento di riconoscimento da attivarsi ai sensi dell'art. 36, c. 2 rispetto a quello previsto dal c. 4 del medesimo articolo per l'ipotesi in cui, come visto (*supra*, in questo par.), si tratti di riconoscere in Italia provvedimenti di adozione emessi nello Stato straniero ove gli adottanti risiedano e soggiornino continuativamente da almeno due anni. Mentre, infatti, delle adozioni emesse in Paesi non contraenti della Convenzione del 1993 si tratta di «dichiarare l'efficacia» secondo un procedimento 'paradelibatorio' sostanzialmente coincidente con quello prefigurato dalla legge n. 184/1983 anteriormente alla novella del 1998 (e cioè implicante la considerazione del provvedimento straniero quale mero presupposto della pronuncia *italiana* di adozione o di affidamento preadottivo), delle adozioni di cui all'art. 36, c. 4 è disposto il «riconoscimento ad ogni effetto», consistente nella mera verifica della sussistenza dei requisiti perché il provvedimento *straniero* possa spiegare efficacia nel nostro ordinamento.

[34] App. Roma, 18 marzo 2004, in *Dir. fam.*, 2005, p. 525 ss.

[35] Quale si è delineato, seppur sinteticamente, in apertura di questo par.

ce della considerazione che, diversamente opinando, si finirebbe per privare di oggetto il procedimento prefigurato dalla legge n. 184/1983 agli art. 35 e 36[36].

3. I limiti al riconoscimento: il caso dell'adozione da parte di un singolo...

Dispone l'art. 24 della Convenzione dell'Aja del 1993 che «[…] il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se essa è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore»[37].

La citata norma convenzionale ha trovato attuazione, in sede di recepimento della disciplina pattizia, nell'ambito dell'art. 35 della l. n. 184/1983, ai sensi del quale il giudice italiano deve accertare che l'adozione pronunciata all'estero prima dell'arrivo del minore in Italia «[…] non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione all'interesse superiore del minore». In virtù di tale disposizione, quindi, la clausola del manifesto contrasto con l'ordine pubblico del foro, enucleata dalla Con-

[36] In termini cfr. G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 184-185 ed ulteriori riferimenti bibliografici ivi citati, secondo la quale le peculiari modalità di riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione a fini legittimanti sancite dalla legge n. 184/1983 (e fatte salve dall'art. 41, c. 2 della l. n. 218/1995) sono strettamente correlate al metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, operante ogni qual volta si tratti di costituire, in Italia, adozioni di tale natura (v. *supra*, in questo par., nota 20). Nella stessa direzione si esprime anche S. DE BELLIS, "Art. 41 - Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione", cit., p. 997, il quale, come visto *supra* (nota 23), ravvisa in tale impostazione della legge italiana sull'adozione uno scostamento rispetto al principio del riconoscimento automatico di cui sarebbe, invece, espressione la Convenzione dell'Aja del 1993. Come posto in luce da G. CARELLA, voce "Sentenza civile straniera", in *Enc. dir.*, vol. 41, Milano, 1989, p. 1271 ss., spec. p. 1274, la non applicabilità del principio del riconoscimento automatico alle adozioni straniere appare particolarmente evidente quando il provvedimento estero costitutivo di un rapporto di adozione non sia stato preceduto, come spesso accade, da un periodo di affidamento preadottivo di almeno un anno e sia quindi necessario riconoscere a tale provvedimento l'efficacia di un affidamento preadottivo italiano. In questa ipotesi, il meccanismo prefigurato dalla legge n. 184/1983 si risolve non già in un vero e proprio riconoscimento, bensì nella pronuncia di un nuovo provvedimento italiano che assume a proprio presupposto quello straniero, ma ha contenuto diverso rispetto a quest'ultimo.

[37] Sulla discussione che, in sede di redazione della Convenzione, si è svolta a proposito della formulazione di tale articolo, v. G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 206-207.

venzione dell'Aja quale motivo ostativo al riconoscimento, è stata, dal legislatore italiano, più precisamente declinata attraverso il riferimento ai principi fondamentali che informano il nostro sistema di diritto famiglia e dei minori, la cui rilevanza in senso preclusivo dell'efficacia del provvedimento straniero è ammessa solo in quanto se ne accerti la strumentalità al soddisfacimento del superiore interesse del minore.

La tutela di tale interesse rappresenta, come già accennato[38], il principio ispiratore della Convenzione, il cui scopo, giusta il disposto dell'art. 1, lett. a), è di «[…] stabilire delle garanzie affinché le adozioni internazionali si facciano nell'interesse superiore del minore e nel rispetto dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti nel diritto internazionale». Il medesimo principio è dunque sotteso alla disciplina italiana sull'adozione come novellata dalla legge del 1998 che, lo si è detto, alla normativa pattizia ha proprio inteso dare attuazione. Conseguentemente, della normativa italiana in materia di adozione deve favorirsi una lettura il più possibile orientata a incentivare il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione e, quindi, a circoscrivere a casi veramente eccezionali il ricorso al limite dell'ordine pubblico, rispetto al quale l'interesse del minore deve considerarsi prioritario.

Più precisamente, la necessità di salvaguardare prioritariamente l'interesse del minore rappresenta essa stessa un principio fondamentale per il nostro ordinamento giuridico, presidiato dal limite dell'ordine pubblico in quanto corrispondente a principi di diritto internazionale (in particolare all'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo) e dell'Unione europea (nel cui ambito il principio in questione è ribadito dall'art. 24 della Carta UE dei diritti fondamentali): si tratta, quindi, di un controlimite che prevale sul limite[39].

[38] *Supra*, par. 1.

[39] La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, è entrata in vigore sul piano internazionale il 2 settembre 1990. L'Italia l'ha ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, in *Gazzetta ufficiale*, n. 135 dell'11 giugno 1991, S.O. Come si legge in F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, cit., p. 340, posto che «[…] tutti gli Stati membri dell'Unione hanno ratificato la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 – e che oggi la 'tutela dei diritti del minore' è espressamente considerata un obiettivo dell'Unione europea (art. 3 Trattato U.E.) –, si può ritenere che la preminenza dell'interesse del minore costituisca un principio informatore della disciplina dei rapporti familiari per ciascuno di essi, e quindi idoneo a giustificare il rifiuto del riconoscimento di decisioni lesive di tale preminente interesse». Non stupisce, pertanto, che anche il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, cd. Bruxelles II-*bis*, in GU L

Ciò comporta che, più che in altre materie, i giudici italiani dovranno evitare l'appiattimento, per così dire, sul diritto interno, e cioè non ritenere imprescindibili le soluzioni accolte dal nostro legislatore, soprattutto in relazione all'adozione da parte del singolo e alla differenza di età tra adottante e adottato[40].

338 del 23 dicembre 2003, pp. 1-29 (sul quale v. pure *infra*, par. 5) – sebbene non applicabile alla materia dell'adozione – contempli, quale primo motivo ostativo al riconoscimento e/o all'esecuzione di provvedimenti riguardanti l'esercizio della potestà genitoriale, il manifesto contrasto del riconoscimento con l'ordine pubblico dello Stato membro richiesto «tenuto conto dell'interesse superiore del minore». In argomento, degli stessi AA., v. altresì *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 229.

[40] In questi termini, ancora, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II., cit., pp. 225-231. Quali esempi di corretta interpretazione del limite dell'ordine pubblico inteso alla luce del superiore interesse del minore, si richiamano: App. Torino, 27 novembre 1995, che ha riconosciuto un provvedimento haitiano di adozione pur in assenza di formale dichiarazione di abbandono, posto che «[…] tale condizione, imprescindibile perché si faccia luogo all'adozione, è desumibile dagli atti, anche tenendosi conto della situazione sociale ed economica della Repubblica Haitiana, caratterizzata da un tenore di vita non certo assimilabile a quella della popolazione italiana»; App. Roma, 11 gennaio 2006 (in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 372), che ha affermato l'irrilevanza – nel caso di richiesta di riconoscimento di provvedimento di adozione di un minore emesso dalla competente autorità ungherese in favore di persona singola – della mancanza di una pregressa dichiarazione di idoneità con autorizzazione al compimento diretto delle pratiche adottive all'estero, ritenendo che, in base all'art. 24 della Convenzione dell'Aja, il riconoscimento di un'adozione fra Paesi contraenti non può essere rifiutato se non in caso di manifesta contrarietà all'ordine pubblico, tenuto conto del superiore interesse del minore. Conviene, altresì, menzionare l'orientamento della Corte di cassazione secondo cui, pur in presenza di una differenza di età tra adottanti e minore superiore a quella massima prevista dalla l. n. 184/1983, il provvedimento straniero di adozione può essere dichiarato efficace quando il rapporto fra le età sia comunque in grado di riprodurre la differenza biologica tra genitori e figli (Corte di cassazione, 1° aprile 1993 n. 3907; 2 febbraio 1993 n. 1266; 26 marzo 1994 n. 2984). Del resto, come ricorda anche G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 208-211, sul tema della rilevanza della differenza di età tra adottanti e minore ai fini del riconoscimento del provvedimento adottivo straniero è successivamente intervenuta pure la Consulta che, con sentenza 24 luglio 1996, n. 303, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 della l. n. 184/1983 nella parte in cui non prevede (va) «[…] che il giudice possa disporre l'adozione valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore». A seguito di questa, e di altre sentenze (16 maggio 1994, n. 183; 9 ottobre 1998, n. 349), con cui la Corte costituzionale ha statuito che il divario di età tra adottanti e adottando non ha carattere assoluto e rigido, ma va interpretato tenendo conto delle peculiarità del caso concreto sulla base del superiore interesse del minore, il

Così, ad esempio, appare controversa la questione della riconoscibilità, in Italia, di provvedimenti stranieri di adozione a favore di persone singole.

Quando, infatti, tale adozione ha luogo nel nostro ordinamento e l'adottante è italiano, essa è consentita dalla legge 4 maggio 1983, n. 184, con effetti non legittimanti, nei casi particolari prefigurati dall'art. 44 e, con effetti legittimanti, nelle ipotesi eccezionali contemplate dall'art. 25, cc. 4-5, qualora, cioè, si verifichi la morte di uno degli affidatari o la loro separazione[41].

Quando, per converso, l'adozione a favore di soggetto italiano non coniugato si sia perfezionata all'estero con effetti legittimanti e si tratti di dichiararne il riconoscimento in Italia, la posizione della giurisprudenza – quale ancora da ultimo ribadita dalla Suprema Corte e condivisa, peraltro, da alcuna dottrina[42] – è nel senso di escludere l'idoneità di tali provvedimenti a produrre, anche nel nostro Stato, i medesimi effetti legittimanti[43]. La ragione di tale diniego risiede, secondo l'approccio in parola,

legislatore è intervenuto con la l. n. 149/2001 (v. *supra*, par. 1) modificando il menzionato art. 6, l. n. 184/1983 mediante l'aggiunta del comma 5, alla cui stregua i limiti di età possono essere derogati «[…] qualora il tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore».

[41] In argomento v., *ex plurimis*, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 216; G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 215.

[42] Al riguardo V. CARBONE, "Adozione di minori in Italia da parte di un singolo tra regole e aspirazioni", in *Corriere giur*., 2011, p. 597 ss., spec. p. 598, ove si afferma appunto la correttezza, 'allo stato della legislazione vigente', della giurisprudenza cui si fa riferimento nel testo.

[43] Non viene, quindi, messa in discussione la riconoscibilità di tali adozioni per preteso contrasto con l'ordine pubblico (Corte di cassazione, 3 ottobre 1992 n. 10923, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2638 ss.; Corte di cassazione, 8 novembre 1994 n. 9278, in *Corriere giur*., 1995, 1, 25; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 230 e nota 25; G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 214), ma piuttosto negata la possibilità di riconoscere gli effetti legittimanti ad esse correlati nell'ordinamento di origine. In tal senso, di recente: Corte di cassazione, 14 febbraio 2011 n. 3572 cit. *supra*, nota 18. Negli stessi termini, peraltro, si era già espressa la giurisprudenza sia di legittimità che di merito: Corte di cassazione, 18 marzo 2006 n. 6078, in *Giur. it*., 2007, p. 341, nota G. GANDOLFI; App. Roma, 12 gennaio 2006, in *Foro it*., 2006, 2, 1, c. 344; App. Roma, decr. 11 gennaio 2006, cit. Nel senso, invece, che non potrebbe configurarsi «[…] un contrasto tra il c.d. ordine pubblico italiano ed il riconoscimento di effetti legittimanti all'adozione di una persona non coniugata», v. Trib. min. Bologna, 27 aprile 2007, in *Il merito*, 2007, p. 38. Aderisce a tale soluzione, ritenendo sia quella da preferire anche nel vigore dell'attuale disciplina sul riconoscimento dei provvedimenti adottivi stranieri S. DE BELLIS, Art. 41 - Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione", cit., p. 1003.

nella ricorrenza di uno dei motivi che, ai sensi dell'art. 35, 6° comma l. n. 184/1983, ostano alla trascrizione dell'adozione straniera: e cioè, il difetto, in capo all'adottante, del vincolo coniugale, che integra, secondo la stessa legge sull'adozione, uno dei requisiti necessariamente prescritti a tal fine[44].

Se non vi è dubbio che simile impostazione rifletta lo stato attuale della disciplina italiana in materia di adozione, alla cui stregua non vi è appunto spazio (salvo che nei menzionati casi eccezionali) per l'instaurazione, con effetti legittimanti, di rapporti adottivi a favore di *single* – tanto che, a più riprese, il Giudice di legittimità ha invitato il legislatore a colmare tale lacuna normativa[45] – è tuttavia difficile negare che la soluzione di riconoscere siffatti rapporti ai soli, limitati, effetti non legittimanti di cui all'art. 44 l. n. 184/83 risponda realmente, come la stessa legge (e, prima ancora, la Convenzione del 1993) prescrive che avvenga, al superiore interesse del minore.

4. Segue: *... e il caso della kafalah islamica*

La *kafalah* è l'istituto islamico che più spesso si presenta ai giudici italiani, creando problemi soprattutto ai fini dell'ingresso del minore

[44] Ai sensi dell'art. 6 della l. n. 184/1983, infatti, «[l]'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni» non separati, neppure di fatto. Analoga limitazione non si rinviene, peraltro, in molti altri Paesi europei, quali la Germania, la Francia e il Regno Unito (al riguardo cfr. V. CARBONE, "Adozione di minori in Italia", cit., pp. 599-600, nonché quanto osservato *infra*, par. 6). Tale disomogeneità si spiega alla luce del tenore testuale dell'art. 6 della Convenzione europea del 1967 in materia di adozione dei minori (firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967, e che l'Italia ha ratificato, ordinandone l'esecuzione, con legge 22 maggio 1974, n. 357, in *Gazzetta ufficiale*, n. 218 del 21 agosto 1974) che, ammettendo l'adozione «[…] da parte di due persone unite in matrimonio, sia simultaneamente che successivamente, o da parte di un solo adottante», è stata intesa dal legislatore italiano (con il conforto, peraltro, della Consulta – v. sentenza 16 maggio 1994, n. 183 cit. – e della Corte di cassazione – v. sentenza 21 luglio 1995, n. 7950, in *Dir. fam*., 1995, p. 995) come attributiva di una mera facoltà, e non dell'obbligo, di introdurre nel proprio ordinamento l'istituto dell'adozione da parte di una persona sola. Istituto quest'ultimo che, infatti, come accennato nel testo, è contemplato dalla l. n. 184/1983 solo in specifici e ben determinati casi.

[45] Corte di cassazione, 18 marzo 2006 n. 6078, cit.; 14 febbraio 2011 n. 3572, cit. La giurisprudenza, pur riconoscendo che, giusta il disposto dell'art. 6 della Convenzione del 1967 (*supra*, nota precedente), il legislatore italiano non è tenuto ad ampliare l'ambito soggettivo di ammissibilità dell'adozione con effetti legittimanti a favore di adottanti *single*, correttamente precisa che la norma convenzionale consentirebbe un tale ampliamento e che il legislatore stesso potrà procedervi ove lo riterrà opportuno.

(marocchino, di solito) in Italia e del ricongiungimento familiare ai sensi del testo unico sull'immigrazione.

La sua finalità è la protezione dei minori e trae origine da una particolare interpretazione di alcuni versetti coranici dai quali specialmente le popolazioni del Maghreb ricavano il divieto religioso di considerare e dunque di instaurare rapporti di filiazione che, come quello adottivo, non siano naturali[46]. Può essere istituita giudiziariamente o contrattualmente e comporta che un adulto (*kafil*) assuma l'impegno a prendersi cura di un minore abbandonato (*makful*) senza tuttavia, per l'appunto, recidere i legami giuridici con la famiglia d'origine di quest'ultimo né instaurare con esso un rapporto di filiazione e di parentela[47]. Al raggiungimento della maggiore età, il *makful* può scegliere se restare nella famiglia del *kafil* o tornare a quella d'origine[48].

Diversi sono stati, in giurisprudenza, gli orientamenti seguiti allorché si è trattato di riconoscere effetti, in Italia, a provvedimenti istitutivi della *kafalah*.

A fronte di alcune pronunce che hanno *tout court* escluso la ricono-

[46] La *ratio* del divieto di adozione, direttamente fondato – come accennato nel testo – sul Corano (Sura XXXIII, 4, 5 e 37 parte seconda), deve individuarsi nella concezione islamica della famiglia come istituzione di origine divina: poiché i vincoli di filiazione sono espressione della volontà divina, l'uomo non può artificialmente determinarne la cessazione o costituirne di nuovi al di fuori della generazione biologica. Per questo quasi tutti i Paesi islamici rifiutano il modello europeo contemporaneo di adozione dei minorenni e perseguono le funzioni, da quest'ultimo assolte, di protezione e assistenza all'infanzia abbandonata con la *kafalah* (al riguardo v. J. BARGACH, *Orphans of Islam Family, Abandonment and Secret Adoption in Morocco*, Oxford, 2002; R. GELLI, "La *kafalah* di diritto islamico: prospettive di riconoscimento nell'ordinamento italiano", in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 62 ss.; J. LONG, "Ordinamenti giuridici occidentali, *kafala* e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante", in *Nuova giur. civ. comm*., 2003, p. 175 ss.).

[47] Come spiega J. LONG, "Sì al ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafalah*", in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, p. 1232 ss., spec. p. 1233, la *kafalah* negoziale si realizza mediante un accordo diretto tra famiglia d'origine e affidatari, eventualmente trasfuso in un atto notarile e omologato dal tribunale, mentre quella giudiziale comporta che la pubblica autorità competente per la tutela dei minori abbandonati mantiene un diritto-dovere di vigilanza sull'andamento dell'inserimento del minore nel nucleo familiare di accoglienza e deve obbligatoriamente autorizzare il trasferimento all'estero del *kafil* e del *makful*.

[48] Per una più puntuale analisi della disciplina della *kafalah* con particolare riferimento all'ordinamento marocchino, v. J. LONG, "Ordinamenti giuridici occidentali", cit.; ID., "Sì al ricongiungimento familiare", cit., p. 1233.

scibilità di detti provvedimenti[49], altre se ne sono registrate nel senso di dichiararne la riconoscibilità, in considerazione dell'interesse del minore, quale forma di adozione (non legittimante) in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, lett. d) l. n. 184/1983[50]; altre ancora ne hanno ammesso la automatica riconoscibilità quale atto di volontaria giurisdizione, ai sensi degli art. 65-66 l. n. 218/1995[51].

In questo quadro, è quindi intervenuta, nel 2005, la Cassazione, che ne ha sancito l'equiparazione all'affidamento, escludendo però che gli

[49] Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2005, p. 183; Avvocatura generale dello Stato, par. del Comitato consultivo, 19 gennaio 2006, n. 7032, in *Rass. Avv. Stato*, 2006, p. 247. Si tratta, peraltro, di posizione rimaste – a quanto consta – isolate, secondo cui la situazione del minore affidato con *kafalah* non risponde alle condizioni previste dalla legge italiana in materia di adozione e di affidamento ed in particolare ai principi in forza dei quali il collocamento extrafamiliare del minore presuppone una valutazione di effettiva inidoneità della famiglia d'origine a crescere il minore, con conseguente irrilevanza formale della volontà espressa dei genitori, nonché un'attenta valutazione dell'idoneità del nucleo affidatario.

[50] Trib. min. Trento, 11 marzo 2002, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc*., 2002, p. 1056 ss., che ha giustificato tale soluzione sul fondamento dell'art. 20 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 (v. *supra*, par. 3, nota 39), alla cui stregua il minore temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare ha diritto a una protezione sostituiva da parte degli Stati contraenti, i quali devono provvedervi in conformità al diritto interno e, nello stabilire la misura applicabile, devono considerare la necessità di «[…] assicurare una certa continuità nell'educazione del bambino» nonché l'origine etnica, religiosa culturale e linguistica del minore. Nella stessa direzione, Trib. min. Trento, 10 settembre 2002 (in *Nuova giur. civ. comm*., 2003, p. 150 ss., nota LONG, "Ordinamenti giuridici occidentali", cit.), il quale ultimo ha statuito che se il minore (in quel caso, marocchino) è affidato nel suo Paese d'origine a due coniugi italiani mediante provvedimento di *kafalah* ed è autorizzato all'ingresso in Italia dalla Commissione per le adozioni internazionali si trova in una situazione di impossibilità di affidamento preadottivo e può essere adottato mediante adozione in casi particolari. Per un'esposizione delle ragioni, fatte valere in dottrina, a favore e contro la riconoscibilità della *kafalah* quale adozione in casi particolari *ex* art. 44, lett. d) l. n. 184/1983, v. G. PIZZOLANTE, "La *kafala* islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc*., 2005, p. 947 ss., spec. pp. 953-956. Come rileva la medesima A., *op. ult. cit*., spec. p. 953, in alcuni casi i giudici hanno invece proceduto all'adozione cd. 'aperta', con caratteristiche, cioè, analoghe a quella legittimante, fatta eccezione per il mantenimento dei rapporti con la famiglia d'origine: in questi termini Trib. min. Bologna, 28 novembre 2002, in *Minori e Giustizia*, 2003, p. 45 ss. Osserva, al riguardo, l'A. che tale tipo di adozione potrebbe essere ricondotta a quella già contemplata dall'art. 44 della l. n. 184/1983 che prevede, però, soltanto alcune ipotesi specifiche assimilabili alle condizioni di semiabbandono permanente, non considerando, invece, gli altri diversi casi ad esso riconducibili.

[51] App. Bari, 16 aprile 2004, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, p. 178 ss.

affidatari potessero considerarsi tutori del minore né suoi rappresentanti legali, e quindi negando l'ammissibilità dell'opposizione proposta da questi ultimi, di nazionalità italiana, avverso il decreto di adottabilità del minore[52]. Successivamente, la Suprema Corte ha anche affermato che, al di fuori dei casi in cui abbia base esclusivamente negoziale, la *kafalah* islamica presenta più punti in comune che differenze rispetto al modello nazionale di affidamento, atteso che entrambi gli istituti hanno natura di strumenti di protezione del minore, non producono effetti legittimanti, né incidono sullo stato civile del minore e che, anzi, la *kafalah*, più dell'affidamento, si avvicina all'adozione in ragione della sua durata fino alla maggiore età dell'affidato (e del carattere, viceversa, soltanto provvisorio dell'affidamento)[53]. La qualificazione come affidamento della *kafalah* ha quindi consentito di ritenerla valido presupposto per il ricongiungimento con il familiare extracomunitario soggiornante in Italia[54].

[52] Corte di cassazione, 4 novembre 2005 n. 21395, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2006, p. 791 ss.: la Corte ritiene in particolare che il titolare della tutela è l'autorità marocchina identificandolo, nel caso, nel governatore della prefettura «[…] denominato Wali, cui spetta appunto la tutela dei minori in stato di abbandono, laddove, se viene autorizzato l'espatrio del minore, la tutela stessa viene attribuita al Console del Marocco competente per l'area dove il minore e la famiglia risiedono». Su tale sentenza cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 213; G. PIZZOLANTE, "La *kafala* islamica", cit., p. 949.

[53] In questi termini v. Corte di cassazione, 20 marzo 2008 n. 7472, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2008, p. 809; Corte di cassazione, 2 luglio 2008 n. 18174, in *Mass. giur. it.*, 2008; Corte di cassazione, 17 luglio 2008 n. 19734, in *Foro it.*, 2009, 4, I, c. 1179; Corte di cassazione, 20 gennaio 2010 n. 1908, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2010, 3, 790. Su tale giurisprudenza v. J. LONG, "Sì al ricongiungimento familiare", cit., 1235; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. loc. ult. cit.*

[54] Qualificando la *kafalah* come affidamento, la Corte di cassazione ha fatto propria un'interpretazione estensiva dell'art. 29, c. 2 del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 ('Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero', cd. 'T.U. immigrazione', in *Gazzetta ufficiale*, n. 191 del 18 agosto 1998, S.O.), affermando che il ricongiungimento familiare disciplinato da tale norma deve essere concesso anche nel caso di strumenti di protezione stranieri che, indipendentemente dal *nomen iuris*, producano *lege fori* effetti sostanzialmente analoghi a quelli che, secondo il diritto italiano, sono ricollegati a uno o più degli istituti testualmente menzionati dal secondo comma della norma in questione. In altri termini, valorizzando la scelta legislativa di estendere il ricongiungimento, non solo a coloro che siano uniti all'immigrato da un rapporto giuridico di filiazione, ma anche da relazioni che, pur senza il relativo riconoscimento formale, abbiano sostanzialmente un contenuto paragenitoriale, il Giudice di legittimità ha ritenuto che le spiccate analogie intercorrenti tra quest'ultimo tipo di relazioni e la *kafalah* ne giustificassero un trattamento identico. A tale esito ermeneutico la Suprema Corte è giunta sulla scorta di argomenti di carattere sistematico, ponendo in particolare risalto l'esigenza di un'interpretazione 'costituzionalmente adegua-

Ad analoga conclusione la giurisprudenza di legittimità è, da ultimo, correttamente pervenuta anche con riguardo alle istanze di ricongiungimento formulate da cittadini italiani residenti in Italia[55]. È, infatti, recentissima la decisione con la quale la Suprema Corte, pronunciando a Sezioni Unite, ha affermato che il minore straniero affidato a cittadino italiano con provvedimento giudiziale di *kafalah* – seppur non riconducibile alla nozione di 'discendente' ai sensi dell'art. 2, d. lgs. n. 30 del 2007[56] – può «senza alcun impedimento» ricomprendersi nell'ambito degli «altri familiari» di cui all'art. 3, c. 2, lett. a) del decreto in questione; di quei soggetti, cioè, per i quali il cittadino italiano residente in Italia può chiedere il ricongiungimento se a) è a carico, ovvero, b) convive nel paese di provenienza del cittadino extracomunitario o, ancora, c) gravi motivi di salute ne impongano l'assistenza personale[57].

ta' della normativa di riferimento. All'ammissibilità della *kafalah* quale presupposto, *ex* art. 29, c. 2 del T.U., del ricongiungimento familiare, infatti, la Corte di cassazione è pervenuta informando l'applicazione di detta norma ai valori, di rango costituzionale, della tutela del superiore interesse del minore e dell'uguaglianza. Principi, questi ultimi, che a dire della Suprema Corte sarebbero invece inaccettabilmente lesi in danno dei soli «[…] minori, di Paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono, per i quali la *kafalah* è […] l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici» ove si optasse per la tesi di una pregiudiziale esclusione, in capo a tali minori, del requisito per il ricongiungimento familiare.

[55] In tal modo disattendendo e superando l'opposto orientamento – in passato seguito sia dagli stessi Giudici di legittimità sia da Giudici di merito – secondo cui la *kafalah* sarebbe riconoscibile quale affidamento ai soli fini del ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario già soggiornante in Italia. Al riguardo v. Corte di cassazione, 1° marzo 2010 n. 4868, in *Famiglia e diritto,* 2010, p. 787, nota R. GELLI, "Questioni relative al ricongiungimento del minore in *kafalah* al cittadino italiano"; Corte di cassazione, 7 ottobre 2011 n. 20722, non pubblicata. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. min. Trento, 20 agosto 2009, in *Famiglia e minori,* 2009, p. 64, nota M. FINOCCHIARO, "Il tentativo di conseguire un risultato con l'inganno non poteva essere avallato"; App. Torino, 19 novembre 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 787, nota R. GELLI, "Questioni relative al ricongiungimento del minore", cit. *Contra* App. Venezia, 9 febbraio 2011, in *Corriere giur*., 2011, p. 847 ss., nota P. MOROZZO DELLA ROCCA, "Sull'affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante *kafalah* tornerà a pronunciarsi la Cassazione".

[56] Il riferimento è al decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30 (in *Gazzetta ufficiale* n. 72 del 27 marzo 2007), successivamente modificato dal d. lgs. 28 febbraio 2008, n. 32 (in *Gazzetta ufficiale* n. 52 del 1° marzo 2008), con il quale, come noto, l'Italia ha provveduto a recepire la direttiva 2004/38 sul diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in GU L 158 del 30 aprile 2004, pp. 77-123.

[57] Così Corte di cassazione (sezioni unite), 16 settembre 2013 n. 22108, non ancora pubblicata. Si legge nella sentenza che una diversa interpretazione dell'art. 3, c. 2, lett. a)

Ma i sopra riportati esiti della giurisprudenza di legittimità attengono, come accennato, esclusivamente al problema della riconoscibilità della *kafalah* in Italia in funzione della applicabilità della disciplina sul ricongiungimento familiare di cui, da una parte, al T.U. sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero e, dall'altra, al d. lgs. n. 30 del 2007, includendo l'istituto in esame, rispettivamente, nella nozione di affidamento rilevante *ex* art. 29, c. 2 del T.U. e in quella di 'altri familiari' accolta dall'art. 3, c. 2, lett. a) del decreto n. 30/2007[58].

Nelle citate pronunce non è, invece, dato rinvenire un'altrettanto chiara presa di posizione in ordine alla questione – come si è visto ancora controversa nella giurisprudenza – della idoneità, in astratto, della *kafalah* a produrre effetti nell'ordinamento italiano alla stregua delle norme di diritto internazionale privato e dunque a prescindere da istanze di ricongiungimento familiare.

Con sentenza n. 19450 del 2011[59], infatti, la Suprema Corte ha espressamente escluso che l'assimilazione all'affidamento ammessa ai fini del ricongiungimento familiare possa valere a vantaggio di cittadini *italiani* anche al di fuori dell'ambito di operatività di tale disciplina. Talché, laddove questi ultimi intendano inserire nel proprio nucleo familiare un minore di cui abbiano la custodia in ragione di un provvedimento di *kafalah*, la normativa al riguardo applicabile resta quella dettata dalla legge sull'adozione, così come modificata a seguito dell'adeguamento alla Convenzione dell'Aja del 1993[60]. Questo perché, sostiene la Cassazione, ai sensi dell'art. 41 della legge italiana di diritto internazionale

del d. lgs. n. 30 del 2007 – oltre a non potersi conciliare con il fondamentale principio del preminente interesse del minore (v. *supra*, par. 3), al quale deve informarsi anche la disciplina interna dell'immigrazione – farebbe sorgere sospetti di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di uguaglianza. Negare un'interpretazione estensiva della norma in questione secondo i termini indicati, infatti, determinerebbe una disparità di trattamento nei confronti dei minori bisognosi di protezione cittadini di paesi islamici del tutto identica a quella che aveva indotto la stessa Corte di legittimità a propendere per un'interpretazione estensiva dell'art. 29 d. lgs. n. 286 del 1998 (v. *supra*, in questo par., e relativa nota 54). Anzi – osservano le sezioni unite – tale disparità di trattamento sarebbe aggravata da analoga disparità in danno dei cittadini italiani rispetto ai cittadini stranieri, ai quali (come si è visto in questo par.) il ricongiungimento con i minori affidati in *kafalah* è consentito (cd. discriminazione alla rovescia).

[58] V. quanto osservato immediatamente *supra* in questo par. e nelle relative note.

[59] Corte di cassazione, 23 settembre 2011 n. 19450, in *Corriere giur*., 2012, p. 197 ss.

[60] In questo senso la giurisprudenza, di legittimità e di merito, già cit. alla nota 55, ancorché – come si è visto – con specifico riferimento ad ipotesi, difformi da quella esaminata nella sentenza di cui al testo, di ricongiungimento familiare.

privato, quando si tratta di riconoscere adozioni di minori a favore di cittadini italiani (non residenti ed effettivamente domiciliati all'estero da almeno due anni) sono fatte salve, in quanto di applicazione necessaria, le leggi speciali vigenti in materia, che quindi devono operare in luogo del meccanismo di riconoscimento automatico prefigurato dagli art. 64 ss. della l. n. 218/1995[61].

L'obiezione che in dottrina si muove all'illustrato approccio della giurisprudenza di legittimità ha quale presupposto di fondo l'impossibilità di assimilare la *kafalah* all'istituto dell'adozione quale risulta configurato nella Convenzione dell'Aja e, conseguentemente, fatto proprio dal nostro ordinamento. Impossibilità questa che, come detto, discende dall'inesistenza, negli Stati islamici, dello stesso concetto giuridico di adozione, che semplicemente essi non contemplano in quanto preordinato ad instaurare un rapporto di filiazione estraneo a quella naturale, l'unica ammessa in tali ordinamenti[62].

Le difficoltà connesse ad un corretto inquadramento giuridico della

[61] La conclusione cui la Cassazione giunge con la pronuncia in esame sottende, come osserva P. MOROZZO DELLA ROCCA nel relativo commento ("La *kafalah* non è né adozione né affidamento preadottivo. Fuori luogo il richiamo all'art. 41, comma 2, L. n. 218/1995", in *Corriere giur*., 2012, p. 199 ss., spec. p. 202), l'obiettivo di disincentivare l'elusione della normativa italiana in materia di adozione. Tuttavia, pur non potendosi negare che le procedure di cui alla l. n. 184/1983 sono di applicazione necessaria per i cittadini italiani non residenti ed effettivamente soggiornanti all'estero da almeno due anni, sostiene l'A. che ciò «[…] non può valere ad interdire il costituirsi di relazioni giuridiche personali diverse dalla filiazione adottiva per effetto di provvedimenti emessi all'estero da autorità straniere, a meno che tali relazioni non siano manifestazione di una attività effettivamente preordinata all'elusione della legge di applicazione necessaria e non siano in altro modo prodotte da un provvedimento in concreto contrario al nostro ordine pubblico familiare».

[62] Ragione, questa, che spiega perché nessun Paese islamico ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 1993, il cui ambito applicativo è (come visto *supra*, par. 1) ristretto alle sole adozioni che «costituiscano un rapporto giuridico di filiazione» (art. 2). Quand'anche, perciò, la *kafalah* fosse riconosciuta come adozione (anche non) legittimante, lo *status* del minore sarebbe comunque instabile o, secondo l'espressione efficacemente coniata al riguardo, 'claudicante'. Da una parte, infatti, l'istituto non potrebbe produrre in Italia gli stessi effetti ad esso ricondotti nel Paese d'origine, con notevoli difficoltà pratiche per le autorità italiane al fine di chiarire l'ambito dei poteri degli affidatari; dall'altra parte, l'adozione non potrebbe essere riconosciuta come tale nel Paese d'origine, con la conseguenza che il minore manterrebbe – nella prospettiva di tale Paese – i suoi rapporti giuridici sia con il Paese d'origine stesso sia con la famiglia biologica. In questi termini cfr. G. PIZZOLANTE, "La *kafala* islamica", cit., pp. 958-959, ove si osserva che, in una situazione di tal fatta, il minore «[…] risulterebbe figlio degli adottanti in Italia, sebbene, applicando la legge nazionale dello stesso, privo di qualsiasi vincolo con questi ultimi e, contemporaneamente, figlio dei genitori biologici nel Paese di origine».

kafalah nel nostro ordinamento attengono, in altri termini, al problema, ancora irrisolto, della qualificazione di tale istituto. Ed è ben vero che, quando si tratta di applicare norme nazionali di diritto internazionale privato, tale qualificazione deve operarsi *lege fori*; come opportunamente precisato in dottrina, tuttavia, l'impiego delle categorie giuridiche contemplate da tale ordinamento non può prescindere dalla considerazione che funzione primaria delle norme di diritto internazionale privato è quella di aprire l'ordinamento del foro verso valori e istituti propri di altri ordinamenti e che detta funzione deve, in particolar modo, privilegiarsi allorché le norme in questione scaturiscano – come si verifica in questa materia – (anche) da fonte internazionale[63].

Non vi è dubbio che la *kafalah* rientri tra quegli istituti giuridici familiari e di protezione del minore significativamente diversi dai corrispondenti istituti italiani con cui, sempre più spesso, i giudici italiani sono chiamati a confrontarsi. Né – per lo meno in linea di massima – sembra potersi dubitare della compatibilità della *kafalah* in quanto tale con i principi fondamentali del nostro ordinamento. In questo senso, d'altronde, depone la constatazione che la *kafalah* è annoverata tra le misure di protezione dei minori in difficoltà non solo *i*) nella Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, la quale (all'art. 3, lett. e) equipara la *kafalah* alle misure 'occidentali' di protezione del fanciullo[64], ma anche

[63] In punto v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 212; G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 61. A proposito del problema della qualificazione in presenza di istituti ignoti o non regolati, v. S. TONOLO, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, 2003, p. 147 ss.

[64] Tale Convenzione, adottata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, è entrata in vigore sul piano internazionale il 1° gennaio 2002, ma tra i trentasette Stati che ne sono vincolati non figura, ad oggi, l'Italia, che con il Belgio rimane l'unico Paese membro dell'UE a non averla ancora ratificata nonostante la decisione 2008/431/CE del 5 giugno 2008 con cui il Consiglio dell'Unione ha sollecitato ed autorizzato gli Stati membri a ratificare detto strumento «nell'interesse della Comunità» provvedendo, «se possibile», entro il 5 giugno 2010. In punto v. P. FRANZINA, "Anche la Svezia ratifica la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori: a quando la ratifica italiana?", in aldricus.com/2012/10/12/aia-1996-svezia/. Come ricorda C. CAMPIGLIO, "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss., spec. pp. 70-71, la decisione di far rientrare la *kafalah* (ad esclusione di quella disposta con atto notarile privato concluso tra le parti e successivamente omologato dal tribunale) nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja si deve al Marocco, che non a caso l'ha firmata il giorno stesso della sua adozione (ratificandola poi il 22 agosto 2002). In virtù dell'art. 33, peraltro, qualora venga assunta in uno Stato contraente una misura di «*recueil légal par kafala*», non è

ii) nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo, all'art. 20, par. 3[65]. Vero è, infatti, che l'Italia non ha ancora ratificato la prima delle menzionate Convenzioni[66], ma la circostanza che l'abbia già firmata e che, ad oggi, vi aderiscano quasi tutti i Paesi membri dell'Unione europea costituisce comunque un dato significativo di segno contrario alla tesi dell'incompatibilità in astratto della *kafalah* con l'ordine pubblico[67].

Come si è scritto, in questi casi l'alternativa tra, da una parte, il riconoscimento degli effetti dei provvedimenti di *kafalah* quali sono prefigurati dall'ordinamento d'origine e, dall'altra, la loro (forzata) riconduzione a quelli propri di istituti domestici (nonostante la ontologica irriducibilità di questi ultimi al modello islamico), «si pone come un confronto di civiltà»[68]. Si tratta, pertanto, di stabilire fino a che punto il rispetto

sufficiente che le Autorità centrali di altro Stato contraente si consultino reciprocamente, ma occorre che si accordino preventivamente: condizione, quest'ultima, che – precisa l'A. – è stata intesa in dottrina (P. PICONE, "La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc*., 1996, p. 705 ss.) come idonea a introdurre una forma di controllo sull'immigrazione di minori islamici in Europa.

[65] Su tale Convenzione v. *supra*, par. 3, e relativa nota 39. Dopo aver stabilito, al comma 1, che il fanciullo privo di famiglia o in condizione tale da dover essere allontanato dalla famiglia ha diritto a protezione, l'art. 20 della Convenzione prosegue: «Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi tra l'altro per mezzo di sistemazione in famiglia, della kafala di diritto islamico, dell'adozione […] Nel ricercare soluzioni, si terrà debitamente conto della opportunità di una continuità nell'educazione del fanciullo, nonché delle sue origini etniche, religiose, culturali e linguistiche» (v. anche *supra*, nota 50).

[66] Nel senso che la ratifica di tale Convenzione da parte dell'Italia «[…] avrebbe risolto e, comunque, risolverebbe per il futuro, tutti i problemi interpretativi e applicativi oggetto delle precedenti decisioni della Corte» cfr. Corte di cassazione (sezioni unite), 16 settembre 2013 n. 21108, cit.

[67] Così R. CLERICI, "La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale", in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, "La *kafalah* non è né adozione né affidamento preadottivo", cit., p. 200; J. LONG, "Sì al ricongiungimento familiare", cit., p. 1234. A favore di questa tesi pare propendere la stessa Cassazione che, con la citata (*supra*, nota 52) sentenza n. 21395 del 2005, ha espressamente escluso la possibilità di negare il riconoscimento del provvedimento di *kafalah* «[…] in quanto contrario ai principi fondamentali del diritto di famiglia in generale e di quello delle adozioni in particolare». Hanno, invece, affermato il contrasto con l'ordine pubblico della *kafalah* avente natura esclusivamente negoziale e quindi non interessata da alcun intervento giurisdizionale volto alla verifica dei presupposti di fatto della situazione di abbandono del minore e dell'idoneità del *kafil* alcune pronunce di giudici di merito: cfr., in particolare, Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005, cit.

[68] Il riferimento è a G. PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 62.

dell'identità culturale e l'esigenza di continuità degli *status* familiari debbano prevalere su altrettanto generali interessi salvaguardati da norme statali parimenti preordinate alla tutela di diritti fondamentali.

Orbene, assai utili indicazioni al riguardo paiono ritraibili dalla decisione con cui, da ultimo, la Corte EDU ha statuito che lo Stato francese non è incorso nella violazione dell'art. 8 CEDU vietando il riconoscimento con effetti di adozione legittimante di un provvedimento di *kafalah* emesso in Algeria nei confronti di una minore avente la nazionalità di tale Stato e a favore di una cittadina francese[69]. Secondo la Corte, infatti, il diritto al rispetto della vita familiare non può ritenersi leso allorché – in applicazione di una norma di diritto internazionale privato quale quella francese venuta in rilievo nel caso in esame[70] – la questione del riconoscimento di simili provvedimenti sia assoggettata al diritto nazionale del minore interessato e ciò comporti la continuità, nello Stato richiesto, degli stessi effetti spiegati da tali provvedimenti nell'ordinamento d'origine precludendone, tuttavia, l'equiparazione a quelli correlati a istituti giuridici del foro che, come l'adozione, siano privi di alcuna corrispondenza nel Paese di provenienza del minore. Questo perché, a dire della Corte, mediante la censurata soluzione internazionalprivatistica, lo Stato convenuto – lungi dal pregiudicare la continuità degli *status* acquisiti all'estero – ne garantisce, al contrario, identica efficacia anche nel proprio ordinamento (senza, peraltro, precluderne *tout court* la conversione in adozione legittimante, ma semplicemente subordinandola al futuro maggior radicamento, nel territorio francese, del nucleo familiare interessato), in tal modo promuovendo la graduale integrazione del minore nel Paese ospitante e, nel contempo, dando dimostrazione di adeguatamente rispettare il valore del pluralismo culturale.

Sembrano, quindi, fondate le perplessità manifestate in dottrina a proposito del sopra richiamato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui i casi di riconoscimento di provvedimenti di *kafalah* emessi a favore di cittadini italiani residenti nel nostro ordinamento devono, per ciò solo, trattarsi alla stregua della disciplina nazionale

[69] Sentenza del 4 ottobre 2012, *Harroudj* c. *Francia*, ric. n. 43631/09, in *Revue critique de droit international prové*, 2013, 146 ss. Su tale decisione v. S. CORNELOUP, *ibidem*, 161 ss. e quanto osservato anche *infra*, par. 6.

[70] Nel codice civile francese, con legge n. 111 del 6 febbraio 2001, è stato introdotto il divieto di adozione di un minore straniero «[…] si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France» (art. 370-3 code civil). In applicazione di tale divieto, la Cour de Cassation ha ripetutamente negato alla *kafalah* perfezionatasi all'estero effetti equiparabili a quelli di un'adozione internazionale.

sull'adozione. Pare, in altri termini, che alla soluzione consistente nello 'appiattimento' della *kafalah* sulla categoria dell'adozione sia da preferirsi quella per cui «[…] di fronte a istituti giuridici stranieri sconosciuti nel foro» – qual è appunto la *kafalah* – «[…] il giudice deve estrapolarne gli elementi essenziali per valutare a quali istituti del foro siano assimilabili e dunque a quale norma di conflitto siano riconducibili»[71].

Secondo questo approccio non è quindi alle norme della l. 218/1995 in materia di adozione che deve aversi riguardo per stabilire i meccanismi in virtù dei quali la *kafalah* può spiegare i propri effetti in Italia. A venire in rilievo sarebbero piuttosto, secondo alcuni, le disposizioni di tale legge che attengono alle misure di protezione dei minori. Chi aderisce a questa tesi sostiene pertanto che la *kafalah* vada ricondotta all'interno della categoria degli istituti di protezione dei minori, disciplinata dall'art. 42, l. n. 218/1995 e, per suo tramite, dalla Convenzione dell'Aja del 1961[72] – che esso dichiara applicabile in ogni caso –, in questo senso confortata dalla citata Convenzione dell'Aja del 1996, la quale (all'art. 3, lett. e) equipara la *kafalah* alle misure 'occidentali' di protezione del fanciullo[73]. Tale soluzione consentirebbe l'automatica efficacia anche in Italia del provvedimento di *kafalah* emanato dall'autorità competente del Paese di residenza del minore (o comunque riconosciuto efficace in tale Paese), purché i suoi effetti non contrastino, in concreto, con l'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali di difesa degli

[71] Così C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", in *Riv. Dir. internaz.*, 2011, p. 1029 ss., spec. pp. 1063-1064.

[72] Si tratta della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, entrata in vigore, sul piano internazionale, il 4 febbraio 1969, e, in Italia, il 23 aprile 1995. Il nostro Paese ne ha ordinato l'esecuzione con legge 15 gennaio 1994, n. 64, che ha altresì dato esecuzione alla Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, alla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori e alla Convenzione dell'Aja del 28 maggio 1970 in materia di rimpatrio dei minori.

[73] F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., pp. 212-213; A. LANCIOTTI, "Artt. 38 – Adozione", cit., p. 950; C. CAMPIGLIO, "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana", cit., p. 73; ID., "Il rapporto con i regolamenti europei e il diritto internazionale privato straniero", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2011, p. 669 ss., spec. p. 671; S. DE BELLIS, "Art. 41 - Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione", cit., pp. 1006-1007. In giurisprudenza sembrano essersi allineati a tale tesi: Trib. min. Reggio Calabria, 10 ottobre 2006, in *Famiglia e minori*, 2006, p. 86, e Trib. Biella, 26 aprile 2007, in *Dir. fam.*, 2007, p. 1810.

eventuali genitori biologici, controinteressati all'affidamento in *kafalah* del figlio minorenne.

Al medesimo risultato dell'automatica efficacia, in Italia, dell'atto di *kafalah* perviene peraltro anche quella parte della dottrina che propende, invece, per l'applicabilità degli art. 65 e 66 della l. n. 218/1995, i quali rispettivamente consentono il riconoscimento, senza necessità di procedimenti intermedi, di provvedimenti stranieri di natura giurisdizionale o di volontaria giurisdizione relativi (tra l'altro) a rapporti di famiglia. Chi fa propria tale impostazione la preferisce a quella fondata sull'art. 42 della l. 218/1995 – della quale, peraltro, condivide il presupposto della non assimilabilità della *kafalah* alla nostra adozione – in quanto tale articolo sarebbe limitato alla giurisdizione e alla legge applicabile in materia di protezione dei minori, non trattando invece la questione del riconoscimento delle misure al riguardo adottate all'estero, profilo questo per il quale si ritiene dunque applicabile la disciplina generale di cui agli art. 64 ss. della legge medesima[74].

I limiti del presente lavoro non consentono di soffermarsi, con maggiore precisione, sulle ragioni che, per ciascuna delle soluzioni testé evocate, militano a favore o contro la loro reciproca preferibilità. Pare, tuttavia, opportuno osservare che esse, assai più dell'approccio seguito dalla Cassazione, si attagliano alle indicazioni impartite dalla Corte EDU che, come visto, nei conflitti di civilizzazione in materia di rapporti di famiglia, sembra esprimere un *favor* per metodi internazionalprivatistici idonei a valorizzare l'identità culturale del soggetto interessato rispetto all'ordinamento del foro, scongiurando, nel contempo, la creazione di quelle 'situazioni claudicanti' che la stessa Corte di Strasburgo è incline a condannare in nome della continuità degli *status* e dei rapporti giuridici interpersonali.

5. La disciplina applicabile al riconoscimento delle adozioni straniere alla prova del principio della continuità degli status *personali quale si ricava dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE…*

Come anticipato (*supra*, par. 1), non è possibile operare una com-

[74] A. BONOMI, "La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc*., 1995, 618 ss.; G. PIZZOLANTE, "La *kafala* islamica", cit., pp. 959-965. In giurisprudenza v. App. Bari, 16 aprile 2004 cit.; App. Torino, 30 maggio 2007, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2008, p. 191; App. Torino, 18 luglio 2007, in *Dir. fam.*, 2008, p. 143.

piuta ricostruzione del contesto normativo nell'ambito del quale, in Italia, i provvedimenti stranieri di adozione sono ammessi a spiegare i propri effetti senza considerare anche l'interazione, con tali norme, dei principi comunitari in materia di libera circolazione dei cittadini UE.

È ben vero infatti che, allo stato attuale di evoluzione del diritto UE, la competenza in materia di diritto di famiglia deve ancora ritenersi in capo agli Stati membri. Neanche in occasione della riforma di Lisbona, d'altronde, gli Stati membri hanno manifestato alcuna disponibilità a conferire alle istituzioni europee il potere di legiferare direttamente nel campo del diritto materiale di famiglia: anzi, ad ulteriore dimostrazione della loro volontà di arginare le intromissioni del diritto dell'Unione europea in tale settore, si è registrato un rafforzamento delle condizioni e dei limiti solo nel rispetto dei quali le istituzioni sono legittimate ad adottare misure di diritto internazionale privato e processuale nel diritto di famiglia[75].

Ed è altrettanto vero che, in particolare, la materia dell'adozione e lo specifico profilo della circolazione dei relativi provvedimenti esulano completamente dall'ambito applicativo di quegli strumenti normativi che, emanati dal legislatore europeo nel settore del diritto internazionale privato, hanno pur tuttavia interessato importanti ambiti del diritto di famiglia[76].

Ciò non di meno, è pure indubbio che, attraverso l'esercizio delle proprie attribuzioni in tema tanto di libera circolazione delle persone quanto di diritto internazionale privato, l'UE ha finito per influenzare si-

[75] L'espressione più evidente della cautela con cui gli Stati membri acconsentono alla disciplina sovranazionale 'europea' della materia in esame limitandola ai soli profili internazionalprivatistici del diritto di famiglia si rinviene indubbiamente nella disposizione che, all'interno dell'art. 81 (par. 3) TFUE, specificamente si occupa di tale settore reiterando quanto già stabilito con il trattato di Nizza. Non sfugge, infatti, che mentre, in generale, la procedura legislativa da seguire per la realizzazione dello spazio giudiziario europeo è individuata in quella ordinaria (vale a dire nel procedimento che, anteriormente alla riforma di Lisbona, si denominava di codecisione e) che prevede il voto a maggioranza qualificata (art. 81, par. 2 TFUE), le corrispondenti misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali devono essere stabilite dal Consiglio secondo una procedura legislativa speciale (vale a dire all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo: art. 81, par. 3, c. 1 TFUE).

[76] Come ben noto, infatti, il regolamento n. 2201/2003 (già cit. *supra*, par. 3, nota 39) all'art. 1, par. 3, lett. b) esclude espressamente dal proprio ambito applicativo la «decisione relativa all'adozione» le «misure che la preparano» o lo «annullamento o [la] revoca dell'adozione».

gnificativamente, e quindi progressivamente restringere, l'autonomia statale a regolare il diritto di famiglia[77].

Ed è proprio nell'ambito dei due menzionati settori di competenza UE che, grazie all'elaborazione ermeneutica della Corte di giustizia, è andato via via affermandosi quello che in dottrina si è definito il principio di conservazione attraverso le frontiere di *status* e rapporti personali e familiari[78].

Tale principio rappresenta, a ben vedere, una proiezione, nel campo della circolazione delle persone, di quello cd. dello Stato d'origine, come ben noto elaborato dalla Corte di giustizia sin dalle sentenze *Dassonville*[79] e *Cassis de Dijon*[80] al fine di sindacare la compatibilità con la disciplina comunitaria delle misure dello Stato di destinazione delle merci che si fossero ritenute ostative o restrittive della relativa libertà di circolazione. Ed è altrettanto noto che, in virtù del menzionato principio dello Stato di origine, una merce legalmente prodotta in uno Stato membro può circolare negli altri Stati membri dell'UE senza doversi adeguare alle regole tecniche ivi adottate, anche se indistintamente applicabili, salvo che queste ultime – riguardando un settore non armonizzato dalla normativa UE – siano giustificate da esigenze imperative di interesse generale, perseguite in maniera non discriminatoria e proporzionata. L'operatività del principio in esame comporta, in altri termini, il mutuo riconoscimento tra normative degli Stati membri, presupponendo – e allo stesso tempo alimentando – la reciproca fiducia tra le autorità nazionali.

La progressiva estensione, da parte della Corte di giustizia, del meccanismo di mutuo riconoscimento alle altre fondamentali libertà di movimento prefigurate dal trattato (prima CE, oggi FUE) ha determinato la

[77] Per un'analisi dei progressivi sviluppi dell'azione dell'UE in materia di famiglia v. S.M. CARBONE, I. QUEIROLO, "Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva 'invasione' degli spazi riservati alla sovranità statale", in *Diritto di famiglia e Unione europea*, S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), Torino, 2008, pp. 1-27; S.M. CARBONE, C.E. TUO, "Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona", in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 301 ss., spec. pp. 303-314; I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2010, spec. pp. 161-196.

[78] Il riferimento è a L. TOMASI, *La tutela degli* status *familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 95.

[79] Corte di giustizia, *Procureur du Roi c. Dassonville*, causa C-8/74, sentenza dell'11 luglio 1974, in *Raccolta della Giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado*, 1974, p. I-837.

[80] Corte di giustizia, *Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, causa C-120/78, sentenza del 20 febbraio 1979, in *Raccolta della Giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado*, 1979, p. I-649.

graduale rimozione di tutte le norme statali che, seppur non discriminatorie, risultino tuttavia suscettibili di ostacolare il pieno godimento della libertà di circolazione in quanto idonee a impedire o a rendere meno attraente l'accesso al mercato di uno Stato membro, l'esercizio di un'attività professionale o anche, semplicemente, lo spostamento all'interno dell'Unione di soggetti non economicamente attivi che siano a ciò legittimati in ragione della sola titolarità della cittadinanza europea[81].

Nell'ambito di tale evoluzione giurisprudenziale ha potuto così registrarsi l'applicazione del principio dello Stato d'origine – e quindi del meccanismo del mutuo riconoscimento attraverso il quale esso opera – anche agli *status* personali, tanto che, in dottrina, si è parlato al riguardo dell'affermazione di un «[…] principio di unicità di *status* del cittadino comunitario»[82].

Conferme dell'esistenza di tale principio sarebbero, secondo la tesi appena esposta, ritraibili dalle sentenze *Dafeki*[83] e *Garcia Avello*[84] della Corte di giustizia, con le quali si è affermato l'obbligo, per le autorità dello Stato membro di destinazione del cittadino europeo, rispettivamente, di attenersi al contenuto dei documenti di stato civile e di riconoscere lo *status* personale – segnatamente, il nome – acquisiti dal cittadino stesso nello Stato membro di origine o di cui comunque abbia la cittadinanza. Con tali pronunce la Corte avrebbe, in altri termini, riconosciuto il rapporto di necessaria interdipendenza tra il diritto alla libertà di circolazione spettante ai cittadini UE e l'esigenza di questi ultimi, per poter effettivamente godere di detta libertà, di veder riconosciuto il proprio *status* civile in ogni Stato membro nel quale si spostino. Il che comporta, da una parte, la competenza dello Stato d'origine (o di cittadinanza) a determinare lo statuto personale del cittadino europeo e, dall'altra parte, l'obbligo, per lo Stato nel quale il cittadino stesso si sia spostato (Stato di

[81] Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria richiamata nel testo v. G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005.

[82] Al riguardo v. L. TOMASI, "La tutela degli *status* familiari", cit., p. 105 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[83] Corte di giustizia, *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, causa C-336/94, sentenza del 2 dicembre 1997, in *Raccolta della Giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado*, 1997, p. I-06761.

[84] Corte di giustizia, *Garcia Avello c. Etat Belge*, causa C-148/02, sentenza del 2 ottobre 2003, in *Raccolta della Giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado*, 2003 p. I-11613.

destinazione e, quindi, Stato del foro), di rispettare, nel caso concreto, tale statuto, senza verificare se la legge applicata nel costituirlo corrisponda a quella indicata dalle proprie norme di conflitto. Difficile è, in effetti, negare il collegamento funzionale tra un effettivo esercizio della libertà di movimento e il riconoscimento, in tutto lo spazio giudiziario europeo, di *status* costituiti in conformità all'ordinamento di un Paese membro: un cittadino dell'Unione potrebbe essere scoraggiato dal lasciare il proprio Stato per trasferirsi in un altro, anche in assenza di motivazioni a carattere economico o lavorativo, sapendo che il proprio *status* civile non è riconosciuto nell'ordinamento di destinazione e che, di conseguenza, non potrà beneficiare dei diritti e delle prerogative che a tale *status* sono ricollegati.

Sulla scorta di queste considerazioni si è, quindi, giunti a configurare un vero e proprio principio di mutuo riconoscimento degli *status* familiari e personali cristallizzati nello Stato d'origine del cittadino comunitario, quale conseguenza e condizione di effettività della cittadinanza europea nonché corollario della libertà di circolazione[85].

Non mancano, peraltro, in dottrina prese di posizione di segno contrario. Vi è, infatti, chi con sicurezza esclude che dalle statuizioni della Corte sia ricavabile un principio in base al quale i sistemi nazionali siano tenuti a coordinarsi al fine di riconoscere gli stati giuridici familiari dei cittadini dell'Unione europea «[…] anche al di là di quanto necessario all'identificazione della persona (e quindi al riconoscimento, ad esempio, dello *status* di figlio)»[86].

Certo è, tuttavia che, come si è osservato da parte di alcuni, il principio del mutuo riconoscimento (e quindi quello dello Stato d'origine) si presta ad essere assimilato a metodi internazionalprivatistici riconducibili alla nozione di «riconoscimento di situazioni giuridiche», a metodi, cioè, implicanti il riconoscimento, nello Stato del foro, della validità di situazioni straniere costituite tramite l'intervento dell'autorità pubblica, senza controllo della legge applicata per crearle né possibilità di far operare le norme di conflitto del foro. Ricondurre a tali metodi il principio in questione appare, invero, soluzione idonea a promuovere un più pregnante coordinamento tra gli ordinamenti degli Stati membri, non implicante, peraltro, la sostituzione *in toto* del mutuo riconoscimento alle norme nazionali di diritto internazionale privato. Si è, infatti, opportunamente precisato che la funzione del mutuo riconoscimento, anche con

[85] In termini v., ancora, L. TOMASI, "La tutela degli *status* familiari", cit., p. 109.

[86] Così E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 258.

riferimento alla materia dei rapporti familiari, rimane «[…] quella di intervenire 'eccezionalmente' ove l'applicazione del diritto internazionale privato nazionale crei un ostacolo alla realizzazione delle libertà comunitarie di circolazione»[87].

Se, dunque – sulla base della richiamata giurisprudenza comunitaria – si aderisce a questa tesi, deve ritenersi che la possibilità di acquisire *status* personali e familiari anche in Stati membri diversi da quello di cittadinanza per poi ottenerne, almeno in linea di principio, il riconoscimento nello spazio comunitario integri una vera e propria condizione di effettività della libertà di circolazione, che a sua volta costituisce contenuto essenziale della cittadinanza europea.

È ben vero che l'operatività di tale principio di unicità e riconoscimento degli *status* familiari presuppone, da un lato, l'esistenza di una disposizione UE che attribuisca un determinato diritto soggettivo in conseguenza del possesso di uno *status* familiare e, dall'altro lato, una situazione di «libera circolazione comunitaria», restando escluse le situazioni puramente interne agli Stati membri[88].

La rilevanza del principio e i suoi riflessi sulla continuità dei rapporti familiari transnazionali non può, tuttavia, negarsi, atteso che altro è legare il diritto di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello d'origine al solo possesso della cittadinanza UE, altro è, invece, farlo discendere dal diritto all'uniforme valutazione del proprio *status* familiare[89].

Orbene, se si assume l'esistenza di tale principio, la successiva questione che si tratta di affrontare è quale impatto esso possa provocare sulla disciplina del riconoscimento dello *status* di figlio adottivo analizzata nei precedenti paragrafi.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi, sopra considerata (par. 2), dell'adozione di minore originario di un Paese terzo da parte di adottanti cittadini di uno Stato membro nel quale essi, residenti e soggiornanti da almeno due anni in *altro* Stato membro, richiedano il riconoscimento del rapporto di filiazione adottiva.

Si è visto sopra che, in Italia, una situazione di tal fatta non è direttamente contemplata né disciplinata dalla legge 184/83 che, all'art. 36, 4° comma, prende unicamente in considerazione il caso del riconoscimento, nel nostro ordinamento, di adozione di minore originario dello

[87] Di questa opinione L. TOMASI, "La tutela degli *status* familiari", cit., pp. 102-104.

[88] Come correttamente puntualizzato da L. TOMASI, *op. ult. cit.*, p. 123.

[89] Secondo la condivisibile opinione di L. TOMASI, *op. ult. cit.*, p. 119.

Stato straniero nel quale gli adottanti, cittadini italiani, risiedano e soggiornino da almeno due anni. E si è altresì visto che, in giurisprudenza, il regime privilegiato di cui all'art. 36, 4° comma è stato esteso anche all'ipotesi, qui presa ad esempio, di adozione di minore, non già originario del Paese di residenza e soggiorno degli adottanti, bensì di un Paese terzo.

Ma si pensi, anche, più semplicemente, alle ipotesi – sempre ricomprese nella disciplina dettata dalla legge italiana sull'adozione e parimenti sopra esaminate (par. 2) – nelle quali sia richiesto nel nostro Paese, a titolo principale o nell'ambito di una questione 'preliminare', il riconoscimento di adozioni di minori provenienti da altro Stato membro dell'Unione.

Come innanzi osservato, il regime di riconoscimento prefigurato dalla l. n. 184/1983 comporta che il Tribunale per i minorenni svolga tutta una serie di controlli il cui espletamento implica, di fatto, un apprezzamento di circostanze e condizioni già autonomamente valutate dalle autorità dello Stato di residenza degli adottanti, dal quale, appunto, il provvedimento di adozione proviene. Tanto che, come detto, sia in giurisprudenza sia in dottrina si ritiene che il meccanismo in virtù del quale tali adozioni sono riconosciute non può definirsi di riconoscimento automatico, in quanto al provvedimento straniero si unisce quello italiano che ne dichiara l'efficacia nel nostro ordinamento[90]. Ed è difficile negare che un meccanismo di tale portata si presti ad essere letto, alle luce delle indicazioni impartite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in termini di condizione ostativa al, o quanto meno fortemente scoraggiante del, pieno godimento, da parte dei soggetti italiani coinvolti in tali rapporti, della libertà di circolazione cui essi hanno diritto in quanto cittadini UE. Il riconoscimento dello *status*, rispettivamente, di genitori e figli adottivi dagli stessi acquisito in altro Stato membro risulta, infatti, subordinato all'espletamento di procedure complesse e oltretutto non sempre idonee a garantire una piena rispondenza degli effetti che a tali *status* sono connessi all'estero con quelli derivanti dalla loro delibazione in Italia.

L'interrogativo che occorre porsi è dunque se il solo fatto che il riconoscimento dello *status* di filiazione adottivo sia richiesto da cittadini dell'Unione (anche) in assenza di, o comunque a prescindere da, un loro spostamento dallo Stato membro (di residenza, o anche di cittadinanza), dove il riconoscimento è richiesto, integri condizione sufficiente affinché tale riconoscimento abbia luogo in via automatica – e dunque senza che

[90] V. *supra*, par. 2.

sia necessario l'esperimento di alcuna specifica procedura al riguardo – in conformità al principio di unicità degli *status* familiari e personali ricavabile, come visto, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ove, infatti, a detto interrogativo dovesse rispondersi affermativamente, ne discenderebbe la non applicabilità, per lo meno negli stretti termini in cui è strutturato, dello specifico procedimento di delibazione cui, ai sensi delle rilevanti disposizioni della l. n. 184/1983, è subordinata l'efficacia dei provvedimenti di adozione stranieri ogni qual volta essi, come negli esempi considerati, siano emessi all'interno dello spazio giudiziario europeo e riguardino soggetti titolari della cittadinanza dell'Unione.

6. Segue: *...e da quella della Corte europea dei diritti umani*

Ferme le considerazioni che precedono, e anche nell'ipotesi in cui si ritenesse di escluderne la rilevanza ai fini che qui interessano, non può comunque trascurarsi che l'esistenza di un vero e proprio diritto al riconoscimento delle relazioni familiari costituite all'estero è oggi, a certe condizioni, chiaramente ritraibile pure dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Emblematica al riguardo è la sentenza del 28 giugno 2007 nel caso *Wagner e J.M.W.L.* c. *Lussemburgo*, ove la Corte è giunta ad imporre allo Stato convenuto il rispetto di *status* validamente acquisiti all'estero (adozione legittimante di una minore peruviana ottenuta in Perù da una cittadina lussemburghese), prescindendo da qualsiasi valutazione internazionalprivatistica[91]. Il rifiuto che le autorità statali, basandosi sul diritto internazionale privato del foro, avevano opposto al riconoscimento – e quindi alla traduzione, in realtà giuridica, della realtà sociale costituitasi all'estero – è stato infatti giudicato dalla Corte quale interferenza sproporzionata rispetto al diritto sancito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, di cui pertanto essa ha riscontrato la violazione[92].

[91] Sentenza del 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, in hudoc.echr.coe.int.

[92] La ragione che, secondo le autorità lussemburghesi, ostava al riconoscimento dell'adozione peruviana risiedeva nell'applicabilità, giusta il disposto delle rilevanti norme di diritto internazionale privato del foro, del diritto lussemburghese, alla cui stregua provvedimenti di adozione legittimante potevano emettersi solo a favore di persone coniugate (v. anche *infra*, nel testo di questo par.). Indicazioni nel senso che le norme nazionali sul riconoscimento di decisioni straniere in materia civile possono, in certi casi, comportare la violazione dell'art. 8 CEDU sono, in realtà, ritraibili già dalla decisione del 6 maggio 2004, *Hussin* c. *Belgio*, ricorso n. 70807/01, in

Il concetto espresso dalla Corte in tale decisione è, in altri termini, che una violazione del diritto consacrato dall'art. 8 CEDU può avere luogo anche in sede di riconoscimento, da parte dello Stato richiesto, di sentenze straniere costitutive di *status* familiari. Tale violazione si verifica, secondo la Corte di Strasburgo, quando le condizioni alle quali gli Stati subordinano l'efficacia di provvedimenti giudiziari stranieri non soddisfano il requisito della legittimità dell'obiettivo cui siano preordinate ovvero della proporzionalità con cui, per giurisprudenza costante della stessa Corte, sarebbe ammissibile che, perseguendo un obiettivo legittimo, esse apportino limitazioni ai diritti tutelati dalla CEDU. Vero è, infatti, che (perlomeno alcuni di) tali diritti non hanno portata assoluta, potendo quindi ammettere restrizioni. Ma è altrettanto vero che dette limitazioni devono sempre conformarsi al canone della legittimità del risultato cui mirano e della proporzionalità delle misure impiegate per attuarlo: non devono, cioè, determinare, del diritto in questione, restrizioni eccessive rispetto a quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo, legittimo, che esse sono preordinate a realizzare[93].

hudoc.echr.coe.int, nella quale la Corte, pur dichiarando il ricorso inammissibile in quanto manifestamente infondato, aveva non di meno ravvisato una restrizione del diritto al rispetto della vita familiare del ricorrente nel rifiuto delle autorità belghe di riconoscere la decisione tedesca che accertava il rapporto di filiazione intercorrente tra un uomo e il figlio dell'ex coniuge dichiarando il conseguente diritto al mantenimento di quest'ultimo nei confronti del primo.

[93] In ciò consiste, come noto, la teoria del margine d'apprezzamento, elaborata della Corte di Strasburgo (che vi fa ricorso con una frequenza tale da consentire di considerarla una vera e propria 'dottrina') per soddisfare le esigenze di applicazione organica della Convenzione europea dei diritti umani senza tuttavia sacrificare la molteplicità dei tessuti sociali, economici e giuridici dei Paesi contraenti. Essa, definita come quel grado di deferenza o di errore concesso agli Stati prima che la Corte di Strasburgo sia pronta a dichiarare che il rimedio statale costituisce una violazione della Convenzione, trova la propria giustificazione *i*) nella lettura sistematica della Convenzione (ed, in particolare, nel principio di sussidiarietà al quale essa è improntata: v., specialmente, gli art. 1, 35, par. 2 e 53) e *ii*) nella tecnica redazionale di quegli articoli che giustificano eventuali limitazioni di diritti generalmente riconosciuti come assoluti (come ad esempio gli art. 8-11, l'art. 1 del prot. n. 1, l'art. 14 e l'art. 6). I presupposti esplicitamente richiesti dalle 'clausole di interferenza' enunciate in tali articoli si riferiscono all'ingerenza che sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale o, ancora, la protezione dei diritti e delle libertà altrui (cd. motivi di interesse generale o *pressing social needs*: v. art. 8, par. 3 della Convenzione). Come precisa C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", cit., p. 1057, è l'accertamento di tali condizioni a rientrare, per l'appunto, nel margine di apprezzamento dello Stato,

Nel caso *Wagner*, gli effetti dell'adozione legittimante pronunciata in Perù non avrebbero dovuto essere riconosciuti in Lussemburgo perché, secondo le conferenti norme di diritto internazionale privato di tale Stato, la legge applicabile al rapporto sarebbe stata quella lussemburghese, alla cui stregua un tale tipo di adozione era precluso a soggetti non coniugati quale era, nel caso concreto, l'adottante. Secondo la Corte, una disposizione nazionale di tale tenore deve intendersi inammissibilmente restrittiva del diritto al rispetto della vita familiare dei soggetti interessati dalla decisione straniera; diritto che, quindi, ad avviso della Corte, include anche, e protegge, l'aspettativa di tali soggetti a che la decisione da cui sono riguardati si veda riconosciuta, in tutti gli ordinamenti statali, la medesima efficacia ad essa connaturata in quello d'origine. E tanto più tale pretesa deve considerarsi ricompresa nell'alveo dell'art. 8 CEDU quanto più stretto ed intenso si configuri il collegamento del rapporto familiare in questione con lo Stato nell'ambito del quale esso è stato instaurato.

margine che varia a seconda delle circostanze, della materia e del contesto. Infatti, il potere valutativo spettante ai Paesi membri non è illimitato, ma la restrizione apportata al diritto convenzionale volta a volta in questione deve rivelarsi proporzionata ed è comunque soggetta alla supervisione della Corte EDU (v., ad es., la sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside*, ricorso n. 5493/72, in hudoc.echr.coe.int), che interviene allorché la sostanza stessa dei diritti in gioco risulti seriamente compromessa a ragione della mera protezione di un non specificato interesse generale degli ordinamenti nazionali. Secondo la dottrina in esame, solo i diritti per i quali la Convenzione contempla le suddette 'clausole di interferenza' – e cioè, che possono essere sacrificati per gli innanzi richiamati motivi di interesse generale – offrono la possibilità di concedere un certo margine, il quale è invece assolutamente precluso (non essendo al riguardo tollerata alcuna discrezionalità) per i cd. *core rights* enucleati dagli art. 2, 3 e 4 della Convenzione (diritto alla vita, divieto di tortura e di schiavitù). Inoltre, per le questioni che attengono più strettamente alle suddette esigenze sociali imperative, l'ultima verifica che i Giudici di Strasburgo compiono prima di decidere in favore del margine è la ricerca di un ampio consenso tra i Paesi del Consiglio d'Europa: in linea di massima, la Corte EDU non applica la dottrina del margine se constata l'assenza di uniformità di vedute (emblematici, in tal senso, i casi del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L* c. *Lussemburgo* cit., e del 3 maggio 2011, *Négrépontis-Giannisis* c. *Grecia*, ric. n. 5659/08, in hudoc.echr.coe.int, sul quale v. *infra*, nel testo di questo par.). Alla base di tale impostazione vi è il problema dell'impossibilità dei giudici di Strasburgo di riuscire a dichiarare autonomamente cambiamenti interpretativi di principi europei. Se si verificasse un'imposizione 'dall'alto' di valori, infatti, molti Paesi con tradizioni sociali e culturali del tutto divergenti dalla nuova impostazione potrebbero sentirsi 'traditi' dallo spirito della Convenzione, rivolta a proteggere valori condivisi e non ad uniformare *tout court* idee o principi. Per considerazioni analoghe e, in generale, sul tema del margine di apprezzamento cfr. P. TANZARELLA, "Il margine di apprezzamento", in *I diritti in azione*, M. CARTABIA (a cura di), Bologna, 2007, p. 145 ss.

Come posto in luce dalla dottrina, infatti, i rapporti familiari ammessi a fruire della tutela offerta dalla Convenzione devono risultare effettivamente creati e attualmente esistenti all'interno di un dato ordinamento, oltre che costituiti validamente, per lo meno dal punto di vista formale, in conformità a quest'ultimo, tanto da rappresentare una realtà sociale che, quanto più appaia consolidata e cristallizzata, tanto più è ritenuta meritevole di protezione, e cioè idonea, da un lato, a ingenerare, nei soggetti interessati, la legittima aspettativa della stabilità e della continuità del rapporto che li riguarda; dall'altro lato, a fondare l'obbligo, per lo Stato richiesto, di riconoscere gli effetti di tale rapporto anche all'interno del proprio ordinamento[94].

Che il diritto al rispetto della vita familiare includa anche quello alla continuità transnazionale degli *status* acquisiti all'estero appare, d'altronde, inequivocamente confermato dalla decisione *Negrepontis-Giannisis* c. *Grecia* resa, ancora di recente, dalla Corte di Strasburgo[95]. Si trattava, in quel caso, di valutare la compatibilità con l'art. 8 (oltre che con gli art. 14 e 6 e l'art. 1 del primo protocollo alla) CEDU del rifiuto, opposto dalle competenti autorità greche, al riconoscimento di una decisione di adozione pronunciata nel Michigan a favore di un monaco greco

[94] In questi termini v. P. FRANZINA, "Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss., spec. p. 612; P. KINSCH, "Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights", in *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011, p. 37 ss., spec. p. 42, nonché, da ultimo, S.M. CARBONE, "I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali", in *Dir. Un. eur*., 2013, p. 1 ss., spec. pp. 19 e 25.

[95] Sentenza del 3 maggio 2011, ricorso n. 5659/08, cit., per un commento alla quale v. l'interessante contributo di P. FRANZINA, "Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR", cit. Nel senso che da tale pronuncia della Corte è desumibile la conferma che, negando il riconoscimento di un provvedimento di adozione straniero, gli Stati possono incorrere nella violazione dell'art. 8 CEDU, v. P. FRANZINA, *op. ult. cit*., p. 611, secondo cui «Wagner and Negrepontis-Giannisis show, in particular, that, when a transnational situation arises, Article 8 requires the contracting States to pursue, inter alia, the 'cross-border continuity' of the relevant personal status and family ties […]: respect for private and family life implies that 'limping' situations – i.e. situations where a personal status is recognised under the law of State X but not under the law of State Y – should be avoided to the largest possible extent»; v., altresì, da ultimo, T. SCHILLING, "The Enforcement of Foreign Judgments in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2012, p. 545 ss., spec. p. 561. Secondo O. LOPES PEGNA, "L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere", in *Riv. Dir. internaz*., 2011, p. 33 ss., spec. p. 55, già con la sentenza *Wagner* la Corte EDU ricava dall'art. 8 della Convenzione un diritto «al riconoscimento del legame familiare».

nei confronti del nipote, parimenti di cittadinanza greca, ed entrambi, all'epoca della costituzione del rapporto adottivo, residenti negli Stati Uniti, ove la loro permanenza si era in seguito protratta, complessivamente, per circa quindici anni. Quando, successivamente alla morte dello zio, si era aperta, in Grecia, la sua successione e, in tale ambito, era stata messa in discussione la riconoscibilità del rapporto adottivo instaurato negli USA, i giudici ellenici avevano, per l'appunto, accolto la relativa contestazione, affermando la contrarietà degli effetti di tale provvedimento straniero con disposizioni nazionali di diritto canonico ritenute di rango costituzionale e quindi idonee a venire in rilievo quale limite di ordine pubblico.

Anche in questa occasione la Corte EDU non ha esitato a ravvisare, nella posizione assunta dalle autorità elleniche, una violazione (tra l'altro) dell'art. 8 della Convenzione, osservando come il rifiuto di riconoscere un rapporto familiare validamente costituito all'estero sulla base dell'asserito contrasto dello stesso con norme di diritto canonico che, oltre ad essere assai risalenti nel tempo, neppure potevano dirsi riflettere valori condivisi da, e comuni a, gli Stati contraenti della Convenzione, integrasse un'illegittima interferenza nel diritto fondamentale al rispetto della vita familiare invocato dall'adottato[96].

Non stupisce, pertanto, che la Corte EDU, nella recentissima sentenza *Harroudj* c. *Francia*, abbia negato la violazione, da parte dello Stato convenuto, dell'art. 8 CEDU per aver respinto, in applicazione di una norma di diritto internazionale privato, la domanda di riconoscimento

[96] In particolare, secondo la Corte, la restrizione apportata al diritto al rispetto della vita familiare dal diniego di riconoscimento dell'adozione statunitense non rispondeva al requisito della 'necessità in una società democratica', requisito al quale, secondo il par. 2 dell'art. 8 CEDU, deve conformarsi l'esercizio del margine di apprezzamento di cui pure, come visto (*supra*, in questo par., e nota 93), gli Stati godono nell'attuazione del diritto in questione. Conclusione, quest'ultima, alla quale la Corte per l'appunto giunge dopo aver constatato, da un lato, che le norme nazionali poste a fondamento del diniego in quanto asseritamente di ordine pubblico, oltre ad essere di diritto canonico e per di più risalenti, addirittura, al settimo e nono secolo, risultavano in parte interessate da un intervento abrogativo effettuato in tempi più recenti, in virtù del quale lo *status* degli appartenenti al clero aveva subito significativi cambiamenti (essendo stato soppresso il previgente divieto di contrarre matrimonio); dall'altro lato, che per effetto dell'adozione pronunciata negli USA si era ivi validamente costituita e consolidata una relazione, di durata ormai ventennale, pienamente corrispondente ai desiderata dei soggetti interessati e come tale integrante una vera e propria 'realtà sociale' dalla quale anche l'ordinamento ellenico non avrebbe più potuto prescindere nell'apprezzarne gli effetti al proprio interno.

quale adozione legittimante di un provvedimento algerino di *kafalah*[97]. Constatato, infatti, che – per ammissione della stessa ricorrente – il diniego opposto dalle competenti autorità giudiziarie francesi non comportava alcuna interferenza nel godimento del rapporto validamente creato all'estero, ma anzi ne consentiva la integrale prosecuzione, nella pienezza dei suoi effetti, all'interno dello Stato convenuto, la Corte EDU ha chiarito che il diritto alla continuità degli *status* familiari garantito dall'art. 8 CEDU non può intendersi comprensivo anche dell'obbligo, positivo, in capo agli Stati, di attribuire a tali rapporti effetti ulteriori a, e soprattutto diversi da, quelli che vi sono originariamente correlati in virtù della disciplina che ne abbia regolato la costituzione. Ed è significativo che a tale conclusione la Corte sia pervenuta proprio confrontando il caso in esame con quello all'origine della sentenza *Wagner*: mentre quest'ultima si giustificava, come visto, a motivo dell'irragionevole diniego del Lussemburgo di riconoscere effetti al provvedimento straniero di adozione – diniego che pertanto integrava un'illegittima interferenza nel diritto alla continuità del rapporto familiare dei soggetti interessati –, nel caso *Harroudj* non può, secondo la Corte, ravvisarsi alcuna violazione di tal fatta. Questo perché la conferente norma francese di diritto internazionale privato, proibendo l'adozione del minore laddove questa sia vietata dalla sua legge nazionale, non preclude, comunque, al minore stesso ed al suo affidatario di mantenere, in Francia, il medesimo rapporto costituito all'estero, gli effetti di tale rapporto potendosi assimilare a quelli del corrispondente istituto giuridico della tutela applicato nel foro a casi, come quello concreto, di minori i cui genitori siano ignoti al momento dell'affidamento. E questo anche perché, come la Corte si premura di puntualizzare, il divieto posto dalla norma in questione non è assoluto, *i*) ammettendo un'eccezione espressa nel caso in cui il minore sia nato e risieda abitualmente in Francia e *ii*) potendo essere aggirato non appena il minore, affidato a un cittadino francese, abbia a sua volta acquistato la nazionalità di tale Paese. Nella situazione in esame, dunque, nessun ostacolo poteva ravvisarsi al pieno godimento del diritto al rispetto della vita familiare *ex* art. 8 CEDU, ma, al contrario, pieno riconoscimento – e continuità assoluta degli effetti – dello *status* validamente creato all'estero. Il che comporta, da un lato, il rispetto dell'identità culturale del minore e delle tradizioni giuridiche dell'ordinamento da cui proviene; dall'altro lato, la graduale integrazione del minore stesso nella comunità di destinazione, in virtù di un processo di inserimento che,

[97] Sentenza del 4 ottobre 2012, ricorso n. 43631/09 cit. *supra*, par. 4 e relativa nota 69.

quanto più diviene intenso in ragione del progressivo radicamento, nel tempo, della residenza familiare in tale comunità, tanto più giustifica l'allentarsi dei legami con lo Stato di origine e, quindi, la successiva trasformazione della *kafalah* in vero e proprio rapporto di filiazione adottiva secondo l'ordinamento dello Stato richiesto.

Peraltro, esattamente come si è osservato a proposito del principio del mutuo riconoscimento estrapolabile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[98], l'affermazione – da parte dei Giudici di Strasburgo – del diritto alla continuità degli *status* familiari quale espressione di quello, più generale, al rispetto della vita familiare non deve condurre a negare, *tout court*, applicazione alle norme di diritto internazionale privato[99]. Al contrario, come opportunamente osservato in dottrina, tali norme devono operare *in funzione* del pieno ed effettivo godimento di tale diritto[100]. Con le pronunce citate, infatti, la Corte EDU non ha inteso impartire indicazioni quanto al meccanismo in virtù del quale gli Stati sono tenuti a dichiarare efficaci, nel proprio sistema, i prodotti giudiziari stranieri; essa ha, piuttosto, ritenuto di offrire precisazioni in ordine al contenuto degli obblighi che, in capo agli Stati stessi, discendono dall'art. 8 CEDU. E atteso che, per l'appunto, tra tali obblighi rientra pure quello di garantire la continuità delle situazioni giuridiche stabilmente acquisite all'estero, le norme di diritto internazionale privato (indipendentemente dalla fonte, nazionale o sovranazionale, dalla quale scaturiscono) devono essere fatte operare in modo da non apportare illegittime restrizioni al corrispondente diritto consacrato dalla CEDU[101]. Dunque, i meccanismi azionabili negli Stati al fine di rendere efficaci le decisioni straniere non possono, di per sé, considerarsi incompatibili con la Convenzione, tanto più se, come

[98] V. *supra*, par. 5.

[99] Di quest'avviso C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", cit., p. 1055, secondo la quale dalla giurisprudenza della Corte EDU testé evocata non deve necessariamente evincersi «[…] la necessità di mettere fuori gioco il diritto internazionale privato ove questo conduca nel caso di specie alla violazione di un diritto fondamentale»; pare infatti che con tale giurisprudenza la Corte abbia piuttosto voluto «[…] semplicemente chiarire che lo Stato è tenuto a valutare attentamente l'impatto concreto del richiamo internazionalprivatistico sulla realtà sociale, al fine di verificarne la 'sufficienza' (meglio, la proporzionalità) rispetto allo scopo».

[100] Il riferimento è a P. FRANZINA, "Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR", cit., p. 613.

[101] V. al riguardo P. KINSCH, "Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law", in *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, K. BOELE-WOELKI *et al.* (eds.),The Hague, 2010, p. 272 ss.

quelli oggetto delle menzionate decisioni della Corte EDU e rilevanti ai fini che qui interessano, attengono a provvedimenti di adozione[102].

Gli Stati, pertanto, conservano un ampio margine di apprezzamento nell'applicazione dei rispettivi regimi di riconoscimento delle decisioni in materia di rapporti familiari e, nella misura in cui le relative condizioni risultino idonee al perseguimento di obiettivi legittimi, esse possono anche apportare limitazioni al godimento dei diritti ricompresi nell'art. 8 CEDU, sempre che ciò avvenga sulla base di un equo bilanciamento dei valori in gioco, da operarsi nel rispetto di standard tipici di una società democratica. Simili operazioni implicano, quindi, un certo grado di flessibilità nell'apprezzamento degli interessi da contemperare e nella conseguente determinazione di quello da considerarsi prevalente, caso per caso, in concreto[103]. Né vi è dubbio che, a tal fine, un ruolo cruciale sia

[102] La Corte stessa, in *Wagner* (par. 126), osserva infatti che: «In the Court's eyes, there is no reason to doubt that the refusal to order enforcement of the Peruvian adoption judgment was meant to protect the 'health and morals' and the 'rights and freedoms' of the child. It does not seem unreasonable that the Luxembourg authorities should display prudence when they determine whether the adoption was made in accordance with the Luxembourg rules on the conflict of laws». D'altronde, proprio l'esigenza di salvaguardare la vita familiare impone, per non incorrere nella violazione (indiretta) dell'art. 8 CEDU, di rifiutare il riconoscimento degli effetti di decisioni che siano state assunte in contrasto con esso. Si tratta, a ben vedere, del medesimo ragionamento che la Corte svolge quando, a venire in rilievo rispetto all'*exequatur* di provvedimento estero, sia l'art. 6 della Convenzione. Seppure, infatti, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, tale ultima norma fondi un vero e proprio diritto all'esecuzione delle sentenze (*McDonald* c. *Francia*, ricorso n. 18648/04, sentenza del 29 aprile 2008; *Vrbica*, ricorso n. 32540/05, sentenza del 1° aprile 2010; *Négrépontis-Giannisis* c. *Grecia*, ricorso n. 56759/08, sentenza del 3 maggio 2011, tutte consultabili in hudoc.echr.coe.int), il diritto in questione non può attuarsi – ed è dunque legittimamente soggetto a restrizioni – allorché la sentenza che si tratta di eseguire sia stata emessa, nello Stato d'origine, ad esito di un procedimento nel quale si sia verificata una violazione manifesta di altro diritto convenzionale, sia esso di natura processuale ovvero sostanziale (*McDonald* c. *Francia*, sentenza del 29 aprile 2008, cit.). Come si legge in S.M. CARBONE, "I diritti della persona", cit., pp. 16-17, quindi, sebbene con le sentenze *Wagner* e *Negrepontis* possa dirsi che si è riconosciuto 'effetto diretto' all'art. 8 CEDU, e cioè la sua attitudine ad operare «[…] direttamente a favore degli individui, a prescindere da qualsiasi ulteriore intermediazione attuativa in ambito statale», tale effetto non deve essere in ogni caso meccanicamente applicato. Piuttosto, la natura della norma convenzionale impone «[…] un'attenta valutazione di merito di ogni specifica situazione che comporta, da un lato, la verifica dell'effettiva meritevolezza dell'affidamento dei soggetti interessati alla stabilità del rapporto e della sua tutela e, dall'altro, della ricaduta sociale eventualmente negativa dei relativi effetti da parametrarsi a quelli positivi innanzi accennati nei confronti degli individui in essa coinvolti».

[103] In questi termini, da ultimo, v. il par. 47 della sentenza *Harroudj* cit. *supra*.

svolto da clausole quale quella dell'ordine pubblico, tradizionalmente inteso dagli Stati come strumento di salvaguardia dei valori sociali, giuridici e culturali sui quali si fonda il proprio ordinamento ed operante in senso limitativo dell'applicabilità delle norme di diritto internazionale privato, incluse quelle sul riconoscimento dei prodotti giudiziari stranieri.

Emerge, tuttavia, dall'esaminata giurisprudenza che il limite dell'ordine pubblico non può più intendersi come esclusivamente espressivo di valori solo statali, il suo contenuto risentendo ormai sempre più vistosamente dell'influenza esercitata da principi di matrice sovranazionale[104]. È in questa prospettiva, infatti, che si spiega, nella decisione *Negrepontis*, l'affermazione dell'inidoneità delle regole di diritto canonico invocate dai giudici ellenici a venire in rilievo quali principi di ordine pubblico suscettibili di ostare al riconoscimento dell'adozione costituita nel Michigan. In tanto, infatti, norme di diritto nazionale, pur considerate di rango costituzionale, possono ritenersi parte integrante del limite dell'ordine pubblico (e quindi atte a fondare una legittima restrizione di un diritto, a carattere non assoluto, della CEDU), in quanto risulti un'ampia ed attuale condivisione dei valori imperativi ad esse sottesi anche da parte di un numero considerevole di altri ordinamenti europei[105].

[104] In tema sia consentito rinviare, oltre che a P. KINSCH, "La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme", in *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 817 ss., spec. p. 822, e a P. FRANZINA, "Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR", cit., pp. 614-615, anche a C.E. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, 2012, spec. pp. 113-124.

[105] Si legge, infatti, in P. KINSCH, "Private International Law Topics", cit., p. 45, che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, la delimitazione del margine di apprezzamento (riservato, come visto, agli Stati nell'applicazione di certi diritti convenzionali) «[…] goes hand in hand with a European supervision» (in questi termini, la sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside* c. *Regno Unito* cit.). Ciò, peraltro, non significa – come già osservato in altra sede (C.E. TUO, *op. loc. ult. cit.*) e come, da ultimo, chiarito anche da autorevole dottrina (S.M. CARBONE, "I diritti della persona", cit., pp. 25-26) – che gli Stati debbano intendersi ormai privati di alcuna legittimazione a salvaguardare valori integranti l'essenza stessa della propria identità nazionale allorché se ne profili il rischio di un'inaccettabile lesione per effetto del riconoscimento di realtà giuridiche create all'estero. Piuttosto, secondo quanto efficacemente puntualizzato (S.M. CARBONE, *op. loc. ult. cit.*), deve ritenersi che il limite dell'ordine pubblico – per quanto soggetto ad una progressiva riduzione del proprio ambito applicativo – mantiene comunque la sua operatività in funzione del rispetto dell'identità nazionale dello Stato nel quale si tratta di far valere gli effetti correlati alle suddette realtà giuridiche straniere. Del resto, come visto (*supra*, nota 93), è la stessa elaborazione, da parte della Corte

Appurato dunque che, anche a prescindere dall'applicazione delle norme UE in materia di cittadinanza e di libera circolazione delle persone, esiste – ed è chiaramente affermato dalla Corte di Strasburgo –, sulla base del diritto consacrato dall'art. 8 CEDU, un vero e proprio diritto alla continuità degli *status* familiari, occorre interrogarsi sulla compatibilità con tale diritto della disciplina italiana in materia di riconoscimento delle adozioni straniere.

Occorre, cioè, chiedersi se, anche a voler escludere che l'applicabilità di tale disciplina possa risentire degli effetti del principio del mutuo riconoscimento degli *status* personali enucleato dalla giurisprudenza comunitaria, debba ritenersi che norme quali quelle dettate dalla legge 184/83, così come interpretate dalla rilevante giurisprudenza nazionale, non supererebbero comunque il test di legittimità e/o di proporzionalità alla cui stregua opera il menzionato diritto alla continuità dei rapporti familiari sancito dalla Corte EDU.

Già si sono espressi dubbi riguardo alla coerenza con la giurisprudenza UE del meccanismo di riconoscimento delle adozioni straniere prefigurato dalla legge italiana, mettendo in evidenza come l'impossibilità di definirlo realmente 'automatico' si presti ad una qualificazione dello stesso in senso ostativo all'effettività della libera circolazione cui hanno diritto i soggetti aventi la nazionalità di uno Stato membro per il solo fatto di essere cittadini europei. Sembra, a maggior ragione, difficile negare che, messo alla prova dell'esaminata giurisprudenza di Strasburgo, detto meccanismo potrebbe giudicarsi adeguato a garantire che lo *status* acquisito all'estero in virtù di un provvedimento di ado-

EDU, della cd. dottrina del margine di apprezzamento a confermare la portata non assoluta di certi diritti CEDU e la correlativa esigenza che la loro affermazione avvenga, nei singoli Stati, nel pieno rispetto delle esigenze di una società democratica e delle rispettive tradizioni giuridico-culturali. Quando, pertanto, il riconoscimento di realtà giuridiche straniere appare suscettibile di attentare all'identità nazionale dello Stato richiesto, è solo azionando il limite dell'ordine pubblico – operante, per l'appunto, attraverso un bilanciamento dei valori volta a volta in considerazione – che può individuarsi la soluzione da adottare nel caso concreto. Senza che siffatta tecnica debba, necessariamente, condurre ad attribuire efficacia a situazioni consolidate all'estero, seppur sulla base di scelte legittimate da specifici provvedimenti amministrativi o giurisdizionali: come è stato scritto (v. ancora S.M. CARBONE, *op. loc. ult. cit.*), infatti, il metodo del bilanciamento «[…] comporta un'attenta valutazione delle specifiche situazioni concrete e dei loro effetti al fine di escludere solamente quelli che si pongono in irrimediabile conflitto con l'ordine pubblico». In questo modo si garantisce «[…] grande apertura verso il riconoscimento di effetti riconducibili anche a valori ed istituti estranei a quelli dell'ordinamento in cui sono fatti valere, purché compatibili con il mantenimento della sua identità culturale e del suo modello organizzativo».

zione possa vedersi riconosciuto quel grado di continuità in presenza del quale soltanto la Corte EDU esclude la violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Vero è, lo si è visto, che dalla giurisprudenza CEDU non è dato ricavare l'affermazione secondo cui, per non incorrere nella violazione di detta norma, gli Stati sarebbero tenuti ad abolire i procedimenti di delibazione delle sentenze straniere. La delicatezza delle questioni sottese a provvedimenti di adozione induce anzi a ritenere, come detto, che un qualche sistema di controllo degli effetti ad essi correlati debba comunque essere azionabile nei singoli Stati, sì da evitare che un loro incondizionato riconoscimento – anziché promuoverlo – violi il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare[106].

Ma è altrettanto vero che tali procedimenti, per potersi dire compatibili con la Convenzione, devono comunque ispirarsi al principio secondo cui *status* familiari validamente e stabilmente costituiti all'estero godono, in tutti gli altri Stati, di una sorta di *presunzione di riconoscibilità*, superabile solo in funzione del soddisfacimento di altri valori, parimenti ritenuti meritevoli di tutela dalla CEDU, e perseguiti con misure proporzionate a tal fine. Vi è dunque da chiedersi se un procedimento, come quello italiano, che assoggetta le adozioni a controlli tali da far ritenere che, in realtà, al provvedimento straniero si sostituisce quello nazionale che ne dichiara l'efficacia (v. *supra*, par. 2), sia davvero improntato a tale principio, e dunque idoneo a superare il test dell'art. 8 CEDU, ovvero – come appare più probabile – possa incorrere nella censura della Corte di Strasburgo.

Tale interrogativo sembra da porsi, a più forte ragione, con riguardo all'orientamento che, come visto, è seguito dalla nostra giurisprudenza quando si tratta di stabilire se dare o meno ingresso, in Italia, a provvedimenti di adozione a favore di persone singole ovvero di *kafalah*.

Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, lo si è detto, la tendenza è di negare, a tali provvedimenti, la medesima efficacia di cui godono nell'ordinamento di origine. Infatti, quand'anche l'adozione del singolo sia munita, in tale ordinamento, di effetti legittimanti, i nostri giudici – argomentando sulla base della l. 184/83 – escludono di poterli riconoscere, riconducendo il relativo rapporto ad ipotesi di adozione in casi particolari, come tali dotate solo di effetti non legittimanti. E addirittura, in presenza di provvedimenti di *kafalah*, quando non si tratta di riconoscerli quale presupposto per il ricongiungimento familiare, non solo ne viene negata l'automatica riconoscibilità, ma se ne subordina l'efficacia in Ita-

[106] V. *supra*, nel testo di questo par. e la nota 99.

lia all'applicazione della legge sull'adozione; a norme, cioè, disciplinanti un istituto giuridico – l'adozione, appunto – al quale, secondo l'ordinamento di origine di tali provvedimenti, essi non sono in alcun modo riconducibili, per il fatto che, lo si ribadisce, gli Stati di confessione islamica semplicemente non lo contemplano.

Sembra, allora, difficile negare che, ove sottoposte al vaglio della Corte di Strasburgo, soluzioni giurisprudenziali di tale tenore sarebbero tacciate di incompatibilità con il principio di continuità degli *status* familiari fondato sull'art. 8 CEDU. La Corte EDU, infatti, ha, bensì, ribadito – ancora da ultimo, nella sentenza *Hardouj* – che i contenuti del diritto al 'rispetto' della vita familiare *ex* art. 8 CEDU variano da caso a caso, e che, vista la disomogeneità delle soluzioni internazionalprivatistiche applicate dagli Stati quando si tratta di riconoscere provvedimenti di *kafalah*, il margine di apprezzamento loro riservato al riguardo deve correlativamente ritenersi ampio. Tuttavia, la menzionata decisione ha altresì chiarito che nello stabilire gli effetti che un provvedimento di *kafalah* può essere ammesso a spiegare nel proprio ordinamento, gli Stati non possono prescindere dalla cruciale considerazione *i*) che tra gli strumenti di protezione del minore riconosciuti dalle principali convenzioni internazionali figurano tanto l'adozione quanto la *kafalah* e *ii*) che tali istituti, seppur dotati di pari dignità quali mezzi di tutela del minore, sono comunque tra loro ontologicamente diversi e non assimilabili. Orbene: vero è che la posizione dei giudici italiani non è nel senso di negare *tout court* riconoscimento ai rapporti in questione. Ma neppure può affermarsi che ad essi, in Italia, siano ricondotti i medesimi effetti da cui sono connotati in virtù dell'ordinamento d'origine. Anzi, nel caso della *kafalah*, si assiste ad un vero e proprio snaturamento dell'istituto, che si pretende di piegare a categorie giuridiche di matrice esclusivamente nazionale e prive di alcuna corrispondenza nello Stato d'origine, per il solo fatto che, quando ad essere coinvolti in qualità di custodi del minore siano cittadini italiani residenti nel nostro ordinamento, la normativa nazionale deve intendersi di applicazione necessaria.

Né sembra che, a giustificazione di simili restrizioni del diritto sancito dall'art. 8 CEDU, possa invocarsi il limite dell'ordine pubblico alla cui stregua, ferme ben determinate condizioni, gli Stati possono, come detto, esercitare in concreto il margine di apprezzamento di cui godono. Tale limite, lo si è visto, non può più ritenersi posto a presidio di valori solo nazionali, questi ultimi essendo idonei ad opporsi al riconoscimento di realtà giuridiche straniere esclusivamente nella misura in cui riflettano principi assurti a patrimonio comune degli Stati parte della Convenzione o esprimano, comunque, di tali Stati, l'irrinunciabile identità giuridico-

costituzionale[107]. Ora, è bensì vero che la Corte EDU, nel citato caso *Hardouj*, ha preso atto che le soluzioni internazionalprivatistiche impiegate dagli Stati per disciplinare l'efficacia al proprio interno della *kafalah* islamica sono tra loro divergenti, giustificando quindi la riserva a favore degli Stati medesimi di un ampio margine di apprezzamento quanto alla scelta di tali tecniche. Ma è altrettanto vero che, in virtù dell'indagine comparativa tra i vari Paesi membri del Consiglio d'Europa, la Corte ha anche potuto constatare che ormai, a prescindere dalla diversità delle predette soluzioni internazionalprivatistiche, tutti gli ordinamenti considerati riconoscono i provvedimenti di *kafalah*, assimilandone gli effetti a quelli di istituti nazionali equiparabili come, ad esempio, la tutela o l'affidamento. E va da sé che tale circostanza, combinata con la qualificazione della *kafalah* quale strumento di protezione dei minori – qualificazione che la Corte, come detto, ricava dalle principali convenzioni internazionali in materia di diritti umani – impedisce di ritenere che nell'ambito del margine di apprezzamento statale rientri pure la scelta *se* riconoscere, o meno, tali provvedimenti, con la conseguenza che un diniego della loro efficacia motivato sulla base dell'asserito contrasto con l'ordine pubblico (nell'accezione 'europea' cui si è fatto testé riferimento) dovrebbe, senza dubbio, ritenersi incompatibile con l'art. 8 CEDU.

A maggior ragione, assai arduo sarebbe immaginare che la riconoscibilità con effetti solo non legittimanti dell'adozione a favore di persona non coniugata possa giustificarsi in ragione dell'esistenza, nell'ambito dell'ordine pubblico invocabile in Italia, del principio secondo cui l'adozione è consentita solo nei confronti di soggetti uniti dal vincolo matrimoniale. Un tale assunto, oltre a trovare smentita nella stessa legge 184/1983 che, seppur in casi eccezionali, ammette l'adozione dei singoli, è comunque da disattendere in ragione della constatazione che i legislatori della maggior parte degli altri ordinamenti europei hanno ormai rimosso ogni ostacolo a tale tipo di adozione, persino nei casi in cui l'adottante sia omosessuale[108].

[107] V. *supra*, nel testo di questo par. e relativa nota 105.

[108] L'adozione di minore da parte di un singolo soggetto è invero consentita in Germania, il par. 1741, comma del 2 del B.G.B. affermando che «[…] chi non è coniugato può adottare un minore solo quale singolo»; in Francia, disponendo l'art. 343-1 del Code Napoleon (come riformato dalla l. n° 66-500 dell'11 luglio 1966) che l'adozione può anche essere richiesta dal singolo di età superiore ai trent'anni; in Svizzera, l'art. 246-b del codice civile (come modificato dalla legge federale del 30 giugno 1972) stabilendo che «[…] une personne non mariè peut adopter seule si elle a 35 ans rèvolus»; in Svezia, affermando il chap. 4, section 1 del Parenthood and

E, ad ogni modo, alla considerazione che precede si aggiunge, superandola, quella secondo cui le questioni attinenti ai rapporti di genitorialità – ivi inclusi, dunque, i rapporti adottivi – sono sempre improntate al principio dell'interesse superiore del minore, che deve orientare sia le misure legislative generali e astratte sia le applicazioni concrete della disciplina.

Questo è quanto, del resto, chiaramente si evince dalla sentenza *X e altri* c. *Austria*, con la quale, da ultimo, la Corte EDU ha accertato la violazione, da parte dello Stato convenuto, dell'art. 8 (in combinato disposto con l'art. 14) della Convenzione in ragione dell'esclusione, nel proprio ordinamento, delle sole coppie omosessuali dall'accesso all'adozione, esclusione che aveva comportato, nel caso concreto, il rifiuto di consentire l'adozione cd. coparentale del figlio minore di una delle due donne da parte della sua compagna[109]. Nell'affermare, infatti,

guardianship code che «Any man or woman who has attained the age of 25 years may with the permission of the court adopt a child»; in Norvegia, esprimendosi l'act n. 8 del 28 febbraio 1986 relating to adoption, del Royal norwegian ministry of health and social affairs, nel senso che «An adoption order may only be garanted to a person who has attained the age of 25 years»; nel Regno Unito, l'adozione da parte dei singoli con più di ventuno anni essendo consentita dopo l'Adoption and Children Act del 2002. Analogamente, nella maggior parte degli altri Stati europei – come Belgio, Irlanda, Finlandia, Austria e Spagna, dove per i singoli è richiesto il superamento dei venticinque anni – la tendenza è favorire le adozioni internazionali anche quando si tratta di soggetti singoli, senza limitarla a casi eccezionali, ma con particolare attenzione alla valutazione caso per caso dell'idoneità dell'adottante, intesa quale capacità di educare, istruire e mantenere il minore (in questi termini cfr. V. CARBONE, "Adozione di minori in Italia", cit., spec. pp. 599-600). É, inoltre, notizia recentissima che la Francia, con legge n. 404 del 17 maggio 2013, ha ammesso pure le coppie omosessuali all'adozione (in argomento v. L. GANNAGÉ, "A propos des décisions rende par la première chambre civile le 7 juin 2012", in *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 587 ss.). Del resto, pronunciandosi su un ricorso innanzi ad essa proposto proprio contro la Francia, la Corte EDU ha affermato che se la legislazione di uno Stato non richiede (come in Francia, per l'appunto, non è richiesta) la presenza della coppia genitoriale, ma consente anche ad una persona sola di fare domanda di adozione, allora alle autorità di quello Stato è certamente vietato, in quanto discriminatorio, rifiutare la domanda di adozione sulla sola base dell'orientamento omosessuale del (o della) richiedente, qualora sussistano tutti gli altri presupposti richiesti dalla legge (v., al riguardo, *E.B.* c. *Francia*, ricorso n. 43546/02, sentenza del 22 gennaio 2008, in hudoc.echr.coe.int, ed il relativo commento di E. LAMARQUE, "Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?", in www.forumcostituzionale.it).

[109] *X e altri* c. *Austria*, ricorso n. 19010/07, sentenza del 19 febbraio 2013, in hudoc.echr.coe.int. Su tale sentenza v. A.M. LECIS COCCO-ORTU, "La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie

che il diniego opposto dalle autorità austriache infrangeva il divieto di discriminazione, così come il diritto al rispetto della vita familiare, sanciti dalla Convenzione, la Corte ha posto l'accento sull'esigenza di tutelare la vita familiare non solo della coppia, ma anche e soprattutto del minore che con essa compone il nucleo familiare, il cui interesse non può ritenersi, a priori, leso dall'orientamento omosessuale degli aspiranti genitori adottivi[110].

Trasponendo tali considerazioni alla controversa questione della riconoscibilità della *kafalah* in assenza di istanze di ricongiungimento familiare[111], sembra di doversi concludere che l'indirizzo attualmente seguito dai nostri giudici presenti svariati profili di criticità. Esso, infatti, oltre a contrastare con il principio secondo cui alla continuità dei rapporti familiari validamente costituiti all'estero non possono opporsi norme di diritto internazionale privato che, nello Stato richiesto del riconoscimento, di fatto privino tali rapporti degli effetti loro originariamente correlati, confligge, altresì, con il divieto di discriminazione, precludendo a cittadini italiani di costituire legami con minori che, ove instaurati, con il medesimo istituto della *kafalah*, a favore di cittadini stranieri soggior-

di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio", in www.forumcostituzionale.it.

[110] Così, secondo la Corte di Strasburgo, non potevano ritenersi convincenti le ragioni addotte dal Governo austriaco per giustificare la differenza di trattamento tra coppie omo- ed etero-sessuali: «[…] the Court finds that the Government have failed to adduce particularly weighty and convincing reasons to show that excluding second-parent adoption in a same-sex couple, while allowing that possibility in unmarried different-sex couple, was necessary for the protection of the family in the traditional sense or for the protection of the interests of the child», atteso che, puntualizza la Corte, «[…] there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life». Le citate considerazioni della Corte offrono, oltretutto, un'ulteriore conferma delle osservazioni svolte *supra*, nel testo di questo par., a proposito della progressiva riduzione del margine di apprezzamento del quale gli Stati godono – anche facendo operare, come visto, la clausola dell'ordine pubblico – nell'applicazione di diritti CEDU non dotati, come quello sancito dall'art. 8, di portata assoluta. Vero è, riconosce la Corte, che la tutela della famiglia tradizionale – invocata dal Governo austriaco a difesa della propria legislazione – rappresenta un obiettivo legittimo alla stregua del quale gli Stati possono, per lo meno in linea di principio, giustificare restrizioni al godimento dei diritti fondati sull'art. 8 CEDU. Ma è altrettanto vero, aggiungono i Giudici di Strasburgo, che il concetto di famiglia registra ormai un'evoluzione tale per cui la protezione di quella tradizionale deve essere perseguita nei limiti della necessarietà e proporzionalità, senza andare a discapito di modelli di famiglia diversi, ma parimenti meritevoli di tutela sulla base dell'art. 8 CEDU, in quanto riconosciuti e tutelati in un crescente numero di Stati.

[111] V. *supra*, par. 4.

nanti nel nostro Paese, sono invece automaticamente riconosciuti. E tali profili di criticità paiono tanto più gravi se si considera che un ruolo assai marginale, per non dire del tutto inesistente, è riservato, nell'ambito delle valutazioni al riguardo svolte dai nostri giudici, all'apprezzamento dell'attitudine dei provvedimenti stranieri a soddisfare effettivamente il preminente interesse del minore; a quel criterio, cioè, che come visto dovrebbe in ogni caso considerarsi dirimente rispetto a questioni attinenti a rapporti di filiazione.

Una revisione si impone, dunque, dell'orientamento in questione: e a tale revisione potrebbe procedersi traendo spunto dall'esempio francese, la cui idoneità ad assurgere a modello di riferimento è, neanche troppo velatamente, additata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Harroudj*.

I profili di incompatibilità con l'art. 8 CEDU che inficiano l'indirizzo giurisprudenziale italiano potrebbero pertanto rimuoversi impiegando la tecnica dell'automatico riconoscimento (*ex* art. 65-66 l. 218/1995) della *kafalah*, la cui compatibilità con l'ordine pubblico risulta dalla presenza, nel nostro ordinamento, di istituti giuridici produttivi di effetti ad essa assimilabili qual è, ad esempio, l'affidamento eterofamiliare. Il limite[112] dell'ordine pubblico sarebbe, quindi, azionabile soltanto in chiave antielusiva della disciplina imperativa sull'adozione internazionale, in quanto finalizzata alla salvaguardia del preminente interesse del minore.

In ciò, d'altronde, consiste l'impostazione seguita dalla Corte di cassazione (per la prima volta, nel 2008) quando si tratta di riconoscere la *kafalah* quale presupposto del ricongiungimento familiare di cittadini extracomunitari.

Simile soluzione, oltre a garantire la perfetta continuità degli effetti del suo *status* personale, appare rispettosa dell'identità culturale del minore, consentendogli di mantenere il proprio legame con la famiglia d'origine e con l'ordinamento di provenienza. Condizione, questa, a tal punto imprescindibile (anche) in funzione del rispetto del preminente interesse del minore stesso, da doversi ritenere limite invalicabile all'estensione al rapporto originario di effetti ulteriori, e maggiormente protettivi, previsti dall'ordinamento italiano. Tale estensione – che pure potrebbe ritenersi compatibile con l'art. 8 CEDU – può addirittura com-

[112] In ragione dei contenuti di custodia e dei poteri-doveri educativi che accomunano entrambi gli istituti insieme al mancato effetto legittimante: in questo senso, v. la Relazione per le Sezioni Unite su una questione di massima di particolare importanza n. Reg. Gen. 9608/2011, n. 100 del 10 maggio 2012, in www.ca.milano.giustizia.it/ArchivioPubblico/B_144.pdf.

portare l'applicazione del diverso istituto dell'adozione nel momento in cui l'integrazione del minore si completi attraverso l'acquisto della cittadinanza italiana e la stabilizzazione della sua residenza sul nostro territorio (anche in ragione del fatto che la sua famiglia d'origine resti ignota o che comunque i rapporti con essa e con l'ordinamento di provenienza siano definitivamente recisi), in casi siffatti potendosi ritenere del tutto mancante alcun residuo interesse dello Stato d'origine a disciplinare il rapporto.

Prima che il nostro Paese incorra nella censura delle Supreme Corti europee[113], e nelle more di un opportuno intervento del legislatore nazionale, sarebbe quindi auspicabile che i giudici italiani sottoponessero a revisione – magari nei termini innanzi ipotizzati – il proprio orientamento, allineandolo quanto più possibile al principio dell'automatico riconoscimento degli effetti degli *status* familiari in modo da promuovere – nel rispetto della diversità culturale, e quindi attraverso la garanzia della continuità di tali effetti – il preminente interesse dei minori secondo la

[113] Vero è, infatti, che l'art. 46 CEDU sembra limitare gli effetti delle sentenze della Corte EDU prevedendo che esse vincolano soltanto gli Stati che sono parti innanzi ad essa nelle relative controversie. Ma è altrettanto vero che, in ogni caso, a tali sentenze è stata riconosciuta un'efficacia persuasiva di cui gli organi di tutti gli Stati contraenti della Convenzione non possono fare a meno di tenere conto, anche se non coinvolti nel procedimento in occasione del quale sono state pronunciate. Gli esiti della giurisprudenza di Strasburgo, infatti, indicano agli organi degli Stati contraenti che una diversa soluzione eventualmente adottata da parte dei rispettivi giudici condurrebbe all'accertamento di una violazione della CEDU. In altri termini, sebbene le sentenze della Corte EDU non siano di per sé vincolanti *erga omnes*, si può affermare che esse rappresentano un vincolo nell'applicazione della Convenzione 'nell'efficacia concretizzata dalla Corte'. Anzi, la Corte costituzionale (nella sentenza n. 311 del 2009) ha addirittura affermato che «[…] al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti». Talché, in caso di contrasto tra norme interne e norme della CEDU, si dovrà procedere ad una interpretazione delle disposizioni nazionali «[…] conforme a quella convenzionale fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto» in modo da rispettare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente. In argomento cfr., da ultimo, S.M. CARBONE, "I diritti della persona", cit., pp. 17-18. Sugli obblighi derivanti in capo agli Stati dalle sentenze della Corte EDU di cui siano diretti destinatari cfr., tra le più recenti, Grande Camera, *Fabris* c. *Francia*, ricorso n. 1657/08, sentenza del 7 febbraio 2013, in hudoc.echr.coe.int, secondo cui nel conformarsi alle decisioni della Corte gli Stati sono tenuti ad adottare misure generali che implicano l'obbligazione di prevenire con diligenza nuove violazioni simili a quelle accertate dalla Corte, comportando in capo al giudice nazionale l'obbligo di assicurare, conformemente all'ordinamento costituzionale e nel rispetto del principio della certezza del diritto, la piena efficacia delle norme CEDU nell'ordinamento interno.

normativa dello Stato di residenza con progressiva intensità, in funzione del consolidarsi, in tale Stato, del loro effettivo radicamento.

SECONDA SESSIONE PARALLELA

DIRITTO DELL'ECONOMIA, COMMERCIO INTERNAZIONALE E DIVERSITÀ CULTURALE

Presidenza

P. PICONE

CAPITALISMO FINANZIARIO E NUOVI ORIENTAMENTI DELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE*

Paolo PICONE**

SOMMARIO: 1. La crisi economico-finanziaria mondiale e i suoi effetti sulla tutela dei diritti umani. – 2. Dall'origine al diffondersi della crisi: le responsabilità del capitalismo finanziario. – 3. Gli effetti negativi della crisi sulla credibilità dell'orientamento cosmopolitico: il pensiero di Rawls e il passaggio dalla 'global justice' all''international justice'. – 4. Il 'Washington *consensus*' e l'attività delle organizzazioni economiche internazionali, quali strutture al servizio del 'sistema-mondo' complessivamente inteso. La prevalenza delle politiche recessive imposte dalle 'condizionalità' sulla tutela convenzionale da parte degli Stati dei diritti economico-sociali degli individui. – 5. Affievolimento e crisi della democrazia all'interno degli Stati, e ruolo del tutto illusorio attribuito agli individui, quali 'cittadini del mondo', per promuovere la democrazia nelle stesse istituzioni globali. – 6. Gli interventi umanitari e l'esportazione della democrazia in Paesi stranieri. Le differenze esistenti tra i regimi normativi in concorso applicabili, e la loro 'oscillazione' tra reazioni istituzionali gestite dall'ONU, e reazioni collettive unilaterali da parte degli Stati. La verosimile prevalenza attualmente della prospettiva sanzionatoria su quella finalizzata allo svolgimento di un vero e proprio intervento umanitario. – 7. Le critiche al modello interstatale 'orizzontale' di Westfalia, e il moltiplicarsi degli orientamenti concettuali tendenti a ricostruire l'ordinamento internazionale come un ordinamento verticale 'panumano', indirizzato direttamente agli individui. I differenti modelli assunti dal c.d. 'Global Constitutionalism' e il carattere puramente ideologico della 'centralità' attribuita a livello internazionale agli individui. I termini reali della ricostruzione della costituzione materiale dell'ordinamento internazionale, e il ruolo svolto in tale prospettiva dalle norme produttive di obblighi *erga omnes*.

1. La crisi economico-finanziaria mondiale e i suoi effetti sulla tutela dei diritti umani

La crisi finanziaria mondiale degli ultimi anni ha prodotto, come è

* Il presente scritto riproduce, con i necessari adattamenti e l'aggiunta delle note, il testo dell'intervento pronunciato dall'a. al Convegno SIDI di Napoli del 13-14 giugno 2013. Lo scritto è stato già pubblicato in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 5-26.

** Professore emerito di Diritto internazionale, Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

noto, devastanti effetti sul piano economico, ma anche su quello politico, sociale e culturale[1]. Non sono infatti solo aumentati gli strati sociali che vivono in una condizione di indigenza estrema, ma si è allargato il divario tra ricchi e poveri, si è indebolito se non estinto (in vari settori) il funzionamento dello Stato sociale, si è ulteriormente esteso il dominio del pensiero unico basato sulle logiche dei mercati e dei rendimenti finanziari, e così via[2]. Tutti questi effetti non possono evidentemente non influire su vari aspetti del diritto internazionale tradizionale e soprattutto su quel comparto della materia dedicato alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo. L'obiettivo di questo mio scritto è quindi proprio quello di esaminare quali siano i principali effetti che si sono già verificati o stanno affermandosi in conseguenza della crisi a livello per così dire macrostrutturale (a livello cioè del sistema-mondo unitariamente inteso), in contrasto se si vuole con la prospettiva, che viene celebrata un po' dovunque, di dare spazio ed attenzione a singoli (e spesso solo presunti) nuovi diritti 'umani' in espansione[3]. Il discorso deve comunque soffermarsi in partenza su alcune caratteristiche della crisi economica in atto, che sono idonee a produrre le maggiori ripercussioni.

2. Dall'origine al diffondersi della crisi: le responsabilità del capitalismo finanziario

La crisi è esplosa alla fine di un lungo periodo che è in corso dagli anni '80, in cui il neoliberismo si è progressivamente affermato, negli Stati-guida del sistema capitalistico internazionale (gli Stati Uniti, con l'amministrazione Reagan, la Gran Bretagna, con quella della Thatcher, ecc.), come la teoria economica dominante (una vera e propria ideologia) del mondo intero. Il neoliberismo ha coinciso dal primo momento, come modo di accumulazione capitalistica dominante, con la progressiva fi-

[1] La crisi è oggetto di una letteratura sterminata. V. per tutti C.R. MORRIS, *Crack* (trad. it.), Roma, 2008; F. LORDON, *La crise de trop. Reconstruction d'un monde failli*, Villeneuve-d'Ascq, 2009; J.E. STIGLITZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera* (trad. it.), Torino, 2010.

[2] V. ampiamente L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011, soprattutto p. 107 ss.; e, con riguardo alla situazione negli Stati Uniti, J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza* (trad. it.), Torino, 2013.

[3] La letteratura, soprattutto giuridica, ha il torto di analizzare spesso 'isolatamente' i singoli diritti, sganciandoli dal contesto socio-economico complessivo nel quale dovrebbero esser fatti valere, e considerandoli quasi 'connaturati' metafisicamente ad ogni persona umana. Non si sottrae del tutto a questa impressione neanche l'importante volume recente di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

nanziarizzazione dell'economia[4], ed è stato sostenuto da scuole economiche di grande rilievo (la scuola austriaca di von Wiese e von Hayek, quella 'monetarista' di Friedman a Chicago, ecc.) che, in radicale opposizione al pensiero di Keynes, hanno sostenuto che l'ordine 'naturale' del mercato si dovesse sviluppare spontaneamente, senza vincolare lo Stato a interventi di giustizia sociale e redistributiva (da collocare invece eventualmente nella sfera della politica e del sociale, ma sostanzialmente al di fuori dell'economia)[5]. Una tale prospettiva, del tutto insensibile al problema della distribuzione, ha prodotto la formazione di un sistema economico complessivo in cui le attività finanziarie (leggi: produzione di danaro a mezzo di danaro) sono cresciute smisuratamente in relazione alle tradizionali attività industriali (leggi: produzione di merci a mezzo di merci)[6]. Il processo di accumulazione si è così indirizzato solo verso l'alto, arricchendo i ceti economicamente più avvantaggiati (i più ricchi!), i quali, in una prospettiva di parsimoniosa solidarietà (utile a confortare anche 'cristianamente' le coscienze) avrebbero dovuto 'riversare' parte della ricchezza accumulata su quelli più poveri, per un meccanismo naturale di 'sgocciolamento' (il c.d. 'trickle-down-effect')[7]. La distribuzione di un po' di benessere su scala allargata e sociale sarebbe quindi stata la conseguenza (che nella maggior parte dei casi si è rivelata del tutto illusoria!) dei comportamenti assunti volontariamente dai ceti dominanti, e non di politiche statali necessariamente orientate, per esigenze e finalità economiche, a realizzare una migliore giustizia sociale[8].

Il finanzcapitalismo è divenuto, in seguito alle politiche economiche intraprese dagli Stati che l'hanno originariamente affermato, l'orien-

[4] V. ad esempio D. HARVEY, *Breve storia del neoliberismo* (trad. it.), Milano, 2007, p. 44 («la neo liberalizzazione ha significato la finanziarizzazione dell'economia»).

[5] Si tratta di una concezione radicalmente opposta a quella sostenuta da Keynes. Un'analisi sintetica delle scuole 'neoliberiste' indicate, e del rilievo assai limitato attribuibile con tali concezioni al 'diritto dell'economia', si trova in *Economia per il diritto*, P. CIOCCA, I. MASU (a cura di), Torino, 2006, p. 46 ss., p. 67 ss.

[6] V. per tutti L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, cit., p. 5 ss. Per usare una voluta semplificazione, può dirsi che gli effetti economico-sociali delle attività industriali (sottoposte alle spinte dinamiche della concorrenza, creatrici di posti di lavoro, finalizzate alla necessaria vendita dei beni prodotti sul mercato, e così via) si vanificano nel caso delle attività finanziarie che producono in principio un effetto speculativo a vantaggio del solo investitore (sulle attività speculative connaturate alla c.d. 'finanza di mercato' v. per tutti F. LORDON, "E se si chiudesse la Borsa…", in *Le Monde diplomatique. Il manifesto*, febbraio 2010, soprattutto p. 8 ss.).

[7] V. in senso critico su questa 'teoria delle ricadute favorevoli', per tutti, J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, cit., p. 10 ss.; L. NAPOLEONI, *Il contagio*, Milano, 2011, p. 39 ss.

[8] V. ancora *op. loc. ult. cit.*

tamento di base per strutturare l'intero assetto dell'attuale sistema finanziario internazionale (basato sulla libertà di autoregolamentazione garantita dovunque dalla prevalenza del 'soft law', sulla fissazione di standards di comportamento non vincolanti, sulla sottrazione dei settori di *governance* più significativi a forme di reale pubblicità e trasparenza, ecc.)[9], e per ispirare, attraverso il c.d. 'Washington *consensus*', anche le attività svolte dalle organizzazioni economiche internazionali più rilevanti (Fondo monetario, Banca mondiale, e così via)[10].

Vi è quindi un primato dei comportamenti statali alla base prima del diffondersi, poi del crollo del sistema, che, dopo le crisi gravi ma più episodiche verificatesi in vari Stati negli anni '90[11], si è non a caso inizialmente manifestato, nel 2007, proprio negli Stati Uniti. Questo crollo, tuttavia, andando sinteticamente alle cause della crisi, deriva da gravi *disfunzioni* dell'economia reale, prodotte dallo straordinario diffondersi in precedenza del capitalismo finanziario, più che dai limiti di regolamentazione e supervisione (in fondo voluti) del sistema finanziario internazionale stesso. Esso è la conseguenza del fatto che, in seguito alla recessione e alla crisi dello Stato sociale (prodotti dalla mera accumulazione finanziaria verso l'alto dei sistemi economici statali) vasti strati della popolazione, ormai largamente proletarizzati, sono dovuti ricorrere, per le loro esigenze di sopravvivenza e/o di consumo, a 'debiti al posto dei salari', favorendo prima da parte delle banche operazioni speculative e avventuristiche di ogni genere, e poi, quando la situazione ha raggiunto il punto di rottura, la crisi dell'intero sistema[12].

[9] V. l'analisi approfondita di C. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System. Rule Making in the 21st Century*, Cambridge, New York, 2012 (da noi recensito in *Riv. Dir. internaz.*, 2012, p. 663 ss.).

[10] Sul 'Washington consensus' v. sinteticamente, da ultimo, S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods. Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, 2012, p. 203 ss.

[11] V. per tutti J.E. STIGLITZ, *La democrazia e i suoi oppositori* (trad. it.), Torino, 2002; P. KRUGMAN, *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008* (trad. it.), Milano, 2009, p. 37 ss.

[12] Sulla 'debtonation', ossia sull'esplosione del debito, v. ancora L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, cit., p. 48 ss.; e soprattutto M. HARDT, A. NEGRI, *Questo non è un manifesto*, Milano, 2012, p. 15 ss. La crisi, in atto ormai da anni (e destinata purtroppo verosimilmente a durare), è, per i motivi indicati, una crisi della 'domanda', e investe direttamente il sistema industriale. Il comparto finanziario ha invece realizzato, come molti economisti hanno ben compreso (v. *infra*, la nota 34), i risultati anche sociali che si proponeva di raggiungere.

3. Gli effetti negativi della crisi sulla credibilità dell'orientamento cosmopolitico: il pensiero di Rawls e il passaggio dalla 'global justice' all''international justice'

Dati i limiti del presente lavoro, l'esame degli effetti prodotti dalla crisi economica sul sistema giuridico internazionale riguarderà solo alcuni aspetti, a nostro avviso particolarmente rilevanti, in quanto attinenti ai nuovi termini assunti o assumibili: *a)* dalle prospettive teoriche cosmopolitiche; *b)* dal funzionamento peculiare di alcune organizzazioni economiche internazionali; *c)* dal ruolo spettante agli individui nell'ambito delle prospettive di sviluppo della materia; *d)* dalle condizioni di gestione di un intervento umanitario; *e)* dalle ricostruzioni in senso 'verticale' della 'governance' ricollegabile al 'potere di supremazia' della Comunità internazionale. Questi temi (che 'interpellano' tutti non a caso la questione fondamentale del rapporto intercorrente tra democrazia e diritti umani) verranno per esigenze di brevità discussi in modo necessariamente sommario, e avendo riguardo ai soli aspetti rilevanti dal punto di vista per così dire 'macrostrutturale' (e cioè agli indirizzi e agli orientamenti più generali, rilevanti sul piano del diritto internazionale, che essi sono suscettibili di produrre e di assumere, con immediate ricadute sul piano strettamente normativo).

La *prima* questione riguarda come abbiamo detto l'influsso della crisi economica sul futuro dell'orientamento cosmopolitico, che faceva tradizionalmente da sfondo, non solo sul piano ideologico, ai principali sviluppi assunti dal fenomeno della tutela internazionale dei diritti dell'uomo[13]. Tale orientamento, sostenuto all'estero da una dottrina assai consistente, perseguiva tradizionalmente la prospettiva dell'attribuzione a *tutti* gli uomini, come cittadini del mondo, di diritti almeno tendenzialmente uguali[14]. Il punto di riferimento teorico iniziale della dottrina va rinvenuto in Rawls, che in un lavoro del 1971 *A Theory of Justice*, aveva appunto elaborato i fondamenti per la realizzazione di una 'global

[13] V. il volume *Cosmopolitanism in Context. Perspectives from International Law and Political Theory*, P. PIERIK, W. WERNER (eds.), Cambridge, New York, 2010, che contiene vari saggi rappresentativi dell'orientamento in questione (volume da noi recensito in *Riv. Dir. internaz.*, 2012, p. 654 ss.).

[14] P. PIERIK, W. WERNER, "Cosmopolitanism in Context: An Introduction", in *Cosmopolitanism*, cit., p. 1 ss., p. 1: «Cosmopolitanism is an age-old normative ideal which contends that […] all citizens of the world, share a membership in one single community, the cosmopolis, which is governed by a universal and egalitarian law».

justice', valida per tutti gli uomini[15]. Ma la dottrina ha sempre dovuto fare i conti, realisticamente, con la profonda inadeguatezza al fine indicato delle istituzioni internazionali esistenti, tutte ancora largamente influenzate (a partire dalle Nazioni Unite) dal 'modello di Westfalia', e quindi da una prospettiva tendente a regolare i soli tradizionali rapporti e conflitti tra gli Stati[16].

Questa inadeguatezza si è profondamente aggravata negli ultimi tempi producendo uno stato di cose che sembra ormai senza uscita. La crisi economica ha infatti ulteriormente accentuato le diseguaglianze economiche tra ricchi e poveri, al punto che alcuni autori ritengono che il conflitto tra gli stessi sarà nel prossimo futuro inevitabile, così da prefigurare le condizioni e i termini di una moderna e nuova 'lotta di classe'[17]. I 'poveri', infatti, acquistano sempre più qualitativamente, a riprova delle nuove dimensioni anche 'strutturali' di tale conflitto sociale, delle caratteristiche largamente inedite rispetto al passato, quando apparivano sul mercato almeno come venditori della propria forza lavoro: essi sopravvivono infatti oggi socialmente, come è stato detto, 'facendo debiti', e vivono 'sotto il peso della responsabilità di onorarli'[18]. Mentre i 'ricchi' si chiudono all'interno di una ristretta ma omogenea 'classe dominante globale', interessata solo a sfruttare per sé i vantaggi e le possibilità offerte dal crescente sviluppo del capitalismo finanziario[19].

Nell'ambito delle teorie 'cosmopolitiche', questa situazione ha prodotto un mutamento di orientamento radicale. Il punto di riferimento teorico è ormai divenuto, se così può dirsi, il Rawls dell'ultimo periodo, che

[15] V. per la traduzione italiana J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, S. MAFFETTONE (a cura di), Milano, 1982.

[16] V. P. PIERIK, W. WERNER, "Cosmopolitanism in Context", cit., p. 9; e ancora, degli stessi autori, il saggio finale del volume, "Can Cosmopolitanism Survive Institutionalization?", in *Cosmopolitanism*, cit., p. 277 ss.

[17] V. L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. BORGNA, Roma, Bari, 2012; M. HARDT, A. NEGRI, *Questo non è un manifesto*, cit., p. 35 ss.

[18] V. ancora *op. ult. cit.*, p. 16, dove si sottolinea, a p. 19, che la «[…] crescente generalizzazione dell'indebitamento segna oggi un ritorno a una relazione di servitù, reminiscenza di un'epoca remota». In una prospettiva sociologica, ma egualmente assai radicale, v. Z. BAUMAN, *Vite di scarto* (trad. it.), Roma, Bari, 2004, che assimila i rifiuti umani generati dai processi storici a quelli materiali dei processi di produzione, e utilizza per i primi la categoria dell''esubero', sottolineando acutamente, a p. 17, che la «[…] risposta all'esubero è finanziaria».

[19] Questa situazione di 'chiusura' è resa anche plasticamente evidente dal fatto che i 'ricchi' abitano sempre più in quartieri separati da quelli dei poveri: v., per la situazione emblematica di Londra, L. NAPOLEONI, *La morsa*, Milano, 2009, p. 101 ss.; e, con riguardo agli Stati Uniti, J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della diseguaglianza*, cit., p. 121 ss.

nel volume *The Law of Peoples* (del 1991), ha accolto, ritornando ai rapporti interstatali, la prospettiva di una 'international justice', distinguendo cinque categorie di 'peoples' (e quindi di Stati), e individuando nei 'liberal and decent peoples' i soli popoli (e quindi Stati) idonei ad entrare in relazioni reciproche, per garantire *almeno* i diritti umani fondamentali[20]. Dalla tutela egualitaria su scala mondiale di 'tutti i potenziali diritti umani' si passa così alla tutela dei soli 'basic human needs' accettati in pratica come inderogabili dalla stessa Comunità internazionale.

Questa 'amputazione' della prospettiva cosmopolitica tradizionale, verso cui si orientano ormai non pochi autori sostenitori da tempo della medesima, è una evidente e grave *sconfitta* dell'orientamento in questione, che 'mutila' la sua importanza dal punto di vista sia teorico che pratico. Viene meno così un contesto teorico generale di riferimento, poco importa se in larga parte utopistico, per prospettare e/o 'immaginare' una più estesa tutela internazionale dei diritti dell'uomo, anche e/o soprattutto in alcuni settori specifici della materia (come ad esempio il settore dell'immigrazione)[21].

Il futuro sembra comunque ancora più preoccupante, se si considera che, in seguito al proseguire della crisi economica in atto, c'è il rischio che il desiderato livellamento tra i diritti degli uomini nei vari Paesi, si verifichi sempre più *in basso*, in seguito alla progressiva perdita da parte di tutti di diritti che sembravano un tempo acquisiti!

[20] V. per l'opera in traduzione italiana J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, S. MAFFETTONE (a cura di), Torino, 2001. L'a. distingue tra: «[…] liberal peoples, committed to individual rights; non-liberal but 'decent' peoples; aggressive and despotic 'outlaw states'; societies burdened by unfavorable conditions; and benevolent absolutisms», sostenendo che solo i primi due popoli potrebbero far parte del «social contract» internazionale, contribuendo all'affermazione dei «principles of international justice». La concezione presenta vari aspetti discutibili (date se non foss'altro alcune affinità con la prospettiva politica statunitense dei c.d. 'rogue States'), che non possono essere chiaramente approfonditi in questa sede. Essa è accolta assai criticamente dagli stessi autori cosmopolitici più ortodossi, per il fatto però più limitato di perseguire una 'justice between states', e di ridurre così il campo dei diritti umani da 'eguagliare': v. anche la nostra recensione al volume *Cosmopolitanism in Context*, cit., p. 662 ss.

[21] V. infatti i due saggi di J. VALADEZ, "Is Immigration a Human Right?", in *Cosmopolitanism in Context*, cit., p. 221 ss.; e di T. SPIJKERBOER, "A Distributive Approach to Migration Law: Or the Convergence of Communitarianism, Libertarianism, and the Status Quo", ivi, p. 249 ss.

4. Il 'Washington consensus*' e l'attività delle organizzazioni economiche internazionali, quali strutture al servizio del 'sistema-mondo' complessivamente inteso. La prevalenza delle politiche recessive imposte dalle 'condizionalità' sulla tutela convenzionale da parte degli Stati dei diritti economico-sociali degli individui*

Nella generale caduta delle condizioni di vita delle classi subalterne e proletarizzate, tutti i diritti individuali rischiano di venire seriamente compromessi: ma mentre quelli di carattere civile e politico risentono a volte solo indirettamente del grave decadimento delle democrazie, i diritti di carattere economico e sociale sono invece direttamente toccati dalla crisi. E perciò su questi ultimi che occorre maggiormente soffermare l'attenzione[22].

La categoria dei diritti in ultimo indicati è sempre stata considerata quella maggiormente precaria e problematica, in quanto esposta per definizione alle alterne vicende e diverse condizioni di sviluppo delle varie società statali (e quindi, spesso, a difficili condizioni di 'realizzazione')[23]. Nel caso della crisi economico-finanziaria in atto, le loro limitazioni sono tuttavia particolarmente onerose e penalizzanti, in quanto frutto, come abbiamo già ricordato, dell'operatività di politiche statali recessive autonome, 'rinforzate' dai meccanismi del sistema finanziario internazionale e dai condizionamenti imposti dalle principali organizzazioni economiche internazionali (in particolare, Banca mondiale e Fondo mo-

[22] V. F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009.

[23] Si sa che i diritti relativi alla sfera civile e politica, e quelli di carattere economico, sociale e culturale, erano stati inseriti in un catalogo 'unitario' di diritti fondamentali dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. «La divisione in due categorie separate fu però riproposta in modo netto con la successiva stipulazione dei due Patti delle Nazioni Unite del 1966, e trovò conferma in ambito europeo nella distinzione tra materie oggetto rispettivamente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta sociale europea» (così F. BESTAGNO, "Premessa", in *I diritti economici*, cit., p. XIII ss., cui si rinvia anche per i più recenti sviluppi della materia). S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 35 ss., cerca di valorizzare al massimo l'efficacia almeno in ambito europeo dei diritti economico-sociali: ma, nuovamente, le vicende della crisi, e le politiche recessive dell'Unione, sembrano condurre a risultati assai più problematici, se non del tutto opposti (v. per tutti, recentemente, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, "L'impatto sociale della politica di condizionalità nel contesto della crisi nell'area euro: profili giuridici", in *Gestione internazionale delle emergenze globali. Regole e valori*, N. NAPOLETANO, A. SACCUCCI (a cura di), Napoli, 2013, p. 167 ss., p. 177 ss., p. 192 e *passim*; e, per una critica più generale delle politiche 'neoliberiste' dell'Unione europea, L. GALLINO, *Il colpo di Stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino, 2013, soprattutto p. 73 ss., p. 187 ss.).

netario internazionale)[24]. Soprattutto l'ultimo aspetto merita adesso una più attenta considerazione.

Nei confronti del 'Washington *consensus*', e cioè delle politiche economiche e 'condizionalità' imposte agli Stati dalle organizzazioni indicate (e improntate, in nome del primato dell'ortodossia monetaria e del mercato, a misure di austerità verso l'interno, e di liberalizzazione verso l'esterno), gli internazionalisti hanno cercato in vari modi di difendere la 'tenuta' negli Stati dei diritti economici e sociali che rischiavano di essere aboliti e/o compromessi.

Una prima via è consistita nel rifarsi a delle norme tradizionali di diritto internazionale generale, come il principio di autodeterminazione dei popoli e/o quello della sovranità permanente degli Stati sulle proprie risorse naturali[25].

Un'altra corrente dottrinale, maggioritaria, ha invece invocato a difesa gli obblighi convenzionali incombenti sugli Stati alla stregua soprattutto del Patto sui diritti economici, sociali e culturali (o di altri strumenti come la Carta sociale europea)[26]. Entrambe le possibilità sono già state da noi considerate impraticabili, per i motivi indicati altrove[27]. La seconda solleva tuttavia un problema teorico di carattere generale sul quale è utile soffermarsi di nuovo brevemente in questa sede.

Il ricorso a norme convenzionali a tutela dei diritti dell'uomo, e soprattutto al Patto sui diritti economici e sociali (per richiedere a seconda dei casi il loro rispetto da parte degli Stati, potenzialmente destinatari delle misure recessive, o per far valere eventualmente la responsabilità internazionale dell'organizzazione in causa) non tiene conto in questi casi a nostro avviso del fatto che le organizzazioni internazionali in esame (ci riferiamo soprattutto al Fondo monetario e alla Banca mondiale), operando sulla base del principio della ponderazione dei voti, ma anche a

[24] V. estesamente *ante*, par. 2.

[25] V. ad esempio F. MARCELLI, "Capitalismo finanziario e diritto internazionale: una partita aperta", in F. MARCELLI, I. TAGLIAMONTE, *Il diritto contro la crisi. Analisi e proposte*, Roma, 2012, p. 29 ss., p. 100 ss. Il primo principio potrebbe essere invocato nel caso in cui un popolo riuscisse a imporre al proprio Stato di liberarsi dai debiti che ha contratto, attraverso un *default* pilotato (v. per tutti L. NAPOLEONI, *Il contagio*, cit., p. 165 ss.). Ma è dubbio che il principio in esame possegga attualmente sul piano normativo un così esteso ambito di applicazione.

[26] V. ad esempio L. MAGI, *Protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori e attività delle organizzazioni economiche internazionali. Problemi di coordinamento e di responsabilità internazionale*, Napoli, 2010, p. 319 ss.; e soprattutto P. DE SENA, "Fondo monetario internazionale, Banca mondiale e rispetto dei diritti dell'uomo", in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia,* Liber amicorum *in onore di Paolo Picone*, A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), Napoli, 2011, p. 829 ss.

[27] V. la nostra recensione a Brummer, cit. nella nota 9, p. 672 ss.

causa di altri fattori, attribuiscono a certi Stati (gli Stati egemoni dei settori in causa) un peso prevalente rispetto agli altri, e operano quindi come delle strutture idonee ad esprimere «in via permanente e automatica il modo di essere delle *forze sociali prevalenti* nella Comunità internazionale, e quindi, in definitiva, la stessa autorità di quest'ultima» nei settori in causa[28]. Data tale situazione, non ha quindi secondo noi molto senso, al fine dell'accertamento di una ipotetica responsabilità internazionale per violazione dei diritti dell'uomo, esaminare in astratto formalmente, in modo per così dire orizzontale, il rapporto intercorrente tra l'accordo istitutivo del Patto, volto a regolare diritti e obblighi 'paritari' tra gli Stati, e l'accordo istitutivo dell'organizzazione operante (come può dirsi) come strumento di 'governance' imputabile alla stessa Comunità internazionale, espressione degli assetti generali prevalenti nel settore in causa.

Questa ricostruzione è particolarmente idonea a dar ragione dell'affievolimento dei diritti economico-sociali in seguito agli obblighi 'recessivi' imposti agli Stati dal diritto finanziario internazionale. Quest'ultimo si configura, per i motivi già indicati, come una sorta di costituzione economica 'invasiva' del sistema-mondo attuale, basata sul primato del modo di produzione espresso dalle dinamiche del capitalismo finanziario, che non si limita a imporre obblighi e vincoli agli Stati, ma *permea di sé* dall'interno le funzioni che essi sono chiamati a svolgere[29]. Tale prospettiva (ricollegata a un livello più ampio alla crescita con-

[28] Questa prospettiva concettuale era già stata da noi avanzata in epoca assai risalente, in "Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale", uno scritto apparso nel 1980, e riprodotto in versione leggermente ampliata in P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, p. 31 ss., p. 78 ss. V. anche adesso il nostro "Le reazioni collettive ad un illecito *erga omnes* in assenza di uno Stato individualmente leso", in *Riv. Dir. internaz.,* 2013, p. 5 ss., p. 18 ss. (ora in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi* erga omnes, Napoli, 2013, p. 629 ss., p. 642 ss.). Si noti che tali organizzazioni, oltre a presentare delle caratteristiche strutturali che le rendono per così dire 'subordinate' agli Stati egemoni; a svolgere delle funzioni espressive di forti interessi del sistema-mondo; a presentare quindi un legame 'materiale' particolarmente penetrante con la Comunità internazionale (v. ancora *op. ult. cit.*, p. 643, nota 32); si prestano, per esprimere gli interessi indicati, a subire modificazioni di fatto delle loro competenze e funzioni nei vari periodi storici, ben al di là dei procedimenti di revisione previsti formalmente dalle disposizioni statutarie (v. ad esempio, per l'adattamento di fatto del Fondo monetario alle nuove competenze assunte durante la crisi finanziaria, recentemente G. ADINOLFI, *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012, p. 437 ss.).

[29] Questa impostazione contrasta col ricorrente ma inutile dibattito, nella dottrina sociologica e politologica, relativamente all'affievolirsi se non… alla progressiva estinzione della sovranità degli Stati, in seguito allo sviluppo del processo di globalizzazione. Il problema è infatti mal posto, nei termini indicati, dato che gli Stati non

tinua, nell'ordinamento internazionale attuale, del 'soft law', e delle situazioni di egemonia degli Stati, immediatamente produttive di effetti sul piano normativo) induce a rivedere anche formalmente molte soluzioni tradizionali (relativamente ad esempio ai rapporti intercorrenti tra le norme convenzionali internazionali o alle differenze esistenti tra i vari tipi di organizzazioni internazionali, e così via), e a riflettere metodologicamente in termini nuovi sul rapporto esistente, se così può dirsi, tra struttura e sovrastruttura dell'ordinamento internazionale[30].

5. Affievolimento e crisi della democrazia all'interno degli Stati, e ruolo del tutto illusorio attribuito agli individui, quali 'cittadini del mondo', per promuovere la democrazia nelle stesse istituzioni globali

Per decenni, fino all'inizio del nuovo millennio, la democrazia all'*interno degli Stati* ha costituito uno dei valori fondanti e degli obiettivi fondamentali perseguiti dall'ordinamento internazionale. Un assetto democratico delle istituzioni statali (create da libere elezioni, improntate ad un ragionevole e ben definito equilibrio dei poteri, rispettose della 'libertà' e capacità di autoregolazione del mercato, e così via) avrebbe fa-

cessano… certo di esistere, ma 'subiscono' e/o 'si aprono' al processo indicato, svolgendo sempre più delle nuove funzioni 'imposte' materialmente al loro stesso interno dal processo medesimo! V. per tale ultima prospettiva gli importanti lavori di S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione* (trad. it.), Torino, 2008, p. 70 ss.; ID., *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale* (trad. it.), Milano, 2008, soprattutto p. 214 ss.

[30] V. anche *infra*, par. 7. Le conclusioni da noi raggiunte si oppongono anche ad un'altra, recente proposta di soluzione che, sulla falsariga di quanto accade nell'Unione europea con riguardo agli accordi di cooperazione con i Paesi in via di sviluppo, vorrebbe imporre alle stesse istituzioni finanziarie internazionali l'adozione per i prestiti di 'condizionalità democratiche', volte a subordinarli non solo alla crescita e allo sviluppo dei Paesi beneficiari, ma anche alla tutela da parte di questi ultimi dei diritti dell'uomo: v. da ultimo M. GIANNELLI, "La 'condizionalità democratica' nell'Unione europea e la sua applicabilità alle istituzioni finanziarie internazionali", in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 327 ss. Tale proposta non tiene conto ancora una volta, poco realisticamente, del fatto che, essendo tali istituzioni espressive per definizione degli orientamenti economici prevalenti nel sistema-mondo attuale, l'adozione di politiche recessive, distruttive per i diritti dell'uomo, è funzionale agli interessi del capitalismo finanziario internazionale. Del resto solo politiche di questo tipo, essendo *ideologicamente* considerate rispettose del presunto 'ordine naturale' del mercato (!), potrebbero configurarsi in ultima istanza come compatibili con l'obbligo delle istituzioni di astenersi dal perseguire… finalità invece di carattere politico! (v. ad esempio l'art. IV, sezione 10, dello Statuto della Banca mondiale; e, per alcune conferme della prassi, J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., p. 3 ss.).

vorito la crescita economica e il rispetto dei diritti umani, e incrementato l'instaurarsi di relazioni pacifiche tra gli Stati[31]. Soprattutto il rapporto esistente tra democrazia e tutela dei diritti umani è stato oggetto di innumerevoli approfondimenti, e 'mitizzato' ai fini più vari (dall'attribuzione agli individui di diritti e spazi di libertà sempre più estesi, idonei a giustificare il loro ruolo di 'nuovi' soggetti di diritto internazionale; alle 'guerre umanitarie' condotte per l'instaurazione dovunque di regimi democratici, di cui parleremo nel prossimo paragrafo, e così via)[32].

La crisi economico-finanziaria degli ultimi anni ha largamente compromesso la credibilità di tale ottimistica prospettiva, minando gravemente lo stato *interno* di salute di molte democrazie nazionali, azzerando in larga parte il 'Welfare State' e il mito della crescita, corrompendo, infine, attraverso altri noti fenomeni (dal drammatico decadimento della politica, all'incremento della corruzione, e così via) la qualità delle condizioni di vita delle persone[33]. La crisi ha reso soprattutto evidente una verità che lo sviluppo del capitalismo finanziario ha occultato per lungo tempo, e cioè che *non* è credibile e realizzabile un regime democratico che non sia in grado di garantire sul piano interno una adeguata *giustizia sociale*: il 'feticcio' delle libere elezioni non è infatti sintomo di una reale democrazia se manca un adeguato livello di *eguaglianza* economica tra i cittadini! E poiché la crisi si svolge e celebra tutta all'interno di sistemi statali che non hanno affatto ripudiato i 'dogmi' economici del capitalismo finanziario (al punto che, pur in presenza di misure sempre più recessive, i 'ricchi' continuano a diventare sempre più ricchi e i 'poveri'

[31] Trattandosi di una prospettiva assai nota, ci limitiamo a far riferimento, per ora, a A. DUXBURY, *The Participation of States in International Organizations: The Role of Human Rights and Democracy*, Cambridge, 2011; e, sinteticamente, C. FOCARELLI, *International Law as Social Costruct. The Struggle for Global Justice*, Oxford, 2012, p. 161. V. comunque più ampiamente *infra*, nota 41.

[32] Il rapporto tra democrazia e tutela dei diritti umani è comunque oggi meno 'radicale' che in passato, in seguito all'affermarsi in varie società delle dottrine 'neoliberali', che tendono a sostituire progressivamente l'individuo allo Stato come matrice di legittimità della politica, e promuovono una concezione meramente 'utilitaristica' dei diritti dell'uomo: v. sul punto, che non possiamo approfondire in questa sede, A. GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia* (trad. it.), Milano, 2012, p. 168 ss.

[33] V. per tutti ampiamente J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, cit., p. 197 ss., p. 303 ss.; e, sul sistema finanziario come «ambiente criminogeno», L. GALLINO, *Il colpo di Stato*, cit., p. 123 ss.; F. RAMPINI, *Banchieri. Storia del nuovo banditismo globale*, Milano, 2013, p. 31 ss.

sempre più poveri!)[34], è verosimile che per un lungo tempo, in futuro, anche l'ordinamento internazionale dovrà *ridimensionare*, con riguardo a molti istituti, il ruolo e l'importanza 'fondanti' della democrazia.

Non è perciò forse un caso che, al crescente (e sempre più evidente) affievolirsi dello 'statist track' (della prospettiva cioè basata sull'importanza per il diritto internazionale della instaurazione della democrazia all'*interno* degli Stati) si contrappone, attualmente, in una parte consistente della dottrina internazionalistica, l'affermarsi del c.d. 'individualistic track', tendente invece a *promuovere la democrazia nelle stesse istituzioni globali*, garantendo soprattutto agli individui di «[…] take direct democratic action on the supra-state level»[35].

Questo orientamento, molto influenzato dalle impostazioni riconducibili al c.d. 'Global administrative law', e, come vedremo in seguito, al c.d. 'Global Constitutionalism'[36], parte dall'esigenza di attribuire agli individui una cittadinanza transnazionale, che consentirebbe ai medesimi di agire direttamente a livello internazionale; ritiene che tale 'transnational citizenship' attribuirebbe agli individui se non diritti di voto, almeno quello di essere uditi e consultati nelle procedure di 'treaty-making' o di 'referendum' su questioni transnazionali; afferma l'esigenza di instituire forme di rappresentanza dei cittadini 'globali', anche attraverso gruppi di interesse o associazioni professionali e/o la 'parlamentarizzazione' di al-

[34] Nell'*op. ult. cit.*, p. 228, Stiglitz sottolinea che «[…] la globalizzazione *così come è stata gestita* sta limitando le scelte a disposizione delle nostre democrazie, rendendo loro più difficile intraprendere le politiche fiscali e di spesa che sono necessarie se vogliamo creare società caratterizzate da maggiore uguaglianza e maggiori opportunità» (corsivo nostro), aggiungendo tuttavia che «[…] legare le mani alle nostre democrazie è esattamente ciò che chi sta in cima alla scala sociale voleva»! V. anche M. HARDT, A. NEGRI, *Questo non è un manifesto*, cit., p. 97 («[i]mpossibile dar vita ad una società democratica in un mondo in cui i pochi hanno tutta la ricchezza e le armi»); e, ampiamente, L. GALLINO, *Il colpo di Stato*, cit., soprattutto p. 207 ss.

[35] V. per la distinzione indicata A. PETERS, "Dual Democracy", in *The Constitutionalization of International Law*, J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN (eds), Oxford, New York, 2009, p. 263 ss., p. 264 ss. (da noi recensito in *Riv. Dir. internaz.*, 2010, p. 296 ss.).

[36] I due orientamenti, distinti, ma accomunati dalla prospettiva dell'esistenza di un diritto 'globale', si danno qui per noti e quindi presupposti. V. comunque sul primo, nella dottrina italiana, per tutti S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; e, sul secondo, il par. 7. Sul rapporto tra essi intercorrente v. recentemente M.-S. KUO, "Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism", in *San Diego International Law Journal*, 2009, p. 439 ss. Sul diritto globale v. da ultimo G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012.

cuni organi delle esistenti organizzazioni internazionali, e così via[37]. Esso è ad un tempo ingenuo e utopistico, e confonde strutturalmente tra i fenomeni di aggregazione dei soggetti a livello della *società* civile internazionale, e quelli dati dalle interazioni tra gli Stati rilevanti per il funzionamento della *Comunità* internazionale. La prospettiva indicata è allo stato talmente illusoria e impraticabile, da indurre un autore, anch'esso legato (ma in misura più moderata!) a tale orientamento, a spingersi senza tema del ridicolo così oltre da ritenere che, per la formazione delle norme internazionali, occorrerebbe in principio il consenso di tutti gli 'appropriate actors', e cioè di tutti coloro «who are affected by the possible outputs»: con la conseguenza ad esempio che i 'poveri' (o almeno i loro rappresentanti) avrebbero «[…] a say in decisions affecting poverty, development and the like, whether they be located in the institutions of world trade […] or elsewhere»[38]. Una proposta addirittura paradossale, se si considera che nel mondo attuale esistono più di tre miliardi di poveri, due miliardi dei quali vivono addirittura *al di sotto* della soglia di povertà[39], per i quali anche la mera sopravvivenza vale certo molto di più di una ipotetica rappresentanza a livello delle istituzioni globali!

La 'miseria' della democrazia come valore fondante di rilievo 'internazionalistico' appare in tal modo in tutta la sua evidenza, date le difficili (almeno oggi!) vie d'uscita nazionali, e le velleitarie e utopistiche palingenesi globali. Queste ultime 'fughe in avanti' sono espressione, formalmente, come vedremo, della più generale adesione degli autori che le sostengono alla prospettiva anch'essa assai discutibile del 'Global Constitutionalism'. Ma esse hanno anche verosimilmente un valore ideologico, in quanto tendono ad attribuire agli individui, globalmente considerati, dei nuovi ipotetici diritti 'istituzionali' da spendere a livello dell'ordinamento internazionale, proprio nel momento in cui la globalizzazione di stampo 'neoliberista' sta facendo 'strage' sul piano interno dei loro tradizionali diritti umani[40].

[37] Queste proposte, e molte altre ancora, sono avanzate dalla A. PETERS, nel quinto capitolo del volume indicato nella nota 35, dedicato alla "Membership in the Global Constitutional Community", p. 153 ss., *passim.*

[38] Così J. KLABBERS, "Law-Making and Constitutionalism", in *The Constitutionalization*, cit., p. 81 ss., p. 122.

[39] V. per questi dati L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, cit., p. 33.

[40] V., sul *Global Constitutionalism*, *infra*, par. 7. Il carattere ideologico della criticata prospettiva è reso particolarmente visibile dal fatto che proprio nel momento attuale gli Stati sembrano chiamati anche autonomamente ad intervenire per avviare sul piano interno delle politiche economiche in grado di contrastare gli effetti più nocivi della globalizzazione (v. le speranze di J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona* (trad. it.), Torino, 2006) e sostenere l'industrializzazione e l'occupazione (v. sul rilancio

6. Gli interventi umanitari e l'esportazione della democrazia in Paesi stranieri. Le differenze esistenti tra i regimi normativi in concorso applicabili, e la loro 'oscillazione' tra reazioni istituzionali gestite dall'ONU, e reazioni collettive unilaterali da parte degli Stati. La verosimile prevalenza attualmente della prospettiva sanzionatoria su quella finalizzata allo svolgimento di un vero e proprio intervento umanitario

La crisi della democrazia *all'interno* degli Stati produce effetti anche *sul piano esterno* delle relazioni tra essi intercorrenti, rendendo sempre meno 'legittimi' gli interventi 'coercitivi' volti a 'esportare' la democrazia in altri Paesi[41]. Essa modifica anche (dato il nesso intercorrente tra democrazia e tutela dei diritti dell'uomo) le condizioni di 'svolgimento' degli 'interventi umanitari': e cioè degli interventi destinati a porre

non a caso attualmente negli Stati Uniti dei 'New Keynesians' per tutti R. SKIDELSKY, *Keynes. The Return of the Master*, London, 2009). Il ruolo degli Stati è destinato del resto a crescere se vogliono difendersi in prospettiva dalle conseguenze potenzialmente derivanti dalla progettata conclusione dell'accordo di partenariato transatlantico negoziato in gran segreto a partire dal luglio 2013 tra Stati Uniti e Unione europea: v. su di esso L. WALLACH, "Il trattato transatlantico, un uragano che minaccia gli europei", in *Le Monde diplomatique. Il manifesto*, novembre 2013, p. 4 ss.

[41] V. su tale ultima prospettiva, per tutti, la classica opera di F. FUKUYAMA, *Esportare la democrazia* (trad. it.), Torino, 2005; e, dal punto di vista del diritto internazionale, *Democratic Governance and International Law*, G.H. FOX, B.R. ROTH (eds.), Cambridge, 2000; *Democracy and International Law*, R. BURCHILL (ed.), Aldershot, 2006. Come è noto, dopo la soluzione (figlia della 'Guerra fredda') mantenutasi per decenni a favore della pari 'legittimità' in diritto internazionale delle forme di governo di tutti gli Stati, e del necessario rispetto di esse da parte del medesimo, si è progressivamente imposto, negli anni '90, in seguito al crollo dei Paesi socialisti e all'affermarsi dell'egemonia statunitense, l'orientamento per cui il solo modello realmente 'legittimo' sarebbe stato costituito dal sistema rappresentativo democratico (v. per tutti G.H. FOX, *Humanitarian Occupation*, Cambridge, 2008, p. 157 ss., da noi recensito in *Riv. Dir. internaz.*, 2010, p. 995 ss.). La promozione della democrazia per tutti e dovunque si è quindi affermata come linea di tendenza prevalente sia nei rapporti tra gli Stati, sia nelle varie operazioni di 'nation building' gestite dalle Nazioni Unite (v. ancora *op. ult. cit.*, p. 41 ss.). Questo orientamento ha prodotto vari insuccessi in seguito a tentativi di esportazione della democrazia del tutto fasulli e/o ideologici (si pensi ai casi dell'Iraq e dell'Afghanistan), e a operazioni di *post-conflict peace-building* dell'ONU fondamentalmente finalizzate al solo svolgimento all'estero di… libere elezioni! (v. su quest'ultimo aspetto il nostro "Il *peace-keeping* nel mondo attuale: tra militarizzazione e amministrazione fiduciaria", in *Riv. Dir. internaz.*, 1996, p. 5 ss., p. 27 ss.). I modelli di esportazione della democrazia sono stati quindi, se così può dirsi, assorbiti e sostituiti dagli interventi umanitari. Resta comunque vero che, nel campo limitato di loro ancor oggi eventuale applicazione (si pensi alle condizionalità 'democratiche' imposte ai Paesi in via di sviluppo dall'Unione europea: *ante*, nota 30) un riferimento al rispetto della democrazia all'estero si comprende attualmente ancor meno che in passato, data la grave crisi della medesima all'interno degli Stati che hanno l'ambizione di 'esportarla' in altri Paesi!

termine alle violazioni su larga scala dei diritti dell'uomo da parte di uno Stato straniero, o verificatesi nell'ambito di un 'failed State', come conseguenza della assenza di un governo legittimo in grado di farsi valere. È su tale ipotesi che occorre adesso brevemente soffermarsi[42].

Come è noto, gli interventi umanitari sono oggetto di un largo dibattito in dottrina. Molteplici sono ancora oggi i punti problematici, e assai controverso è soprattutto quello concernente la legittimità, secondo il diritto internazionale *generale*, degli interventi umanitari condotti *unilateralmente* da singoli o gruppi di Stati, almeno nel caso di paralisi del Consiglio di sicurezza dell'ONU. Noi abbiamo dato a tale quesito una risposta almeno in principio affermativa, approfondendo la portata di tale soluzione con riguardo soprattutto all'intervento 'umanitario' condotto dagli Stati in Kosovo, nel 1999[43].

Recentemente, la questione ha assunto nuovamente una larga attenzione nel dibattito svoltosi con riguardo alla crisi siriana, e alla volontà iniziale degli Stati Uniti di porre in essere un intervento militare, anche *in assenza* di una autorizzazione all'uso della forza da parte del Consiglio di sicurezza, per reagire all'impiego di armi chimiche da parte del Governo siriano contro larghi strati della popolazione civile[44]. Tale proposito ha sollevato 'feroci' contrapposizioni (come era già avvenuto nel caso del Kosovo, e, in seguito, con riguardo alla guerra contro l'Iraq, nel 2003), fino a quando gli Stati Uniti, a causa dell'opposizione della Russia, e soprattutto per la mancanza di sostegno 'attivo' da parte dei loro tradizionali alleati, hanno acconsentito ad una soluzione 'diplomatica' benedetta dall'ONU[45].

A nostro avviso, questo continuo e ricorrente contrasto di posizioni è dettato da considerazioni spesso solo politiche, se sono gli Stati a sostenerle, o, nella pubblica opinione, da valutazioni addirittura ideologi-

[42] La letteratura sugli interventi umanitari è letteralmente sterminata. Per alcuni riferimenti bibliografici meno recenti v. P. PICONE, "La 'guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale", in *Riv. Dir. internaz.*, 2000, p. 309 ss., p. 351 ss., nota 77, e *passim* (scritto riprodotto in P. PICONE, *Comunità internazionale*, cit., p. 321 ss.); e, per la letteratura più recente, i riferimenti in G.H. FOX, *Humanitarian Occupation*, cit., p. 196 ss.

[43] V. il nostro "La 'guerra del Kosovo'", cit., p. 337 ss.

[44] V. in argomento D. FABBRI, F. PETRONI, "Parole come armi (chimiche)", in *Guerra mondiale in Siria. LiMes*, 2/2013, p. 109 ss.

[45] Ci riferiamo alla nota risoluzione 2118 (2013), adottata dal Consiglio di sicurezza il 27 settembre 2013, che qualifica l'impiego di armi chimiche in Siria come una minaccia contro la pace e la sicurezza internazionale, sottolinea che «[…] ceux qui y ont recours devront répondre de leurs actes», e aderisce al programma di distruzioni e di messa sotto controllo internazionale di tali armi in conformità al 'cadre de référence' adottato a Ginevra da Stati Uniti e Russia il 14 settembre 2013.

che. Si dimentica infatti, attribuendo all'ONU un ruolo così assorbente, che i 'canali' attualmente esistenti per condurre un intervento umanitario sono in realtà tre, tra loro strettamente interconnessi e concorrenti. Il *primo* è appunto quello 'riconducibile' ad una autorizzazione all'uso della forza da parte del Consiglio di sicurezza dell'ONU, per reagire ad una minaccia alla pace[46]. Tale uso della forza non si sottrae, per esprimere una valutazione 'realistica', alla possibile dimostrazione che l'intervento sia poi però in realtà condotto autonomamente (e quindi senza alcun reale controllo da parte dell'Organizzazione) dagli Stati che accettano di intervenire[47]. Il *secondo* canale è quello ricavabile dal diritto internazionale generale, e risulta oggi regolato in termini più specifici dal Progetto finale di codificazione della responsabilità degli Stati adottato dalla Commissione del diritto internazionale, nel 2001, che ammette, per la reazione ai crimini internazionali[48] (come quello costituito dalla violazione su larga scala al proprio interno da parte di uno Stato dei diritti dell'uomo), una reazione *unilaterale* 'collettiva', da parte potenzialmente di tutti gli Stati, nei confronti dello Stato autore dell'illecito[49]. Il *terzo* è invece costituito dal nuovo istituto della 'responsibility to protect' (RtP), che pretende di dar vita ad una regolamentazione autonoma e completa della materia che assorba e 'canalizzi' istituzionalmente all'interno dell'ONU i

[46] V. P. PICONE, "Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale", in *Riv. Dir. internaz.*, 2005, p. 5 ss. (e ora in P. PICONE, *Comunità internazionale*, cit., p. 443 ss.), che organizza in forma sistematica anche vari spunti e soluzioni presenti in lavori precedenti.

[47] Si tratta di un aspetto, sul quale ci siamo soffermati varie volte già dalla metà degli anni '90, al quale la dottrina resta per lo più insensibile, a causa di un programmatico e conformistico rispetto 'sempre e comunque' dell'autorità dell'ONU: ma la mancanza di confronto con la nostra posizione è sempre più ingiustificata e incomprensibile, dato che, in seguito anche al continuo 'aumento' dei poteri dell'ONU (anche non conformi al dettato statutario!) sono ormai sempre più numerose le autorizzazioni che si limitano a dare una 'legittimazione' solo esterna a interventi condotti in realtà unilateralmente da uno o, generalmente, più Stati.

[48] Com'è noto, tale Progetto non è ancora stato adottato da uno strumento formalmente vincolante. La sua rilevanza normativa è comunque indiscutibile, dato che riposa sull'autorità di un negoziato durato oltre cinquanta anni, ed è per sua natura suscettibile, in quanto opera di codificazione, di dar vita a comportamenti assumibili dagli Stati in conformità alle sue previsioni.

[49] V. ampiamente sul punto il nostro "Le reazioni collettive", cit., *passim*, e soprattutto p. 7 ss., p. 11 ss. Si noti che, ai sensi dell'art. 41 del Progetto, sono primariamente gli Stati che sono chiamati collettivamente a reagire all'illecito *erga omnes* in causa, per porre fine al medesimo. Come sottolineiamo a p. 12, una tale reazione collettiva *unilaterale* andrà considerata *ammissibile* quando raggiunga, nelle forme ivi previste, il consenso di una larga maggioranza di Stati (generalmente comprensiva degli Stati 'egemoni') rappresentativa dell'orientamento espresso dalla stessa Comunità internazionale.

tradizionali interventi umanitari, sulla base di una norma emergente di diritto internazionale[50]: ma tale norma è solo presunta, in quanto, a tacer d'altro, sarebbe di per sé idonea a legittimare in realtà i soli interventi… da parte delle Grandi Potenze![51]

I tre regimi normativi si intersecano come abbiamo detto reciprocamente tra loro, al punto da sollevare il dubbio che la concorrente regolamentazione da parte di essi del medesimo fenomeno sia stata voluta per consentire la massima libertà agli Stati di adottare il regime più adatto al singolo caso di specie. Essi sollevano comunque anche dei problemi in fondo simili, pur se regolati in modo differente. Tutti e tre si basano infatti sull'esistenza, affinché l'intervento possa essere legittimamente effettuato, di un largo consenso da parte degli Stati egemoni. Nel primo, il consenso riguarda (affinché sia possibile un'autorizzazione) i cinque membri permanenti del Consiglio dotati del potere di veto; nel secondo, esso è implicito nel fatto che una reazione unilaterale 'collettiva' è tale solo se raccoglie, anche se magari in modo tacito, l'adesione da parte delle forze prevalenti idonee a rappresentare la posizione dell'intera Comunità internazionale[52]; nel terzo, il 'dovere' di intervento è posto in principio a carico potenzialmente di tutti gli Stati, anche se poi si afferma che solo le Grandi potenze sono in realtà… chiamate ad intervenire![53]

Ma in tutti e tre i regimi è anche presente, anche se con 'ripartizioni' differenti, una concorrente 'alternanza' tra istituzionalismo e unilateralismo. Nel *primo* regime l'unilateralismo sopravviene infatti, come possibilità, almeno per vari autori, quando, come abbiamo detto, il Consiglio di sicurezza *non* sia in grado di operare[54]; nel *secondo*, esso costituisce la soluzione addirittura normale, quando un consenso tra tutti gli Stati (o, di nuovo, tra gli Stati egemoni) venga raggiunto in concreto: e lascia spazio solo dopo, in seguito all'insuccesso di tale prospettiva, all'eventuale intervento dell'ONU[55]; nel *terzo*, pur essendo la 'responsibility to protect' imputabile alla 'international community through the United Nations', anche i singoli Stati conserverebbero, per molti autori (nel silenzio dei

[50] V. per tutti C. VERLAGE, *Responsibility to Protect*, Tübingen, 2009 (da noi recensito in *Riv. Dir. internaz.*, 2010, p. 287 ss.); e, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, "Le reazioni collettive", cit., p. 36 ss.

[51] V. *op. ult. cit.*, p. 38, nota 91.

[52] V. già *ante*, nota 49.

[53] V. già *ante*, la nota 51.

[54] Si tratta della soluzione che ci ha consentito a suo tempo di ammettere *almeno in partenza* la liceità dell'intervento unilaterale in Kosovo: v. ancora riassuntivamente il nostro "Le reazioni collettive", cit., p. 28 ss.

[55] V. ancora ampiamente *op. ult. cit.*, p. 32 ss.

testi 'ufficiali'), il potere di condurre in ultima istanza degli interventi umanitari unilaterali, quando ancora una volta il Consiglio di sicurezza (e gli altri organi 'competenti' dell'ONU) non siano in grado di operare[56].

Il punto di maggior divergenza tra i tre regimi normativi in causa (e soprattutto tra il primo e il secondo di essi) è invece dato dal fatto che essi consentono, sia pure implicitamente, di ricostruire in modo differente le *condizioni* (o almeno *alcune* delle condizioni) sulla cui base si possono alla stregua di essi condurre degli interventi umanitari. Col regime delle autorizzazioni, infatti, gestito in partenza dal sistema dell'ONU, è facile ipotizzare (analogamente a quanto si *dovrebbe* verificare nell'ambito della 'responsibility to protect'!) che l'intervento umanitario 'autorizzato' debba tendere (e quindi anche limitarsi!) a salvaguardare in principio le vite e le condizioni degli uomini, venendo quindi in seguito necessariamente 'completato' da operazioni di 'post-conflict peace-building', idonee a ricostruire in prospettiva, nel Paese in causa, migliori condizioni di sviluppo, di democrazia e di tutela dei diritti umani[57]. Nel caso di un intervento gestito unilateralmente da più Stati per reagire all'illecito *erga omnes* derivante dalle violazioni su larga scala dei diritti dell'uomo commesse da uno Stato straniero, l'intervento si configura invece tecnicamente e in principio come una sanzione, e si presta per ciò stesso alle reazioni più varie (e quindi a condizioni di svolgimento largamente differenziate)[58].

Questa differente 'qualificazione' dei possibili obiettivi degli interventi umanitari acquista un rilievo importante ai fini del discorso che stiamo svolgendo. Noi riteniamo infatti che, allo stato, la seconda prospettiva sia verosimilmente destinata a svilupparsi maggiormente a sca-

[56] V. ancora C. VERLAGE, *Responsibility*, cit., p. 293 ss., che aderisce (v. p. 269) alle posizioni di quegli studiosi che ritengono che l'affermarsi della 'responsibility to protect' dimostri ormai retroattivamente *de lege lata* la liceità dell'intervento della NATO in Kosovo nel 1999! V. anche la nostra recensione, cit., *passim.*

[57] Nella prospettiva della 'responsibility to protect', intesa comunque a disciplinare più in dettaglio gli interventi umanitari nell'ambito del sistema dell'ONU, è noto che la 'responsibility to react', pur costituendo il momento centrale di ogni intervento, si salda strettamente con la 'responsibility to prevent' (v. ancora C. VERLAGE, *op. cit.*, p. 333 ss.) e soprattutto con la 'responsibility to rebuild' (v. ancora *op. ult. cit.*, p. 342 ss.).

[58] Il carattere in realtà di una 'sanzione' (conclusasi non a caso col mutamento di regime e l'uccisione di Gheddafi!) è attribuibile a nostro avviso all'intervento militare che è stato condotto contro la Libia, malgrado le mistificazioni che hanno indotto molti autori a parlare di esso come del primo intervento in cui si sarebbe attuata una ipotesi di 'responsibility to protect'! V. su di esso P. PICONE, "Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento 'umanitario' in Libia", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 213 ss.

pito della prima: e ciò anche a prescindere dal fatto che un'eventuale competenza in partenza dell'ONU (incentrata sull'esistenza una minaccia alla pace) finirebbe oggi tendenzialmente con l'incanalarsi ed essere assorbita nell'ambito della prospettiva della 'responsibility to protect', dai contorni a nostro avviso del tutto vaghi e insoddisfacenti[59].

La probabile prevalenza della prospettiva 'sanzionatoria' (che certo 'taglia' ingiustamente alla radice gli aspetti più nobili di un intervento umanitario) trova una conferma nelle dichiarazioni rese dagli Stati Uniti nel recente caso della Siria, dove un intervento (non a caso definito militare) si ricollegava all'inizio decisamente alla necessità di reagire all'illecito commesso dalla Siria con misure di carattere punitivo (applicabili anche contro lo stesso Capo del governo siriano). Non è un caso quindi che la soluzione 'diplomatica' si sia concentrata sulla 'rinuncia' e la 'messa sotto controllo' delle armi chimiche del Governo siriano, mentre per il resto la guerra civile continua a produrre indisturbata distruzioni e morti nel Paese.

Va comunque sottolineato, da un punto di vista più generale, che la potenziale prevalenza della prospettiva 'sanzionatoria' sembra verosimile anche alla luce dei nuovi orientamenti recessivi imposti dalla crisi economica al sistema-mondo attuale.

Da una parte, infatti, è sempre meno credibile che degli Stati, che vedono profondamente deteriorata al proprio interno la democrazia, a causa (anche) dei limiti di spesa imposti dalla crisi economica, siano propensi ad affrontare dei costi per esportarla all'estero, finanziando direttamente o indirettamente una operazione di *peacekeeping* guidata dall'ONU, se la medesima *deve* essere anche finalizzata a restaurare condizioni sociali di maggiore eguaglianza tra i soggetti, con riguardo al godimento dei diritti umani (e di quelli economico-sociali in particolare). E ciò soprattutto quando l'esportazione della democrazia riguardi Paesi di per sé assai lontani dai valori liberaldemocratici occidentali[60].

[59] Si noti che la 'responsibility to protect', dati gli insuccessi finora registrati (v. "Le reazioni collettive", cit., p. 41, nota 103), ha prodotto *forse* allo stato, sul piano degli indirizzi emergenti nella nostra materia, l'unico risultato di irrobustire l'orientamento a favore di un intervento umanitario, per 'proteggere' la popolazione civile, anche nel corso di una guerra civile.

[60] È sulla base delle considerazioni indicate che va probabilmente spiegato il sostanziale insuccesso della *Peacebuilding Commission*, un organo sussidiario sia del Consiglio di sicurezza che dell'Assemblea generale, istituito nel 2005 attraverso due risoluzioni dal contenuto identico, ma poi sottoposto ad una revisione nel 2010 (un anno, si noti, di grave crisi finanziaria globale!), che ne ha definitivamente ridimensionato le potenziali attività (che prevedevano, è chiaro, forti interventi di assistenza economica): v. in argomento F. BATTAGLIA, "La Commissione per il consolidamento della pace:

Dall'altra, gli Stati, venendo sempre più privati del potere di svolgere autonome iniziative di assistenza economica dai limiti di 'spesa' indicati, tendono a sostituire tale attività con rapidi interventi orientati soprattutto sul piano strettamente militare, che hanno il vantaggio di consolidare all'interno un ceto militare generalmente 'alleato' delle forze di governo, e di poter compensare in futuro i costi delle operazioni con i ricavi derivanti dalla riaffermazione all'esterno della propria egemonia e dai profitti derivanti dall'attività dell'industria militare. La coercizione, da parte di chi può permettersela, è l'altra faccia della miseria economica che affligge il mondo attuale![61]

7. Le critiche al modello interstatale 'orizzontale' di Westfalia, e il moltiplicarsi degli orientamenti concettuali tendenti a ricostruire l'ordinamento internazionale come un ordinamento verticale 'panumano', indirizzato direttamente agli individui. I differenti modelli assunti dal c.d. 'Global Constitutionalism' e il carattere puramente ideologico della 'centralità' attribuita a livello internazionale agli individui. I termini reali della ricostruzione della costituzione materiale dell'ordinamento internazionale, e il ruolo svolto in tale prospettiva dalle norme produttive di obblighi erga omnes

La prospettiva complessiva che sta alla base delle concezioni 'avveniristiche', quanto alla posizione spettante agli individui nell'ordinamento internazionale, avanzate da una parte della dottrina (e illustrate sinteticamente in precedenza)[62], è evidentemente espressiva di un orientamento più generale, che ritiene ormai superato il modello interstatale 'orizzontale' di Westfalia, e ricostruisce l'attuale ordinamento internazionale (pur registrando una fase di sviluppo ancora 'in divenire') come un ordinamento verticale 'panumano', nel quale gli individui sarebbero gli 'ultimate international legal subjects', e l'umanità (e non la sovranità)

l'attività svolta e le prospettive di rilancio", in *Gestione internazionale delle emergenze globali*, cit., p. 75 ss.

[61] Importanti considerazioni sul punto si trovano ora in D. HARVEY, *La guerra perpetua* (trad. it.), Milano, 2006, che, a p. 68 ss., sottolinea il rapporto a suo tempo esistente tra l'unilateralismo di Bush e l'affermazione di una 'egemonia' statunitense basata sull''imbattibile potenza militare'. V. però, per un approfondimento dell'intera questione al momento attuale, M. NAIM, *La fine del potere*, Milano, 2013, soprattutto p. 161 ss.

[62] V. *ante*, par. 5.

'the ultimate normative source of international law'[63]. Alla base di questo 'nuovo ordinamento internazionale' vi sarebbe un assetto normativo ispirato da una sorta di 'Global Constitutionalism', le cui caratteristiche vengono implicitamente ricavate dai principi costituzionaldemocratici di stampo liberale classico, per cui gli 'international citizens' opererebbero nell'ambito di una 'universal constitutional democracy', i soggetti privati potrebbero far valere direttamente la responsabilità internazionale degli Stati e delle organizzazioni internazionali, queste ultime dovrebbero rinunciare ai sistemi esistenti di privilegio a favore di alcuni Stati (dal potere di veto, al 'voto' basato sul criterio della ponderazione, e così via), e i trattati istitutivi delle medesime dovrebbero in principio tendere all'applicazione all'interno di esse di «[…] constitutionalist principles, such as the rule of law, checks and balance, human rights protection, and possibly also democracy»; e così via[64].

Questa prospettiva è, non occorrono molte parole per dimostrarlo, del tutto illusoria e in contrasto con la realtà[65]. Come abbiamo già sottolineato in precedenza, i soggetti privati non esercitano allo stato, con un rilievo formale autonomo, né potrebbero farlo, alcuna funzione di creazione, accertamento o garanzia delle norme internazionali; e sembrano in

[63] Così A. PETERS, "Membership in Global Constitutional Community", cit., p. 153 ss., p. 155.

[64] V. ancora *op. ult. cit.*, *passim* (e p. 204, per il passo in ultimo riportato). V. anche p. 168 ss., per la parte dedicata all'«[…] emergence of international individual rights beyond human rights». Una sintesi delle posizioni espresse dall'a. si trova nella nostra recensione, cit. nella nota 35, p. 299 ss. Di importanza centrale è anche l'affermazione, cara al pensiero anglosassone, secondo cui gli 'States – as international legal subjects' sarebbero 'constituted' (e non invece presupposti!) dal diritto internazionale (p. 179).

[65] L'errore, almeno a nostro avviso, delle impostazioni per così dire 'unitarie' del 'diritto globale' è quello di pretendere un po' ingenuamente di poter inglobare nel medesimo anche il diritto internazionale (v. ad es. S. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., p. 133: «[…] il diritto internazionale […] ha carattere volontaristico, contrattuale, non gerarchico»!; «[…] l'ordine giuridico globale si fonda su di esso, ma lo supera»!). In realtà l'ordinamento internazionale ha, per le sue caratteristiche (relativamente soprattutto ai procedimenti di accertamento e di attuazione del medesimo), una sua evidente 'autonomia', normativa e strutturale, che rende impossibile confonderlo e/o assimilarlo agli innumerevoli '*regulatory regimes* ultrastatali' (v. ancora *op. ult. cit.*, p. 143) aventi ad oggetto il comportamento e i rapporti degli attori della 'società civile internazionale'. L'erroneità della prospettiva consistente nel voler ampliare la sfera di applicabilità del diritto internazionale a settori e/o ambiti di relazioni sociali tra 'privati' che *non* lo riguardano si fa comunque sempre più strada nella recente dottrina: v. per tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, J. D'ASPREMONT, "The Doctrinal Illusion of the Heterogeneity of International Lawmaking Process", in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. II, H. RUIZ FABRI, R. WOLFRUM, J. GOGOLIN (eds.), Oxford, 2010, p. 297 ss.; G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., p. 151 («Il *global law* non sostituisce il diritto internazionale…»), e soprattutto p. 157 ss.

prospettiva destinati ad avere un rilievo ancora *minore*, in considerazione della loro crescente situazione di impoverimento, della impossibilità (a causa della disuguaglianza sociale) di equipararne e/o di livellarne le condizioni di attività (e quindi di rappresentanza) in quanto presunti nuovi 'attori sociali globali', della perdita continua di diritti un tempo acquisiti, della precarietà della loro vita umana e sociale (precarietà che certo impedisce, se non si vuol cadere nel ridicolo, di configurarli quasi come dei nuovi 'potentati' del sistema-mondo attuale!). La prospettiva illustrata commette inoltre più tecnicamente ancora l'errore di ricostruire i valori del 'Global Constitutionalism' rifacendosi per analogia a soli valori del *costituzionalismo* statale, e cioè a quello specifico «[…] movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici»[66]: mentre non ci si pone proprio in partenza, come vedremo, il problema di verificare quale sia in realtà la *costituzione* effettiva dell'ordinamento internazionale, e cioè il complesso delle norme fondamentali e/o superiori (e delle correlate istituzioni), che vadano effettivamente poste al vertice dell'ordinamento[67].

Accanto alla concezione del 'Global Constitutionalism', che tende a ricostruire in modo unitario la costituzione dell'ordinamento internazionale, vi è poi una seconda prospettiva (molto articolata e differenziata al suo interno) che, sempre al fine di dar rilievo all'attività 'internazionale' degli individui, afferma l'esistenza, nell'ambito dell'attuale ordinamento internazionale, di *due* comparti normativi distinti, l'uno avente la tradizionale struttura di un ordinamento a efficacia 'orizzontale', volto a regolare i rapporti tra gli Stati; l'altro operante invece in modo 'verticale', e idoneo a regolare direttamente gli individui[68]. Queste diverse concezioni, ispirate molto spesso al modello dei rapporti intercorrenti tra gli Stati membri e l'Unione europea, sono tutte improntate, sul versante dell'analisi dei processi costituzionali, al c.d. 'legal pluralism'[69]. Ma tale

[66] Così A. BARBERA, "Intervento", in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), Milano, 2001, p. 43 ss., p. 43.

[67] V. ancora la nostra recensione cit. nella nota 35, p. 302 ss.

[68] Varie ricostruzioni nel senso in ultimo indicato si ritrovano negli scritti contenuti nel volume *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMANN (eds), Cambridge, 2009, da noi recensito in *Riv. Dir. internaz.*, 2011, p. 673 ss.

[69] Il 'legal pluralism' è analizzato in un lungo saggio da M. KUMM, "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State", in *Ruling the World?*, cit., p. 258 ss. Esso è influenzato dal «cosmopolitan paradigm» (v. *ante*, paragrafo 3), e si propone di analizzare in modo unitario le 'institutions, procedures, and decisions of public authorities' (p. 263), al fine

pluralismo, si noti, risulta affermato in accezioni diverse, che non producono risultati del tutto coincidenti. A volte, infatti, si postula formalmente l'esistenza di due distinte 'società' regolate dal diritto internazionale, quella degli Stati e quella (panumana) degli individui; altre volte, invece, si accenna confusamente (almeno a nostro avviso!) alla possibile sovrapposizione (orizzontale o verticale), delle singole costituzioni regolatrici di comunità diverse, lasciando però del tutto aperto il 'ventaglio' delle comunità da prendere in considerazione. Ma entrambe le posizioni sollevano serie critiche[70]. La prima si basa infatti ancora una volta su una insufficiente distinzione tra le nozioni di 'società civile internazionale' e di 'comunità' internazionale; la seconda si limita invece a condurre alle estreme conseguenze le posizioni concettuali di Teubner, prestandosi a conclusioni che sono spesso del tutto insuscettibili di una verifica reale[71].

La verità è che l'affermazione di un livello di efficacia 'verticale' dell'ordinamento internazionale, operante (in generale o in un settore specifico della materia) direttamente nei confronti degli individui, oltre a scontrarsi di per sé con le difficoltà teoriche già indicate, riposa su una esigenza che nasce da una critica in fondo ingiustificata al sistema di Westfalia. Tale sistema era all'inizio troppo rigido, perché si configurava in modo quasi 'assoluto' la stessa concezione presupposta della sovranità degli Stati. Ma esso ha fatto registrare nel corso del tempo tali e tanti mutamenti e arricchimenti normativi (col sorgere delle Nazioni Unite; l'affermarsi di organizzazioni dotate di caratteristiche di supremazia in

di ricostruire la 'basic structure of the legal world *as a whole*' (p. 266, il corsivo è nostro). Questa prospettiva unitaria, basata su criteri valutativi differenti da quelli professati dal costituzionalismo statale (proporzionalità, sussidiarietà, trasparenza, partecipazione, e così via), consentirebbe di superare la tradizionale contrapposizione tra monismo e dualismo, così da dare prevalenza a seconda dei casi al diritto interno o al diritto internazionale, attraverso un bilanciamento dei valori volta a volta in causa (p. 273 ss.). L'a. sottolinea a tal fine la centralità dell''idea of free and equals governing themselves through and by the law' (p. 323), non tenendo conto ancora una volta in modo realistico dello stato 'miserevole' sul piano interno di molte delle stesse democrazie liberali! Per ulteriori approfondimenti, relativi all'affermarsi del «legal pluralism» nei rapporti tra Stati e Unione europea, v., sempre nel volume in ultimo indicato, i saggi rispettivamente di D. HALBERSTAM, p. 326 ss.; e di M. POIARES MADURO, p. 356 ss.

[70] Per un maggiore approfondimento di tali impostazioni, v. la nostra recensione cit. nella nota 67, p. 682 ss., e *passim*.

[71] V., ad esempio, per un'affermazione non suscettibile a nostro avviso di reali e comunque chiare applicazioni, S. BESSON, "Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy", in *Ruling the World?*, cit., p. 381 ss., p. 406: la 'constitutionalization of international law' darebbe vita ad una 'multilateral and multilevel political community', che andrebbe 'understood as a pluralistic community of communities and as a hybrid community of states and individuals'!

settori economici assai rilevanti[72]; e il moltiplicarsi delle situazioni di egemonia degli Stati produttive di effetti almeno indiretti di carattere normativo, spesso coperti dal velo del 'soft law', e così via), da non aver bisogno della… finzione della soggettività internazionale degli individui[73], per affermare l'esistenza di momenti e/o livelli di 'global governance' quantomeno informali, riconducibili alla superiore 'autorità' della Comunità internazionale.

Va comunque sottolineato, a conferma di quanto diciamo, che, al di là dei fenomeni considerati, è possibile ormai ammettere, anche nell'ambito del tradizionale ordinamento giuridico internazionale (influenzato ancora a nostro avviso dalle originarie caratteristiche del sistema di Westfalia, e quindi operante come un ordinamento destinato a regolare i rapporti tra gli Stati, in quanto enti indipendenti e sovrani, e non la società globale degli individui)[74], l'esistenza ormai di un comparto caratterizzato dall'affermarsi di un vero e proprio processo di 'verticalizzazione *normativa*' del potere sugli Stati della Comunità internazionale[75]. Questo comparto, come andiamo ormai sostenendo da tempo, si è sviluppato, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, in seguito al 'formarsi' delle norme produttive di obblighi *erga omnes* degli Stati, presenti ormai con varia intensità in tutti i settori della materia. Tali obblighi si configurano, secondo la sintetica definizione datane in un celebre *obiter dictum* dalla nota sentenza della Corte internazionale di giustizia del 1970 nel caso della *Barcelona Traction* (e poi dal loro approfondimento nell'ambito della discussione svoltasi, al fine di fondare la distinzione tra delitti e crimini degli Stati, durante tutta la storia della codificazione della responsabilità internazionale da parte della Commissione del diritto

[72] V. *ante*, par. 4.

[73] V. per tutti J. VERHOVEN, "Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public", in *Rec. des Cours*, 2008, vol. 334, p. 9 ss., p. 103, che, con riguardo alla soggettività internazionale dell'individuo, sottolinea: «[l]'affirmation de leur qualité de sujet de droit international a peut-être une portée symbolique, elle ne modifie pas leur condition juridique. Si l'affirmation n'ajoute rien, la négation ne retranche rien non plus»; e ancora le considerazioni da noi svolte nella recensione cit. nella nota 35, p. 303 ss.

[74] V. per tutti, per il persistente rilievo dello 'state-centered model', G.H. FOX, *Humanitarian Occupation*, cit., p. 142 ss.

[75] L'affermazione da parte nostra di tale 'verticalizzazione *normativa*', che tanti equivoci ha sollevato all'inizio in parte della dottrina italiana, rimonta ad un saggio pubblicato ormai *trenta* anni fa! V. infatti P. PICONE, "Obblighi reciproci e obblighi *erga omnes* degli Stati nel campo della protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento", in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, V. STARACE (a cura di), Milano, 1983, p. 15 ss., p. 25 ss. (ora in P. PICONE, *Comunità internazionale*, cit., p. 1 ss.).

internazionale, conclusasi con il Progetto adottato dalla medesima nel 2001), come degli obblighi derivanti da una particolare categoria di norme *primarie* dell'ordinamento internazionale che, per tutelare determinati beni, valori e/o interessi della Comunità internazionale 'nel suo insieme', attribuiscono almeno in principio a *tutti* gli Stati, operanti *uti universi* per conto della medesima, e quindi in una posizione 'superiore' rispetto ai singoli Stati, il compito e il correlativo potere di garantirne collettivamente l'attuazione (in via diretta, o tramite reazioni successive alla loro eventuale violazione)[76].

Malgrado le 'fughe in avanti' della dottrina verso la società 'panumana' degli individui, sono proprio i comparti normativi in ultimo indicati (caratterizzati dalla presenza di situazioni di egemonia degli Stati, o riconducibili all'esistenza di obblighi *erga omnes*) a dover essere a nostro avviso ulteriormente approfonditi, se si intende ricostruire il modo di essere 'reale' della costituzione (o, se si vuole della costituzione materiale) dell'ordinamento internazionale[77].

[76] V. adesso per una trattazione sistematica di tali norme, sia pur sviluppata attraverso vari saggi susseguitisi nel tempo, P. PICONE, *Comunità internazionale*, cit. Per le questioni lasciate ancora necessariamente in sospeso, occorrerà attendere gli ulteriori approfondimenti da parte sia della prassi sia della dottrina, possibili tuttavia solo a patto che si abbandoni definitivamente (come noi stiamo da anni sostenendo, con l'adesione ormai di non pochi autori) la fuorviante ed erronea assimilazione, accolta dal Progetto finale sulla responsabilità degli Stati, tra norme di *jus cogens* e norme produttive di obblighi *erga omnes*: v. su tale necessaria distinzione da ultimo P. PICONE, "La distinzione tra *jus cogens* e obblighi *erga omnes*", ivi, p. 575 ss.; e la recensione al nostro volume in *Chinese Journal of International Law*, 2013, p. 846 ss. Solo la distinzione indicata consente infatti di comprendere che le norme produttive di obblighi *erga omnes*, in quanto autonome norme *primarie*, possono a seconda dei casi costituire delle norme inderogabili o invece derogabili; avere un contenuto strettamente precettivo o meramente programmatico; tradursi addirittura in varie e articolate forme di *soft law*, ecc., e ricollegare poi a tali diverse categorie di ipotesi, in caso di loro violazione, le peculiari forme di reazione.

[77] V. da ultimo per una articolata adesione anche A. LIGUSTRO, "Il dibattito sul costituzionalismo globale e quello sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale: prospettive a confronto", in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, p. XVII ss.

DIVERSITE CULTURELLE ET ARBITRAGE INTERNATIONAL ENTRE ETATS ET INVESTISSEURS ETRANGERS

Pierre-Marie DUPUY*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. La dimension multinationale. – 3. La diversité des cultures juridiques. – 4. La relativité des classifications.

1. Introduction

L'arbitrage international entre Etats et investisseurs privés étrangers a connu une spectaculaire extension au cours des quinze dernières années; les structures mises en place par la Convention de Washington de 1965 relative au règlement des différends internationaux (CIRDI) étaient destinées à favoriser le recours à l'arbitrage entre personnes privées étrangères et Etats souverains[1]. Le système visait à encourager les investissements en offrant suffisamment de garanties aux investisseurs sans pour autant inquiéter les Etats d'accueil. Le démarrage fut relativement lent[2]. Toutefois, divers facteurs permirent ensuite une éclosion puis un succès spectaculaire des tribunaux arbitraux constitués dans le cadre du CIRDI, généralement composés de trois arbitres de nationalités mais aussi, bien souvent, de cultures juridiques différentes[3].

L'un des facteurs expliquant ce succès fut juridique et introduit par voie de jurisprudence. La possibilité reconnue à l'investisseur privé de saisir lui-même les instances de règlement et d'attraire directement un Etat devant les instances du CIRDI internationaux fut en particulier facilitée par la sentence rendue lors de l'affaire *AAPL v. Sri Lanka*, en

* Professeur émérite, Université de Paris (Panthéon-Assas); Professeur honoraire, Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement, Genève.

[1] Cfr. A. PARRA, *A History of ICSID*, 2009.

[2] Entre 1965 et 1990, le CIRDI enregistra seulement 25 différends entre investisseurs privés étrangers et Etats, toutes ces affaires étant fondées sur l'invocation de la violation du contrat entre l'un et l'autre.

[3] Sur l'essor contemporain de l'arbitrage Etats/investisseurs étrangers, voir notamment UNCTAD, *World investment report 2013, global value chains, investment, and trade for development*, UN. Doc. E.13.II.D.5, accessible à://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588, notamment p. 110.

1991[4]. La conséquence presque immédiate en fut la multiplication des *treaty claims*; par opposition aux affaires introduites sur la base des dispositions établies dans le 'contrat' liant un Etat à une personne privée étrangère, ce type d'affaires, désormais très largement prépondérant, voit l'investisseur, personne juridique de droit privé, invoquer la violation alléguée d'un traité international, le plus souvent bilatéral, opposant l'Etat dont cet investisseur possède la nationalité à un autre Etat, celui ayant accueilli l'investissement[5].

Il en résulte plusieurs conséquences, non dépourvues de paradoxe dont la première est que le droit international public, conventionnel mais aussi coutumier, devient le droit principalement applicable à des différends dont la caractéristique demeure pourtant qu'ils sont réglés, en dehors de toute invocation de la protection diplomatique, entre un Etat souverain et une personne privée d'une autre nationalité. La place reconnue à l'applicabilité du droit interne de l'Etat d'accueil de l'investissement varie d'une affaire à l'autre mais, dans bien des cas, ce droit interne conserve, en pratique, une importance déterminante.

On voit en tout cas les avocats de l'investisseur privé, venus pourtant dans une majorité de cas de l'arbitrage commercial international[6], se muer désormais en champions vigilants du droit international public dont ils font, au demeurant, une lecture parfois très sélective; ceci, afin de prouver que leur client, investisseur privé, a été victime d'une violation d'un droit dont il peut demander réparation alors même qu'il se refuse à se considérer lui-même comme l'un de ses sujets. Se trouve ainsi écartée la problématique audacieuse énoncée notamment dans la célèbre affaire *Texaco-Calasiastic* de 1977 selon laquelle, sur la base, à l'époque, d'une *contract claim*, l'investisseur privé étranger serait élevé, par le seul fait de son lien contractuel avec un Etat souverain, à la dignité temporaire de sujet de droit international public[7]; les *treaty claims* permettent désormais à la personne privée étrangère ayant investi dans un Etat de trouver, dans une majorité de cas avec succès, dans le droit international public lui-même la source de la protection effective de ses intérêts. Doté d'une personnalité active lui permettant d'agir en justice arbitrale, l'investisseur demeure dépourvu

[4] Voir P.M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 11ème édition, 2012, p.794, para. 631; E. GAILLARD, *Journal de droit international* (Clunet) Chronique, 1992, p. 216 ss.

[5] Voir P.M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, note précédente.

[6] Voir notamment: Y. DEZALAY, B. GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, 1996.

[7] Voir texte et commentaires dans le *Journal de droit international* (Clunet), 1977, pp. 370 ss.

d'une personnalité passive qui l'investirait d'obligations. C'est une situation confortable! D'un point de vue réaliste, on ne doit en effet jamais perdre de vue la dimension stratégique de l'invocation du droit international dans un tel contexte même s'il serait excessif d'aller jusqu'à dire, s'inspirant de façon paradoxale de la trop célèbre formule de Clausewitz, que l'invocation du droit international public serait ici devenu 'la continuation de la guerre par d'autres moyens!' On ne doit tout de même jamais oublier que l'enjeu véritable de l'arbitrage international en la matière doit rester d'encourager l'investissement international, indispensable pour tous les partenaires et condition du développement des uns et des autres dans le cadre d'une économie internationale désormais globalisée.

Toujours est-il que les enjeux économiques de l'utilisation du droit et la façon d'envisager le partenariat entre les Etats restés souverains et les investisseurs devenus invocateurs d'un droit initialement conçu pour réguler les relations interétatiques expliquent l'importance de la dimension interculturelle des procédures arbitrales dans ce domaine, cette notion d'interculturalité couvrant ici à la fois des composantes techniques mais aussi politiques et idéologiques.

C'est ce que l'on put observer, en particulier, au cours des très nombreuses affaires provoquées, à partir de l'année 2002, par la dévaluation unilatérale de sa monnaie nationale par l'Argentine afin de rétablir une situation économique devenue assez soudainement très précaire. Près d'une quarantaine d'affaires furent alors introduites par des investisseurs: leurs contrats avaient été stipulés en pesos équivalant à l'époque au dollar mais dont la valeur se trouva brutalement dévaluée de près de 40 pour cent par la décision des autorités argentines, plaçant évidemment les investisseurs concernés dans une situation le plus souvent difficile[8]. Ces affaires furent pour une bonne part portées devant le CIRDI; mais plusieurs devaient également être introduites par le biais de procédures inspirées plus directement de celles de l'arbitrage commercial international; ainsi de celle établie par les règles de la Commission des Nations Unies pour le Commerce International (CNUDCI/UNCITRAL) reprises également dans le cadre de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), aujourd'hui devenue, après un long

[8] Sur le contentieux argentin, voir notamment: J.E. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, The Hague, 2009, notemment: Chapter IV, "Lessons from the Argentine Crisis Cases", pp. 247-284; L.E. PETERSON, "Argentina By the Numbers: Where Things Stand with Investment Treaty Claims Arising Out of the Argentina Financial Crisis", dans *Investment Arbitration Reporter*, 1 Feb 2011.

sommeil, l'un des centres les plus dynamiques de l'arbitrage, particulièrement entre Etats et personnes privées étrangères[9].

L'Argentine dont les contentieux sont aujourd'hui pour la plupart éteints ou résolus ne fut cependant nullement l'unique pourvoyeuse de litiges et des contentieux soumis à l'arbitrage durant les quinze dernières années. La mondialisation de l'économie permet au contraire de voir aujourd'hui des contentieux qu'on qualifie généralement de Nord-Sud, mais également opposant de plus en plus souvent des investisseurs du Sud à des Etats du Nord de même que des investisseurs du Sud à des Etats également méridionaux (Sud-Sud).

On voit ainsi des différends dont les enjeux économiques sont très considérables à l'échelle de la planète réglés dans un cadre dont l'hétérogénéité est à la mesure de l'internationalité. Il n'y a, au sens formel, pas de barreau de l'arbitrage international; il n'y a pas non plus d' unification organique de la fonction arbitrale ou, du moins, celle-ci n'est-elle que partielle, puisque le CIRDI n'attire à lui qu'une portion de ce contentieux, étant de plus en plus concurrencé par d'autres structures, telles la Cour permanente d'arbitrage, la Chambre de commerce internationale et des chambres de commerce nationales ou régionales ayant mis sur pied des possibilités d'arbitrage également ouvertes aux investisseurs voulant poursuivre un Etat ayant accueilli leur investissement.

Il n'y a pas de jurisprudence internationale au sens strict du terme, chaque tribunal restant maître de l'interprétation et de l'application des normes invoquées; cependant, tous, arbitres dans leur sentences comme avocats dans leurs plaidoiries, se référèrent à la signification donnée à ces règles dans des affaires précédentes, comme si l'on était dans un ordre juridique dominé par le *stare decisis*[10], telle, par exemple, celle relative aux standards et critères du "traitement juste et équitable" de

[9] Voir H. SIBLESZ, *What Role for the Permanent Court of Arbitration Today*?, Speech by the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration to the American Society of International Law (transcript adapted for publication as of 12 February 2013), at: www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.pcacpa.org%2Fshowpage.asp%3Fpag_id%VXYUpjaCcXrkAe_h4CAAw&usg=AFQjCNHGJy7Evh_OzFyfwyz4st9EF1BB0g&sig2=wqHOjX-5bHxwRIfiHn4Aqw&bvm=bv.59568121,d.eW0. Voir aussi S. FRANCK, "The ICSID Effect? Considering Potential Variation in Arbitration Awards", dans *Virginia Journal of International Law*, 2011 (reporting the mean amount claimed in ICSID cases to be $US 424,615,349 and in non-ICSID investor-state arbitration cases to be $US 169,463,547).

[10] Voir G. KAUFMANN-KOHLER, "Arbitral Precedents: Dream, Necessity or Excuse ? The 2006 Freshfields Lecture", dans *Arbitration International,* Vol. 23, N°3, 2007, pp. 357 ss.

l'investisseur étranger et de son investissement[11], cette dernière notion n'étant cependant pas définie de façon uniforme, notamment dans les près de 3000 traités bilatéraux de protection des investissement actuellement existants dont une majorité est en vigueur[12]. Quoiqu'il en soit, les tribunaux, à la suite des avocats, n'hésitent nullement à se référer aux sentences déjà rendues tout en rappelant qu'il n'existe pas en la matière de règle du précédent. De profondes dissensions demeurent sur la façon d'interpréter des normes essentielles, en particulier pour se prononcer sur la compétence des tribunaux en fonction des caractères de la demande qui leur est soumise par le demandeur.

Pas de barreau international, certes, mais, pour autant, il existe bel et bien, en fait, sur le plan non plus juridique mais sociologique, une véritable communauté internationale des arbitres dont beaucoup se connaissent et s'apprécient, notamment au sens où ils portent les uns sur les autres des appréciations quant à leurs compétences respectives et leur orientation juridique pour ne pas dire idéologique[13]. C'est un univers à la fois solidaire et concurrentiel dans lequel les arbitres se recrutent entre eux, et où l'on trouve, parmi les plus qualifiés, des juristes dont beaucoup sont encore alternativement avocats conseils et arbitres eux-mêmes.

Cette réalité fait l'objet de nombreuses critiques, pour certaines d'entre elles justifiées, et la question de la 'légitimité' des tribunaux arbitraux chargés de régler les contentieux entre Etats et personnes privées est régulièrement posée sans pour autant que les critères de cette

[11] Voir I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law*, Oxford, 2007.

[12] Selon le décompte le plus récent de la CNUCED, 2857 traités bilatéraux sont existants et 339 sont rapportés comme "autres accords internationaux pertinents". Voir UNCTAD, *World investment report 2013, global value chains, investment, and trade for development*, *op.cit*. Pour une analyse critique de l'efficacité des accords bilatéraux pour la promotion et la protection des investissements, voir notamment J. WEBB YACKEE, "Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence", dans *Virginia Journal of International Law*, 51/2011, p. 397; T. ALLEE, C. PEINHARDT, "Contingent Credibility: the Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment", dans *International Organization*, 65/2011, pp. 401-32; A. BERGER, M. BUSSE, P. NUNNENKAMP, M. ROY, "More Stringent BITs, Less Ambiguous Effects on FDI? Not a BIT!", dans *Economics Letters*, 112/2011, p. 270.

[13] Voir notamment J. ALVAREZ, "The Democratization of the Invisible College", dans *ASIL IL Post*, 2007), accessible à: http://www.asil.org/ilpost/president/pres071108.html; S. SCHILL, "Whither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law", dans *European Journal of International Law*, 2011, pp. 886-87.

exigence soient très clairement définis[14]. Ce qui est certain, c'est que le règlement pacifique et juridique de ce type d'affaires est indispensable et qu'il fonctionne en s'améliorant sans doute progressivement, notamment pour retrouver l'équilibre entre la prise en compte des intérêts de l'investisseur privé et des charges de l'Etat gestionnaire du bien public, trop longtemps, sans doute, mis en péril par l'orientation de trop de sentences dans un sens systématiquement favorable à l'investissement, considéré comme un bien en soi.

La question de la pertinence des effets de la diversité culturelle des arbitres serait sans doute niée par certains d'entre eux, ce qui serait d'ailleurs immédiatement révélateur de leur propre orientation culturelle au sens le plus large; elle est pourtant réelle sans être pour autant forcément déterminante en tous les cas. Pour s'en rendre compte, il paraît nécessaire d'analyser les caractères de la communauté des arbitres, par définition internationale, avant de constater la relativité des classifications culturelles que l'on peut établir entre eux.

2. La dimension multinationale

Le monde de l'arbitrage est un petit monde mais il est mondial. On veut dire par là que l'on y retrouve des juristes aux nationalités les plus diverses même si subsiste encore une certaine prépondérance des arbitres d'origines occidentales. Ces juristes sont bien entendu tributaires de la formation qu'ils ont reçue dans les universités qu'ils ont fréquentées, ce qui atténue en bien des cas les effets de la diversité géographique de leur origine: deux avocats formés à Cambridge ou à Paris auront tendance à aborder les problèmes juridiques selon la façon qu'on leur aura enseignée dans l'un ou l'autre endroit, même si l'un est Bangladeshi et l'autre béninois.

Les arbitres ne parviennent, le plus souvent à un âge déjà mûr, à l'exercice de leurs fonctions qu'après avoir pratiqué autrement le droit. On y retrouve en particulier des avocats, des juges et des professeurs. Cette diversité d'origine n'est pas non plus totalement indifférente. Encore qu'il faille se garder des stéréotypes et des généralisations hâtives, les avocats et les juges d'origine seront en bien des cas plus pragmatiques. Ils verront d'abord dans les affaires qu'ils traitent des contentieux à régler au cas par cas, cependant que les professeurs

[14] Voir notamment S. SCHILL, "Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach", dans *Virginia Journal of International Law*, 57–102/2011.

désireront, à l'occasion du règlement d'une affaire déterminée, faire avancer la jurisprudence ou ce qui en tient lieu dans le sens qu'ils jugent le plus pertinent, afin qu'une progressive harmonisation du droit et de l'interprétation que l'on en fait prévale conformément à leurs aspirations. Lors de la rédaction des sentences, les universitaires seront plus attachés à l'énoncé d'*orbiter dicta* posant des principes d'application générale, tendance souvent incomprise par ceux qui ont toujours été à titre prioritaire des praticiens du droit.

Le monde de l'arbitrage entre Etats et investisseurs privés étrangers est largement marqué par les anglo-saxons. Ceci, d'abord et avant tout parce que la langue de travail privilégiée de l'arbitrage Etats/investisseurs est indiscutablement l'anglais, depuis l'excellence de celui d''Oxbridge' jusqu'aux différentes nuances dans son approximation, quant à elles caractéristiques du 'Globish', même si l'espagnol et le français sont souvent choisis, en fonction de la nationalité des parties, comme des langues de travail conjointes, et, en principe, non accessoires.

Les juristes anglo-saxons sont, à juste titre, pour la majorité d'entre eux convaincus qu'ils parlent la langue non seulement de l'arbitrage international mais aussi de la mondialisation; parmi eux, beaucoup d'avocats ou d'arbitres, étant résolument monolingues, sont à cent lieues de réaliser qu'il n'y a rien de moins neutre que la langue dans la formation de la pensée[15], à moins qu'ils soient au contraire conscient du fait que l'usage de l'anglais entraîne à son tour une tendance plus ou moins marquée à se placer sur le terrain du système juridique qui gouverne le monde anglo-saxon, c'est-à-dire celui de la *common law*, laquelle laisse à l'arbitre une considérable marge de manœuvre. Pour employer une image un peu familière et empruntée au langage sportif, on dira qu'en matière d'arbitrage Etats/investisseurs, le monde anglo-saxon 'reçoit sur son terrain', laissant aux autres le soin de s'y adapter, ce que certains arbitres, notamment français, allemands et italiens, très expérimentés, réussissent du reste parfaitement tout en sachant apporter à la pratique de la plaidoirie ou à celle du raisonnement juridique un enrichissement précieux.

Il serait au demeurant caricatural de conclure que les avocats ou arbitres anglais ou américains récusent par principe l'utilisation de notions ou de modes de raisonnement issus d'autres traditions; encore que la façon de quelque uns d'entre eux de parler des systèmes de 'droit

[15] Sur le caractère déterminant de la langue dans laquelle on s'exprime, voir en particulier H. WISMANN, *Penser entre les langues*, 2012, p. 306.

continental' par opposition à ceux de *common law* soit évidemment quelque peu simplificatrice puisqu'ils auront alors une tendance marquée à y rejeter aussi bien les droits allemand qu'italien, français, polonais ou latino-américain, toutes tendances confondues par eux dans une commune méconnaissance!

Au-delà de leurs formations universitaires respectives, il n'est pas forcément non plus indifférent de constater que les arbitres auront souvent une perception différente de l'importance et des mérites respectifs de l'investissement selon que celui-ci sera d'abord perçu comme une condition première du développement économique du pays qui en bénéficie ou comme l'occasion d'une menace à l'égard du maintien de la souveraineté du pays d'accueil et, en particulier, de sa capacité de légiférer. A cet égard, des juristes venus du 'Sud' seront sans doute plus sensibles à la souveraineté de l'Etat encore qu'il faille, là aussi, se garder des simplifications hâtives, eu égard, notamment, ainsi qu'on le rappelait plus haut, au lieu de leur formation académique. L'importance reconnue au respect du droit interne sera aussi plus souvent valorisée par des arbitres originaires d'Etats en développement quoique les termes de la clause de droit applicable demeurent bien entendu, en tout état de cause, l'élément prépondérant pris en compte par les uns et les autres.

3. La diversité des cultures juridiques

La différence, déjà soulignée, entre juristes de *common law* et juristes influencés à des degrés divers par l'incidence directe ou médiate du droit romain se manifeste à bien des égards. Elle est particulièrement illustrée par la façon dont s'est établie la procédure devant les tribunaux[16]. Chacun d'entre eux définit, certes, en collaboration avec les parties, son propre règlement de procédure, dans le cadre des règles établies en particulier soit par la convention CIRDI soit par les règles de l'UNCITRAL. Il demeure qu'aucun ne remettrait en cause ni la production pléthorique d'une documentation dont tous les éléments continuent à être soumis aux arbitres sous les deux espèces de la copie électronique et de la version papier, devenue absurdement pléthorique, ni le recours à la procédure inquisitoire de la *cross examination* dont il n'existe au demeurant nulle traduction dans une langue autre que l'anglais. Jamais ne sera remis en cause ni le degré d'efficacité, pourtant

[16] L'auteur n'ignore pas que la *common law* mais à un moindre degré, subi l'influence du droit romain. Cf., par exemple, l'estoppel.

toujours variable et relatif, de ce type d'interrogation et de contre-interrogation des experts et des témoins ni la façon d'y procéder, quels que soient pourtant les lenteurs souvent considérables entraînées par ce type de procès, dont les enseignements que l'on tire dépendent beaucoup du talent, variable, des avocats pour le pratiquer. Ceci encourage naturellement certains d'entre ces derniers, notamment américains, à oublier qu'ils ne plaident pas devant une District Court du Texas ou du Minnesota mais devant un tribunal international.

Au-delà des appartenances linguistiques et des traditions juridiques distinctes, une distinction est également importante quoiqu'elle aussi rarement relevée explicitement. Elle transcende parfois les variétés précédentes et remonte à la formation, 'privatiste' ou 'publiciste', des avocats ou, surtout, des arbitres. Ainsi qu'on l'a noté plus haut, le droit international de l'arbitrage Etats/investisseurs privés provient initialement d'une extension et d'une adaptation des règles tirées du droit de l'arbitrage commercial international. Ronny Broches, l'ancien conseiller juridique de la Banque mondiale à qui l'on doit la conception et la rédaction initiale du projet qui allait devenir la Convention de Washington instituant le CIRDI était un grand avocat de droit international privé et c'est à son expérience liée à sa grande intelligence des exigences propres au règlement des différends entre Etats et personnes privées étrangères que l'on doit un système ayant démontré son efficacité. Beaucoup, parmi les arbitres les plus réputés et les plus expérimentés, pratiquent conjointement l'arbitrage commercial international et l'arbitrage Etats/investisseurs, et un nombre non négligeable d'entre eux a un passé d'avocats d'affaires, ce qui est au demeurant un gage de compétence mais pas forcément toujours d'impartialité à l'égard de l'Etat d'accueil, encore que l'on rencontre, là aussi, des exceptions notables. Toutefois, pour les raisons exposées plus haut, l'envahissement des *treaty claims* au détriment des *contract claims* crée la situation, restée longtemps paradoxale, que le droit international public invoqué par les parties est argumenté mais aussi appliqué par des juristes dont beaucoup ont d'abord été formés au droit international privé. Bien entendu, cette distinction entre droit public et droit privé des affaires serait elle-même récusée par beaucoup et considérée comme typiquement 'euro-continentale' sinon même spécifiquement française, critique parfois articulée par des juriste de *common law*!

A l'inverse, la différence de culture public/privé se fera sentir dans la mesure où bien des spécialistes de droit international public, inspirés par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en ce domaine, seront plus scrupuleux dans le contrôle du respect de la volonté de l'Etat

lorsqu'il choisit des modalités de règlement des différends, encore qu'il faille constater des exceptions dans les deux sens[17].

4. *La relativité des classifications*

Tout ce qui vient d'être relevé, on l'a assez souligné, quoique non dépourvu de pertinence, doit être pris avec une marge non négligeable de relativité. Ce qui est frappant à l'heure actuelle, dans la pratique de l'arbitrage international entre Etats et investisseurs étrangers, c'est qu'un processus, certes lent, mais néanmoins manifeste de déculturation/acculturation devrait aboutir, à plus ou moins long terme, à une relative harmonisation culturelle des participants au monde de l'arbitrage, dont il faut d'ailleurs souhaiter un élargissement et un renouvellement générationnel qui ne pourra manquer d'intervenir. Ce monde n'est pas exempt de certaines tensions politiques voire idéologiques implicites, elles-mêmes liées aux enjeux économiques souvent très importants qui sont en cause.

Ainsi qu'y invite avec sagesse et pertinence la résolution adoptée à Tokyo par l'Institut de droit international lors de sa plus récente session[18], il est nécessaire que la communauté internationale de l'arbitrage ne perde pas de vue l'esprit dans lequel la Convention de Washington, référence obligée dans un tel contexte, a cherché à encourager l'investissement privé mais dans le respect des missions de service public dévolues par nature aux Etats d'accueil. La solution à apporter doit se faire, au cas par cas, compte tenu des données de chaque espèce et du comportement effectif de l'une et l'autre partie. L'important est qu'il n'y ait pas de la part des arbitres, y compris des arbitres désignés, l'un, par l'investisseur et l'autre, par l'Etat d'accueil, de jugement à priori. La 'légitimité' de l'arbitrage CIRDI, UNCITRAL ou

[17] Là encore, on peut cependant trouver des exemples contraires. C'est un internationaliste publiciste, Francisco Orrego Vicuna, associé qui plus est à un juge en exercice de la Cour internationale de Justice, Thomas Burggenthal qui a joué un rôle déterminant dans l'extension alléguée de l'invocabilité de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends, ce qui va évidemment à l'encontre du respect scrupuleux de la volonté des Etats parties au BIT applicable quant aux conditions retenues dans la clause pertinente dudit traité. Voir affaire *Maffezini v. Spain,* sentence CIRDI du 13 novembre 2000. Voir, en sens contraire, notamment, les affaires *Wintershall v. Argentina* et *Daimler v. Argentina.*

[18] Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Tokyo, 2013, à paraître en 2014 et, pour un commentaire, P.M. Dupuy, J. MAUPIN, "Of Wit, Wisdom, and Balance in International Law: Reflections on the Tokyo Resolution of the Institut de Droit International", in *Liber Amicorum Charles Brower*, 2014.

autre, périodiquement remise en cause, dépend d'abord de l'impartialité des arbitres[19].

Pour autant, les différences d'origine 'culturelle' au sens large du terme retenu ici sont encore sensibles. Ceci explique que les avocats, lors de la constitution des tribunaux arbitraux, leur accordent souvent une importance que l'on pourra toutefois juger en bien des cas excessive. Persuadés, pas toujours forcément à tort, que le sort de l'affaire se jouera dès le stade de la composition du tribunal, ils ont tendance à classifier les arbitres en catégories relativement rigides, selon qu'ils les voient comme 'State oriented' ou 'investor oriented' en combinant avec plus ou moins de bonheur les différents critères culturels évoqués dans les pages qui précèdent: tel juriste publiciste, formé dans le cadre d'une tradition euro-continentale mais originaire d'un pays en développement sera très souvent considéré comme favorable par principe à la position de l'Etat d'accueil de l'investissement, cependant qu'un praticien anglo-saxon, ancien ou actuel avocat d'affaires et rompu aux subtilités, substantielles mais également procédurales de la *common law* sera spontanément classé parmi les partisans de principe de l'investisseur. Il serait souhaitable que la pratique des uns et des autres puisse dans l'avenir ne pas prêter le flanc à ce type de classifications dont le risque est qu'elles deviennent abusives, ainsi que le prouve trop souvent la réalité. L'avenir de l'arbitrage international entre Etats et investisseurs étrangers dépendra de la capacité du monde de l'arbitrage à s'autoréguler tout en conservant la richesse de son multiculturalisme, en admettant que ce ne sont pas forcément soit les investisseurs soit, plus rarement, les Etats d'accueil qui ont toujours raison. Ici aussi, le symbole de la justice reste la balance[20].

[19] Voir, par exemple, S. FRANK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", dans *Fordham Law Review*, 2005; B. CHOUDHURY, "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", dans *Vanderbilt journal of transnational law*, 2008; W.W. BURKE-WHITE, A. VON STADEN, "Private Litigation in a Public Law Sphere: the Standard of Review in Investor-State Arbitrations", dans *Yale Journal of International Law*; M. WAIBEL, et al (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, 2010. A l'inverse, pour une defense du système en place, voir C.N. BROWER, "A Crisis of Legitimacy", dans *National Law Journal*, 2002.

[20] Voir B. STERN, "The Future of International Investment Law: A Balance Between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate", in *The evolving international investment regime*, J.E. ALVAREZ, K.P. SAUVANT (eds.), 2011; J.A. MAUPIN, "Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach", dans *Virginia Journal of International Law*, 2014.

DIVERSITÀ E UNITÀ D'APPROCCI SULLA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA: IL CASO DEI C.D. 'CONFLICT MINERALS'

Valentina GRADO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I limitati risultati delle indagini dell'ONU sulle presunte responsabilità delle imprese private coinvolte nello sfruttamento illecito delle risorse minerarie congolesi. – 3. L'inversione di tendenza in seguito ai lavori del Rappresentante speciale ONU su imprese e diritti umani. – 4. Le Linee guida dell'ONU e la Guida dell'OCSE alla *due diligence* per una gestione responsabile delle catene di fornitura dei 'conflict minerals'. – 5. Spunti di riflessione sul fondamento giuridico delle differenti responsabilità delle imprese per le proprie catene di fornitura alla luce delle norme internazionali sulla tutela dei diritti umani.

1. Considerazioni introduttive

Il coltan, la wolframite e la cassiterite (da cui si estraggono, rispettivamente, il tantalio, il tungsteno e lo stagno) insieme all'oro sono indispensabili per la realizzazione di un vasto numero di prodotti di largo consumo, tra cui quelli elettronici[1]. Una delle fonti di questi materiali preziosi è la Repubblica Democratica del Congo (RDC), talmente ricca di risorse naturali da essere definita uno 'scandalo geologico'. Il Paese è stato teatro di un sanguinoso conflitto formalmente conclusosi nel 2002 ma che continua a tutt'oggi nelle regioni orientali[2]. Gran parte

* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli studi di Napoli 'L'Orientale'.

[1] Oltre che per l'industria delle tecnologie dell'informazione e comunicazione, essi sono di fondamentale importanza per i settori dell'aeronautica, degli armamenti, della chimica, della gioielleria e dell'automobile.

[2] Sulle complesse vicende conflittuali v., fra l'altro, P.N. OKOWA, "Congo's War: The Legal Dimension of a Protracted Conflict", in *The British Yearbook of International Law*, 2006, p. 203 ss.; L. JUMA, "The War in Congo: Transnational Conflict Networks and the Failure of Internationalism", in *Gonzaga Journal of International Law*, 2006, p. 97 ss., p. 133 ss.; T. TURNER, *The Congo Wars. Conflict, Myth and Reality*, London, New York, 2007; F. REYNTJENS, *The Great African War. Congo and Regional Geopolitics, 1996-2006*, Cambridge, 2009; G. PRUNIER, *Africa's World War. Congo, the Rwandan Genocide and the Making of a Continental Catastrophe*, Oxford, New York, 2009; J. K.

dell'attività mineraria, di tipo artigianale, si trova nelle zone conflittuali dove gruppi armati ribelli e membri dall'esercito regolare sfruttano i minerali direttamente (attraverso il controllo delle miniere) o indirettamente (mediante la tassazione illegale e il controllo delle vie commerciali). Tale attività ha costituito la principale fonte di finanziamento delle operazioni militari, contribuendo così alla prosecuzione del conflitto e delle gravissime violenze commesse ai danni della popolazione civile[3]. Per questo motivo i suddetti minerali e metalli sono ormai associati alla RDC e denominati 'conflict minerals'.

Con il presente contributo si intendono illustrare due recenti iniziative che affrontano il problema dei 'conflict minerals' attraverso la promozione di pratiche di acquisto responsabile da parte delle imprese che compongono l'intera filiera produttiva (dalla miniera fino al prodotto finale). Si tratta delle *Due Diligence Guidelines for the Responsible Supply Chain of Minerals from 'Red Flag Locations'*, adottate dal Consiglio di sicurezza dell'ONU alla fine del 2010, e della *OECD Due Diligence Guidance for Responsibly Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, approvata nel maggio 2011. Questi strumenti forniscono nuovi spunti di riflessione su due temi correlati. In primo luogo quello della responsabilità sociale d'impresa (RSI), intesa a livello internazionale come quel doveroso processo di integrazione di considerazioni sociali, ambientali e etiche nelle politiche aziendali. In secondo luogo quello ancor più controverso dell'estensione di tale responsabilità alla filiera produttiva[4].

STEARNS, *Dancing in the Glory of Monsters. The Collapse of the Congo and the Great War of Africa*, New York, 2011; E.F. KISANGANI, *Civil Wars in the Democratic Republic of Congo, 1960-2010*, Boulder, 2012; Z. MARRIAGE, *Formal Peace and Informal War. Security and Development in Congo*, London, New York, 2013.

[3] Su quest'ultimo aspetto v., per tutti, il rapporto dell'Alto Commissariato dell'ONU sui diritti umani *Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo* dell'agosto 2010 (reperibile in www.ohchr.org).

[4] La bibliografia sul tema della RSI è vastissima. Oltre alle opere citate più avanti, v. (fra l'altro) M. K. ADDO (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, The Hague, 1999; M.T. KAMMINGA, S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations*, The Hague *etc.*, 2000; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, p. 195 ss.; A. ODDENINO, "Attuali prospettive di regolamentazione internazionale dell'attività delle imprese multinazionali", in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, G. PORRO (a cura di), Torino, 2006, p. 61 ss.; J.A. ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility. Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, 2006; O. DE SCHUTTER (ed.), *Trasnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Portland, 2006; M.A. MOREAU, F. FRANCIONI (sous la dir.), *La dimension plurisdisciplinaire de la*

2. I limitati risultati delle indagini dell'ONU sulle presunte responsabilità delle imprese private coinvolte nello sfruttamento illecito delle risorse minerarie congolesi

Prima di procedere nel senso indicato, è necessario ricordare come in relazione alla guerra che ancora oggi si combatte nella RDC gli sforzi delle Nazioni Unite hanno riguardato anche la sua dimensione 'economica'[5]. L'iniziale complessità del conflitto, caratterizzato da una duplice

responsabilité sociale de l'enterprise, Aix-en-Provence, 2007; P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, II ed., Oxford, 2007; F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007; R. MARES, *The Dynamics of Corporate Social Responsibilities*, Leiden, Boston, 2008; M.M. WINKLER, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano, 2008; P. ACCONCI, "La responsabilità sociale d'impresa nel diritto internazionale", in *La responsabilità sociale d'impresa in Europa*, ID. (a cura di), Napoli, 2009, p. 3 ss.; F. MARRELLA, "Regolazione internazionale e responsabilità globale delle imprese trasnazionali", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 229 ss.; F. WETTSTEIN, *Multinational Corporations and Global Justice. Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Istitution*, Stanford, 2009; M. FASCIGLIONE, "La responsabilità delle società multinazionali per la violazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea", in *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), Padova, 2010, p. 449 ss.; J.L. ČERNIČ, *Human Rights Law and Business. Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights*, Groningen, 2010; A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, 2012; M. CUTILLO, R. FAUGNO, T. SCOVAZZI (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, Milano, 2012; M.B. DELI, M.R. MAURO, F. PERNAZZA, F.P. TRAISCI (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva trasnazionale*, Napoli, 2012; S. DEVA, *Regulating Corporate Human Rights Violations. Humanizing Business*, London, New York, 2012; W. CRAGG (ed.) *Business and Human Rights*, Cheltenham, Northampton, 2013. Sulla RSI applicata alla filiera produttiva v. in particolare D. MCBARNET, M. KURKCHIYAN, "Corporate Social Responsibility through Contractual Control? Global Supply Chains and 'Other-Regulation'", in *The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law*, D. MCBARNET, A. VOICULESCU, T. CAMPBELL (eds.), Cambridge, 2007, p 59 ss.; K.M. AMAESHI, O.K. OSUJI, P. NNODIM, "Corporate Social Responsibility in Supply Chains of Global Brands: A Boundaryless Responsibility? *Clarifications, Exceptions and Implications*", in *Journal of Business Ethics*, 2008, p. 223 ss.; R. MARES, "The Limits of Supply Chain Responsiblity: A Critical Analysis of Corporate Responsibility Instruments", in *Nordic Journal of International Law*, 2010, p. 193 ss.; S. SKADEGAARD, S. ANDREASEN, "Remodelling Responsible Supply Chain Management: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights in Supply Chain Relationships", in *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Foundations and Implementation*, R. MARES (ed.), Leiden, Boston, 2012, p. 129 ss.; K. LUCAS, "Human Rights in the Supply Chain: Influence and Accountability", ivi, p. 151 ss.

[5] Su tale dimensione v. S. JACKSON, "Making a Killing: Criminality & Coping in the Kiwu War Economy", in *Review of African Political Economy*, 2002, p. 517 ss.; S.

dimensione interna ed internazionale, costituisce tuttavia uno dei motivi alla base del cauto approccio adottato dal Consiglio di sicurezza. A differenza del fenomeno dei 'conflict diamonds', contrastato con l'imposizione di misure sanzionatorie[6], quello dei 'conflict minerals' è stato, fino alla conclusione dell'accordo di pace del 2002, oggetto di mero studio da parte del panel di esperti istituito nel giugno del 2000 allo scopo di indagare sul legame esistente tra lo sfruttamento illecito delle risorse naturali della RDC e la continuazione del conflitto[7]. I sette rapporti redatti dal panel si caratterizzano per una serie di pregi e difetti, peraltro già evidenziata dalla dottrina, che in questa sede può essere solo sintetizzata[8].

Il primo contributo riguarda le prove fornite dal panel sulla diffusa deviazione di fondi statali dovuta al saccheggio sistematico delle risorse naturali da parte delle c.d. 'reti d'elite' militari, politiche e commerciali costituitesi in seguito al ritiro delle forze straniere dal Paese[9]. Il secondo

NAIDOO, *The War Economy in the Democratic Republic of Congo*, September 2003 (reperibile in www.igd.org.za); M. NEST, *The Democratic Republic of Congo. Economic Dimensions of War and Peace*, Boulder *etc*., 2006; D. RENTON, D. SEDDON, L. ZEILIG, *The Congo Plunder and Resistance*, London, New York, 2007; S. SOLVIT, *RDC: Rêve ou illusion? Conflits et ressources naturelles en République Démocratique du Congo*, Paris, 2009; P.H. EICHSTAEDT, *Consuming the Congo. War and Conflict Minerals in the World's Deadliest Place*, Chigago, 2011; F.K. OWONA MFEGUE, *Les ressources naturelles dans les conflits armés en République démocratique du Congo*, Paris, 2012.

[6] I 'conflict diamonds' sono diamanti grezzi provenienti da zone controllate da gruppi ribelli e utilizzati da questi o dai loro alleati per finanziare attività militari dirette a indebolire o rovesciare governi legittimi. Per le sanzioni imposte dal Consiglio di sicurezza v., con riguardo alla Liberia, UN Doc. S/RES/1343 (2001) del 7 maggio 2001 (embargo rimasto in vigore fino al 27 aprile 2007); alla Costa d'Avorio, UN Doc. S/RES/1643 (2005) del 15 dicembre 2005 (embargo in vigore al 31 marzo 2014); all'Angola, UN Doc. S/RES/1173 (1998) del 12 giugno 1998 (embargo rimasto in vigore fino al 9 dicembre 2002); alla Sierra Leone, UN Doc. S/RES/1306 (2000) del 5 luglio 2000 (embargo rimasto in vigore fino al 4 giugno 2003).

[7] V. Consiglio di Sicurezza, UN Doc. S/PRST/2000/20 del 2 giugno 2000.

[8] V. UN Doc. S/2001/49 del 16 gennaio 2001; UN Doc. S/2001/357 del 12 aprile 2001; UN Doc. S/2001/1072 del 13 novembre 2001; UN Doc. S/2002/565 del 22 maggio 2002; UN Doc. S/2002/1146/Add.1 del 20 giugno 2003; UN Doc. S/2003/1027 del 23 ottobre 2003. Per un commento dell'operato del panel cfr. RIGHTS & ACCOUNTABILITY IN DEVELOPMENT, *Unanswered Questions. Companies, Conflict and the Democratic Republic of Congo*, May 2004, p. 14 ss. (reperibile in www.raid-uk.org); A.-M. PAPAIOANNOU, "The Illegal Exploitation of Natural Resources in the Democratic Republic of Congo: A Case Study on Corporate Complicity in Human Rights Abuses", in *Trasnational Corporations and Human Rights*, cit., p. 263 ss.; P. FEENEY, T. KENNY, "Conflict Management and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises", in *Profiting from Peace. Managing the Resource Dimensions of Civil War*, K. BALLENTINE, H. NITZSCHKE (eds.), Boulder, London, 2005, p. 345 ss., pp. 361-364.

[9] Si trattava di reti commerciali composte da politici, commercianti e miliziani che, nelle aree precedentemente controllate dal Ruanda e dall'Uganda, erano riuscite a

consiste nell'aver stabilito un inequivocabile legame tra lo sfruttamento delle risorse e il conflitto, la cui continuazione va ricondotta non a motivazioni politiche o di sicurezza bensì all'accesso e al controllo delle principali risorse minerarie della RDC[10]. Il terzo concerne la dimensione internazionale e multinazionale delle attività illegali, essendo numerose imprese private domiciliate nei Paesi di transito e di uso finale delle risorse minerarie implicate nel 'saccheggio' della RDC[11]. Le debolezze dell'operato del panel riguardano proprio quest'ultimo punto. Sulla base di un'interpretazione ampia del concetto di sfruttamento illecito, comprensivo anche della violazione di norme internazionali non vincolanti, il panel individuava 85 società che, in quanto dedite all'estrazione, al commercio, al trasporto o alla trasformazione dei minerali, si riteneva avessero agito in violazione delle Linee guida OCSE destinate alle imprese multinazionali[12]. Al riguardo occorre assai sinteticamente ricordare che tali Linee guida, adottate in seno all'OCSE nel 1976 ed emendate varie volte, erano a quel tempo l'unico strumento internazionale esistente in materia di RSI. Prevedono un catalogo degli standard di condotta che

imporre un sistema di governo totalmente autonomo dall'autorità centrale. Per un approfondimento v. C. DIETRICH, "The Commercialisation of Military Deployment in Africa", in *African Security Review*, 1/2000, p. 3 ss.; T. RAEYMAEKERS, *Network War. An Introduction to Congo's Privatised War Economy*, October 2002, reperibile in www.ipisresearch.be.

[10] V., per tutti, UN Doc. S/2001/357, cit., par. 213 ss.; UN Doc. S/2003/1027, cit., par. 43 ss. Sullo sfruttamento cfr. anche GLOBAL WITNESS, *Same Old Story. A Background Study of Natural Resources in the Democratic Republic of Congo*, June 2004; ID., *Under-Mining Peace. The Explosive Trade of Cassiterite in Eastern RDC*, June 2005; HUMAN RIGHTS WATCH, *The Curse of Gold*, 2005.

[11] Il panel identificava undici Stati africani nei cui territori transitavano risorse originarie della RDC: Burundi, Ruanda, Uganda e Zimbabwe (direttamente coinvolti nel conflitto) nonchè Repubblica Centroafricana, Kenya, Mozambico, Repubblica del Congo, Sudafrica, Tanzania e Zambia. Tra i Paesi consumatori finali di tali risorse, in cui esse transitavano per la seconda volta o venivano processate figuravano Belgio, Cina, Francia, Germania, India, Israele, Giappone, Kazakistan, Libano, Malesia, Paesi Bassi, Federazione russa, Svizzera, Thailandia, Emirati Arabi Uniti, Gran Bretagna e Stati Uniti; v., per tutti, UN Doc. S/2002/1146, cit., par. 139 ss. Per un approfondimento dell'allora coinvolgimento delle imprese private nello sfruttamento delle risorse naturali v. J. CUVELIER, T. RAEYMAEKERS, *Supporting the War Economy in the DRC: European Companies and the Coltan Trade*, January 2002; ID., *European Companies and the Coltan Trade: An Update*, September 2002 (entrambi reperibili in www.ipisresearch.be); AMNESTY INTERNATIONAL, *Democratic Republic of the Congo: "Our Brothers Who Help Kill Us" – Economic Exploitation and Human Rights Abuses in the East*, April 2003, p. 28 ss.; RIGHTS & ACCOUNTABILITY IN DEVELOPMENT, *op. cit.*, p. 21 ss.; M. TURNER, "Taming Mammon: Corporate Social Responsibility and the Global Regulation of Conflict Trade", in *Conflict, Security and Development*, 2006, p. 365 ss.

[12] V. UN Doc. S/2001/357, cit., par. 15 (per la nozione di sfruttamento illecito); UN Doc. S/2002/1146, cit., Annex III (per la lista delle imprese straniere).

le imprese multinazionali costituite nel territorio degli Stati aderenti sono volontariamente tenute ad osservare nello svolgimento delle attività economiche all'estero; inoltre istituiscono una procedura di 'follow-up' destinata a monitorare il rispetto di tali standard, affidata principalmente ai punti di contatto nazionali[13]. Orbene, l'inserimento nella lista di numerose imprese mai nominate nelle indagini e la conseguente minaccia di agire in giudizio portavano il panel a redigere un ultimo rapporto, preceduto da un incontro con le imprese interessate, in cui si riclassificavano le 85 società in cinque categorie: i 'casi risolti'; i 'casi risolti soggetti al monitoraggio dei punti di contatto nazionali'; i 'casi non risolti rimessi ai punti di contatto nazionali per ulteriori aggiornamenti o inchieste' i 'casi pendenti innanzi ai governi' e i casi in cui le 'parti non hanno reagito al rapporto'[14]. Varie critiche possono essere mosse nei confronti di tale operato. La prima consiste nell'aver accusato le imprese della mancata osservanza delle Linee Guida OCSE senza tuttavia specificare quali standard contenuti in questo strumento si ritenevano fossero stati violati. La seconda riguarda la totale assenza di informazioni sui motivi alla base dell'inserimento delle imprese in una categoria di casi piuttosto che in un'altra. L'ultima concerne invece la categoria dei 'casi risolti' (la più ampia peraltro) comprendente un'eterogenea gamma di imprese, fra cui, quelle che avevano riconosciuto di aver agito in modo inappropriato ma avevano adottato o si erano impegnate ad adottare misure correttive; quelle che avevano cessato di operare nella RDC; quelle che avevano terminato i rapporti commerciali con i partner congolesi; e persino quelle che operavano nelle aree controllate dai gruppi ribelli ma, avendo iniziato la propria attività di business molti anni prima dell'inizio del conflitto,

[13] Per un commento, oltre alle opere monografiche in tema di RSI, v. J. HUNER, "The Multilateral Agreement on Investment and the Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises", in *Liability of Multinational Corporations*, cit., p. 197 ss.; S. TULLY, "The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises", in *Int'l & Comp. L. Q.*, 2001, p. 394 ss.; P. ACCONCI, "Il nuovo testo delle *Guidelines* per le imprese multinazionali adottato dagli stati membri dell'OCSE", in *Comunicazione e Studi*, 2002, p. 377 ss.; J.L. ČERNIČ, "Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises", in *Hanse Law Review*, 1/2008, p. 71 ss.; G. SCHULER, "Effective Governance through Decentralized Soft Implementation: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises", in *German Law Review*, 2008, p. 1753 ss.; I. DAUGAREILH, "La dimension sociale des principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationals", in *Rev. gén. dr. intern. pub.*, 2008, p. 567 ss.; M. CUTILLO, "I *National Contact Points* dell'OCSE sulle imprese multinazionali: un meccanismo di accesso alla giustizia effettivo per la società civile", in *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), Firenze, 2008, p. 233 ss.

[14] V. UN Doc. S/2003/1027, cit., Annex I.

si erano comportate in modo responsabile. Non essendo specificato quali imprese rientrassero in ciascuna di queste sub-categorie, risulta impossibile distinguere le società che avevano agito in violazione o, al contrario, conformemente alle Linee guida OCSE. Non sorprende pertanto come questo 'confuso' periodo d'indagine si concludesse con il mero invito del Consiglio di sicurezza ai punti di contatto nazionali e ai governi di condurre inchieste sui comportamenti delle imprese coinvolte nel conflitto congolese sulla base (tra l'altro) dei documenti trasmessi dal panel[15].

L'accordo di pace del 2002 e la formazione di un governo di transizione nel 2003 segnano l'inizio di un diverso approccio del Consiglio di sicurezza, focalizzato sulla ricostruzione dell'autorità statale e basato sulla prospettiva che il consolidamento del governo avrebbe posto termine all'uso improprio dei proventi delle risorse naturali. Di qui la ridotta attenzione nei confronti del problema dello sfruttamento illecito di tali risorse e l'enfasi posta sull'eliminazione degli ostacoli alla pace derivanti dalla persistenza delle c.d. 'forze negative' (gruppi ribelli stranieri e milizie tribali operanti soprattutto nelle regioni orientali). Nel 2003 il Consiglio imponeva un divieto di fornitura di armi e uno di assistenza diretta o indiretta a tali gruppi e milizie; nel 2004 istituiva un nuovo gruppo di esperti con il compito (tra l'altro) di acquisire informazioni sulle violazioni di tali divieti; nel 2005 decideva di imporre restrizioni finanziarie e all'ammissione nei confronti delle persone ed entità agenti in violazione di tali divieti e chiedeva al gruppo di esperti di indagare sulle fonti di finanziamento del commercio illecito di armi[16]. I rapporti redatti dal gruppo evidenziano il complesso intreccio tra gruppi armati, traffico di armi, sfruttamento di alcuni minerali (cassiterite, coltan, wolframite e oro) e la continuazione del conflitto[17]. In particolare, pongono l'accento sull'esistenza di una catena di fornitura gravemente compromessa: i centri di acquisto dei minerali (i soli legittimati a esportare tali merci) prefinanziano gli acquisti dei commercianti locali che spesso sono conniventi con i gruppi ribelli; a loro volta diverse imprese importatrici o di trasformazione prefinanziano tali centri d'acquisto, dando vita ad una catena di finanziamento che va dalle imprese straniere fino ai gruppi armati

[15] V. Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/PRST/2003/21 del 19 novembre 2003.

[16] V., rispettivamente, Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/1493 (2003) del 28 luglio 2003, par. 20; UN Doc. S/RES/1533 (2004), del 12 marzo 2004, par. 10; UN Doc. S/RES/1596 del 18 aprile 2005, par. 13; UN Doc. S/RES/1616 (2005) del 29 luglio 2005, par. 5. Sul legame esistente fra traffico d'armi e sfruttamento delle risorse minerarie v., fra l'altro, A. RENAULD, *République démocratique du Congo. Ressources naturelles et transferts d'armes*, Rapport du GRIP 1/2005.

[17] V. UN Doc. S/2006/525 del 18 luglio 2006, par. 123 ss.; UN Doc. S/2007/40 del 31genaio 2007, par. 18 ss.; UN Doc. S/2008/43 del 13 febbraio 2008, par. 81 ss.

locali[18]. In altre parole, oltre a riaffermare il ruolo centrale dei 'conflict minerals' nel finanziare i gruppi armati, tali rapporti sottolineano la responsabilità delle imprese straniere nella continuazione del conflitto, riaprendo così un dibattito di fatto chiusosi nel 2002. A quest'ultimo riguardo preme ricordare la quasi totale assenza di inchieste da parte dei governi in relazione alle proprie imprese coinvolte nel conflitto, nonostante i reiterati inviti del Consiglio di sicurezza[19]. Inoltre occorre segnalare il rigetto da parte di diversi punti di contatto nazionali della gran parte dei casi relativi alle suddette imprese sulla base di alcune criticità che hanno caratterizzato le Linee guida OCSE fino alla loro ultima revisione, avvenuta nel 2011. La prima concerne l'inoperatività degli standard di condotta alla catena di fornitura, in seguito a un'interpreazione arbitraria fornita dal Comitato per gli investimenti, l'organo per l'appunto competente ad adottare *clarifications* in merito agli standard di condotta. Nonostante, dopo la revisione del 2000, fosse stato inserito l'impegno delle imprese multinazionali di incoraggiare, per quanto possibile, i propri partner commerciali, inclusi i fornitori e i subappaltatori, ad adottare comportamenti responsibili[20], nel 2003 il Comitato affermò l'applicabilità delle Linee guida soltanto in presenza di relazioni di investimento (o simili), ossia di controllo dovuto a partecipazioni azionarie, con l'esclusione dei meri rapporti commerciali[21]. La seconda criticità è invece collegata al funzionamento dei punti di contatto nazionali[22]. La procedura di ricorso, qualora l'attore sia una ONG, prevedeva l'accertamento di una serie di condizioni preliminari fra cui l'assenza di procedimenti legali già in corso sul caso in oggetto. Questo requisito è stato tuttavia interpretato in maniera estensiva coprendo procedimenti di

[18] V. UN Doc. S/2008/772 del 12 dicembre 2008, par. 88 ss.; UN Doc. S/2008/773, del 12 dicembre 2008, par. 127 ss.

[19] V. Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/1457 (2003) del 24 gennaio 2003, par. 15; UN Doc. S/RES/1499 (2003) del 13 agosto 2003, par. 3; UN Doc. S/PRST/2003/21, cit.

[20] V. il par. 10 del cap. II.

[21] La dichiarazione è riprodotta in *OECD Guidelines for Multinational Enterprise: 2003 Annual Meeting of the National Contact Points. Report by the Chair*, p. 12. Per una critica v. OECD WATCH, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises and Supply Chain Responsibility. A Discussion Paper*, December 2004, p. 3 ss.; ID., *10 Years On: Assessing the Contribution of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises to Responsible Business Conduct*, June 2010, p. 29 ss. A causa della mancaza del nesso di investimento venivano rigettati il caso presentato, nel luglio 2003, al punto di contatto nazionale dei Paesi Bassi da NIZA (Nederlands Instituut voor Zuidelijk Afrika) insieme ad un gruppo di ONG contro Chemie Pharmacie Holland (CPH) e il caso presentato, nel novembre 2004, al punto di contatto nazionale del Belgio da un gruppo di 15 ONG contro Nami Gems (reperibili in oecdwatch.org).

[22] V. gli autori cit. *supra*, nota 13.

altra natura, fra cui le inchieste condotte da organi delle Nazioni Unite. Figurando diverse imprese denunciate nella categoria dei 'casi risolti' dal panel di esperti i ricorsi venivano rigettati[23].

3. L'inversione di tendenza in seguito ai lavori del Rappresentante speciale ONU su imprese e diritti umani

Il dibattito, riapertosi nel 2008, sulle responsabilità delle imprese nella continuazione del conflitto congolese avveniva tuttavia in un momento cruciale dello sviluppo degli aspetti della RSI a livello internazionale. In quell'anno il Rappresentante speciale del Segretario Generale dell'ONU sui diritti umani e le imprese multinazionali (il Prof. Ruggie), incaricato di studiare l'argomento della responsabilità delle imprese (multinazionali e non) in tale materia[24], elaborava il c.d. *Policy Framework* articolato in tre pilastri: l'obbligo degli Stati di proteggere gli individui dalle violazioni dei diritti umani imputabili alle imprese; la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani e, infine, la necessità di attuare meccanismi efficaci di garanzia dei diritti medesimi[25]. Secondo tale quadro la responsabilità del settore privato, pur essendo fondata su un precetto morale, ha natura autonoma rispetto agli obblighi imposti agli Stati dal diritto internazionale e si riferisce all'intero spettro dei

[23] A causa di procedimenti paralleli venivano rigettati: i casi presentati, nel giugno 2004, al punto di contatto nazionale della Gran Bretagna dalla ONG RAID UK contro Tremalt, Alex Stewart Ldt e Ridgepoint; i casi presentati, nel novembre 2004, al punto di contatto nazionale del Belgio da un gruppo di 15 ONG contro Cogecom e Belgolaise (tutti reperibili in www.oecdwatch.org).

[24] V. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, UN Doc. A/HRC/8/5 del 7 aprile 2008. Per un commento cfr. R. MCCORQUODALE, "Corporate Social Responsibility and International Human Rights", in *Journal of Business Ethics*, 2009, p. 385 ss.; M. FASCIGLIONE, "Luci ed ombre del rapporto di fine mandato del Rappresentante speciale delle Nazioni unite su diritti umani e imprese", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 169 ss.; A. GIGANTE, "L'evoluzione della politica dell'ONU e dell'UE nel campo della responsabilità sociale delle imprese multinazionali", in *Comun. Internaz.*, 2009, p. 589 ss., pp. 598-601; D. BILCHITZ, "The Ruggie Framewok: An Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations?", in *Sur - International Journal on Human Rights*, 2010, p. 199 ss.; T. LAMBOOY, "Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights", in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2010, p. 404 ss., p. 429 ss.; M.B. TAYLOR, "The Ruggie Framework: Polycentric Regulation and the Implications for Corporate Social Responsibility", in *Nordic Journal of Applied Ethics*, 2011, p. 9 ss.; P. MUCHLINSKI, "Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation", in *Business Ethics Quarterly*, 2012, p. 145 ss.

[25] V. *Protect, Respect and Remedy*, cit., par. 51-55.

diritti umani internazionalmente riconosciuti. Essa si sostanzia nell'obbligo 'do not harm' che non comprende solo delle responsabilità passive ma anche la necessità di adottare misure positive[26]. Per assolvere alle proprie responsabilità le imprese devono attivare quei processi di *due diligence* che permettano di identificare, prevenire e gestire gli impatti negativi, effettivi o potenziali, sui diritti umani che derivano non soltanto dalle loro attività ma anche dalle relazioni commerciali connesse a tali attività[27]. Sia pure in modo ancora troppo vago, il Rappresentante speciale giunge alla conclusione che la verifica dell'impatto negativo sui diritti umani comprende anche i soggetti con cui le imprese si relazionano.

La nozione di *due diligence*, così come elaborata dal Rappresentante speciale, veniva immediatamente utilizzata dal punto di contatto nazionale del Regno Unito per valutare il comportamento di due società inglesi parti della catena di fornitura del coltan originario della RDC. Entrambe erano state accusate (fra l'altro) di aver finanziato gruppi armati ribelli: la prima impresa (la DAS Air) tramite l'attività di trasporto del minerale da Kigali (la capitale del Ruanda) in Europa; la seconda (l'Afrimex) tramite l'attività di esportazione condotta da una affiliata locale[28]. Partendo dal contesto, ovvero dal noto fatto che il conflitto congolese era alimentato dallo sfruttamento del coltan, il punto di contatto inglese afferma l'esistenza di un dovere di maggiore diligenza da parte delle imprese che operano in tale filiera. Esso inoltre prende in considerazione il grado di influenza che tali imprese hanno sulla catena di fornitura. Nel caso della DAS Air, avendo la compagnia aerea una intima conoscenza del conflitto e della situazione regionale e, dunque, della possibilità che i minerali trasportati fossero in realtà di origine congolese, si afferma che tale impresa non avesse esercitato la dovuta diligenza sulla catena di fornitura poiché non aveva cercato di stabilire l'origine del minerale[29]. Nel caso Afrimex, essendo la società in grado di esercitare una significativa

[26] *Ibidem*, par. 56-57. Il processo di due diligence in materia di diritti umani dovrebbe comprendere: l'adozione di una politica aziendale sui diritti umani; la valutazione dell'impatto sui medesimi per specifiche attività di business; l'integrazione dei risultati della valutazione all'interno dei sistemi gestionali; il monitoraggio e la rendicontazione delle performance (par. 59-64).

[27] *Ibidem*, par. 71, che fa esplicito riferimento alle «company's web activities and relationships» per la determinazione della responsabilità.

[28] V. i reclami presentati, rispettivamente, il 28 luglio 2004, dalla ONG Rights & Accountability in Development (RAID) contro la DAS Air (Dairo Air Services), e il 20 febbraio 2007 dalla ONG Global Witness contro Afrimex (UK), reperibili in www.oecdwatch.org.

[29] V. *Statement by the UK National Contact Point (NCP) for OECD Guidelines for Multinational Enterprises (NCP): DAS Air*, 17 July 2008, par. 41-46 e 49.

influenza sulla propria affiliata dedita al pagamento di tasse alle forze ribelli, si afferma che essa non avesse esercitato la dovuta pressione circa l'astensione da parte dell'affiliata delle pratiche di connivenza con i ribelli poiché si era limitata a chiedere rassicurazioni orali[30]. Ancora nel caso Afrimex, avendo la società acquistato minerali da due case d'acquisto indipendenti anch'esse finanziatrici delle forze ribelli, si afferma che essa non avesse esercitato la dovuta diligenza sulla catena di approvvigionamento poichè non aveva condotto un'indagine adeguata su tali fornitori[31]. Le conclusioni cui giunge il punto di contatto sono certamente rilevanti: le imprese si renderebbero responsabili se, in presenza di 'rischi' noti o ragionevolmente accertabili all'interno della loro catena di fornitura, omettono di esercitare la dovuta diligenza sulla medesima[32].

La *due diligence*, quale strumento chiave per la responsabilizzazione diretta delle imprese, è ripresa nei Principi-guida su 'business and human rights', approvati dal Consiglio dei diritti umani nel giugno 2011[33] e elaborati dal Prof. Ruggie al fine di rendere operativa l'applicazione del suo *Policy Framework*[34]. La seconda parte dei Principi, dedicata alla respon-

[30] V. *Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Afrimex (UK) Ltd*, 28 August 2008, par. 29-39.

[31] *Ibidem*, par. 40-52.

[32] Per un commento positivo cfr. A. BONFANTI, "Responsabilità sociale d'impresa e violazioni dei diritti umani, alla luce delle Linee guida OCSE per le imprese multinazionali", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 421 ss.; L.C. BACKER, "Rights and Accountability in Development ('RAID') v Das Air and Global Witness v Afrimex: Small Steps towards an Autonomous Trasnational Legal System for the Regulation of Multinational Corporations", in *Melbourne Journal of International Law*, 2009, p. 258 ss. Per delle osservazioni critiche, basate (tra l'altro) sul corretto rilievo che tra gli standard previsti dalle Linee guida OCSE del 2000 non figura quello della *due diligence*, v. L. ARIMATSU, H. MISTRY, *Conflict Minerals: The Search for a Normative Framework*, September 2012, p. 21, reperibile in www.chathamhouse.org.

[33] V., Consiglio dei diritti umani, UN Doc. A/HCR/17/L.17/Rev.1 del 16 giugno 2011.

[34] V. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011. Per un commento cfr. M. FASCIGLIONE, "I *Guiding Principles on Business and human rights* del Rappresentante speciale delle Nazioni Unite sul tema diritti umani, imprese transnazionali: un *ridiculus mus*?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 598 ss.; N. JÄGERS, "UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway towards Real Corporate Accountability?", in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, p. 159 ss.; C. GULOTTA, "Etica e globalizzazione: Riflessioni sui principi OCSE del 2011 per le imprese multinazionali e sui principi ONU in tema di affari e diritti umani", in *Dir. commercio internaz.*, 2012, p. 539 ss.; M. CUTILLO, "Imprese e diritti umani: recenti sviluppi internazionali di una relazione complessa", in *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente*, cit., 2012, p. 25 ss.; R. MARES, "Business and Human Rights after Ruggie: Foundations, the Art of Semplification and the Imperative of Cumulative Progress", in *The UN*

sabilità delle imprese in tema di diritti umani, ribadisce che si tratta di un dovere morale, riferito a tutti i diritti umani universalmente riconosciuti e operante indipendentemente dalla capacità o volontà degli Stati di adempiere ai propri obblighi internazionali (Principi 11 e 12). Tale dovere si sostanzia non solo nel non violare i diritti umani ma anche nell'intervenire su eventuali impatti negativi rispetto ai quali sia configurabile un coinvolgimento delle imprese (Principio 11). Più in particolare, si richiede di: a) evitare di causare o contribuire a causare impatti negativi sui diritti umani attraverso le rispettive attività; b) cercare di prevenire o mitigare quegli impatti negativi sui diritti umani direttamente collegati alle rispettive attività, prodotti o servizi in virtù dei propri rapporti d'affari, anche nel caso in cui non abbiano contribuito a tali impatti (Principio 13). La nozione 'rapporti d'affari' va intesa in senso ampio, essendo comprensiva dei rapporti con i partner commerciali, le entità della catena del valore, come pure qualunque altra entità (statale o non) direttamente collegata alle attività, ai prodotti o ai servizi dell'impresa. Al fine di adempiere alle proprie responsabilità, le imprese sono tenute ad adottare: a) una politica aziendale per il rispetto dei diritti umani; b) una procedura di *due diligence* che permetta di identificare, prevenire, mitigare e verificare la misura in cui le imprese intervengono sugli impatti negativi derivanti dalle proprie attività o direttamente collegati ai propri rapporti d'affari; c) procedure volte ad attuare misure di risarcimento, nel caso in cui le imprese abbiano causato impatti negativi o vi abbiano contribuito (Principio 15). La procedura di *due diligence* deve

Guiding Principles, cit., p. 1 ss.; S. DEVA, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies", in *European Company Law*, 2012, p. 48 ss.; S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, 2013. Questo rapporto è stato preceduto da altri due, anch'essi finalizzati a individuare gli strumenti d'attuazione del quadro 'Protect, Respect and Remedy': v. *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/11/13 del 22 aprile 2009, e *Business and Human Rights: Further Steps toward the Operationalization of the "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/14/27 del 9 aprile 2010. Per un commento v. A. BONFANTI, "L'attuazione del quadro operativo 'Protect, Respect and Remedy' nei lavori del Rappresentante speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani e le imprese multinazionali", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 626 ss.; ID., "Imprese multinazionali e diritti umani: ancora sull'attuazione del quadro operativo 'Protect, Respect and Remedy' nei lavori del Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite", *ivi*, 2010, p. 615 ss.; J.L. ČERNIČ, "Two Steps Forward, One Step Back: the 2010 Report by the UN Special Representative on Business and Human Rights", in *German Law Journal*, 2010, p. 1264 ss.; L.C. BACKER, "On the Evolution of the United Nations' 'Protect-Respect-Remedy' Project: The State, the Corporation and Human Rights in a Global Governamce Context", in *Santa Clara Journal of International Law*, 2011, p. 37 ss., p. 73 ss.

comprendere la valutazione dell'impatto negativo, effettivo o potenziale, sui diritti umani; l'integrazione dei risultati della valutazione all'interno della cultura aziendale e dei sistemi gestionali; il monitoraggio e la rendicontazione delle misure adottate e, infine, la comunicazione all'esterno degli strumenti adottati per il rispetto dei diritti umani. Inoltre deve essere continuativa, poichè gli impatti negativi sui diritti umani possono variare nel tempo con l'evolversi del contesto e delle attività delle imprese, e adattativa, dato che la sua portata e complessità varia a seconda della dimensione dell'impresa, del settore e del contesto operativo delle sue attività e, infine, della gravità dell'impatto sui diritti umani (Principi 17-21).

Da quanto brevemente esposto si evince come la seconda parte dei Principi-guida fornisca ulteriori indicazioni sulla RSI in materia di diritti umani. Il primo luogo si individuano i diversi comportamenti che possono generare una responsabilità: all'impresa viene richiesto infatti di astenersi: *i*) dal commettere direttamente azioni lesive dei diritti umani; *ii*) dal contribuire a un impatto negativo posto in essere da terzi; e *iii*) dal non essere coinvolta in tale impatto che, seppur causato da terzi, è direttamente collegato alle sue attività, prodotti e servizi in ragione del rapporto d'affari con tali entità. In secondo luogo vengono chiarite le diverse misure da adottare nel caso in cui tali comportamenti vengano posti in essere. Nell'ipotesi in cui causino un impatto negativo o vi contribuiscano, le imprese sono chiamate a cessare tali comportamenti e a porvi rimedio, mediante misure di risarcimento (commento ai Principi 19 e 22). Nel caso in cui non abbiano contribuito all'impatto negativo ma questo sia direttamente collegato alle proprie attività, prodotti o servizi in virtù di un rapporto commerciale con un'altra entità (ad esempio all'interno della catena di formitura) l'intervento correttivo varia a seconda del grado di influenza che l'impresa ha nei confronti di tale entità, dell'importanza del rapporto d'affari per l'impresa stessa e della gravità dell'impatto negativo; esso si sotanzia, a seconda delle circostanze, nell'esercizio di tale influenza (al fine di prevenire o mitigare l'impatto negativo), nel rafforzamento di tale influenza o, ancora, nella cessazione del rapporto d'affari. In ogni caso all'impresa non viene richiesta l'adozione di misure di risarcimento, non avendo contribuito all'impatto negativo causato da terzi (commento ai Principi 19 e 22). L'ultimo aspetto di particolare rilievo è dato dal riconoscimento del fatto che i processi di identificazione, gestione, monitoraggio, prevenzione o mitigazione dei potenziali impatti negativi (i c.d. rischi per i diritti umani) possono assumere forme differenti, dipendendo dalla gravità dell'impatto negativo e da una serie di altri fattori, quali la dimensione dell'impresa, la sua

struttura, il settore e il contesto operativo della sua attività (Principi 14 e 17).

4. Le Linee guida dell'ONU e la Guida dell'OCSE alla due diligence *per una gestione responsabile delle catene di fornitura dei 'conflict minerals'*

Lo schema di responsabilizzazione delle imprese proposto dal Prof. Ruggie, ancor prima di ricevere l'avallo del Consiglio dei diritti umani, veniva recepito in seno alle due organizzazioni internazionali interessate allo sviluppo di strategie e strumenti volti a contrastare il complesso fenomeno dei 'conflict mimerals'.

Nell'ambito dell'ONU, alla fine del 2008 il Consiglio di sicurezza incoraggiava gli Stati membri ad adottare tutte quelle misure volte a garantire, da parte degli importatori, delle industrie di trasformazione e finali utilizzatrici dei 'conflict minerals' della RDC e operanti nell'ambito delle proprie giurisdizioni, l'esercizio della *due diligence* sui loro fornitori e sull'origine di tali minerali. Inoltre ampliava la categoria delle persone e entità destinatarie di sanzioni mirate (congelamento delle risorse finanziarie e divieto di transito) includendo coloro che direttamente o indirettamente supportano gruppi armati illegali operanti nella parte orientale del Paese attraverso il traffico illegale delle risorse minerarie[35]. Ancora, alla fine del 2009 incaricava il gruppo di esperti di redigere delle linee guida per l'esercizio della suddetta *due diligence*[36]. Dopo aver partecipato alle riunioni di un gruppo di lavoro multistakeholder, ospitato dall'OCSE e creato per sviluppare una guida pratica alla *due diligence* per una gestione responsabile della catene di fornitura di minerali provenienti da zone conflittuali[37], l'organo sussidiario presentava due versioni delle linee guida. La prima volta a prevenire o mitigare i rischi, rispettivamente, di contribuire direttamente o indirettamente alla continuazione del conflitto nella RDC mediante il supporto dato ai gruppi armati illegali e di violare le sanzioni mirate imposte nei confronti dei leader di tali gruppi; la seconda, più ampia, finalizzata a prevenire o mitigare anche il

[35] V. Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/1857 (2008) del 22 dicembre 2008, rispettivamente, par. 15 e 4.

[36] V. Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/1896 (2009) del 7 dicembre 2009, par. 7.

[37] Per le diverse riunioni del gruppo multistakeholder (composto da rappresentanti dei membri dell'OCSE, di diversi Stati africani, dell'industia, della società civile e dell'ONU) v. www.oecd.org/corporate/mne/mining.htm.

rischio di supportare reti criminali e perpetratori di gravi violazioni dei diritti umani, in particolare nell'ambito delle forze armate regolari[38]. Questa seconda versione si spiega alla luce delle operazioni condotte a partire dal 2009 dalle forze armate congolesi contro gruppi ribelli che, nelle aree ricche di minerali, avevano comportato il subentro dei militari nello sfruttamento dei minerali. Nel novembre 2010 il Consiglio di sicurezza esprimeva il suo supporto nei confronti della versione ampliata delle Linee guida e chiedeva a tutti gli Stati di adottare misure appropriate per la diffusione di tali Linee e per incoraggiare gli operatori del settore ad esercitare la *due diligence*[39]. Qualche mese dopo, nel maggio 2011, il Consiglio dei ministri dell'OCSE approvava, oltre alla revisione delle Linee guida destinate alle imprese multinazionali, la *OECD Due Diligence Guidance for Responsibly Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*[40].

Le linee guida alla *due diligence* dell'ONU e dell'OCSE presentano importanti differenze. La prima riguarda il loro ambito di applicazione: mentre le Linee guida ONU sono indirizzate alla imprese che impiegano 'conflict minerals' e che operano nella giurisdizione di ciascuno degli Stati membri, la Guida OCSE si rivolge solo alle imprese costituite nel territorio degli Stati aderenti. La seconda differenza concerne la loro copertura geografica; mentre le Linee guida ONU riguardano i 'conflict minerals' provenienti dalla parte orientale della RDC e dagli altri Paesi in cui tali minerali transitano[41], quelle OCSE concernono i 'conflict minerals' provenienti da qualsiasi area affetta da conflitto o ad alto rischio[42]. La terza è legata alla copertura tematica: mentre le Linee guida ONU si prefiggono, come detto, di prevenire o mitigare il rischio di fornire supporto diretto o indiretto a gruppi armati illegali operanti nella parte orientale della RDC, a coloro che violano le sanzioni mirate imposte dal Consiglio di sicurezza, a reti criminali e perpetratori di gravi violazioni dei diritti umani nell'ambito delle forze armate nazionali, quelle

[38] V. UN Doc. S/2010/596 del 29 novembre 2010, par. 87 ss.

[39] V. Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/1952 (2010) del 29 novembre 2010, par. 7-8. Per la versione ampliata v. UN Doc. S/2011/345 del 7 giugno 2011, Annex I.

[40] La seconda edizione della Guida è reperibile in dx.doi.org/10.1787/9789264185050-en.

[41] Tali Paesi includono il Ruanda, il Burundi, l'Uganda, il Kenya, la Tanzania e il Sudan; v. UN Doc. S/2010/596, cit., par. 308, nota 20.

[42] Secondo la *OECD Due Diligence Guidance*, cit., p. 13, le zone conflittuali sono caratterizzate dall'esistenza di un conflitto armato (che può assumere varie forme), da violenze generalizzate o da altri rischi di causare danni alla popolazione. Le zone ad alto rischio sono invece caratterizzate da instabilità o repressione politica, istituzioni deboli, insicurezza, collasso delle istituzioni civili e violenze generalizzate e, ancora, da abusi sistematici dei diritti umani e da violazioni del diritto interno o internazionale.

dell'OCSE coprono anche i rischi derivanti dalla mancanza di trasparenza nelle transazioni commerciali[43]. L'ultima differenza riguarda la loro forza giuridica dato che il Comitato sulle sanzioni relativo alla RDC, nel determinare se individui o enti debbano essere destinatari di sanzioni mirate (a causa del loro sostegno ai gruppi illegali attraverso il traffico di risorse), è chiamato a esaminare se tali individui o enti abbiano applicato le procedure di *due diligence* contenute nelle Linee guida dell'ONU[44]. Pertanto queste ultime non si presentano, come invece quelle dell'OCSE, quale mero strumento di *soft law*.

La decisione del gruppo di esperti dell'ONU di adottare lo stesso approccio seguito dal gruppo multistakeholder autore della Guida approvata dall'OCSE, ovvero quello della *due diligence* basata sul rischio, spiega l'identità degli standard di comportamento previsti in questi due strumenti. Tutte le imprese che impiegano 'conflict minerals' a rischio (o la cui origine non è nota) sono chiamate a mettere in atto un processo formato da cinque tappe[45]. In primo luogo, occorre sviluppare strumenti di carattere strategico-gestionale e organizzativo[46], ovvero: a) adottare, diffondere al pubblico e comunicare chiaramente ai fornitori la politica aziendale relativa alla gestione responsabile della catena di fornitura dei minerali provenineti da zone a rischio, politica comprensiva delle norme sull'esercizio della *due diligence*; b) organizzare i propri sistemi di gestione interna necessari a supportare l'esercizio della *due diligence* applicata alla catena di fornitura: c) stabilire dei sistemi di controlli e di trasparenza sulla catena di fornitura dei minerali; d) rafforzare l'impegno dell'impresa con i fornitori, includendo nei contratti e/o accordi con i fornitori la politica aziendale relativa alla gestione responsabile della catena di fornitura; e) creare un meccanismo per la gestione dei reclami quale sistema di pre-allarme per la conoscenza dei rischi. In secondo luogo, le suddette imprese devono identificare i rischi presenti nella loro catena di fornitura e valutarli alla luce delle norme enunciate nella loro politica aziendale[47]. In terzo luogo occorre sviluppare e attuare una strategia per rispondere ai rischi identificati[48]. Pertanto le imprese devono: a) comunicare le conclusioni della valutazione dei rischi legati alla catena

[43] Più precisamente, prendono in considerazione i rischi di corruzione, falsa dichiarazione dell'origine dei minerali, riciclaggio di denaro e mancato pagamento di tasse, imposte e royalties; *ibidem*, Annex II, p. 23 ss.

[44] V. Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/1952 (2010), cit., par. 9.

[45] V. *OECD Due Diligence Guidance*, cit., Annex I, p. 17 ss.; UN Doc. S/2010/596, cit., par. 318.

[46] V. lo Step 1 degli strumenti cit. *supra*, nota precedente.

[47] *Ibidem*, Step 2.

[48] *Ibidem*, Step 3.

di fornitura ai dirigenti dell'impresa; b) sviluppare ed attuare una strategia per la gestione dei rischi, che può consistere nella continuazione dei rapporti commerciali, adottando tuttavia misure d'attenuazione dei rischi misurabili; nella sospensione temporanea dei rapporti commerciali, mettendo in atto tuttavia una strategia d'attenuazione dei rischi misurabili; o, ancora, nella cessazione delle relazioni con il fornitore, laddove i tentativi di mitigazione siano falliti o quando l'impresa reputi che tali tentativi siano non percorribili[49]; c) attuare il piano di attenuazione dei rischi, monitorare i risultati delle misure di attenuazione e fare rapporto ai dirigenti aziendali; d) procedere a delle valutazioni supplementari dei rischi per quelli che necessitano di attenuazione o allorquando la situazione cambi. In quarto luogo le suddette imprese devono far realizzare da soggetti terzi indipendenti verifiche sull'esercizio della *due diligence* applicata alla catena di fornitura attuato da imprese situate a determinati livelli della filiera[50]. Infine devono rendere conto delle loro politiche e procedure di due diligence relativa alla catena di fornitura[51], espandendo il campo delle loro pratiche sostenibili, della loro responsabilità sociale d'impresa o dei loro rapporti annuali per integrare le informazioni supplementari sulla diligenza applicata alla catena di fornitura dei minerali.

L'ultimo elemento di rilievo è costituito dal fatto che entrambe le guide forniscono ulteriori indicazioni specifiche in merito all'esercizio della *due diligence*, a seconda se l'impresa sia posizionata a monte della catena (dalle miniere alle fonderie/raffinerie) o a valle (dalle fonderie/raffinerie ai commercianti al dettaglio)[52].

[49] *Ibidem*, Step 4.

[50] *Ibidem*, Step 5.

[51] Occorre sottolineare che queste tre tipologie di reazione sono previste dalla Guida OCSE. Le Linee guida dell'ONU raccomandano la cessazione delle relazioni con i rilevanti fornitori a monte, nel caso siano stati individuati rischi di supportare, rispettivamente, gruppi armati operanti nelle aree orientali del Paese o individui e entità oggetto di sanzioni mirate. Nell'ipotesi di rischi di supportare network criminali e perpetratori di gravi abusi dei diritti umani nell'ambito delle forze armate, si raccomanda la continuazione del rapporto e la contestuale adozione di misure volte a far cessare il coinvolgimento di tali forze nell'attività mineraria e nel commercio dei minerali e, ancora, in assenza di miglioramenti nei primi sei mesi, la sospensione o la cessazione delle relazioni con il fornitore per almeno tre mesi (v. UN Doc. S/2011/345, cit., Annex I, Step 3, lett. B e F).

[52] V., per quanto concerne la Guida OCSE, il *Supplement on Tin, Tantalum and Tungsten* e il *Supplement on Gold* (*OECD Due Diligence Guidance*, cit., p. 31 ss., p. 61 ss.); e, con riferimento alle Linee guida ONU, UN Doc. S/2011/345, cit., Annex I.

5. Spunti di riflessione sul fondamento giuridico delle diverse responsabilità delle imprese per le proprie catene di fornitura alla luce delle norme internazionali sulla tutela dei diritti umani

Come è agevole osservare, i due strumenti brevemente illustrati raccomandano, sia pure in modo più analitico, quanto auspicato nella seconda parte dei Principi-guida su 'business and human rights'. Condividono tuttavia con tali Principi le medesime criticità[53], fra cui spicca la mancata spiegazione del fondamento giuridico della *due diligence*. Questa lacuna risulta grave alle luce di due considerazioni. In primo luogo la distanza esistente tra il fenomeno dei 'conflict minerals' e le imprese 'accusate' di contribuire alla continuazione del conflitto della RDC (fra cui multinazionali di marca e *retailers* occidentali al vertice della filiera[54]). In secondo luogo occorre ricordare la complessità e l'onerosità dei processi di *due diligence* relativi alle catene di fornitura globali (come quella dei 'conflict minerals'), trattandosi di filiere estremamente frammentate in cui ogni anello della catena è composto da centinaia, spesso migliaia, di attori. L'ultima parte di questo contributo offre alcuni spunti di riflessione sulla suddetta problematica, solo in parte affrontata in dottrina[55].

Nel tentare di ricostruire il regime di responsabilità delle imprese in materia di diritti umani (anche se di natura volontaria) occorre necessariamente partire dal contenuto tipico e dalla struttura formale degli obblighi previsti dalla norme internazionali aventi carattere primario. Nel settore della tutela dei diritti della persona umana è noto che gli obblighi degli Stati si distinguono in negativi e positivi[56]. I primi impongono allo Stato di astenersi dal violare i diritti umani (nel linguaggio degli organismi di monitoraggio di tali diritti essi corrispondono agli obblighi di 'ri-

[53] V. gli autori cit. *supra*, nota 34.

[54] Cfr., per tutti, S. LEZHNEV, A. HELLMUTH, *Taking Conflict Out of Consumer Gadgets. Company Rankings on Conflict Minerals*, August 2012, reperibile in www.enoughproject.org.

[55] V., in particolare, R. MARES, "Defining the Limits of Corporate Responsibilities against the Concept of Legal Positive Obligations", in *The George Washington International Law Review*, 2009, p. 1157 ss.; ID., "A Gap in the Corporate Responsibility to Respect Human Rights", in *Monash University Law Review*, 3/2010, p. 33 ss.; ID., "Responsibility to Respect: Why the Core Company Should Act When Affiliates Infringe Human Rights", in *The UN Guiding Principles*, cit., p. 169 ss.; J. BONNITCHA, R. MCCORQUODALE, *Is the Concept of "Due Diligence" in the Guiding Principles Coherent?*, January 2013, reperibile in www.ssrn.com.

[56] Sulla distinzione tra obblighi negati e positivi v., per tutti, R. PISILLO MAZZESCHI, "Responsibilité de l'État pur la violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", in *Rec. des Cours*, 2008, vol. 333, p. 175 ss., p. 224 ss.

spetto'); i secondi lo obbligano ad adottare le misure che ne favoriscono il godimento da parte degli individui tutelati (nel gergo dei diritti umani trattasi di obblighi di 'protezione')[57]. Questa distinzione si riflette sulle conseguenze derivanti dalla violazione degli obblighi: l'inadempimento dell'obbligo negativo dà vita a un fatto illecito commissivo; l'inadempimento dell'obbligo positivo dà vita invece ad un illecito omissivo[58].

Relativamente al primo tipo di obblighi e di illeciti internazionali, lo Stato può essere considerato responsabile della violazione dei diritti umani in molteplici casi, tre dei quali assumono particolare rilievo ai fini della presente indagine: qualora le violazioni siano commesse da propri agenti; nel caso in cui le violazioni siano poste in essere da privati che agiscono sulla base di istruzioni o sotto la direzione e il controllo effettivo dello Stato; nell'ipotesi in cui uno Stato aiuti o assista un'altro Stato (o un privato) nella commissione delle violazioni, essendo a conoscenza del fatto che la condotta dell'assistito costituisca un illecito internazionale[59]. Trattasi in questi casi di violazione di obblighi di risultato[60], dato

[57] Per la classificazione degli obblighi che discendono dalle norme sui diritti umani nelle tre categorie 'respect', 'protect', 'fulfill' v. il rapporto sul diritto all'alimentazione redatto da A. EIDE, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 del 7 luglio 1987.

[58] V., per tutti, Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), sentenza del 26 febbraio 2007, par. 432. La Corte afferma che il divieto di genocidio e degli altri atti individuati nell'art. III della Convenzione, tra i quali figura la complicità nel genocidio, «[…] place States under a negative obligation, the obligation not to committ the prohibited acts» mentre il dovere di prevenire tale crimine «[…] place States under positive obligations, to do their best to ensure that such acts do not occur». La distinzione tra obblighi negativi e obblighi positivi si riflette sul piano dell'illecito internazionale in quanto «[…] while complicity results from commission, violation of the obligation to prevent results from omission».

[59] V., rispettivamente, gli art. 4, 8 e 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, approvato nel 2001; Commissione di diritto internazionale, *Report on the work of its fifty-third session (23 April – 1 July and 2 July – 10 August 2001)*, UN. Doc. A/56/10, pp. 84, 103 e 155. Sulla complicità dello Stato per fatti di privati v., in particolare, E. SAVARESE, "Fatti di privati e responsabilità dello Stato tra organi di fatto e «complicità» alla luce di recenti tendenze della prassi internazionale", in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, M. SPINEDI, A. GIANELLI, M.L. ALAIMO (a cura di), Milano, 2006, p. 53 ss.

[60] La distinzione fra obblighi di risultato e obblighi di condotta (o di mezzi o *due diligence*) cui si fa riferimento è quella ripresa dal diritto civile di vari Stati. V., fra l'altro, R. PISILLO MAZZESCHI, *"Due diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989, p. 390 ss.; ID., "Responsibilité de l'État", cit., p. 282 ss.; P.-M. DUPUY, "Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility", in *European Journal of International Law*, 1999, p. 371 ss., p. 378 ss.; P. GAUTIER, "On the

che la norma primaria richiede il raggiungimento di un determinato risultato (non violare i diritti umani). Indipendentemente dal fatto se lo Stato agisca da solo (attraverso propri agenti o organi *de facto*) o di concerto con altre entità, se il suo comportamento non è conforme al risultato prescritto e non sussistono cause di esclusione dell'illecito, sorge la responsabilità internazionale e il conseguente dovere di risarcire il danno cagionato[61]. Passando alla categoria degli obblighi positivi, come affermato dagli organismi di controllo sia a livello universale che regionale, lo Stato deve assicurare l'effettivo godimento dei diritti tutelati e, quindi, proteggere gli individui non solo dalle violazioni poste in essere da propri organi ma anche da quelle degli enti privati (ovvero di terzi). Ciò implica l'adozione di appropriate misure volte a prevenire e reprimere le violazioni commesse da tali entità[62]. Per quel che concerne l'obbligo di pre-

Classification of Obligations in International Law", in *Coexistence, Cooperation and Solidariety. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, H.P. HESTERMEYER *et al.* (eds.), Leiden, 2011, vol. I, p. 853 ss., p. 856 ss. Tale distinzione è stata utilizzata dalla Corte internazionale di giustizia, fra l'altro, nella sentenza relativa all'applicazione della Convenzione sul genocidio (v. *infra*, nota 64).

[61] Il regime di responsabilità da violazione di obblighi di risultato è pertanto quello di responsabilità oggettiva relativa.

[62] V., ad esempio, Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant* del 26 maggio 2004, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 8 («[...] positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights [...] There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rghts [...] would give rise to violation by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities»); Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, *General Recommendation No. 19: Violence Against Women*, U.N. Doc. A/47/38 del 29 gennaio 1992, par. 9 («Under general international law and specific human rights covenants, State may be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation»); Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2)*, UN Doc. E/C.12/GC/20 del 10 giugno 2009, par. 7 ss. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di obblighi positivi, particolarmente ricca, è impossibile da esaminare in questa sede; per un commento v., fra l'altro, B. CONFORTI, "Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: The Case-Law of The European Court of Human Rights", in *Italian Yearbook of International Law*, 2003, p. 3 ss.; A.R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Portland, 2004; J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, January 2007; R. PISILLO

venzione, esso richiede (tra l'altro) l'adozione di misure d'ordine pratico volte a proteggere gli individui i cui diritti umani siano a rischio per effetto della condotta di altri individui[63]. Si tratta in questo caso di un obbligo di condotta (o di *due diligence*), in quanto – essendo il risultato voluto dalla norma fortemente aleatorio – allo Stato viene richiesto non di 'riuscire' ma di 'sforzarsi'[64]. Ne consegue che la sua violazione è ravvisabile nel mancato utilizzo di quel ragionevole grado di diligenza nell'attuare misure operative volte a prevenire violazioni da parte di terzi[65]. Pertanto in questo caso non vi è alcuna attribuzione del fatto del privato allo Stato, rispondendo quest'ultimo della sua personale condotta illecita omissiva.

MAZZESCHI, "Responsibilité de l'État", cit., p. 394 ss.; D. XENOX, *The Positive Obligations of State under the European Convention of Human Rights*, London, 2012. Per le pronunce degli organismi di controllo di altri sistemi regionali sui diritti umani v., per tutti, T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di diritto internazionale. Parte III. La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2013, p. 135 ss.

[63] V., ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Osman v. United Kindom*, ricorso n. 23452/94, sentenza del 28 ottobre 1998, par. 115 («[...] Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual»). Oltre all'obbligo di prevenzione in senso stretto, secondo parte della dottrina la norma primaria qui esaminata prevede anche un obbligo di risultato, ossia quello di adottare un quadro giuridico, amministrativo e giurisdizionale volto a dissuadere la condotta illecita del privato; v., per tutti, R. PISILLO MAZZESCHI, "Responsibilité de l'État", cit., p. 311 ss.

[64] Sulla qualifica dell'obbligo di prevenzione come obbligo di condotta v., (oltre alle pronunce degli organismi di controllo cit. *supra*, nota precedente) il commentario dell'art. 14, par. 3 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, relativo all'estensione nel tempo della violazione dell'obbligo di prevenire un certo evento, secondo cui «Obligations of prevention are usually contrued as best efforts obligations, requiring States to take all reasonable or necessary measures to prevent a given event from occuring, but without warranting that the event will not occur» (Commissione di diritto internazionale, *Report on the work of its fifty-third session*, cit., p. 145). Per la medesima qualifica v. Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention*, cit., par. 430 (secondo cui l'obbligo di prevenire il genocidio «[...] is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible. A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide. In this area the notion of "due diligence" […] is of critical importance»). In dottrina v., per tutti, R. PISILLO MAZZESCHI, *"Due diligence"*, cit., *passim*.

[65] Nel regime di responsabiltà da violazione di obblighi di diligenza è il ricorrente a dover provare, oltre all'attribuzione della condotta omissiva allo Stato, la difformità di tale condotta da quanto richiesto dallo standard di *due diligence*.

Orbene, posto che da ciascuna norma primaria derivano le medesime categorie di obblighi, la distinzione fra obblighi di risultato e obblighi di diligenza e fra le corrispondenti forme di responsabilità acquista un ruolo cruciale nella ricostruzione di una teoria sulla RSI.

Come detto in precedenza, il Principio 13 su 'business and human rights' prevede due categorie di condotte dovute. La prima consiste nel non violare i diritti umani, ovvero nell''evitare' di causare o contribuire a causare impatti negativi attraverso le proprie attività[66]. Non solo a nostro avviso, si tratta di obblighi di risultato[67], dato che all'impresa viene richiesto di realizzare un risultato non particolarmente difficile da garantire poiché dipende dal proprio operato. Ne consegue che se il risultato non viene raggiunto, malgrado l'impiego di processi volti a identificare, gestire e monitorare possibili impatti negativi, insorge la responsabilità dell'impresa. Ciò trova conferma nel Principio 22, secondo cui le imprese che hanno causato o contribuito a causare impatti negativi non possono far altro che risarcire il danno. Il secondo dovere sancito dal Principio 13 è invece quello di 'cercare' di prevenire o mitigare un impatto negativo causato da un terzo quando, pur non avendo contribuito a provocarlo, l'impatto è tuttavia direttamente collegato all'attività dell'impresa, ai suoi prodotti o servizi in virtù di un rapporto commerciale. In questo caso si tratta di un obbligo di condotta, dato che all'impresa non viene richiesto di garantire in modo assoluto il risultato voluto dalla norma (in quanto fortemente aleatorio) ma di tenere un comportamento diligente a tal fine[68]. Pertanto la forma di responsabilità è quella da violazione di obbligo di condotta. Ciò trova conferma, in primo luogo, nel commento al Principio 19, secondo cui quando l'impresa non ha contribuito a un impatto negativo ma questo è direttamente collegato alle sue relazioni d'affari, i fattori di cui tenere conto nella determinazione di un intervento adeguato sono diversi, tra cui l'influenza dell'impresa nei confronti dell'entità in questione, l'importanza del rapporto d'affari per l'impresa

[66] A questo riguardo acquistano rilievo i tre criteri di attribuzione allo Stato dell'illecito internazionale più sopra considerati. Indipendentemente dalla struttura dell'impresa, è agevole osservare come in questa categoria rientri, tra l'altro, l'ipotesi di un'impresa che effettui variazioni all'ultimo minuto nell'entità o nella composizione degli ordini d'acquisto, inducendo così i fornitori a violare i diritti lavorativi dei propri impiegati.

[67] Nello stesso senso J. BONNITCHA, R. MCCORQUODALE, *op. cit.*, p. 12 ss.

[68] Come detto in precedenza, all'impresa viene richiesto di esercitare la propria influenza per indurre l'entità che causa l'impatto negativo a prevenirlo o mitigarlo (laddove l'impresa abbia la capacità di modificare le pratiche illecite di tale entità); di rafforzare tale influenza (qualora non abbia alcuna autorità su tale entità ma strumenti in grado di svilupparla) o, infine, di cessare il rapporto d'affari (qualora non abbia alcuna influenza né gli strumenti in grado di svilupparla).

stessa e la gravità dell'abuso; si fa pertanto riferimento proprio a quei fattori oggettivi di variabilità della diligenza che caratterizzano la responsabilità da violazione di obblighi di condotta e il cui accertamento dipende dalle circostanze proprie di ciascun caso di specie[69]. Ulteriore conferma si trova nel commento al Principio 22, secondo cui laddove si siano verificati impatti negativi non causati dall'impresa o ai quali questa non vi abbia contribuito, ma che risultano direttamente collegati con le sue attività, prodotti o servizi in ragione di un rapporto d'affari, la responsabilità in materia di diritti umani non richiede all'impresa di risarcire il danno. Come già detto, in questo caso non è l'impatto negativo del terzo ad essere attribuito all'impresa, ma piuttosto la sua negligenza nel 'trattamento' di tale impatto.

In conclusione, l'approfondimento della *due diligence* quale standard di comportamento richiesto per dare esecuzione all'obbligo di proteggere i diritti umani risulta di assoluto rilievo per chiarire la responsabilità dell'impresa rispetto all'impatto negativo causato dagli attori che compongono la sua filiera produttiva, qualora l'impresa non abbia contribuito a tale impatto[70]. Questa esigenza è resa ancora più stringente dalla circostanza che nel caso particolare dei 'conflict minerals' gli standard internazionali sviluppati nel quadro dell'ONU e dell'OCSE sono stati recepiti da diverse legislazioni nazionali e da svariati codici di condotta di difficile comprensione per le imprese[71].

[69] V., per tuti, R. PISILLO MAZZESCHI, *"Due diligence"*, cit., p. 261 ss.; Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention*, cit., par. 430 («[...] the notion of "due diligence", which calls for an assessment *in concreto*, is of critical importance»).

[70] In questo caso la responsabilità è collegata al fatto che un componente del proprio processo produttivo (materia prima o semilavorato) provenga da una particolare area geografica dove si utilizzano pratiche non conformi alla tutela dei diritti umani, proprio come nel caso di materie prime provenienti da zone conflittuali.

[71] V. la sezione 1502 della legge statunitense *Dodd-Frank Wall Street Reform And Consumer Protection Act*, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010); la *LBMA Responsible Gold Guidance*, adottata nel 2012 dalla London Bullion Market Association (repreribile in www.lbma.org.uk); la *Conflict Minerals Due Diligence Guidance*, adottata nel 2013 dalla IPC (Association Connecting Eletronics Industries, reperibile in www.ipc.org); il *Conflict-Free Gold Standard*, adottato nel 2012 dal World Gold Council (reperibile in www.gold.org); la *Chain-of-Custody (CoC) Standards Guidance*, adottata nel 2012 dal Responsible Jewellery Council (reperibile in www.responsiblejewellery.com); il *Conflict-Free Smelter Program*, sviluppato dalla EICC (Electronic Industry Citizenship Coalition) insieme alla GeSI (Global e-Sustainability Initiative), reperibile in www.conflictfreesmelter.org. Ulteriori progetti di legge e codici di condotta sono reperibili in www.srz.com/Conflict_Minerals_Resource_Center.

PROTEZIONE DELLE CONOSCENZE TRADIZIONALI DALLA BIOPIRATERIA: QUALI PROSPETTIVE DOPO L'ADOZIONE DEL PROTOCOLLO DI NAGOYA?

Flavia ZORZI GIUSTINIANI*

SOMMARIO: 1. La tutela delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche: da Rio a Nagoya. – 2. Il Protocollo di Nagoya. La protezione accordata alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche. – 3. *Segue*: L'ambito di applicazione *ratione temporis*. – 4. *Segue*: Le misure di controllo sul rispetto degli obblighi discendenti dal Protocollo. – 5. Osservazioni conclusive. – 6. *Segue*: L'attuazione del Protocollo in Svizzera e nell'Unione europea.

1. La tutela delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche: da Rio a Nagoya

Il presente contributo intende esaminare quali tutele siano attualmente predisposte nel contesto della Convenzione di Rio sulla Biodiversità (CBD) a protezione delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche avverso la biopirateria. La tematica ha una rilevanza globale, posto che le risorse genetiche si trovano in molti casi in Paesi in via di sviluppo (PVS) mentre il loro utilizzo avviene soprattutto nei Paesi industrializzati. Come si vedrà, il quadro giuridico vigente è stato recentemente modificato mediante l'adozione di un nuovo strumento, che va ad integrare la CBD: il 'Protocollo di Nagoya sull'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione, annesso all'Accordo sulla diversità biologica' (di seguito Protocollo di Nagoya).

Con il termine biopirateria si intende generalmente indicare l'appropriazione indebita da parte di soggetti stranieri di conoscenze tradizionali o indigene circa le proprietà (mediche, farmaceutiche ecc.) di un determinato materiale biologico per poi brevettarle e commercializzarle[1].

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università Telematica Internazionale 'Uninettuno'.

[1] In alcuni casi il termine biopirateria è utilizzato per rigettare l'idea stessa di diritti di privativa su ciò che esiste in natura. Si noti però che non esiste una definizione univoca del termine. Secondo il Parlamento europeo, ad esempio, la biopirateria comprende-

In altri termini l'appropriazione concerne particolari modalità di sfruttamento delle risorse genetiche che sono state sviluppate dalle comunità locali e indigene e che fanno parte del patrimonio collettivo di siffatte comunità[2]. Diverso è il caso del mero prelievo non autorizzato di materiale biologico, che è stato efficacemente definito biorazzia[3].

Per lungo tempo entrambe le forme di spoliazione delle comunità indigene erano sostanzialmente ammesse dal diritto internazionale, che concepiva le risorse genetiche, e più in generale le risorse naturali, come 'patrimonio comune dell'umanità'.

Un radicale e repentino mutamento di prospettiva si è verificato alla metà degli anni '80, allorché, su sollecitazione dei PVS più ricchi in biodiversità, che avanzavano pretese sovrane sulle proprie risorse genetiche, la dottrina del patrimonio comune è stata messa in discussione e poi definitivamente superata. Tale mutamento è stato formalmente ratificato nella Convenzione sulla diversità biologica, adottata a Rio nel 1992. La biodiversità è qui concepita come una mera preoccupazione comune dell'umanità (*common concern of humanity*), che tutti gli Stati devono impegnarsi a tutelare[4]. A questa affermazione enfatica, confinata nel preambolo, si accompagna, nel testo dell'articolato, una disciplina che mette l'accento primariamente sul principio di sovranità.

Così avviene, per quanto qui ci concerne, in tema di accesso alle ri-

rebbe tutti i casi di *misappropriation* delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche e delle stesse risorse genetiche (cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013 sugli aspetti relativi allo sviluppo dei diritti di proprietà intellettuale sulle risorse genetiche: impatto sulla riduzione della povertà nei Paesi in via di sviluppo, Preambolo lett. E).

[2] Un caso celebre di biopirateria riguarda la pianta della curcuma. Utilizzata per secoli in India per curare ferite e reazioni orticaroidi, tale pianta fu brevettata a metà anni '90 dal Centro medico dell'Università del Mississippi per uso curativo in medicina. Venuto a conoscenza della vicenda, il Consiglio indiano per la ricerca scientifica e industriale fece ricorso e riuscì a dimostrare, con l'ausilio di uno studio pubblicato sul *Journal of the Indian Medical Association* e di un antico testo sanscrito, che la curcuma era usata da migliaia di anni per curare ferite ed orticarie. Il brevetto fu quindi revocato. Sulla vicenda v. K. MAHAMUNI, "TRIPS and Developing Countries: The Impact on Plant Varieties and Traditional Knowledge", in *International Trade Law Review*, 6/2006, p. 134 ss.

[3] *Sic* S. VEZZANI, "Normative brevettuali e accesso alle risorse biologiche e genetiche: ripartizione giusta ed equa dei vantaggi o 'biorazzia'", in *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario. Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, N. Boschiero (a cura di), Torino, 2006, pp. 261-281.

[4] V. il terzo considerando preambolare della Convenzione. In merito alla differenza tra 'common heritage of mankind' e 'common concern of humankind' Scovazzi osserva che «[t]he former emphasizes the assumption that there are profits to share, while the latter recalls the burdens that will be borne» (T. SCOVAZZI, "Biodiversity in the Deep Seabed", in *Yearbook of International Environmental Law*, 1996, p. 486).

sorse genetiche. L'art. 15, dopo aver ribadito il principio di sovranità statale su tali risorse[5], riconosce agli Stati il potere di disciplinare l'accesso in base alla propria legislazione nazionale. Pur non dovendo essere limitato per fini contrari agli obiettivi della Convenzione, l'accesso è soggetto al previo consenso in conoscenza di causa dello Stato fornitore[6], al quale sarà garantita, secondo modalità mutualmente convenute (*mutually agreed terms* – MAT), una giusta ed equa condivisione dei vantaggi derivanti dallo sfruttamento delle risorse in questione. La condivisione dei benefici costituisce peraltro uno dei tre obiettivi della Convenzione, unitamente alla conservazione e all'uso sostenibile della diversità biologica[7].

La Convenzione riconosce poi l'importanza della tutela delle conoscenze tradizionali delle comunità indigene e locali nelle politiche nazionali di mantenimento e conservazione della diversità biologica e nella gestione delle risorse genetiche[8]. A tale riconoscimento non fa però seguito una disciplina chiara e stringente capace di garantirne una protezione effettiva. L'unica disposizione in materia, l'art. 8, lettera j), si limita ad invitare gli Stati parti a rispettare, «[…] tenendo conto della propria legislazione nazionale», le conoscenze tradizionali delle comunità autoctone e locali che siano importanti per la conservazione e l'utilizzazione durevole della diversità biologica, e a incoraggiare la ripartizione equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione di tali conoscenze, innovazioni e pratiche[9].

[5] Tali risorse sono infatti considerate di proprietà dello Stato: «Recognizing the sovereign rights of States over *their* natural resources» (art. 15, par. 1, corsivo nostro).

[6] Ciò «[…] unless otherwise determined by that Party» (art. 15, par. 5).

[7] Cfr. art. 1, CBD.

[8] Il nesso tra tutela delle conoscenze tradizionali e protezione della biodiversità è assai forte. Come è stato osservato, infatti, «[…] well over 70 per cent [sic] of global biological or genetic resources are located in indigenous and local communities across the globe. These communities are the centres of global biodiversity. Analysts find a correlation between biological diversity and cultural diversity. Hence, centres of biological diversity are also centres of cultural and epistemic diversity. For many indigenous and local communities, dealings with biological resources constitute a fundamental reality of their lived experience» (C. OGUAMANAM, "Genetic Resources and Access and Benefit Sharing: Politics, Prospects and Opportunities for Canada after Nagoya", in *Journal of Environmental Law and Practice*, 2011, pp. 89-90).

[9] Secondo un'opinione un po' troppo ottimistica, l'inciso 'subject to its national legislation' sarebbe stato introdotto essenzialmente «[…] in order to protect the existing relationships between some States and their indigenous populations, and should not be interpreted as affording each Contracting Party discretion as whether or not to implement the provision» (M.I. JEFFERY, "Bioprospecting: Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing under the Convention on Biodiversity and the Bonn Guidelines", in *Singapore Journal of International and Comparative Law*, 2002, p. 782. Più

Alla formulazione poco vincolante, che caratterizza peraltro l'intero testo convenzionale[10], si aggiunga che l'art. 8 (j), come pure l'art. 15 – le due disposizioni chiave in materia di accesso alle risorse genetiche e condivisione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione (*access to genetic resources and benefit-sharing*, ABS) – ha sofferto di una scarsa attuazione[11]. In assenza di una disciplina internazionale che detti obblighi precisi e incondizionati, gli Stati hanno infatti proceduto in ordine sparso. Ad oggi, sono ancora poche le Parti che hanno provveduto a dotarsi di un regime efficace in materia di ABS o di singoli provvedimenti *ad hoc*. Quanto, poi, ai Paesi industrializzati che aderiscono al sistema di Rio, questi hanno dimostrato una certa riluttanza ad adottare misure adeguate a garantire la ripartizione dei benefici di cui godono i ricercatori e le imprese sotto la loro giurisdizione. Di conseguenza, alcuni Paesi fornitori hanno istituito condizioni sempre più restrittive per l'accesso alle risorse genetiche e alle conoscenze tradizionali associate.

Un piccolo passo avanti era stato invero realizzato nel 2002, allorché la Sesta Conferenza degli Stati Parti ha adottato le Linee Guida di Bonn sull'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa condivisione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione[12]. Destinate sia ai fornitori che agli utilizzatori delle risorse genetiche, queste raccomandazioni intendevano fungere da guida nell'esecuzione delle norme della CBD sull'ABS, fornendo all'uopo anche una lista indicativa di clausole da includere nei contratti da stipularsi tra le parti (i c.d. MAT) nonché di benefici monetari e non monetari.

Tali linee guida hanno costituito un ausilio concreto, seppur limitato, agli Stati e agli altri attori coinvolti nell'elaborazione di strategie e

condivisibile appare invero l'opinione di chi ritiene che «[…] without national legislation to implement the article, this is merely an expression of goodwill» (cfr. G. AGUILAR, "Access to Genetic Resources and Protection of Traditional Knowledge in Indigenous Territories", in *Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*, C. BELLMANN *et al.* (eds.), London, 2003, p. 176).

[10] La Convenzione di Rio è infatti considerata una convenzione-quadro, ossia un trattato in cui si fissano soltanto i principi generali di un determinato settore, da specificarsi poi in successivi accordi. Sulla nozione di convenzione-quadro ed il suo utilizzo nel diritto internazionale dell'ambiente si rinvia a N. MATZ-LÜCK, "Framework Conventions as a Regulatory Tool", in *Goettingen Journal ofInternational Law*, 2009, p. 439 ss.

[11] Al 2007, soltanto trentanove delle centottantanove Parti contraenti si erano dotate di una disciplina in materia o erano in procinto di adottarla (cfr. Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing, *Overview of Recent Developments at National and Regional Levels Relating to Access and Benefit-sharing. Note by the Executive Secretary*, UNEP/CBD/WGABS/5/4, 30 agosto 2007, p. 3).

[12] 'Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization', adottate dalla Conferenza delle Parti della CBD nel 2002 (cfr. COP 6 Decision VI/24).

procedure efficaci. Fin da subito, però, apparve evidente che l'approccio volontaristico che le contraddistingueva non sarebbe stato idoneo a garantire un'attuazione completa e sufficientemente diffusa delle disposizioni ABS della Convenzione. Le Linee Guida peraltro sono state criticate sia per il mancato riconoscimento del ruolo peculiare delle comunità indigene, sia per il loro focus pressoché esclusivo sulla fase dell'accesso, a discapito della fase altrettanto cruciale dell'utilizzo delle risorse e delle relative conoscenze tradizionali associate[13].

Nel settembre dello stesso anno, pertanto, i capi di Stato e di governo riuniti al Vertice mondiale sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg hanno proclamato la necessità di negoziare un «regime internazionale volto a promuovere e tutelare una giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche» nel quadro della CBD[14]. Due anni più tardi i Paesi aderenti alla CBD, riunitisi a Kuala Lumpur (Malaysia) per la settima Conferenza delle Parti, recepivano l'invito incaricando un gruppo di lavoro *ad hoc* (l'*Open-ended Ad Hoc Working Group on ABS*) di elaborare un siffatto regime[15].

Nell'ottobre 2010, dopo oltre sei anni di negoziati, il risultato di tali lavori è stato presentato e approvato nella città giapponese di Nagoya. L'accordo sulla versione definitiva del testo, sopraggiunto a poche ore dalla scadenza del mandato per l'adozione del Protocollo, è stato reso possibile grazie al ruolo svolto dalla presidenza giapponese, che *in extremis* ha presentato un testo di compromesso[16]. Come si vedrà tale testo, frutto di un negoziato segreto tra Unione europea e Brasile e poi discusso

[13] Cfr. K. ROGALLA VON BIEBERSTEIN, K. KOUTOUKI, *The Nagoya Protocol: Status of Indigenous and Local Communities*, Legal Aspects of Sustainable Natural Resources. Legal Working Paper Series, 2011, p. 10.

[14] UN World Summit on Sustainable Development, Plan of Implementation, 4 settembre 2002, par. 42, lettera o).

[15] In quell'occasione la Conferenza degli Stati parti decise infatti «[…] to mandate the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing with the collaboration of the Ad Hoc Open ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and Related Provisions, ensuring the participation of indigenous and local communities, non-Governmental organizations, industry and scientific and academic institutions, as well as inter Governmental organizations, to elaborate and negotiate an international regime on access to genetic resources and benefit-sharing with the aim of adopting an instrument\instruments to effectively implement the provisions in Article 15 and Article 8(j) of the Convention and the three objectives of the Convention» (COP 7, Decision VII/19, Kuala Lumpur, 9-20 febbraio 2004, par. 1).

[16] V. Draft decision submitted by the President of the Conference of the Parties on 'Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization' (UNEP/CBD/ COP/10/L.43/ Rev.1, 29 October 2010). Finora il Protocollo è stato firmato da 92 Parti e ratificato da 26. Il Protocollo entrerà in vigore il 90° giorno a decorrere dalla data di deposito del 50° strumento di ratifica.

a porte chiuse da un gruppo ristretto di delegati, sconta però parecchie ambiguità e sorvola su alcuni punti che pure avevano infiammato i negoziati[17].

2. Il Protocollo di Nagoya. La protezione accordata alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche

Nel quadro del Protocollo le conoscenze tradizionali associate sono oggetto di una disciplina distinta rispetto a quella prevista per le risorse genetiche.

In via preliminare, va sottolineato come il Protocollo non definisca le nozioni di 'comunità indigene e locali' e di 'conoscenze tradizionali associate', che pure sono essenziali al fine di determinare l'ambito di applicazione della relativa disciplina. Tali ambiguità, se lette alla luce dei ripetuti riferimenti agli ordinamenti interni dei Paesi di origine, finiscono con l'attribuire a questi ultimi sensibili margini di manovra nel definire in concreto i limiti soggettivi e oggettivi di applicazione.

L'espressione comunità indigene e locali, come è noto, è impiegata dalla CBD e da diversi altri strumenti internazionali. Già discutibile all'epoca di Rio, tale diade accomuna due realtà affatto diverse. Le comunità indigene, nella più comune accezione di popoli indigeni, si sono visti riconoscere nel tempo una serie di diritti nell'ambito dell'ordinamento internazionale, *in primis* sul proprio patrimonio culturale di conoscenze e tradizioni[18]; le comunità locali restano invece un concetto

[17] Cfr. G.S. NIJAR, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: an Analysis*, Ceblaw Brief, gennaio 2011,p. 3. Nijar é stato il coordinatore del *Like-minded Asia Pacific group* durante i negoziati.

[18] Tali diritti hanno trovato riconoscimento, in particolare, nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni: «Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and GRs, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions» (cfr. Assemblea generale delle Nazioni Unite, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc. A/61/295 del 13 settembre 2007, art. 31.1). Sulla Dichiarazione in discorso si vedano, tra gli altri: A. DI BLASE, "I diritti di proprietà intellettuale applicabili alla cultura indigena e tradizionale", in *Comunicazioni e studi*, 2007, p. 511 ss., p. 537 ss.; V. PRASAD, "The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: An Approach to Addressing the Unique Needs of Varying Populations", in *Chicago Journal of International Law*, 2008, vol. 9, p. 297 ss., pp. 314-15; S. WIESSNER, "Indigenous

che assume rilievo solo sul piano del diritto interno. Ciononostante, le proposte volte a riconoscere il particolare status dei popoli indigeni nell'ambito del Protocollo si sono risolte in un nulla di fatto a causa della forte opposizione di vari PVS e del Canada. Nel testo finale vi è dunque soltanto un timido accenno alla Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni nella parte preambolare[19].

Quanto alle conoscenze tradizionali, nel testo non vi è praticamente traccia del problema, lungamente discusso durante il negoziato, della protezione da accordarsi alle conoscenze che sono 'publicly available'. Secondo i PVS siffatte conoscenze non dovrebbero essere liberamente accessibili, mentre i Paesi industrializzati, richiamandosi alla nozione di 'public domain', hanno strenuamente difeso l'opinione contraria[20]. Questa diversità di vedute ha fatto sì che il Protocollo si limiti a prendere atto, nel preambolo, della diversità di circostanze nelle quali le conoscenze tradizionali sono detenute e conservate dalle comunità indigene e locali.

Le previsioni in materia di conoscenze tradizionali sono contenute negli articoli 5 e 7 del Protocollo, che disciplinano rispettivamento la giusta ed equa condivisione dei benefici e l'accesso alle conoscenze tradizionali associate. L'art. 5 dispone in via generale che i benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche e dalla loro successiva applicazione e commercializzazione siano condivisi in modo giusto ed equo con la Parte che ha messo a disposizione tali risorse, sulla base di termini reciprocamente concordati. Per ciò che concerne, in particolare, i benefici discendenti dall'utilizzazione di conoscenze tradizionali associate, il comma 5 impone agli Stati parti di adottare le misure legislative, amministrative o di carattere politico, «as appropriate», affinché i suddetti benefici siano condivisi in maniera giusta ed equa con le comunità indigene e locali che detengono tali conoscenze. Anche in questo caso, si ribadisce che la condivisione dovrà avvenire sulla base di MAT.

Sovereignty: A Reassessment in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, p. 1141 ss., p. 1165 e nota 153.

[19] Il suddetto riferimento, proposto su sollecitazione delle comunità indigene (cfr. WGABS-8 del 2009) per essere inserito nell'art. 1, venne da questo espunto soltanto negli ultimi giorni del negoziato.

[20] I PVS, su impulso della Cina e dell'India, prospettavano due diversi scenari: 1) le conoscenze non sono state acquisite direttamente dalle comunità; 2) non è possibile identificare uno specifico proprietario perché le conoscenze sono state tramandate di generazione in generazione. La soluzione proposta consisteva nell'imporre alle Parti di adottare misure volte a realizzare una ripartizione dei benefici tra gli utilizzatori e le comunità detentrici (nel primo caso) o il Paese di origine (nel secondo). Cfr. G.S. NIJAR, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources*, cit., p. 28.

Benché la disposizione citata sia espressa in termini obbligatori, la sua cogenza è in parte attenuata dall'inciso 'as appropriate', il cui significato non è del tutto chiaro. I lavori preparatori non offrono indicazioni utili al riguardo, posto che la suddetta clausola, inserita in una fase avanzata dei negoziati, non era stata oggetto di dibattito[21]. L'interpretazione più plausibile, a pena di svuotare di contenuto normativo l'intera disposizione, sembra tuttavia nel senso di concedere agli Stati libertà di scelta soltanto in merito al tipo di misure adottare.

Quanto poi all'accesso alle conoscenze tradizionali, l'art. 7 dispone che «[…] in armonia con la legislazione nazionale», ogni Parte «[…] è tenuta ad adottare misure, secondo quanto opportuno, allo scopo di garantire che alle conoscenze tradizionali associate venga dato accesso con il consenso informato preventivo o con l'approvazione e la partecipazione delle comunità indigene e locali che detengono tali conoscenze, e che siano stabiliti dei termini reciprocamente concordati». Tale articolo ha il pregio di estendere ai Paesi utilizzatori l'obbligo di adoperarsi affinché l'accesso avvenga con il pieno coinvolgimento delle comunità interessate. La clausola iniziale esprime inoltre un certo mutamento d'approccio rispetto all'art. 8 (j) della CBD, il cui inciso 'subject to internal law' esprimeva chiaramente un vincolo di subordinazione nei confronti del diritto interno in tema di procedure di accesso. Il perdurante richiamo all'ordinamento interno riflette comunque la richiesta, avanzata da diverse delegazioni nel corso dei negoziati, di mantenere un certo ruolo per lo Stato in tali procedure, anche al fine di coadiuvare le comunità più inesperte[22]. A fronte di tale innovazione, il successivo riferimento a due modalità alternative di espressione del consenso, che verosimilmente dovrebbero differire tra loro, appare tuttavia infelice e rischia di dilatare eccessivamente il già ampio margine di discrezionalità concesso agli Stati parti[23].

[21] International Union for the Conservation of Nature, *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*, IUCN Environmental Policy and Law Paper n. 083, 2012, p. 90.

[22] K. BAVIKATTE, D.F. ROBINSON, "Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing", in *Law, Environment and Development Journal*, 2011, p. 35 ss., p. 45.

[23] Secondo Buck e Hamilton la differenza tra le due espressioni consisterebbe proprio «[…] in the flexibility of States to interact with holders of traditional knowledge.The wording 'prior informed consent' suggests a more formal statement of knowledge holders to document their agreement, whereas 'approval and involvement' also includes the direct participation of knowledge holders in government decision making on access» (M. BUCK, C. HAMILTON, "The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their

Alcune disposizioni di vario genere sono poi enunciate all'art. 12, rubricato *Conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche*, che nell'intenzione iniziale avrebbe dovuto racchiudere tutte le previsioni sul tema. A seguito della decisione, intervenuta quasi al termine del processo negoziale, di affrontare in modo trasversale le questioni connesse alle conoscenze tradizionali, l'intitolazione si è però rivelata fuorviante. La norma contiene infatti disposizioni di secondaria importanza, concernenti essenzialmente la cooperazione con le comunità indigene e locali e il rilievo da accordarsi alle leggi consuetudinarie e ai protocolli delle stesse comunità. L'unica eccezione è costituita dal secondo comma, che impone alle Parti di stabilire meccanismi atti ad informare i potenziali utilizzatori delle conoscenze associate in merito ai loro obblighi[24].

3. Segue: *L'ambito di applicazione* ratione temporis

L'art. 3 del Protocollo prevede che il Protocollo si applicherà alle risorse genetiche nell'ambito dei contenuti dell'art. 15 CBD e ai benefici derivanti dall'utilizzo di tali risorse, nonché alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche nell'ambito dei contenuti della CBD e ai conseguenti benefici.

Questa disposizione si è rivelata uno dei punti più controversi durante il processo negoziale. I PVS premevano affinché il Protocollo si applicasse anche alle collezioni di risorse genetiche, e quindi più in generale al materiale genetico rispetto al quale era stato effettuato l'accesso prima dell'adozione del Protocollo e financo della CBD. I Paesi industrializzati, e in particolare i membri della UE, erano invece contrari ad una siffatta estensione, invocando tra l'altro l'esigenza di evitare problemi di incertezza giuridica[25].

La formulazione finale, evidente frutto di un compromesso tra le

Utilization to the Convention on Biological Diversity", in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2011, p. 47 ss., p. 55).

[24] Cfr. art. 12 par. 2.

[25] E.C. KAMAU, B. FEDDER, G. WINTER, "The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is New and What Are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community?", in *Law, Environment and Development Journal*, 2010, p. 246 ss.; K. SWIDERSKA, *What Happened at Nagoya?*, International Institute for Environment and Development, novembre 2010, (in www.iied.org/natural-resources/key-issues/biodiversity-and-conservation/whathappened-nagoya); G.S. NIJAR, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources*, cit.

due posizioni, non è priva di ambiguità. Se da una parte il riferimento al campo di applicazione della CBD esclude *tout court* le acquisizioni di materiale genetico e conoscenze tradizionali associate avvenute in epoca precedente a Rio, non altrettanto chiaro è se debbano escludersi anche le risorse genetiche e le relative conoscenze acquisite nel periodo compreso tra l'entrata in vigore della CBD e quella del Protocollo. L'interpretazione più restrittiva, come vedremo, è stata adottata dalla Svizzera e dall'Unione europea in fase di recepimento del trattato.

Da più parti si è però evidenziato che, pur in aderenza al principio generale di irretroattività dei trattati, il Protocollo in alcuni casi dovrebbe applicarsi anche a situazioni sorte prima della sua vigenza. A norma dell'art. 5 c. 1, infatti, l'obbligo di giusta ed equa condivisione ha ad oggetto non soltanto i benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche ma anche le successive applicazioni e commercializzazione. Di conseguenza, i nuovi benefici e le utilizzazioni avvenute dopo l'entrata in vigore del Protocollo sarebbero soggetti all'obbligo dell'equa condivisione[26]. Tale interpretazione non contrasterebbe con l'art. 28 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che pure in via generale esclude la vincolatività di un trattato rispetto ad atti o fatti anteriori alla sua entrata vigore o a situazioni che hanno cessato di esistere a tale data. I nuovi benefici scaturenti da utilizzazioni precedenti alla vigenza del Protocollo potrebbero infatti agevolmente considerarsi nuovi atti o nuove situazioni[27].

Va aggiunto, peraltro, che nei casi di risorse acquisite prima dell'entrata in vigore del Protocollo le problematiche succitate potrebbero essere risolte dal Meccanismo multilaterale di condivisione dei benefici a livello globale, la cui creazione è contemplata dall'art. 10. Tale meccanismo è stato concepito proprio per far fronte alle difficoltà pratiche di realizzare una condivisione dei benefici derivanti dall'utilizzo di risorse genetiche e conoscenze tradizionali associate «[…] che si verifi-

[26] Appare rilevante evidenziare, in questo contesto, che il Protocollo distingue nettamente tra l'accesso e l'equa condivisione dei benefici, mentre nella CBD diverse disposizioni sembrano viceversa associare i due concetti (v. ad. es. l'art. 15). Secondo Nijar, «[t]he only useful value of this delink [between access and benefit-sharing] is to solve cases of temporal scope. Where a resource has been accessed a long time ago, in any event before the entry into force of the Protocol, then as access is not possible, the benefits – at least for new and continuing uses (see earlier discussion) – must still be shared. This is the only reason the provision in the Protocol relating to benefit sharing has been crafted to deal with utilisation and not access» (G.S. NIJAR, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources*, cit., p. 28).

[27] E.C. KAMAU, B. FEDDER, G. WINTER, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*, cit., p. 255; Union for Ethical BioTrade, *Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing – Technical Brief*, 2010, p. 3.

cano in situazioni transfrontaliere o per le quali non è possibile concedere od ottenere un consenso informato preventivo»[28]. Poiché l'art. 10 non provvede a istituirlo ma si limita a contenere un obbligo procedurale al riguardo, spetterà agli Stati Parti, dopo l'entrata in vigore del Protocollo, valutarne la necessità e, se del caso, le modalità di funzionamento[29]. Non è detto però che i Paesi d'origine dimostrino interesse verso un meccanismo che prevede la destinazione dei benefici alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi componenti a livello mondiale[30].

4. Segue: *Le misure di controllo sul rispetto degli obblighi discendenti dal Protocollo*

Il Protocollo prevede essenzialmente due tipologie di misure volte a sostenere la sua applicazione. Per quanto concerne il rispetto delle normativa nazionale sull'ABS, la disciplina relativa alle conoscenze tradizionali associate è contenuta nell'articolo 16 del Protocollo.

L'art. 16.1 impone a tutte le Parti del Protocollo di adottare misure, 'as appropriate', atte a garantire che l'accesso alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche utilizzate nell'ambito della propria giurisdizione sia avvenuto conformemente al PIC o all'approvazione e il coinvolgimento delle comunità indigene e locali, nonché che siano stati adottati MAT come richiesto dalle norme interne sull'ABS della Parte in cui si trovano le comunità interessate. Devono inoltre essere adottati provvedimenti adeguati, efficaci e proporzionati per far fronte ai casi di mancato rispetto delle misure di cui al primo comma.

Tali disposizioni, nel rivolgersi ai Paesi utilizzatori, colmano una grave lacuna della CBD[31]. Nondimeno, la loro applicabilità è limitata

[28] Secondo Buck e Hamilton la suddetta previsione sarebbe invero una chiara dimostrazione dell'inapplicabilità del Protocollo ad accessi effettuati prima della sua entrata in vigore (M. BUCK, C. HAMILTON, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources*, cit., p. 57).

[29] Il meccanismo in discorso era stato inizialmente proposto durante i negoziati dal gruppo africano e poi incluso, in una versione modificata, nella proposta di compromesso presentata dalla presidenza giapponese al termine dei lavori della Conferenza intergovernativa.

[30] Un meccanismo per certi versi analogo era implicitamente previsto dalla CBD all'art. 15.7, laddove si fa riferimento al meccanismo di finanziamento di cui all'art. 20 come possibile strumento atto a realizzare un'equa ripartizione dei benefici.

[31] La Convenzione di Rio, infatti, pur imponendo indistintamente a ciascuna Parte contraente l'adozione di misure atte a garantire la ripartizione giusta ed equa dei benefici (cfr. l'art. 15.7), non conteneva obblighi specifici a carico dei Paesi utilizzatori. È opi-

sotto diversi aspetti. Innanzitutto, è necessario che i Paesi di origine si siano dotati di una legislazione in materia di ABS, condizione affatto scontata. Da ciò discende l'irrilevanza, ai fini dell'art. 16, della 'mera' violazione delle leggi e pratiche consuetudinarie della comunità detentrice delle conoscenze tradizionali di cui è causa. In secondo luogo, non si stabilisce in concreto quali misure debbano essere adottate dai Paesi utilizzatori, né si indicano al riguardo criteri direttivi[32]. Infine, l'indicazione al singolare della Parte da cui provengono le conoscenze in questione sembra escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 16 i casi di conoscenze condivise tra più comunità ubicate in Paesi diversi.

L'art. 17 dispone poi che le Parti adottino una serie di misure obbligatorie di monitoraggio dell'utilizzazione delle risorse genetiche, tra cui la designazione di punti di controllo nazionali incaricati di raccogliere o ricevere informazioni che si riferiscono al PIC, alla fonte delle risorse genetiche, ai MAT e/o all'utilizzazione delle risorse genetiche. I permessi o documenti equivalenti rilasciati al momento dell'accesso devono essere trasmessi al Centro di scambio d'informazioni sull'ABS, acquistando così il valore di certificati di conformità riconosciuti a livello internazionale.

Le suddette previsioni si applicano tuttavia soltanto alle risorse genetiche. Pertanto, non vi è alcun obbligo per i *checkpoints* nazionali di acquisire informazioni relative alle conoscenze tradizionali associate, né tantomeno di trasmetterle alle autorità nazionali competenti, al Centro di scambio di informazioni sull'ABS o al Paese fornitore. Considerato che gran parte dei casi di *misappropriation* riguarda proprio le conoscenze tradizionali, la loro esclusione dalle misure di monitoraggio, oltre a non essere sorretta da alcuna ragione logica, potrebbe avere l'effetto nefasto di incoraggiare la biopirateria[33].

nione condivisa che il terzo obiettivo della CBD – l'equa e giusta condivisione dei benefici – non sia mai stato realizzato proprio a causa degli scarsi sforzi profusi dai Paesi utilizzatori nel combattere la biopirateria.

[32] Come è stato giustamente osservato, «[t]here is no specified obligation of user states to ensure benefit sharing. As before, the enforcement of benefit-sharing duties is left to contractual means, with all the difficulties of forum, litigation costs, and prosecution of titles. The fact that the Protocol does not go further in that direction constitutes a major disappointment for the provider side» (E.C. KAMAU, B. FEDDER, G. WINTER, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*, cit., p. 257).

[33] Cfr. G.S. NIJAR, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources*, cit., p. 27.

5. Osservazioni conclusive

L'adozione del Protocollo ha suscitato reazioni contrastanti[34]. Il testo è d'altronde il risultato di un compromesso tra due visioni divergenti, espresse da un lato dai PVS ricchi in diversità biologica, e dall'altro dai Paesi industrializzati. Se il compromesso ha nettamente avvantaggiato i secondi, i soggetti più penalizzati risultano essere le comunità indigene da cui originano le conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche. Nell'ambito del Protocollo tali comunità sono concepite essenzialmente come beneficiarie delle previsioni loro dedicate, e non come titolari di diritti. L'effettiva tutela delle loro conoscenze è rimessa totalmente agli Stati Parti, che dovrebbero munirsi all'uopo di un'apposita normativa interna, i cui contenuti non sono affatto precisati nel testo convenzionale.

La già significativa sfasatura tra le norme sull'accesso e quelle sul monitoraggio, caratterizzate le prime da un livello di dettaglio che manca del tutto nelle seconde, è ancora più accentuata con riferimento alle conoscenze tradizionali. Queste ultime, come si è visto, non sono infatti oggetto delle misure di monitoraggio.

Il Protocollo, peraltro, lungi dal porsi come lo strumento chiave in materia di ABS, costituisce un mero accordo di *default*, applicabile in mancanza di una disciplina più specifica. Nel disporre che le sue disposizioni non dovranno influire sui diritti e gli obblighi derivanti per le Parti da un accordo internazionale esistente se non in caso di «grave danno alla diversità biologica», esso finisce difatti per accordare prevalenza a tutti gli altri accordi, TRIPS compreso[35].

[34] Una lettura particolarmente positiva è offerta da Bavikatte e Robinson, che enfatizzano i risultati ottenuti dalle comunità indigene in considerazione del loro scarso potere negoziale: «The oft-quoted homily in the ABS negotiations was 'perfection is the enemy of the good'. While there were times when it souned trite, it rings true when analysing the Nagoya Protocol. The rights that were gained by communities in the Nagoya Protocol may not be perfect, but they are undeniably a giant leap from the tame provisions of Arts 8(j) and 10(c) of the CBD» (K. BAVIKATTE, D.F. ROBINSON, *Towards a People's History of the Law*, cit., p. 48). Un'opinione diametralmente opposta è espressa invece da West: «[…] the ABS system it [the Protocol] enshrines in international law institutionalises the exclusion of local and indigenous communities from legal rights to intellectual and genetic resources» (S. WEST, "Institutionalised Exclusion: the Political Economy of Benefit-sharing and Intellectual Property", in *Law, Environment and Development Journal*, 2012, p. 21).

[35] Cfr. l'art. 4, par. 1 del Protocollo. Sull'argomento si rinvia a R. PAVONI, *The Nagoya Protocol and WTO Law*, in E. MORGERA, M. BUCK, E. TSIOUMANI (eds.), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective. Implications for International Law and Implementation Challenges*, Leiden, 2012, p. 185 ss.

6. Segue: *L'attuazione del Protocollo in Svizzera e nell'Unione europea*

È opinione generalmente condivisa che la realizzazione di un'effettiva ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'uso delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate – obiettivo del Protocollo – necessiti di un impegno attivo e consapevole da parte dei Paesi utilizzatori. Come si è visto, tuttavia, le misure disposte al riguardo dal Protocollo sono caratterizzate da vaghezza e scarsa incisività. Molte speranze sono state pertanto riposte nelle normative interne di attuazione di quei Paesi.

Tra i pochi esponenti del mondo industrializzato che hanno avviato l'iter di attuazione del Protocollo vi sono la Svizzera e l'Unione europea[36].

Quanto alla Svizzera, la disciplina proposta è contenuta in una bozza di decreto attualmente all'esame dell'Assemblea federale[37]. Tale disciplina, che andrà a modificare la Legge sulla protezione della natura e del paesaggio, introduce, a carico degli utilizzatori di risorse genetiche e conoscenze tradizionali associate, gli obblighi di *due diligence* e di notifica.

I suddetti obblighi si applicano sia a coloro che utilizzano risorse genetiche o conoscenze tradizionali associate che a coloro che traggono benefici diretti da siffatte utilizzazioni[38]. Quanto all'obbligo di diligenza, si specifica che esso mira a garantire che ogni utente rispetti la legislazione nazionale del Paese fornitore in materia di ABS e che ne condivida i benefici in modo giusto ed equo. Tale obbligo non si applica però se l'accesso alle risorse genetiche o alle conoscenze tradizionali è avvenuto prima dell'entrata in vigore del Protocollo per la Svizzera[39].

Il rispetto della *due diligence* deve essere notificato ad un apposito servizio di notifica centrale prima dell'autorizzazione di immissione in commercio delle risorse genetiche o delle conoscenze utilizzate oppure,

[36] Oltre alla Svizzera e all'Unione europea, soltanto tre Stati (Danimarca, Giappone e Norvegia) risultano essersi attivati al riguardo (www.cbd.int/abs/progress/default.shtml).

[37] Cfr. il Messaggio concernente l'approvazione del Protocollo di Nagoya sull'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa condivisione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione (Protocollo di Nagoya) e la sua attuazione (legge federale sulla protezione della natura e del paesaggio), adottato dal Consiglio federale il 10 aprile 2013.

[38] Cfr. l'art. 23 lett. n) del disegno di legge federale.

[39] Cfr. l'art. 25 lett. d) del disegno di legge federale. L'obbligo di diligenza non si applica neppure alle risorse genetiche provenienti originariamente da un Paese che non è Parte del Protocollo di Nagoya o alle risorse genetiche che rientrano nel campo d'applicazione di un altro strumento internazionale che persegue un determinato scopo, che ai sensi dell'art. 4 del Protocollo di Nagoya prevale sul Protocollo.

se non è richiesta un'autorizzazione, prima della loro commercializzazione. Nei casi in cui non è prevista alcuna commercializzazione, come ad esempio per i progetti di ricerca non commerciali, è possibile una notifica volontaria. L'obbligo di notifica non è invece applicabile alle domande di brevetto.

Il progetto di decreto federale prevede inoltre, in caso di inadempienza con gli obblighi suddetti, la comminazione di sanzioni pecuniarie nonché il divieto di impiegare le risorse genetiche o le conoscenze tradizionali utilizzate.

Disposizioni per certi versi analoghe sono attualmente in corso di approvazione da parte dell'Unione europea[40]. La proposta di regolamento presentata dalla Commissione nell'ottobre 2012 pone in capo agli utilizzatori di risorse genetiche e conoscenze tradizionali associate i seguenti obblighi: 1) di *due diligence*, per garantire che l'accesso alle risorse, ed alle conoscenze tradizionali ad esse associate, avvenga in conformità agli obblighi applicabili e che gli eventuali benefici siano condivisi in maniera equa in base a MAT[41]; 2) di reperire, conservare (per 20 anni a decorrere dalla cessazione del periodo di utilizzazione) e trasferire agli utilizzatori successivi le informazioni relative all'accesso ed alla ripartizione dei benefici, compiendo accertamenti scrupolosi riguardo alla legalità dell'accesso e dell'utilizzazione[42].

L'obbligo di dichiarare l'utilizzo delle risorse genetiche e delle conoscenze associate è previsto contestualmente alla richiesta di autorizzazione all'immissione sul mercato oppure all'atto della commercializzazione del prodotto[43]. In caso di mancato rispetto dell'obbligo di diligenza, la proposta contempla la possibilità di irrogare sanzioni, che possono consistere non solo in ammende, ma anche nell'immediata sospensione di specifiche attività di utilizzazione nonché nella confisca delle risorse genetiche acquisite illegalmente[44].

Come è evidente, i due progetti di attuazione del Protocollo contengono rilevanti affinità, il che ne permette una valutazione congiunta. Un aspetto sicuramente positivo è dato dal fatto che le due proposte pongono su un piede di parità le risorse genetiche e le conoscenze tradizionali a loro associate, estendendo a queste ultime l'applicabilità delle misure di

[40] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione nell'Unione, COM (2012) 576 final, 4 ottobre 2012.

[41] Cfr. l'art. 4, par. 1 della proposta.

[42] Cfr. l'art. 4, par. 2 e 3 della proposta.

[43] Cfr. l'art. 7.2 della proposta.

[44] Cfr. l'art. 11 della proposta.

monitoraggio. Tale aspetto positivo è tuttavia controbilanciato da diversi punti di criticità.

Anzitutto, l'applicazione temporale delle misure proposte è limitata alle risorse e alle conoscenze che siano state acquisite dopo l'entrata in vigore del Protocollo. In secondo luogo, gli obblighi di *due diligence* intervengono soltanto nella fase dell'immissione sul mercato o della commercializzazione, ossia in un momento successivo all'utilizzazione, che corrisponde invece alla fase precedente di ricerca e sviluppo[45]. Gran parte delle utilizzazioni, effettuate per scopi meramente scientifici, risultano pertanto esenti da ogni controllo. Di conseguenza, la minaccia di sanzioni, pecuniarie e non, risulta scarsamente efficace.

In conclusione, le norme proposte paiono rispondere più all'obiettivo di non creare oneri eccessivi per gli utilizzatori che di realizzare una ripartizione effettiva ed equa dei benefici. Se i due progetti dovessero essere approvati senza significative modifiche, gli incentivi alla ratifica per i Paesi fornitori potrebbero, quindi, ridursi.

[45] Cfr. l'art. 2 lett. c) del Protocollo, che così definisce l'utilizzazione delle risorse genetiche: «[…] per 'utilizzazione delle risorse genetiche' si intendono le attività di ricerca e sviluppo sulla composizione genetica e/o biochimica delle risorse genetiche, anche attraverso l'applicazione della biotecnologia come definita nell'articolo 2 della Convenzione».

LA CONVENZIONE UNESCO DEL 2005 PER LA PROTEZIONE E PROMOZIONE DELLA DIVERSITÀ DELLE ESPRESSIONI CULTURALI: DALL'‘ECCEZIONE CULTURALE' ALLA DECLINAZIONE DELLA DIMENSIONE CULTURALE DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE

Federica MUCCI*

SOMMARIO: 1. L'ineludibile complessità delle sfide politiche e giuridiche oggetto della Convenzione. – 2. L'impulso negoziale francese all'insegna della 'specificità' (già 'eccezione') culturale ed i rapporti con il processo di liberalizzazione del commercio internazionale. – 3. La 'specificità culturale' nei fatti: una già nota questione di approccio, da sottoporre caso per caso a verifiche di necessità e proporzionalità. – 4. Il vero contenuto innovativo della Convenzione: l'individuazione della dimensione culturale dello sviluppo sostenibile. – 5. Un'attenzione particolare alla cooperazione internazionale per lo sviluppo. – 6. *Segue*: Il trattamento preferenziale e l'istituzione del fondo. – 7. La necessaria partnership con la società civile. – 8. Osservazioni conclusive.

1. L'ineludibile complessità delle sfide politiche e giuridiche oggetto della Convenzione

Negli ultimi anni all'UNESCO si sottolineano con forza il valore e l'importanza, anche ai fini dello sviluppo sostenibile, della 'diversità culturale'. La vocazione primigenia dell'organizzazione delle Nazioni Unite per l'istruzione, la scienza e la cultura a dare impulso costruttivo alla cooperazione internazionale per la pace e i diritti umani attraverso la valorizzazione del dialogo interculturale si sta traducendo in un impegno concreto a favore di progetti che attuino linee di sviluppo 'culturalmente sostenibile'. Strumento principe per la realizzazione di tale impegno è la Convenzione per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali, adottata nel 2005.

Le sfide, fortemente accentuate dalla globalizzazione, alle quali la Convenzione vorrebbe dare una risposta sono fondamentali ed improbe allo stesso tempo: cogliere le accresciute opportunità per diffondere lo

* Ricercatore confermato e Professore aggregato di Diritto internazionale, Università di Roma 'Tor Vergata'.

scambio interculturale, ma anche attenuare l'effetto di omologazione dei contenuti culturali indotto dalle mere leggi del mercato, non sovvenzionando la 'sopravvivenza' di beni e servizi culturali destinati a soccombere in un mercato globale liberalizzato, bensì sostenendo la creatività del 'settore culturale' nelle sue molteplici espressioni.

Questo virtuoso programma si scontra con un imprescindibile nodo concettuale, che si traduce in una complessa questione giuridica. Causa fondamentale di tali complessità è la natura praticamente indefinibile dell'oggetto 'diversità delle espressioni culturali'. Mentre esiste una definizione e misura prettamente economico-commerciale del 'settore culturale' – per quanto molto variamente e liberamente interpretato – percepito, al livello economico/giuridico internazionale, quale aggregamento di industrie e servizi culturali (*in primis* nei settori del libro, della musica e del cinema) e problematicamente ricompreso nel campo di applicazione degli accordi-quadro per la liberalizzazione del commercio internazionale (GATT e GATS), altrettanto non può dirsi di un approccio politico globale di valorizzazione del composito universo delle 'espressioni culturali'.

L'oggetto della Convenzione UNESCO del 2005 è, infatti, ben più vasto del già immenso e difficilmente definibile 'patrimonio culturale'. Il mondo delle 'espressioni culturali' non può essere definito e delimitato in astratto predeterminandone tutte le possibili manifestazioni ed ogni tentativo di elencazione – sia pure non esaustiva – rischia di essere più fuorviante che chiarificatore, come evidenziatosi durante il negoziato sul testo della Convenzione[1]. Ciò nonostante, questo tema è balzato all'attenzione della Comunità internazionale, sia per la necessità di contrastare gli effetti negativi della globalizzazione in termini di impoverimento della diversità culturale, sia per l'esigenza – fortemente sentita soprattutto dai Paesi in via di sviluppo – di fare delle proprie specifiche risorse creative culturali un volano di sviluppo, realmente sostenibile. Queste esigenze, avvertite come forti priorità politiche, hanno spinto verso l'elaborazione di un nuovo strumento convenzionale che è stato fortemente voluto dalla quasi totalità della Comunità internazionale e molto velocemente ratificato da un grandissimo numero di Stati[2].

[1] La bozza preliminare di Convenzione conteneva, in allegato, un elenco non esaustivo di politiche culturali, cfr. UNESCO, *Preliminary Draft of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions,* Doc. CLT/CPD/2004/CONF-201/2 del luglio 2004. Si è poi deciso di non mantenere l'elenco nel testo, preferendo inserire la definizione finalistica di 'misure e politiche culturali'.

[2] 148 sono stati i voti a favore della Convenzione al momento della sua adozione da parte della Conferenza generale dell'UNESCO, cfr. UNESCO, *Records of the General Conference 33rd Session*, *Paris, 3-21 October 2005, Vol. 1-Resolutions*, p. 221 ss.; al 31

L'importanza del tema non annulla, però, le enormi difficoltà che si incontrano nel predisporre una compiuta disciplina giuridica con riferimento ad un oggetto immenso, identificabile più in termini di approccio specifico a tematiche di natura ed oggetto polivalente che non in termini di specifica qualificazione di determinati contenuti (non a caso, infatti, il termine 'contenuto', originariamente incluso nella prima ipotesi di titolo della Convenzione, è stato successivamente espunto)[3]. Ne risulta una Convenzione che presenta molti tratti assai peculiari ed alcune apparenti contraddizioni.

Alcune di queste contraddizioni sono conseguenza dell'iniziale atteggiamento negoziale francese, all'insegna della riconversione delle – fallite – politiche volte ad ottenere l'introduzione di una 'eccezione culturale' nel foro OMC nella valorizzazione, all'UNESCO, della 'specialità culturale'. Tale iniziale impulso negoziale, prevalentemente franco-

gennaio 2014 hanno ratificato la Convenzione 133 Stati e l'Unione europea. Va, tuttavia, rilevato che in molti Stati – ed in particolare in Italia – la conoscenza della Convenzione del 2005 non è affatto diffusa. La stampa quotidiana più avvertita, che con acume riferisce le sfide e complessità del negoziato di liberalizzazione commerciale nei settori 'culturalmente' più sensibili, ad esempio, non ne fa alcun cenno, cfr. G. A. FERRARI, "Lo spreco colpevole della cultura europea. Restare tra i produttori di cultura: la vera sfida dell'accordo atlantico", in *Corriere della sera*, 26 maggio 2013, pp. 1/28.

[3] Lo studio preliminare presentato nel marzo del 2003 dal Direttore generale dell'UNESCO sugli aspetti tecnici e giuridici relativi all'auspicabilità di un modello normativo sulla diversità culturale faceva riferimento all'adozione di una Convenzione dedicata alla «protezione della diversità dei contenuti culturali e delle espressioni artistiche» e tale denominazione provvisoria l'avanprogetto di Convenzione ha mantenuto fino alla versione 'consolidata', proposta dal Presidente delle riunioni di esperti governativi, Professor Kader Asmal, nell'aprile del 2005, che invece era denominata *Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali*. Del precedente titolo non piaceva la distinzione tra 'contenuti culturali' e 'espressioni artistiche', sia perché si riteneva che anche le espressioni artistiche avessero un contenuto culturale, sia perché non sembrava appropriato il riferimento ai 'contenuti' culturali, in quanto – tra l'altro – non facilmente definibile, cfr., rispettivamente: UNESCO, *Preliminary Study on the Technical and Legal Aspects Relating to the Desirability of a Standard-setting Instrument on Cultural Diversity*, Doc. 166 EX/28, del 12 marzo 2003 e UNESCO, *Consolidated Text prepared by the Chairperson of the Intergovernmental Meeting*, Doc. CLT/CPD/2005/CONF.203/6, Appendix 2. Nemmeno cosa siano le 'espressioni culturali' è, però, facilmente definibile. Vengono intese nella Convenzione come il risultato, di contenuto culturale, della creatività di individui, gruppi e società ed a sua volta il 'contenuto culturale' è riferito al «[…] significato simbolico, alla dimensione artistica ed ai valori culturali che hanno origine dalle identità culturali o le esprimono». Le definizioni abbondano, ma dai concetti richiamati non sembra possibile escludere a priori alcuna attività, o manufatto, o frutto della creatività in genere dall'ambito di applicazione della Convenzione; ciò che lo delimita, infatti, non è tanto la natura dell'oggetto a cui verranno applicate le politiche statali di protezione e promozione, bensì il fine a cui tali politiche sono volte: «[…] la Convenzione si applica alle politiche e misure, adottate dalle Parti, che sono relative alla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali».

canadese, indubbiamente ha caratterizzato una parte del testo. La natura mista, culturale e commerciale insieme, delle 'espressioni' oggetto della Convenzione, ben presto focalizzate come 'beni, servizi ed attività culturali', ha anche determinato la partecipazione al negoziato, e poi alla Convenzione, dell'Unione europea, fatto inedito all'UNESCO che ha sollevato all'inizio non poche perplessità – finanche diffidenze[4].

Ben presto, però, gli obiettivi realmente comuni e pienamente condivisi della Convenzione hanno preso il sopravvento e un approccio positivo e di dialogo costruttivo è prevalso, in quasi tutti gli atteggiamenti negoziali, sulle aride ed inconcludenti discussioni relative al controverso articolo dedicato al rapporto della Convenzione con gli altri trattati internazionali – sul quale apertamente si scontravano la posizione statunitense, che voleva asserire la prevalenza degli accordi sulla liberalizzazione dei mercati rispetto alla nuova Convenzione, e quella francese, di segno contrario. Infine la questione delle possibili sovrapposizioni dell'azione dell'UNESCO con quella di altre organizzazioni internazionali – alcune delle quali, cosa assai inusuale, erano persino state consultate durante il negoziato – è stata risolta facendo appello allo spirito di 'sostegno reciproco' tra convenzioni internazionali[5].

2. L'impulso negoziale francese all'insegna della 'specificità' (già 'eccezione') culturale ed i rapporti con il processo di liberalizzazione del commercio internazionale

Il quadro ideale in cui si situa la questione della protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali è delineato dalla Dichiarazione sulla diversità culturale adottata il 2 novembre 2001 dall'UNESCO, nella quale culminava tutto un portato di esperienze ma-

[4] Per un'analisi dei molti aspetti peculiari del testo della Convenzione, cfr. F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionali, da* ratio *implicita a oggetto diretto di protezione*, Napoli, 2012, p. 338 ss. (in particolare, in merito alla partecipazione dell'Unione europea al negoziato, cfr. p. 325 ss.)

[5] Si veda, in proposito, l'art. 20 della Convenzione, quanto agli argomenti giuridici che hanno condotto alla sua adozione, cfr. UNESCO, *First session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, *Report by the Secretariat, Annex II, Presentation of Mr. Abdulqawi A. Yusuf, Director of the Office of International Standards and Legal Affairs*; UNESCO, *on Possible Ways of Dealing with the Question of the Relationship between Successive Conventions Relating to the Same Subject Matter and Article 19 (Relationship to other instruments) of the Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions,* Doc. CLT-2004/CONF.201/9 del novembre 2004.

turate, in seno alla stessa organizzazione, sin dall'inizio del suo operato, ma anche drammaticamente vissute dal mondo intero in un periodo di inasprimento, nella cronaca internazionale, degli episodi di confronto negativo tra le diverse culture, basato sul sospetto e sul disprezzo, quando non sull'aggressione violenta (non va dimenticato che appena due mesi prima dell'adozione della Dichiarazione da parte della Conferenza generale era avvenuto l'attacco terrorista alle torri gemelle di New York)[6].

La Dichiarazione, adottata all'unanimità, ha costituito, dunque, un modo per gli Stati, alla prima utile occasione, di riaffermare la loro convinzione che il dialogo interculturale è la migliore garanzia di pace, rigettando in modo diretto la teoria dello scontro inevitabile tra culture e civiltà. Nei suoi contenuti sono identificabili due fondamentali preoccupazioni: assicurare il rispetto delle identità culturali attraverso l'efficace attuazione dei relativi diritti in una cornice democratica e contribuire all'emergenza di un clima favorevole per la creatività di tutti, facendo così della cultura un fattore di sviluppo. Tra queste due linee prioritarie di azione, la seconda era quella che più si prestava ad essere sviluppata in seno all'UNESCO attraverso specifici strumenti convenzionali. Nel campo dei diritti umani, infatti, la Comunità internazionale ha dimostrato – anche durante il negoziato della Convenzione del 2005 – di ritenere che l'argomento della diversità culturale possa al momento attuale essere efficacemente affrontato lavorando sull'interpretazione ed attuazione dei diritti già previsti in altri strumenti convenzionali, più che non mediante l'affermazione di nuovi diritti.

Lo strumento convenzionale che già la Dichiarazione immaginava come un suo possibile séguito e della cui predisposizione la 32° Conferenza generale ha poi incaricato il Direttore generale dell'UNESCO, era, quindi, destinato a porre l'accento sui mezzi attraverso i quali si veicola l'espressione della propria cultura, e dunque la conoscenza reciproca, o, in altri termini, lo scambio interculturale, con particolare attenzione al settore culturale quale possibile volano per mettere in moto dinamiche di sviluppo sostenibile e di cooperazione allo sviluppo.

Anche se si situa nel suo solco, l'oggetto del testo convenzionale risulta certamente meno esteso di quello della Dichiarazione universale del

[6] L'UNESCO stessa in uno studio ha riletto la propria azione svolta fin dalla sua istituzione, dopo la seconda guerra mondiale, con riferimento al tema della diversità culturale, *UNESCO and the Issue of Cultural Diversity – Review and Strategy, 1946-2004. A study based on Official Documents*, reperibile sul sito ufficiale dell'UNESCO, www.unesco.org/culture/culturaldiversity/docs_pre_2007/unesco_diversity_review_strategy_1946_2004_en.pdf.

2001, poiché è dedicato alla promozione e protezione delle espressioni culturali, e non della diversità culturale nel suo complesso. A termini dell'art. 3, sul campo di applicazione, si stabilisce che la Convenzione si applicherà alle politiche culturali ed alle misure adottate dagli Stati contraenti per assicurare la protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, sottolineando in tal modo il carattere di strumento culturale della Convenzione che si colloca giustamente nell'ambito delle competenze dell'UNESCO.

Al fine di comprendere le problematiche sottese alla Convenzione – ed in particolare le questioni legate al suo rapporto con altri strumenti convenzionali –, è indispensabile accennare ad alcune premesse di carattere sostanziale di cui i negoziatori erano ben consapevoli e che hanno rivestito estrema importanza durante tutto l'andamento dei lavori preparatori. Ci si riferisce alla situazione del mercato mondiale dell'audiovisivo ed alla sua disciplina negli accordi multilaterali per la liberalizzazione del commercio di prodotti e servizi. Più volte, infatti, e con notevole enfasi, durante i negoziati, è stata espressa la preoccupazione che il testo della Convenzione dovesse essere formulato con grande attenzione, onde evitare che potesse essere interpretato come contrastante con gli obblighi già vigenti in base ai trattati GATT e GATS.

Molti sono stati gli interventi degli Stati in tal senso durante il negoziato; la ferma intenzione di non formulare obblighi che portassero a contraddire gli impegni già assunti in sede OMC non era prerogativa soltanto degli Stati Uniti d'America, che erano sostanzialmente contrari all'adozione della Convenzione, ma condivisa anche da Stati sicuramente (come il Canada o il Brasile) o tendenzialmente (come l'India, il Giappone e l'Australia) propensi alla conclusione della Convenzione. Alcuni Stati hanno ritenuto di lasciare a verbale dichiarazioni formali relative a tale questione[7]. La posizione negoziale dell'Unione europea, a

[7] In particolare Giappone, Israele, Argentina, Cile, Nuova Zelanda, Australia e Turchia riservarono la loro posizione sull'art. 20, mantenendosi il diritto di proporre emendamenti al momento della presentazione del testo alla Conferenza generale, (cfr. UNESCO, *Oral Report of the Rapporteur, Mr. Artur Wilczynski, at the Closing of the Third Session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Draft Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 25 May – 3rd June 2005, a p. 7 s., reperibile all'indirizzo: www.unesco.org/culture/culturaldiversity/docs_pre_2007/oral_report_wilczynski_en_03062005.pdf) – emendamenti che poi, però, furono effettivamente presentati solo dagli Stati Uniti. Le altre perplessità espresse durante il negoziato non sono state infine confermate, ad eccezione delle posizioni formalmente contrarie all'adozione del testo (voto negativo di Israele, oltre a quello degli Stati Uniti), di astensione rispetto alla sua adozione (Australia, Honduras, Nicaragua e Liberia) e delle cautele manifestate nelle dichiarazioni di voto (oltre a Giappone e Stati Uniti d'America, hanno formulato dichiarazioni Nuova Zelanda, Corea e Messico).

questo proposito, non ha riflesso tali dubbi perché la bozza del testo convenzionale era già stata approfonditamente vagliata e ritenuta conforme agli impegni conclusi sotto l'egida dell'OMC.

Una così intensa preoccupazione derivava più dalla conoscenza dei trascorsi negoziali nel campo del commercio internazionale dell'audiovisivo che non da una oggettiva valutazione della bozza di testo convenzionale nel suo complesso. In effetti, però, sebbene sia indubbiamente fuorviante ricostruire l'intera *ratio* dell'iniziativa convenzionale in questi termini, è innegabile che una parte delle motivazioni che hanno infine portato la stragrande maggioranza delle Parti coinvolte nel negoziato a sostenere con convinzione la Convenzione erano anche legate alla consapevolezza della situazione di quasi monopolio culturale imperante nella diffusione internazionale dei beni e servizi audiovisivi.

La situazione di 'quasi conquista' del mercato mondiale da parte di beni e servizi audiovisivi provenienti soprattutto dagli Stati Uniti d'America è il risultato di una competizione commerciale in cui ancora operano la loro influenza misure che possono avere un effetto 'correttivo' a favore di beni e servizi più deboli in un confronto soggetto alle mere regole del libero mercato ma che si ritiene convoglino espressioni culturali di interesse, e dunque da proteggere. Ciò è vero soprattutto con riferimento al mercato dei servizi audiovisivi, che è attualmente in grande espansione, destinato ad essere regolato nell'ambito del GATS[8]; le clausole generali degli accordi dell'OMC sulla liberalizzazione del commercio internazionale di servizi, infatti, hanno finora consentito l'esclusione dal negoziato – su iniziativa e con effetto individuale, nonché per un periodo limitato – di determinati settori. Tale soluzione, adottata *in primis* dalla Comunità europea, ha finora permesso di sottrarre al vaglio degli organi dell'OMC le misure nazionali di protezione sopra accennate, ma si rivela, in realtà, assai precaria, da un lato perché la facoltà di esclusione di determinati settori è concepita come temporanea, d'altro lato perché l'approccio 'negativo' che conduce alla esclusione *tout court* dalle logiche della liberalizzazione è ormai visto come inadeguato.

A tale conclusione portano le più recenti riflessioni sul significato e i possibili effetti di quella 'eccezione culturale' che era stata – dai 'competitori deboli' – sempre ricercata e mai integralmente ottenuta nei negoziati OMC e che, nel GATT, trova solo dei parziali surrogati in alcune

[8] Nel mercato dell'audiovisivo, oltre ai tradizionali servizi di radio e telediffusione, sono ormai da tempo in espansione servizi innovativi, potenzialmente in grado di sostituire in buona parte gli acquisti di supporti materiali (basti pensare alla *tv on demand* o all'acquisto dei *files* contenenti brani musicali su siti internet).

clausole eccettuative dedicate a questioni specifiche (si tratta delle disposizioni relative alla possibilità di mantenere – per un periodo limitato – quote riservate alla proiezione di pellicole cinematografiche di origine nazionale ed alla protezione dei 'tesori nazionali' di valore artistico, storico ed archeologico)[9]. La soluzione negativa consistente nel cercare di ottenere una clausola eccettuativa 'massimalista' volta a sottrarre a priori dalla logica del libero scambio tutto ciò che è qualificabile di 'culturale' è stata, dunque, infine messa in discussione dal suo stesso più grande sostenitore, la Francia, da un lato perché si era rivelata impossibile da concretizzare, d'altro lato perché non rappresentava in modo adeguato l'esigenza che avrebbe dovuto esprimere: non l'impossibile chiusura di un mercato che è già, di fatto, aperto, bensì la necessità di mantenere alcune forme pubbliche di sostegno ed incentivazione rispetto a specifiche realtà di interesse culturale, la cui sopravvivenza, o potenzialità di sviluppo, è minacciata dal semplice imporsi delle forze del libero mercato[10].

Tra le 'industrie culturali', quella dei prodotti audiovisivi non è certamente l'unica (ed anzi la diversità culturale imporrebbe di considerare soprattutto i prodotti e le attività più particolari e specifici di ciascuna cultura), ma assume un ruolo centrale – per potenziale volume di affari ed anche per ragioni linguistiche, che pure erano fondamentali per la Francia, in ciò significativamente appoggiata dall'Organizzazione internazionale della francofonia[11]. D'altronde, i servizi audiovisivi, pur essendo strumenti privilegiati al fine della diffusione delle diverse espressioni culturali, mettono in luce, nell'ambito del processo di globalizzazione in atto a livello mondiale, le difficoltà che incontrano i produttori di film e di programmi televisivi realizzati nei Paesi in via di sviluppo di fronte all'accesa concorrenza dei pochi, ma altamente integrati, produtto-

[9] Cfr. artt. IV e XX (f) GATT.

[10] Si tratterebbe, dunque, di sostenere che la natura specifica dei 'beni e servizi culturali' giustifica, al ricorrere di determinate circostanze di necessità, l'intervento di politiche nazionali di protezione e sostegno allo sviluppo e, dunque, l'adozione delle misure necessarie per l'attuazione di tali politiche, cfr. H. RUIZ FABRI, "Jeux dans la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles", in *Rev. gén. dr. intern. pub*., 2007, p. 43 ss., a p. 48 ss.

[11] Secondo l'UNESCO, tra il 1980 ed il 1998 il commercio mondiale annuale di stampa, letteratura, musica, arti visive, cinema, fotografia, radio, televisione, beni e giochi sportivi è passato da 95.340 a 387.927 dollari statunitensi, cfr. UNESCO, *International Flows of Cultural Goods*, 1980-98, Paris, 2000. Sul punto si veda M. MASHAYEKHI, "Audiovisual Services, Issues for the MENA Region", in *MENA Trade and Investment in the New Economy. The Fourth Mediterranean Development Forum MDF4*, R. SAFADI (ed.), Cairo, 2003, p. 209 ss.

ri dei Paesi sviluppati[12]. Le contraddizioni o, per meglio dire, la contrapposizione di interessi tra cultura e commercio, che caratterizza il settore degli audiovisivi a livello internazionale, non può e non poteva certamente essere risolta nell'ambito di un processo negoziale condotto esclusivamente in sede OMC, pur nella previsione dell'adozione di uno strumento convenzionale settoriale (allegato, protocollo o strumento similare) che consentisse di istituire un collegamento giuridico con i numerosi strumenti convenzionali adottati nel settore della cultura in generale e della protezione e salvaguardia del patrimonio culturale, come veniva suggerito in ambito UNCTAD[13].

Ecco, dunque, che la Francia adotta la sua strategia volta a sottolineare la 'specificità culturale' all'UNESCO. È spinta a farlo dalla prospettiva della ripresa dei negoziati commerciali multilaterali sulla liberalizzazione dei servizi culturali ed audiovisivi prevista a Seattle nel dicembre 1999 e mette in atto una iniziativa in due tempi, volta a dare un fondamento giuridico stabile alle politiche culturali quali garanzia di un'offerta diversificata nel settore culturale, nonostante la liberalizzazione degli scambi.

Mentre gli alleati canadesi pensavano di muovere direttamente verso la conclusione di una convenzione internazionale, per i francesi era necessario prima sensibilizzare la Comunità internazionale attraverso l'adozione di un atto non vincolante, in modo da poter costruire una coalizione intorno al nuovo concetto della diversità culturale. Durante il periodo 1999-2003, infatti, si realizza una vasta alleanza, allargata progressivamente ai Paesi francofoni e poi ai membri della Rete internazionale per le politiche culturali; parallelamente a questa strategia di alleanze negoziali intessute dagli Stati, anche la società civile si organizza ed in particolare i rappresentanti degli ambienti professionali si mobilitano e creano delle coalizioni nazionali, al fine di svolgere un ruolo attivo nella predisposizione del testo della futura convenzione[14].

[12] Da uno studio condotto a livello internazionale è risultato che nell'anno 2000, il 92% dei profitti provenienti dal mercato dei servizi audiovisivi era percepito da imprese operanti negli USA, nei Paesi dell'UE e in Giappone. Cfr. UNCTAD, *Audiovisival Services: Improving Participation of Developing Countries,* Note by the UNCTAD Secretariat, Doc. TD/B/COM.1/EM.20/2 del 30 settembre 2002, p. 3.

[13] *Ibidem*, p. 1. Si veda, inoltre, K. ACHESON-C. MAULE, "Convention on Cultural Diversity", in *Journal of Cultural Economics*, 2004, p. 243 ss.

[14] Sulla strategia e gli obiettivi negoziali francesi si veda J. MUSITELLI, "L'invention de la diversité culturelle", in *Ann. Fr. dr. intern.*, 2005, p. 512 ss. Quanto all'urgenza di concludere con un risultato positivo questo esercizio negoziale non si può fare a meno di notare l'affermazione di parte della dottrina francese, secondo la quale «Le calendrier prévisionnel des négociations commerciales sur lesquelles il s'agissait de peser indirectement était connu, en particulier l'échéance du Cycle de Doha, initialement

Alla luce di tali considerazioni, è più facile comprendere come talune disposizioni della Convenzione UNESCO del 2005, in particolare in tema di misure nazionali volte alla protezione della diversità delle espressioni culturali, siano potute sembrare, agli occhi di alcuni, l'indebito – e impossibile, dal punto di vista giuridico – tentativo di modificare accordi già conclusi all'OMC mediante clausole negoziate e concluse all'UNESCO, introducendo così surrettiziamente l''eccezione culturale' alla liberalizzazione del commercio internazionale di beni e servizi. È, tuttavia, altrettanto evidente che un tale 'colpo di mano' non avrebbe avuto alcun senso politico (a meno che non si volessero rinnegare gli impegni presi in sede OMC, il che era ben lontano dalle intenzioni delle Parti coinvolte), né alcun fondamento giuridico, alla luce delle norme di diritto generale e convenzionale che regolano il diritto dei trattati. Ed infatti l'obiettivo consisteva, più ragionevolmente, nel fare della nuova convenzione un autorevole strumento che, affermando la 'doppia natura' – culturale e commerciale –, e dunque la specificità, di determinati beni e servizi, potesse influenzare l'interpretazione ed applicazione delle regole OMC già concluse e giocare un peso nello svolgimento dei successivi *round* negoziali sul commercio internazionale.

3. La 'specificità culturale' nei fatti: una già nota questione di approccio, da sottoporre a verifiche di necessità e proporzionalità

La possibile sovrapposizione da un lato della disciplina sviluppata all'UNESCO per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali e dall'altro del sistema convenzionale sulla liberalizzazione degli scambi commerciali, resa evidente dal comune riferimento a beni e servizi di natura commerciale, rappresenta una sfida per l'applicazione del principio di coerenza dell'ordinamento internazionale

prévue pour fin 2005 […]. Même en comprimant la procédure au maximum, on ne pouvait envisager l'adoption de la Convention avant la Conférénce générale de 2005 et encore cela restait-il un défi car une telle célerité n'avait jamais été pratiquée dans une organisation dont l'activité n'est habituellement pas placée sous le signe de l'urgence. Dans la mesure où il n'était pas opportun de tester cette possibilité à propos d'une convention dont l'objet même suscitait d'ores et déjà bien des remous, l'expérience a d'abord été tentée – et réussie – à propos d'une autre convention», cfr. H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, a p. 62; l''altra' Convenzione a cui si riferisce l'Autrice è quella dedicata al patrimonio culturale intangibile. Nonostante il forte impulso dato al negoziato dalla Francia, la celere adozione della Convenzione del 2005 non sarebbe stata possibile se dei suoi contenuti non si fosse 'riappropriata' durante il negoziato, una gran parte della Comunità internazionale, ed in particolare i Paesi in via di sviluppo.

da parte degli Stati e degli organi internazionali da essi istituiti[15]. Durante il negoziato, gli Stati avevano assunto due opposte posizioni, da un lato coloro che temevano che la Convenzione fosse inutile senza una clausola di prevalenza (sulla falsariga della clausola presente nella Convenzione sulla diversità biologica) e d'altro lato coloro che ritenevano necessario introdurre una clausola di subordinazione; il testo dell'art. 20 della Convenzione rappresenta, dunque, una soluzione di compromesso. Esso afferma il pari valore di tutte le convenzioni internazionali concluse dagli Stati e dichiara chiaramente da un lato la non subordinazione della Convenzione a qualsiasi altro trattato e, d'altro lato, l'impossibilità di interpretare la Convenzione nel senso di modificare diritti ed obblighi esistenti in capo alle Parti sulla base di qualsiasi altro trattato da esse concluso.

I principi strumentali di diritto internazionale codificati nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ed in particolare le norme sull'interpretazione, rappresentano un indispensabile punto di riferimento ma, qualora le possibilità che due sistemi convenzionali multilaterali a vocazione universale entrino in conflitto tra di loro siano piuttosto elevate, è indubbiamente opportuno studiare meccanismi specifici che fungano da raccordo tra i diversi 'frammenti' dell'ordinamento internazionale, in modo che i conflitti siano prevenuti e sia favorito lo sviluppo di sinergie, ove possibile. Non a caso, la Convenzione affida il compito di lavorare per la promozione dei propri obiettivi presso gli altri fori internazionali sia alle Parti sia al Comitato intergovernativo, configurando il loro operato come un vero e proprio meccanismo di *suivi* rispetto agli obbli-

[15] L'applicazione della Convenzione UNESCO potrebbe, infatti, costituire un caso rappresentativo di applicazione del 'principio di armonizzazione' a cui fa riferimento la Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite nelle conclusioni del gruppo di lavoro sulla frammentazione del diritto internazionale. In base a tale principio, quando più norme sono applicabili alla stessa questione esse dovrebbero, per quanto possibile, essere interpretate in modo tale da dare origine ad un complesso di obblighi tra loro compatibili. Ciò significa che l'armonizzazione, e non il conflitto, dovrebbe essere perseguita nell'applicazione di diverse disposizioni convenzionali, in particolare quando tali disposizioni non appartengono 'allo stesso regime' (con ciò intendendo quei trattati che sono istituzionalmente collegati tra loro «or otherwise intended to advance similar objectives»). Precisa, inoltre, la Commissione: «In case of conflicts or overlaps between treaties in different regimes, the question of which of them is later in time would not necessarily express any presumption of priority between them [...]. Instead, States bound by the treaty obligations should try to implement them as far as possible with the view of mutual accomodation and in accordance with the principle of harmonization», cfr. Nazioni Unite, *Fragmentation of the International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/L.702, del 18 luglio 2006, par. 26.

ghi/esortazioni ad agire per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali[16].

La predisposizione di raccordi istituzionali tra i due fori qui considerati – UNESCO ed OMC – appare tanto più opportuna se si considera che entrambi i sistemi convenzionali in parola presentano un meccanismo per la soluzione delle controversie. Sebbene quello previsto dalla Convenzione UNESCO sia certamente meno efficace e di assai meno probabile attivazione – finora mai avvenuta – rispetto al sistema di soluzione delle controversie funzionante nell'ambito dell'OMC, comunque la prospettiva di un eventuale 'scontro' tra questi due mezzi di accertamento del diritto internazionale è teoricamente possibile e certo non auspicabile.

Le clausole relative alla soluzione delle controversie inserite nella Convenzione UNESCO non sono particolarmente incisive; vi si prevede, infatti, che, se il negoziato o la mediazione dovessero fallire, è possibile ricorrere unilateralmente ad una procedura di conciliazione obbligatoria. Il risultato del lavoro della commissione di conciliazione non è vincolante per le Parti, che devono però prenderlo in considerazione in buona fede. È possibile sottrarsi all'esperimento di tale mezzo diplomatico di soluzione delle controversie dichiarando, al momento della ratifica della Convenzione, di non volervisi sottoporre (cosiddetta 'opt-out clause').

Anche se questo mezzo di soluzione delle controversie è assai meno incisivo di quello attivo nell'ambito dell'OMC, la sua previsione nella Convenzione UNESCO è un segno importante della precisa volontà di non subordinare la Convenzione agli accordi OMC. Durante il negoziato, infatti, vi è stato un vivo dibattito sull'inserimento e formulazione dell'articolo dedicato alla soluzione delle controversie e l'adozione, alla fine, della 'opt-out clause' ha rappresentato la vittoria della posizione 'forte' rispetto all'alternativa proposta di una 'opt-in clause', secondo la

[16] Il raccordo con il lavoro che viene svolto in altri fori internazionali rappresenta indubbiamente un punto focale dell'impianto convenzionale, tant'è vero che viene ricercato, oltre che attraverso l'azione concertata delle Parti (cfr. art. 21), anche a livello collettivo, attraverso l'azione degli organi della Convenzione. Tra le funzioni del Comitato della Convenzione vi è, infatti, anche quella di «[…] istituire procedure ed altri meccanismi di consultazione volti a promuovere gli obiettivi ed i principi di questa Convenzione negli altri fori internazionali» (cfr. art. 23(6)(e)). Il Comitato intergovernativo della Convenzione, nella sua prima sessione di lavoro (Ottawa, 10-13 dicembre 2007), aveva esaminato un progetto di 'Table of contents' delle direttive operative che devono presiedere all'applicazione pratica della Convenzione. Era stata sottolineata l'importanza dell'art. 21 e giustamente osservato che esso dovrebbe essere trattato congiuntamente all'art. 23(6)(e). Per il momento, non sono state adottate direttive operative relative a queste due disposizioni.

quale ci si sarebbe sottoposti alla conciliazione solo se appositamente dichiarato all'atto della ratifica.

Va, tuttavia, rilevato che – nonostante la grande importanza che queste considerazioni hanno avuto durante il negoziato, influenzando pesantemente la redazione del testo – né sulla prospettata istituzione di meccanismi di raccordo interistituzionale, né sul temuto contrasto tra mezzi di soluzione delle controversie sviluppati in fori diversi si è finora sostanzialmente dibattuto nell'ambito dell'attuazione della Convenzione da parte dei suoi organi (Conferenza delle Parti e Comitato intergovernativo). L'assenza di una particolare urgenza nell'approfondire il significato operativo delle disposizioni della Convenzione legate ad un'ottica di possibile scontro tra opposte priorità perseguite in diversi fori internazionali può essere ascritta al fatto che per il momento non si sono presentati casi controversi di particolare rilievo[17]; d'altra parte, però, va anche ricordato che esistono già consolidati parametri, nella giurisprudenza internazionale, applicabili alla valutazione del contemperamento tra le esigenze di politica culturale a sostegno della diversità e il rispetto delle libertà commerciali.

Tali parametri sono ben chiariti nella prima pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea che fa riferimento alla Convenzione del 2005. Alla Corte era stata richiesta dal *Tribunal Supremo* spagnolo una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 87 del trattato CE sugli aiuti di Stato e della direttiva 89/552/CEE, detta 'televisione senza frontiere'. La Corte ha chiarito che tali normative devono essere interpretate nel senso che non ostano ad una misura adottata da uno Stato membro la quale obblighi gli operatori della televisione a destinare il 5% dei loro ricavi di esercizio al finanziamento anticipato di film europei per il cinema e la televisione nonché, più specificamente, il 60% di tale 5% ad opere la cui lingua originale è una delle lingue ufficiali di tale Stato membro[18].

È interessante notare il motivo per cui la sentenza della Corte si discosta da una precedente pronuncia, dalla quale invece si deduceva che

[17] Alla Convenzione UNESCO è stato fatto riferimento in una pronuncia dell'Organo di appello del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC. Il caso presentato presso l'OMC dagli Stati Uniti d'America nei confronti della Cina è, peraltro, relativo a restrizioni nella circolazione di beni e servizi la cui asserita motivazione riguarda la protezione della morale pubblica e non la protezione della diversità delle espressioni culturali. Il richiamo alla Convenzione UNESCO fatto dalla Cina nella sua memoria difensiva è puramente incidentale e non risulta appropriato, dunque non stupisce che l'Organo di appello dell'OMC non lo abbia affatto tenuto in considerazione.

[18] Cfr. Corte di giustizia, *Uniòn de televisiones comerciales asociadas (UTECA) c. Administración General del Estado*, causa C-222-07, sentenza del 5 marzo 2009.

la normativa nazionale previgente fosse in contrasto con quella comunitaria. Laddove, infatti, precedentemente i finanziamenti erano destinati a 'film spagnoli' e la normativa interna rimandava solo allo Stato membro in cui un film veniva prodotto, la successiva normativa interna applica un criterio linguistico. Come spiega l'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni, non può essere disconosciuto il connotato culturale di siffatto criterio linguistico, alla luce dell'importanza della lingua per la preservazione e il rafforzamento delle culture nonché per la diffusione adeguata delle conoscenze in merito alle medesime, e dunque la disciplina spagnola sul prefinanziamento non può essere qualificata quale misura protezionistica, adottata esclusivamente per motivi economici[19]. La Corte riprende queste argomentazioni e si riferisce alla Convenzione UNESCO, ratificata dall'Unione europea, per dimostrare l'importanza culturale del criterio linguistico adottato dalla normativa spagnola ed escludere che l'obiettivo perseguito da uno Stato membro, consistente nel difendere e promuovere una o più delle sue lingue ufficiali, debba necessariamente essere corredato da altri criteri culturali affinché possa giustificare una restrizione a talune delle libertà fondamentali garantite dal Trattato[20].

Così facendo, a ben guardare, la Corte si situa esattamente nel solco della sua precedente giurisprudenza; la diversa soluzione rispetto alla precedente pronuncia, infatti, è dovuta al mutato 'approccio' della normativa spagnola in discussione, e non alla sopravvenuta entrata in vigore della Convenzione del 2005, che viene riferita per evidenziare – e non per fondare – l'importanza culturale del criterio linguistico.

Mutatis mutandis, così come nell'ambito dell'Unione europea, anche nell'ambito dell'OMC la legittimità di misure nazionali che comportino conseguenze sul piano della concorrenza e della libertà di circolazione va valutata sulla base della corretta applicazione di clausole di salvaguardia, e la correttezza di tale applicazione dipende dal superamento di un test di necessità e proporzionalità. Anche nel sistema convenzionale OMC esistono clausole generali nell'ambito della cui applicazione è possibile ipotizzare che rientrino le misure adottate dalle Parti in attuazione della Convenzione UNESCO sulla diversità delle espressioni cul-

[19] Cfr. par. 108-114 delle conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 4 settembre 2008.

[20] Cfr. par. 33 della pronuncia della Corte. Sulla natura di tali 'altri criteri culturali', peraltro, la Commissione, che li riteneva necessari, non aveva saputo fornire alcuna indicazione; nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Kokott ricorda che dovrebbero essere considerate anche le conseguenze negative di un controllo in punto di contenuto e qualità – che vada oltre il criterio della lingua – sul settore della cultura e dei media.

turali, sebbene la loro positiva valutazione in quel consesso sia tutt'altro che scontata[21]. La forte contrarietà degli Stati Uniti d'America alla Convenzione UNESCO era tutta da ascrivere alla convinzione che essa, così come formulata, non potesse che collidere con il sistema convenzionale per la liberalizzazione del commercio internazionale, tuttavia tale posizione è infine rimasta quasi completamente isolata.

La Convenzione del 2005, dunque, pur occupandosi di 'beni, servizi ed attività' che presentano sia aspetti culturali sia aspetti commerciali, rimane nel mandato dell'UNESCO finché ciò che viene preso in considerazione ai fini della sua attuazione è esclusivamente l'aspetto culturale di determinate iniziative, indipendentemente dal fatto che esse possano comportare una 'collaterale' ricaduta commerciale. Qualora la stessa situazione sia potenzialmente rilevante sotto tutti e due gli aspetti, perché possano essere contemporaneamente rispettati gli obblighi internazionali assunti per la protezione della diversità delle espressioni culturali e per la liberalizzazione del commercio internazionale è necessario che le misure adottate dalle Parti della Convenzione UNESCO siano genuinamente motivate da obiettivi culturali e dunque rivolte a sortire effetti di tale natura e che siffatte motivazioni possano essere ricostruite, nell'ambito degli accordi OMC, quali valide cause per le 'collaterali' ricadute commerciali che comportano.

4. Il vero contenuto innovativo della Convenzione: l'individuazione della dimensione culturale dello sviluppo sostenibile

La protezione integrata di tutti gli elementi del patrimonio culturale rappresenta un necessario requisito di qualsiasi politica basata sul rafforzamento e sulla valorizzazione delle risorse presenti sul territorio, che miri ad assicurare uno sviluppo delle comunità territoriali in grado di

[21] Sulle possibili 'aperture' del sistema convenzionale dell'OMC alle politiche volte alla promozione della diversità delle espressioni culturali cfr. A. GATTINI, "La Convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità culturale e regole WTO", in *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO: un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, L. ZAGATO (a cura di), Padova, 2008, p. 191 ss., a p. 200. Va rilevato che, sebbene la Convenzione UNESCO del 2005 non vi sia esplicitamente richiamata, la protezione della diversità culturale attraverso misure che influenzano pesantemente la commercializzazione di beni è ampiamente chiamata in causa in un recente rapporto di un panel del GATT relativo all'applicazione dell'eccezione della morale pubblica, cfr. Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto del panel *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, Doc. WT/DS400/R e WT/DS401/R del 25 novembre 2013.

autosostenersi e di alimentare un miglioramento della qualità della vita in linea con le reali esigenze di ciascuna specifica comunità.

Non meraviglia che la dimensione – ed insieme il prerequisito – culturale dello sviluppo sostenibile sia fortemente sottolineata nella Convenzione sulla diversità delle espressioni culturali. Mira dell'UNESCO, infatti, non è conservare qualunque cosa a qualsiasi costo, bensì individuare e proteggere, anche e soprattutto attraverso la loro valorizzazione, risorse culturali importanti per la vita dell'umanità.

Che anche la protezione del patrimonio culturale, costituito dai 'tesori' culturali mobili ed immobili, vada ricercata e garantita attraverso politiche di inclusione del patrimonio nella programmazione generale dell'attività delle comunità territoriali, e non attraverso il suo isolamento dal contesto sociale in cui è situato, era già chiaramente indicato da raccomandazioni adottate dall'UNESCO contemporaneamente e successivamente all'adozione della Convenzione sul patrimonio mondiale del 1972 e, peraltro, implicito nella stessa Convenzione del 1972, che utilizza il trinomio 'protezione-conservazione-valorizzazione'[22].

Tuttavia, è soprattutto con le convenzioni sul patrimonio culturale intangibile e sulla diversità delle espressioni culturali che l''approccio culturale' allo sviluppo sostenibile viene dagli Stati membri dell'UNESCO più compiutamente espresso quale priorità e 'coniugato' con riferimento alla protezione e promozione del patrimonio culturale. L'attenzione alla tematica dello sviluppo sostenibile, nella Convenzione sul patrimonio intangibile del 2003, è espressa solamente in uno dei *consideranda* del Preambolo, seppur molto significativo, in quanto sottolinea l'importanza del patrimonio culturale intangibile quale fonte di diversità culturale e garanzia di sviluppo sostenibile. La Convenzione del 2005, invece, dedica due disposizioni specificamente al tema dello sviluppo sostenibile e si muove interamente in tale ottica[23].

[22] Cfr. art. 5 della Convenzione del 1972 sul patrimonio mondiale culturale e naturale. Per un approfondimento delle considerazioni qui richiamate sul contenuto dell'obbligo di valorizzazione quale chiave per la sostenibilità della tutela del patrimonio culturale si veda F. MUCCI, "La valorizzazione del patrimonio mondiale culturale e naturale: significato e strumento di una 'tutela sostenibile'", in *La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla Convenzione dell'UNESCO*, M.C. CICIRIELLO (a cura di), Napoli, 1997, p. 269 ss.

[23] Si tratta degli art. 2.6 e 13: «Article 2.6 – Principle of sustainable development: Cultural diversity is a rich asset for individuals and societies. The protection, promotion and maintenance of cultural diversity are an essential requirement for sustainable development for the benefit of present and future generations»; «Article 13 – Integration of culture in sustainable development: Parties shall endeavour to integrate culture in their development policies at all levels for the creation of conditions conducive to sustainable

La Convenzione sulla diversità delle espressioni culturali individua, infatti, le categorie dei beni, servizi ed attività culturali, intorno alle quali concentrare l'impegno di protezione e promozione della diversità all'interno degli Stati contraenti e sul piano della cooperazione internazionale, *in primis* della cooperazione internazionale per lo sviluppo. Viene, dunque, incentivato il sostegno alle 'industrie culturali' – definite nella Convenzione come le industrie che producono e distribuiscono beni o servizi culturali – che si basino sulla creatività locale e siano in grado di innescare processi virtuosi di sviluppo salvaguardando e rafforzando la diversità delle espressioni culturali.

Attraverso la focalizzazione del ruolo delle industrie culturali si concretizza un aspetto operativo dell'interazione tra cultura e sviluppo economico esemplare, anche se certamente non l'unico possibile (basti pensare ai possibili risvolti economici ed organizzativi legati ai saperi tradizionali in materia agricola, curativa…). Sebbene, infatti, si sia oggi raggiunta una diffusa consapevolezza dell'idea che uno sviluppo qualificabile come 'umano' dovrebbe costituire la priorità in ogni programmazione, l'incorporazione della cultura nei processi di sviluppo rimane un argomento sfuggente e non vi sono modelli condivisi che riescano a descriverne le possibili modalità operative. Ebbene, nonostante la rilevanza delle industrie culturali ai fini dell'integrazione della cultura nello sviluppo sostenibile possa non essere immediatamente evidente, tali industrie riescono in modo pragmatico a catturare l'attenzione dei centri di decisione politica.

Il riconoscimento del ruolo delle industrie culturali non è poi così recente, ma solo da poco si è iniziata ad analizzare la loro struttura e a misurare il loro rendimento. Si sta, dunque acquisendo maggiore consapevolezza di quale sia il contributo che le industrie culturali danno al raggiungimento di una serie di obiettivi economici e sociali, quali la crescita del prodotto interno lordo, la creazione di posti di lavoro, lo sviluppo regionale, la rivitalizzazione dei centri urbani e la coesione sociale. Da tali dati è possibile evincere che, sia nei Paesi in via di sviluppo che nei Paesi industrializzati, un progetto legato alle industrie culturali offre la possibilità di collegare cultura ed economia in modo tale da riconoscere sia l'importanza economica delle attività creative, sia lo specifico valore culturale inerente a tali attività e da esse prodotto. È, quindi, in corso

development and, within this framework, foster aspects relating to the protection and promotion of the diversity of cultural expressions».

una concettualizzazione ad ampio raggio delle industrie culturali e del loro potenziale ruolo nei programmi di sviluppo di qualsiasi Paese[24].

Va, però, sottolineato che la differenza tra la posizione reale dei Paesi industrializzati e dei Paesi in via di sviluppo è stata, soprattutto da questi ultimi ma non solo, sottolineata durante tutto il negoziato sulla Convenzione e sulla definizione dei suoi strumenti attuativi, evidenziando, in particolare, la pressoché totale assenza di vere e proprie industrie culturali di rilievo nei Paesi in via di sviluppo, i cui 'creatori culturali' perciò veicolano spesso i propri 'prodotti culturali' sul mercato attraverso industrie straniere. Una delle maggiori aspettative dei Paesi in via di sviluppo rispetto all'applicazione della Convenzione è, infatti, la facilitazione dell'avvio e del consolidamento di industrie culturali locali, in grado di innescare processi di sviluppo reale e sostenibile.

5. Un'attenzione particolare alla cooperazione internazionale per lo sviluppo

Il Preambolo della Convenzione, pur non essendo vincolante, esplicita in modo chiaro le esigenze che gli Stati hanno inteso soddisfare assumendo un impegno giuridico mediante la stipulazione del testo convenzionale. Si mette in luce innanzi tutto la consapevolezza che la diversità culturale, proprio perché dà vita ad un mondo ricco e variegato che, in quanto tale, arricchisce la gamma delle scelte e sviluppa le capacità umane ed i relativi valori, costituisce lo strumento privilegiato per uno sviluppo sostenibile di comunità, popoli e nazioni. Ecco perché gli Stati

[24] Per quanto riguarda le implicazioni della valutazione dell'impatto delle industrie culturali sulle politiche culturali – e vice-versa – vanno distinte le situazioni in cui versano i Paesi industrializzati rispetto ai Paesi in via di sviluppo. Nei primi, infatti, le industrie culturali sono generalmente dominate da grandi imprese – case editrici o società discografiche, ad esempio – che porterebbero a sviluppare politiche culturali molto incentrate su di un orientamento commerciale, mentre i secondi sono tipicamente caratterizzati dalla presenza di piccole e medie imprese e dunque le loro politiche culturali sono generalmente incentrate sullo sviluppo locale economico e culturale. Va, tuttavia, rilevato che entrambi questi approcci sono importanti per la realizzazione di efficaci politiche culturali sia nei Paesi industrializzati che nei Paesi in via di sviluppo. Sebbene, infatti, nei Paesi industrializzati il maggiore contributo economico provenga generalmente da grandi società che lavorano nel settore culturale, comunque anche in tali Paesi è essenziale preoccuparsi di sostenere la vitalità dell'attività di produzione culturale locale, come, al contrario, nei Paesi in via di sviluppo è importante che l'attenzione delle politiche pubbliche sia focalizzata non soltanto sullo sviluppo locale, ma anche su di una maggiore apertura al mercato globale. Su questi argomenti, si veda UNESCO, *Culture in Sustainable Development: Insights for the Future Implementation of Art. 13*, Doc. CE/08/Throsby/Art. 13, del 14 gennaio 2008.

contraenti ritengono necessario fare della cultura un elemento strategico delle politiche di sviluppo, sia a livello nazionale, sia nelle iniziative di cooperazione internazionale, ed è proprio con riferimento alla prospettazione di auspicati modelli di cooperazione internazionale che la Convenzione sembra rivestire particolare interesse.

Per discutere le norme sulla cooperazione internazionale si è costituito, durante il negoziato, un apposito gruppo informale di lavoro, che ha proceduto a riesaminare tutte le disposizioni, al fine di conseguire un esteso consenso. Più di cinquanta Stati – e la Comunità europea – hanno preso parte ai lavori del gruppo informale, riuscendo a raggiungere il consenso su questa parte della Convenzione e rendendola più chiara e coerente. Le due disposizioni che presentavano difficoltà tecniche e politiche più consistenti, tuttavia, sono state dibattute anche dalla riunione di esperti governativi nel suo complesso, laddove su tutto il resto del testo di questa parte della Convenzione il risultato dei lavori del gruppo informale è stato avallato *tel quel*[25].

Gli art. 12, 17, 18 e 19 della Convenzione sono dedicati alla cooperazione internazionale intesa in senso generale, mentre gli art. 14, 15 e 16 affrontano in particolare l'argomento della cooperazione per lo sviluppo, attraverso diversi strumenti e modalità, che mirano a mantenere e rafforzare la vitalità del settore culturale in genere, con particolare attenzione alla nascita ed al consolidamento di industrie culturali nei Paesi in via di sviluppo (PVS). Sebbene, dunque, l'argomento della solidarietà internazionale a favore dei PVS sia di essenziale importanza nel testo convenzionale, è chiarito che i meccanismi di cooperazione previsti non sono limitati a tali circostanze, potendone senz'altro beneficiare anche espressioni culturali 'a rischio' di Paesi industrializzati[26].

In tale contesto, colpisce la collocazione dell'art. 13, dedicato alla necessaria integrazione dei fattori culturali, volto a favorire gli aspetti legati alla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali nell'elaborazione ed attuazione delle politiche di sviluppo, al fine

[25] Cfr. UNESCO, *Preliminary Report of the Director-general containing Two Preliminary Drafts of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, Doc. CLT/CPD/2005/CONF.203/6 del 3 marzo 2005. Nei suoi lavori, il gruppo informale non ha potuto avvalersi di alcuna indicazione proveniente dal Comitato di redazione riunitosi nel dicembre 2004, poiché il Comitato era riuscito a coprire, con i suoi lavori – peraltro assai difficili e farraginosi – soltanto i primi undici articoli della Convenzione.

[26] L'art. 8, in particolare, che tratta dell'individuazione delle situazioni di rischio di estinzione, di grave minaccia, o di necessità di misure urgenti, non fa alcun riferimento alla situazione di sottosviluppo quale principale ragione di rischio per la sopravvivenza della diversità culturale.

di creare le condizioni propizie allo sviluppo sostenibile. La disposizione, infatti, che assume la forma di un 'obbligo di impegno', non è costruita come specificamente rivolta alla cooperazione internazionale, e tuttavia si situa nella successione di norme ad essa dedicate, rivelando la particolare importanza che i negoziatori intendevano riconoscere alla dimensione culturale dello sviluppo sostenibile promosso attraverso la cooperazione internazionale. Che tale accento posto sul legame tra cultura e sviluppo sia ritenuto di fondamentale importanza per i Paesi in via di sviluppo è esplicitamente affermato tra gli obiettivi della Convenzione[27].

È, dunque, evidente come la situazione particolarmente delicata dei PVS sia tenuta presente in buona parte dell'impianto convenzionale, 'attraendo', come nel caso appena accennato, la collocazione di alcune disposizioni, oppure – più frequentemente – caratterizzando in modo preponderante disposizioni di natura più generale. Così è, ad esempio, con riferimento all'obbligo di cooperazione internazionale in caso di situazioni di minaccia grave per le espressioni culturali, che è stabilito in via generale tra le Parti, ma va attuato 'con un'attenzione particolare ai PVS'[28]. D'altronde, è dichiarato tra gli obiettivi della Convenzione l'intento di rafforzare la cooperazione e la solidarietà internazionali in un contesto di partenariato al fine, in particolare, di accrescere le capacità dei PVS di proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali[29].

La cooperazione internazionale per lo sviluppo sostenibile quale *leit-motiv* reale e incontroverso durante tutto il percorso negoziale che ha portato alla conclusione della Convenzione, prima nella rielaborazione del testo ad opera delle riunioni di esperti governativi e poi al momento dell'approvazione da parte della Conferenza generale del 2005, fa, peraltro, da contraltare alle accese discussioni che hanno animato gli stessi negoziati con riferimento alla presunta incompatibilità tra alcune delle disposizioni convenzionali e gli accordi sulla liberalizzazione del com-

[27] Cfr. art. 1 (f).

[28] Cfr. art. 17 della Convenzione. Peraltro, la menzione dei PVS con riferimento alle situazioni di minaccia grave per le espressioni culturali era una forte richiesta negoziale degli stessi PVS, molti dei quali tenevano a sottolineare il rischio, per la diversità delle espressioni culturali, costituito dalle situazioni generalizzate di estrema povertà. L'inciso aggiunto all'art. 17 ha dunque anche, in qualche misura, compensato i risultati dell'andamento negoziale con riferimento all'art. 8, ove non è stato possibile inserire la menzione delle situazioni di povertà, come in prima battuta alcuni PVS avrebbero voluto.

[29] Cfr. art. 1(i) della Convenzione. Per un'analisi più diffusa delle disposizioni della Convenzione dedicate alla cooperazione per lo sviluppo si veda M.C. CICIRIELLO, F. MUCCI, "La cooperazione internazionale per lo sviluppo in materia di diversità culturale: un tratto saliente della Convenzione UNESCO del 2005", in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, AA. VV., Napoli, 2008, p. 123 ss.

mercio internazionale, conclusi sotto gli auspici dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Se, seppur in parte condivise da un numero assai ristretto di altre delegazioni, tali discussioni non hanno ostato all'adozione del testo con gli unici voti contrari di Stati Uniti ed Israele, ciò è soprattutto in virtù dell'intenso slancio ideale, condiviso da tutto il consesso internazionale, per l'affermazione dell'importanza della diversità delle espressioni culturali allo scopo di uno sviluppo realmente sostenibile, in particolare per i PVS[30].

Un'analisi delle disposizioni specificamente dedicate alla cooperazione per lo sviluppo, da un canto, porta a riscontrare la ricchezza di tale *corpus* normativo, che non si ferma all'enunciazione di principi generali, ma entra nel dettaglio delle auspicate forme e modelli di cooperazione, d'altro canto, evidenzia la natura assai debole dei contenuti in termini obbligatori, che richiedono ulteriori passi negoziali per trovare concretizzazione in strumenti specifici[31]. Nel complesso, rappresenta un notevole risultato la formulazione, nella Convenzione, di strategie accurate di cooperazione che, da un lato, possono essere valutate come un avanzamento del diritto internazionale in tema di cooperazione allo sviluppo, ma, d'altro lato, se ne discostano perché in questo caso la *ratio* della cooperazione internazionale per lo sviluppo, come di tutte le azioni previste nella Convenzione, è la protezione di un interesse comune a tutta la Comunità internazionale: la diversità delle espressioni culturali quale patrimonio comune dell'umanità[32].

[30] A testimonianza dell'importanza politica che i loro governi attribuivano alla conclusione della Convenzione, sono intervenuti, in occasione dell'approvazione del testo in seno alla IV Commissione (Cultura) della Conferenza generale, il 17 ottobre 2005, ben 13 Ministri della Cultura (Algeria, Argentina, Sudafrica, Brasile, Canada – accompagnato dal Ministro della Cultura del Quebec –, Colombia, Costa Rica, Costa d'Avorio, Ghana, Haiti, Messico, Togo, Sudan) e due Vice-Ministri (Cile e Cuba), tutti in forte sostegno del progetto di Convenzione. L'importanza e la solennità attribuita da molti Stati a tale momento ha trovato voce nelle dichiarazioni ufficiali, in cui veniva frequentemente riferito come 'storico' Unica voce 'fuori dal coro' la posizione statunitense, relativa in particolare all'art. 20, dedicato ai rapporti con gli altri strumenti convenzionali, rimasta agli atti attraverso una dichiarazione di voto, cfr. UNESCO, *General Conference, 33rd session, Draft Report Commission IV*, Doc. 33 C/84 Prov. (33 C/COM.IV/2) del 20 ottobre 2005.

[31] In tal senso cfr. H. RUIZ FABRI, *Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques dans la version soumise pour commentaires et observations aux gouvernements des Etats membres de l'UNESCO - Etude réalisée à la demande de l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, août 2004*, disponibile su : www.francophonie.org/IMG/pdf/Analyse_et_commentaire_av-projet_convention_protection_div_contenus_cult_et_expr_artistiques.pdf, a p. 30.

[32] Proprio perché motivate da una *ratio* non pienamente ascrivibile, in realtà, a que-

Si rileva innanzitutto l'indicazione di un ricco elenco di strumenti volti a rafforzare la cooperazione per lo sviluppo sostenibile e la riduzione della povertà, in modo particolare per quel che riguarda i bisogni specifici dei PVS, al fine di favorire l'emergere di un settore culturale dinamico. La formula di impegno adoperata per tutte le misure previste (rafforzamento delle industrie culturali dei PVS, rafforzamento delle capacità, trasferimento di tecnologie e sostegno finanziario) è «Parties shall endeavour to», con ciò intendendosi nemmeno un vero e proprio obbligo di mezzi quanto, piuttosto, un 'obbligo di impegno', uno sforzo da dispiegare nei limiti del possibile (evidentemente valutato come tale dallo stesso soggetto che sta agendo). Vengono indicate diverse specifiche modalità di azione ritenute 'virtuose' al fine di favorire, in particolare, il rafforzamento delle industrie culturali, che fanno leva sul sostegno del lavoro creativo e sulle facilitazioni all'accesso al mercato dei 'prodotti culturali' dei PVS[33].

Una formula diversa, più diretta ma non per questo dotata di maggior efficacia vincolante, è quella adoperata dall'art. 15, in tema di partenariati tra i settori pubblico e privato e le organizzazioni non a scopo di lucro, indicata quale modalità di collaborazione di cui le Parti devono 'incoraggiare lo sviluppo'. Si tratta della trasposizione nel settore culturale di meccanismi che si sono sperimentati sempre più frequentemente nel settore dello sviluppo e che consistono nel coinvolgere soggetti privati. Al fine di rendere operative tali moderne – e potenzialmente molto efficaci – forme di collaborazione tra il settore pubblico ed il settore privato, il Comitato intergovernativo della Convenzione ha formulato apposite direttive operative.

stioni di aiuti internazionali, bensì alla protezione della diversità delle espressioni culturali intesa come *global common*, le disposizioni sulla cooperazione allo sviluppo inserite nella Convenzione UNESCO del 2005 non potrebbero rappresentare, a rigore, elementi a sostegno della teoria secondo la quale si starebbe sviluppando una 'titolarità di diritti internazionali basata sul bisogno', a meno che non si interpreti il 'bisogno' in questione come riferito anche ai 'global needs', su tali argomenti, si vedano: O. SCHATCHER, "The Evolving International Law of Development", in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1976, p.1 ss., p. 9 ss. e G. FEUER, H. CASSAN, *Droit international du développement*, Paris, 1991, p. 37 ss.

[33] Per quanto riguarda il rafforzamento delle capacità, si fa riferimento sia al settore pubblico che a quello privato, in particolare per quel che attiene le capacità strategiche e di gestione, l'elaborazione e l'attuazione di politiche, la promozione e la distribuzione delle espressioni culturali, lo sviluppo delle medie, piccole e microimprese, l'utilizzazione delle tecnologie, lo sviluppo ed il trasferimento di competenze (cfr. art. 14 della Convenzione).

6. Segue: *Il trattamento preferenziale e l'istituzione del fondo*

Una questione che ha sollevato alcune difficoltà e riveste una notevole importanza è quella relativa al trattamento preferenziale da riservare ai PVS. In questo caso la disposizione, che riguarda gli scambi culturali, non è stata messa in discussione durante il negoziato tanto a causa di questioni relative alla circolazione dei beni e dei servizi culturali provenienti dai Paesi in via di sviluppo – i regimi preferenziali ad essi concessi non sollevano difficoltà nel rapporto con le regole del commercio internazionale, dal momento che si basano su condizioni obiettive e ragionevoli e sono aperti a tutti i PVS che si trovino in tali situazioni – quanto per la parte che riguarda la circolazione degli artisti e delle altre figure professionali ed operatori culturali. Alcuni Stati, infatti, hanno ritenuto che la formulazione inizialmente proposta potesse entrare pesantemente in conflitto con settori della normativa interna in materie particolarmente sensibili, e segnatamente in materia di immigrazione[34].

La soluzione adottata poi nel testo della Convenzione è consistita nell'aggiungere il riferimento all''adeguato quadro giuridico' attraverso il quale va accordato il trattamento preferenziale; il significato della sintetica aggiunta delle parole «and legal» alla menzione del quadro istituzionale adeguato è stato spiegato dai proponenti i quali hanno, al momento dell'adozione dell'articolo, reso una dichiarazione interpretativa affermando che il 'quadro normativo' menzionato nell'articolo consente sufficiente flessibilità nell'applicazione della legislazione nazionale, e più specificamente delle leggi sull'immigrazione[35].

La questione, evidentemente, è nata a causa del fatto che la disposizione non è, in questo caso, costruita come un semplice 'obbligo di impegno', ma come un obbligo di risultato «[…] developed countries shall facilitate cultural exchanges with developing countries by granting […] preferential treatment». La concessione di un trattamento preferenziale

[34] Non è facilmente definibile a quale possibile gamma di azioni si riferisca la concessione di un trattamento preferenziale; l'esempio della circolazione delle persone, invece che delle merci, è in tal senso particolarmente significativo. Un gruppo di esperti, incaricato dal Comitato di svolgere uno 'studio fattuale' sulle prassi esistenti in materia di trattamento preferenziale ha prodotto un ponderoso – ma non particolarmente illuminante – rapporto, cfr. UNESCO, *Reports of the Experts on preferential treatment (art. 16 of the Convention)*, Doc. CE/08/2.IGC/8 del 17 settembre 2008. Su questo argomento si veda X. TROUSSARD, V. PAIS-CENDROWICZ, J. GUERRIER, "Article 16. Preferential Treatment for Developing Countries", in *The UNESCO Convention for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*, S. VON SCHORLEMER, P. STOLL (eds.), Heidelberg, 2012, p. 405 ss.

[35] Cfr. UNESCO, *Oral report of the Rapporteur, Mr Artur Wilczynski at the Closing of the Third session of the Intergovernmental Meeting of Experts*, cit.

era, insieme all'istituzione del fondo internazionale per la diversità culturale, argomento ritenuto della massima importanza dai PVS, e dunque una soluzione di compromesso – che peraltro sembra andare incontro ad esigenze oggettive, in qualche modo ragionevolmente circostanziando l'ambizioso risultato da perseguire – ha consentito di chiudere positivamente il negoziato sul punto. La disposizione fornisce, inoltre, un potenziale quadro normativo per agevolare l'operatività delle reti di accordi di coproduzione, la cui conclusione è prevista tra le misure di cooperazione internazionale[36].

L'altra questione che il gruppo di lavoro informale sulla cooperazione internazionale non ha potuto risolvere, e che dunque è stata di nuovo discussa in plenaria, riguarda l'istituzione e la natura del fondo internazionale per la diversità culturale. In questo caso, la contrarietà degli Stati industrializzati all'istituzione di un nuovo fondo basato su contributi obbligatori era ben nota sin dalla predisposizione della bozza di convenzione da parte degli esperti indipendenti. Tuttavia, poiché ben nota era anche la posizione dei PVS, estremamente favorevole all'istituzione del fondo, nel testo poi proposto agli esperti governativi si era immaginato di rinviare la soluzione al momento dell'istituzione del Comitato previsto dalla Convenzione, dando ad esso la facoltà di decidere sulla natura del fondo. Durante il negoziato, però, si è evidenziata l'indisponibilità delle Parti a lasciare aperta la questione.

La soluzione poi accolta nel testo definitivo si è raggiunta aderendo ad una proposta del Gruppo africano, volta ad aggiungere un ultimo paragrafo all'articolo, in cui si statuisce che le Parti tenteranno di versare contributi volontari su base regolare[37]. Da un lato, dunque, è rispettata la volontà dei PVS di istituire un fondo appositamente dedicato alla diversità culturale, d'altro lato si è venuti incontro all'esigenza dei Paesi svi-

[36] La disposizione che incoraggia la conclusione di accordi di coproduzione e di co-distribuzione, rientrante tra le misure di promozione della cooperazione internazionale *tout court* (cfr. art. 12(e) della Convenzione) era, nella prima bozza della Convenzione, più specifica, limitata al settore cinematografico (per questo verso, la formulazione definitiva, non specificando alcun settore, si presenta di più ampia applicazione) ed estremamente circostanziata, poiché precisava che le produzioni straniere coperte dall'accordo avrebbero dovuto essere considerate come nazionali e dunque godere di un accesso agevolato agli aiuti nazionali. Sull'importanza che gli aspetti relativi alle co-produzioni stanno assumendo nelle prime applicazioni della Convenzione, in particolare da parte dell'Unione europea, si veda Parlamento europeo, Direzione generale per le politiche interne*, Implementing the UNESCO Convention of 2005 in the European Union,* Doc. IP/B/CULT/IC/2009_057, del maggio 2010, disponibile su: www.diversitystudy.eu/ms/ep_study_long_version_20_nov_2010_final.pdf., p. 180 ss.

[37] Si veda l'art. 18.7. In merito alle vicende del negoziato cfr. *Oral Report of the Rapporteur, Mr Artur Wilczynski at the Closing of the Third session*, cit.

luppati di non veder ancora moltiplicarsi i fondi speciali a contribuzione obbligatoria nell'ambito delle convenzioni UNESCO dedicate al patrimonio culturale.

Dopo il fondo del patrimonio mondiale, istituito dalla Convenzione del 1972 sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale, già, infatti, è stato previsto nella Convenzione sul patrimonio intangibile, conclusa nel 2003, un fondo destinato a finanziare interventi relativi al patrimonio culturale intangibile. Entrambi questi fondi sono a contribuzione obbligatoria, mentre il nuovo fondo per la diversità culturale non impegna le Parti a versare contributi; tuttavia, essendo necessario conoscere di quali risorse potrà avvalersi il fondo onde poterne programmare l'utilizzo nel tempo, è previsto che i contributi, pur volontari, siano versati 'su base regolare'.

Ben sei categorie di soggetti possono richiedere finanziamenti al fondo per programmi e progetti; oltre agli Stati in via di sviluppo, alle Parti della Convenzione che abbiano rilevato sul loro territorio l'esistenza di situazioni speciali sulla base degli art. 8 e 17 della Convenzione, alle ONG dei PVS, alle ONG internazionali ed a soggetti del settore privato, va sottolineato che sono ammessi a fare richiesta di finanziamento anche direttamente i rappresentanti dei gruppi vulnerabili e degli altri gruppi sociali identificati nella Convenzione[38]. Le richieste di finanziamento provenienti da ONG internazionali, sostenute per iscritto dagli Stati contraenti beneficiari, vanno presentate direttamente al Segretariato, le altre, invece, vanno presentate tramite le Commissioni nazionali UNESCO o altri canali ufficiali designati dagli Stati contraenti.

Nei primi due anni di operatività del fondo, il 2010 e il 2011, sono state presentate più di 450 richieste e ne sono state finanziate 48, provenienti da 36 PVS. Il Comitato si è dotato di un *panel* di esperti che prevalutano le richieste di finanziamento e segue con grande attenzione la fase-pilota di funzionamento del fondo, onde, sulla base di questa prima esperienza, opportunamente rimodulare le relative direttive operative, se necessario. Si ritiene, peraltro, che l'efficacia dei primi progetti finanziati sia il migliore mezzo per accrescere la visibilità e la conoscenza della Convenzione e attirare nuovi contributi al fondo, soprattutto da parte delle grandi industrie culturali[39].

[38] Cfr. art. 9.1 delle Direttive operative relative all'art. 18 della Convenzione. Si tratta, dunque, delle minoranze, dei popoli indigeni e delle donne.

[39] Va rilevato che, in base alle Direttive operative sull'utilizzo delle risorse del fondo internazionale per la diversità culturale, tra i possibili beneficiari del fondo sono previste anche le micro, piccole e medie imprese nel settore privato attive nel campo culturale dei PVS che sono Parti della Convenzione, nei limiti, però, dei fondi disponibili in

7. La necessaria partnership con la società civile

Si è visto in quale contesto si situi la Convenzione sulla diversità delle espressioni culturali e quali siano gli aspetti più peculiari di questo testo, dedicato a problemi e sfide talmente importanti e complessi da poter essere definiti solo in modo teleologico, che perciò presenta in massima parte un contenuto più esortativo che compiutamente obbligatorio. L'estrema complessità nell'individuazione – e dunque definizione – dell'oggetto della Convenzione comporta inevitabilmente un massiccio e costante rinvio al significato reale dei concetti a cui si fa riferimento nella vita quotidiana della società civile, culla e fucina delle espressioni culturali. A tal proposito va rilevato come uno degli aspetti che caratterizzano la Convenzione sia proprio l'esplicito e pervasivo riconoscimento di un importante ruolo partecipativo della società civile nel compito stesso di protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali; essa, infatti, è chiamata ad affiancare sia le azioni promosse dalle Parti, sia le azioni promosse dal Comitato intergovernativo.

Al fine di poter dare un compiuto significato operativo alle norme relative al ruolo della società civile – che non si sbaglierebbe a definire di impulso, oltre che *lato sensu* partecipativo – si è proceduto a definire la nozione di 'società civile' ai fini della Convenzione nel testo delle Direttive operative adottate dal Comitato. Tale definizione include le organizzazioni non governative, le organizzazioni senza scopo di lucro, i professionisti nel settore della cultura ed in settori collegati, i gruppi che sostengono il lavoro degli artisti e le comunità culturali[40].

La Convenzione del 2003 sul patrimonio culturale intangibile e quella del 2005 sulla diversità delle espressioni culturali sono accomunate dall'attenzione alla partecipazione di enti esterni rispetto alla struttura degli Stati-organizzazione. Numerosi enti non governativi vengono accreditati ai lavori di entrambi i Comitati, che possono avvalersi della loro consulenza, se lo ritengono opportuno. Nella Convenzione del 2003 si prevede un ruolo per le organizzazioni non governative e per gli enti pubblici o privati, nonché le persone private, che presentano una riconosciuta competenza nel campo del patrimonio culturale intangibile, laddove nella Convenzione del 2005 si teorizza la partecipazione della 'società civile' in generale.

La terminologia utilizzata nella Convenzione del 2005 sembra rive-

base a contributi effettuati dal settore privato – contributi che finora non sono pervenuti, ed anche per questo si moltiplicano le discussioni sulla visibilità della Convenzione in seno al Comitato ed alla Conferenza delle Parti.

[40] Cfr. Direttive relative al ruolo ed alla partecipazione della società civile, par. 3.

lare, più che non un'accezione maggiormente estensiva del concetto, un'accentuazione della contrapposizione pubblico-privato e l'intenzione di riferirsi specificamente all'apporto delle realtà identificate non solo e non tanto come locali o rappresentative di gruppi svantaggiati, bensì come complessivamente 'indipendenti' rispetto alla rappresentanza – necessariamente istituzionale/governativa – delle Parti.

Le disposizioni più direttamente pertinenti, che chiariscono in quali termini le Parti siano chiamate a strutturare il loro dialogo continuo con la società civile, sono quelle degli art. 15 e 19 della Convenzione. Esse vanno lette alla luce dell'art. 11, in cui è sancito che le Parti riconoscono il ruolo fondamentale della società civile nella protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali e si obbligano ad incoraggiare la sua partecipazione attiva nei loro sforzi per il raggiungimento degli obiettivi della Convenzione.

L'art. 15 è dedicato agli 'accordi collaborativi' che le Parti sono incoraggiate a sviluppare per cooperare con i PVS nel miglioramento delle loro capacità di protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali. Gli 'accordi collaborativi' vanno conclusi tra enti del settore pubblico e privato e organizzazioni *no-profit*. L'art. 19 è, invece, dedicato allo scambio, all'analisi ed alla diffusione delle informazioni e prevede, tra l'altro, che l'UNESCO istituisca ed aggiorni una banca-dati sui diversi settori ed organizzazioni – governative, private e *no-profit* – coinvolti nell'ambito delle espressioni culturali. In considerazione di questi dati testuali della Convenzione, nelle Direttive operative relative ai rapporti quadriennali sull'attuazione della Convenzione si è stabilito che ciascuna Parte debba garantire il coinvolgimento della società civile nella predisposizione del proprio rapporto quadriennale e che in ciascun rapporto debba essere indicato il modo in cui la società civile ha partecipato alla redazione[41].

La società civile è chiamata a sostenere le Parti nell'elaborazione ed attuazione delle politiche culturali, nello sviluppo di capacità e professionalità specifiche, nella raccolta di dati, nella promozione di espressioni culturali di gruppi specifici e nello sviluppo di *partnerships* innovative con il settore pubblico e privato, nonché con la società civile di altre regioni del mondo, al fine di cooperare per promuovere lo sviluppo a livello locale, nazionale ed internazionale. Tali *partnerships* dovrebbero ba-

[41] Cfr. par. 7 delle Direttive operative relative all'art. 9 della Convenzione. Il Comitato ha predisposto un modello di riferimento per la redazione dei rapporti quadriennali sull'attuazione della Convenzione, nel quale è prevista una sezione specificamente dedicata alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica ed alla partecipazione della società civile.

sarsi, per quanto possibile, sulle strutture e reti già esistenti nel settore pubblico e nella società civile, ivi incluse le organizzazioni non governative, le organizzazioni senza scopo di lucro ed il settore privato[42].

Che, in particolare negli sforzi di cooperazione per lo sviluppo, l'iniziativa sia naturalmente – il più delle volte – in mano alla società civile è dimostrato anche dai primi risultati nella destinazione delle risorse finanziarie del fondo della Convenzione; i finanziamenti a progetti di organizzazioni non governative sono stati, infatti, finora più numerosi di quelli concessi agli Stati.

La Convenzione, dunque, tiene conto della molteplicità degli attori della diversità culturale e considera il ruolo evidente degli individui e dei gruppi sociali come attori della diversità, assegnando agli Stati un duplice ruolo di garanti/beneficiari. Essa opta per un impegno attivo dello Stato e rifiuta una visione puramente liberale del suo ruolo nel campo della cultura, che consisterebbe in una neutralità perfetta in rapporto alla produzione e diffusione dei beni e servizi culturali sul suo territorio[43], tuttavia tale impegno deve essere svolto in sintonia con le reali esigenze del 'settore culturale', sviluppando potenzialità della società civile che devono essere sostenute ed incrementate grazie allo sforzo congiunto ed alla *cross-fertilization* di pubblico e privato e del mondo del *no-profit*[44].

8. Osservazioni conclusive

La globalizzazione degli scambi – non solo commerciali – rappresenta un fattore di rischio, ma anche una grande opportunità per la pluralità delle culture. È per strutturare modelli operativi in grado di cogliere questa opportunità che sta lavorando il Comitato intergovernativo istituito dalla Convenzione UNESCO del 2005 sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali.

Che la specificità culturale di determinate misure normative debba costituire il parametro per la valutazione della loro legittimità nel quadro della regolamentazione internazionale per la liberalizzazione del commercio non è certamente una ricostruzione teorica originale.

[42] Cfr. Direttive operative per gli artt. 11 e 15 (par. 6.3).

[43] Cfr. A. KOLLIOPOULOS, "La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles", in *Ann. Fr. dr. intern.*, 2005, p. 487 ss., a p. 495 e 502.

[44] Sulla necessità di analizzare e definire i diritti umani e lo sviluppo comunitario 'a partire dal basso', al fine di garantirne una migliore protezione si veda J. IFE, *Human Rights from below*, Melbourne, 2010.

L'applicazione delle clausole che consentono la salvaguardia di specifici interessi nonostante le ricadute sugli scambi commerciali di beni e servizi risponde da sempre – sia nell'OMC, sia nell'Unione europea – a criteri di necessità e proporzionalità che di tale specificità sono espressione. La conclusione della Convenzione UNESCO rappresenta un'importante indicazione di valori culturali da proteggere ma non determina l'allontanamento da tale approccio metodologico, confermato nella sentenza del 5 marzo 2009 nella causa *Uniòn de televisiones comerciales asociadas (UTECA)*, in cui la Corte UE conclude riferendosi anche alla Convenzione del 2005.

Nonostante l'acceso dibattito sviluppatosi su questi temi, la vera indicazione innovativa che emerge dal testo – e soprattutto da questi primi anni di attuazione – della Convenzione UNESCO del 2005 non consiste, dunque, nella semplice giustapposizione degli obiettivi culturali a quelli economico/commerciali, bensì nell'allontanamento dall'idea del probabile conflitto tra valori diversi a favore della volontà di costruire percorsi virtuosi e sinergie.

Questo reale 'sostegno reciproco' tra obiettivi economici e di cooperazione culturale è particolarmente evidente nelle disposizioni dedicate alla cooperazione per lo sviluppo ed è l'espressione di una priorità genuinamente condivisa: la volontà di promuovere progetti in piena sintonia con le caratteristiche di ciascuna comunità locale, basati sulle potenzialità del 'settore culturale'. La rigorosa selezione dei progetti da finanziare effettuata dal Comitato intergovernativo, sulla base delle direttive operative della Convenzione, è volta a strutturare nuovi modelli di sviluppo, socialmente e culturalmente – oltre che ambientalmente – sostenibili, enucleando *best practices* di interesse non solo per i PVS. Le scelte dispositive effettuate con riferimento al trattamento preferenziale dei PVS ed al ruolo propositivo della 'società civile' rappresentano elementi giuridici fondamentali di questo nuovo modello di sviluppo.

SESSIONE CONCLUSIVA - TAVOLA ROTONDA

LA TUTELA INTERNAZIONALE DELLE DIVERSITÀ CULTURALI

Presidenza

F. FRANCIONI

DIRITTO INTERNAZIONALE, CULTURA E DIRITTI UMANI

Francesco FRANCIONI*

Ho accettato con piacere di presiedere questa tavola rotonda conclusiva del XVIII Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, non solo per il piacere di rispondere all'invito rivoltomi dagli organizzatori, e in particolare dal Professore Giuseppe Cataldi, ma soprattutto per l'attualità e l'importanza del tema proposto.

Il rapporto tra cultura e diritto internazionale sta, infatti, acquistando una centralità senza precedenti nel dibattito internazionale e nell'azione diplomatica volta ad adattare il diritto internazionale alla realtà contemporanea di un crescente pluralismo culturale nella Comunità internazionale ed all'interno degli stessi Stati.

Non è sempre stato così. Nel periodo immediatamente successivo alla seconda guerra mondiale il progetto di Lemkin per la criminalizzazione internazionale del genocidio aveva posto la cultura al centro della definizione del crimine, il cui *actus reus* doveva consistere non solo nella distruzione fisica di un gruppo, ma anche nell'annientamento della sua dimensione culturale[1]. Come sappiamo la Convenzione del 1948 non accolse l'idea del genocidio culturale e ancora oggi ci domandiamo se la distruzione o privazione sistematica del patrimonio culturale a scopo persecutorio di una comunità sia configurabile come genocidio. Anche la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, con la sua rivendicazione di uno standard universale in materia di diritti umani, elude in gran parte il problema della diversità culturale ed evita di affrontare il problema dei diritti delle minoranze, che saranno sanciti solo in un singolo articolo del Patto sui diritti civili e politici del 1966.

* Professore emerito, European University Institute, Firenze; Ordinario di diritto internazionale, LUISS, Roma.

[1] R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress,* 2d ed. (prima pubblicazione 1944), Law book Exchange, 2008; D. ANAYIOTOS, "The Cultural Genocide Debate: Should the UN Genocide Conventon Include a provision on Cultural Genocide, or Should the Phenomenon be Encompassed in a Separate International Treaty?", in *New York International Law Review*, 2009, vol. 22, p. 99 ss.

Oggi la situazione sta cambiando rapidamente. L'internazionalizzazione dell'economia e la rivoluzione nel campo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione aumentano le opportunità di scambio culturale tra i popoli e al tempo stesso stimolano un crescente interesse per la cultura e le tradizioni locali, quasi fossero un antidoto agli effetti alienanti della globalizzazione. La salvaguardia della diversità culturale diventa allora una preoccupazione importante della comunità internazionale, come è testimoniato dalla adozione ed entrata in vigore della Convenzione UNESCO del 2005 sulla Protezione e Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali, già ampiamente trattata nel corso di questo Convegno. Anche la Convenzione UNESCO del 1972 sulla Protezione del Patrimonio Mondiale[2], con la partecipazione quasi universale di 190 Stati, è testimonianza dell'interesse generale della Comunità internazionale per l'identificazione e protezione di beni culturali e naturali che costituiscono l'espressione tangibile della diversità delle culture del mondo. Tale esigenza di 'rappresentatività culturale' è rafforzata dalla Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile, adottata anche questa in seno all'UNESCO nel 2003, allo scopo di allargare ai beni immateriali la protezione internazionale fino allora accordata esclusivamente al patrimonio culturale tangibile. Questo importante passaggio dalla cultura materiale alle espressioni immateriali della creatività umana determina una convergenza tra norme internazionali sulla tutela del patrimonio culturale e norme internazionali sui diritti umani. Tale convergenza emerge in modo netto nella Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2007[3] con l'obiettivo preminente di salvaguardare la matrice culturale dei diritti dei popoli indigeni, con le loro tradizioni e i loro stili di vita in quanto specifiche comunità culturali.

Se teniamo conto di questi sviluppi a livello internazionale, diverse prospettive di analisi si aprono per esplorare il rapporto tra diritto internazionale e cultura.

Una prima prospettiva riguarda l'inquadramento della cultura nel campo dei diritti umani internazionali. Si tratta a questo riguardo di esaminare il contributo che la cultura ha dato alla enunciazione e applicazione di certi diritti fondamentali, quali il diritto alla partecipazione nella vita culturale della comunità, l'accesso al

[2] *Convention concerning the protection of the World Cultural and Natural Heritage*, adopted by the General Conference of UNESCO, Parigi, 16 novembre 1972. Per un commentario alla Convenzione, vedi F. FRANCIONI (ed.), *The 1972 World Heritage Convention: a Comentary,* Oxford, 2008.

[3] UN Doc. A/RES/61/265, del 13 settembre 2007.

patrimonio culturale, il diritto all'identità culturale individuale e collettiva, ivi compresi i diritti culturali delle minoranze e dei popoli indigeni. Una prima enunciazione di diritti a contenuto culturale la troviamo già nella Dichiarazione Universale il cui art. 27 proclama «[…] the right freely to participate in the cultural life of the community». È questo un diritto a contenuto chiaramente individuale («everyone has the right»), piuttosto che un diritto collettivo della comunità di praticare e trasmettere la propria cultura; ma al tempo stesso implica un corpo sociale nell'ambito del quale la vita culturale deve necessariamente svolgersi al fine di permettere la partecipazione individuale. Supporto indiretto alla cultura viene anche dall'art. 26 della Dichiarazione, il quale protegge il diritto all'educazione come strumento per promuovere «[…] respect for human rights and fundamental freedoms […] tolerance and friendship among all nations, racial and religious groups». Questi articoli sono stati trasfusi nei corrispondenti art. 15 e 13 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici. Per quanto riguarda i sistemi regionali di tutela dei diritti umani, né la Convenzione Europea del 1950, né la Convenzione Americana del 1969 contengono specifiche disposizioni in materia di diritti culturali. Tuttavia, successivi protocolli hanno introdotto anche in questi sistemi specifiche norme in materia culturale. Questo il caso del Protocollo 1 alla Convenzione europea dei Diritti Umani che all'art. 2 stabilisce il diritto all'educazione e il diritto dei genitori al rispetto delle loro 'convinzioni religiose e filosofiche'[4], ed è il caso del Protocollo di San Salvador alla Convenzione americana, che all'art. 14 introduce il diritto alla partecipazione nella vita culturale e artistica della comunità. Al di fuori degli strumenti specificamente dedicati alla tutela dei diritti umani un ruolo particolare è svolto dalla Convenzione di Faro del 2005 sul Valore del Patrimonio Culturale per la Società[5]. Questa Convenzione mette a fuoco il ruolo dei cittadini nella gestione del patrimonio culturale, assegna al patrimonio il ruolo di fattore unificante tra le diverse culture europee e riconosce lo stretto rapporto esistente tra diritti umani e salvaguardia della identità culturale. Non sfugge come questa impostazione sia di estremo interesse per quei Paesi che sono usciti da regimi politici autoritari che in passato avevano imposto una cultura

[4] Si veda a questo riguardo il caso *Lautsi v. Italia,* riguardante la controversa esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche italiane. Decisione della Grande Camera del 18 marzo 2011.

[5] *Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*, aperta alla firma il 27.10.2005, entrata in vigore il 1.6.2011, CETS N. 199.

ufficiale conculcando o sopprimendole culture nazionali autentiche e la cultura vivente dei popoli e delle minoranze.

Una seconda prospettiva nella quale possiamo esaminare il rapporto tra cultura e diritto internazionale è quella del possibile conflitto tra protezione della cultura e protezione internazionale dei diritti umani. Tale conflitto può sorgere tra l'interesse collettivo del gruppo a salvaguardare un bene o una tradizione culturale e il diritto individuale di un membro della comunità a difendere la sua libertà individuale o la sua scelta di un determinato stile di vita. Ma può sorgere anche tra l'espressione culturale in quanto tale e i principi generali di diritto internazionale in materia di diritti umani. Del primo caso abbiamo esempi significativi nella prassi del Comitato dei diritti umani[6] e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo[7]. Del secondo caso si occupano le due Convenzioni UNESCO del 2003, sul patrimonio intangibile, e del 2005, sulla diversità culturale. L'art. 2 della prima dispone, infatti, che nessuna considerazione, ai fini della salvaguardia predisposta dalla Convenzione, possa essere accordata a manifestazioni del patrimonio culturale intangibile che non siano conformi «[…] with existing international human rights instruments, as well as with requirements of mutual respect among comunities, groups and individuals». In modo indiretto e più sfumato la seconda Convenzione richiama all'art. 5 (1) l'esigenza del rispetto per i diritti umani riconosciuti a livello universale. Queste clausole tendono, quindi, ad escludere il riconoscimento e la tutela a livello internazionale di espressioni culturali basate sulla discriminazione contro le donne, sulla violenza o sulla privazione di elementari diritti di libertà. Ma il conflitto tra cultura e diritto internazionale può riguardare anche il patrimonio culturale materiale. È questo il caso di monumenti che celebrano forme di razzismo, o l'esperienza atroce della schiavitù, o glorificano monumenti dedicati alla nascita di regimi criminali, come il nazismo tedesco o l'Apartheid, spe-

[6] Si veda in particolare il caso *Lovelace v. Canada* riguardante il conflitto tra le norme di una comunità indigena canadese, che proibivano la riacquisizione del pieno *status* di membro della comunità – con relativi benefici economici – e la pretesa individuale di una donna che, avendo sposato un non membro e avendo lasciato la tribù, richiedeva la piena reintegrazione nella tribù dopo il suo divorzio. Communication N. 24/1977, Canada 30.07.81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977.

[7] Si vedano ad esempio, i casi *Chapman v. United Kingdom,* sentenza del 18.1.2001 e *Connors v. United Kingdom,* sentenza del 27.5.2004, riguardanti la pretesa di gruppi rom al rispetto, *ex* art. 8, del loro stile di vita ed alla fissazione della loro dimora familiare in roulotte, e l'interesse contrapposto del Regno Unito a far rispettare i vincoli ambientali e di gestione del territorio. In questi casi la Corte di Strasburgo ha accettato che l'interesse pubblico dello Stato convenuto ad una corretta gestione del proprio territorio costituisse un limite legittimo all'esercizio di pratiche culturali tutelate dall'articolo in questione (protezione della vita privata).

cie quando questi monumenti si collocano in spazi pubblici ad alto valore simbolico[8].

L'interfaccia fra cultura e diritto internazionale si coglie oggi anche nel fenomeno emergente della criminalizzazione delle gravi violazioni delle norme internazionali a protezione del patrimonio culturale. Per lungo tempo la dottrina del diritto internazionale ha trascurato il rapporto intercorrente tra violazioni del patrimonio culturale e diritti umani. C'è voluta la discesa nell'abisso della barbarie della guerra Yugoslava e, ancor prima, la distruzione programmata dei grandi Buddha di Bamiyan da parte dei Talebani, per richiamare l'attenzione della comunità internazionale sul fatto che l'attacco ai luoghi della cultura non era effetto collaterale della guerra ma parte del programma di 'pulizia etnica' che imponeva non solo la distruzione fisica dell'avversario ma anche la 'cancellazione' delle sue tracce culturali dal territorio contestato. È così che sono stati portati davanti al Tribunale per la ex Yugoslavia (ICTY) i casi *Strugar*, concernente lo scellerato attacco alla città storica di Dubrovnič da parte delle artiglierie serbe[9], il recente caso *Praliak*, il generale croato condannato per la distruzione intenzionale del ponte di Mostar[10], e molti altri casi concernenti la distruzione intenzionale di chiese, moschee e biblioteche simbolo della cultura del nemico. In questo sforzo di rivalutazione della cultura e del patrimonio culturale come elemento essenziale dell'identità di un popolo o di un gruppo, il Tribunale per la ex Yugoslavia si è spinto fino a concepire l'attacco intenzionale e sistematico al patrimonio culturale del nemico come indicatore della *mens rea* necessaria alla configurazione del crimine di genocidio[11].

Altre prospettive di indagine sul rapporto tra diversità culturale e diritto internazionale sarebbero possibili, specie nel settore sempre più importante del diritto internazionale dell'economia, dove la salvaguardia della cultura s'impone sempre più spesso sia davanti alle pretese di una liberalizzazione spinta degli scambi commerciali, sia nel settore degli investimenti esteri. Ma è arrivato il momento di cedere la parola ai colleghi che con il loro contributo arricchiranno il dibattito di questa tavola rotonda.

[8] Su questo problema si veda l'incisiva analisi di S. LEVINSON, "Political Change and the 'Creative Destruction of Public Space'", in F. FRANCIONI, M. SCHEININ (eds.), *Cultural Human Rights*, Leiden/Boston, 2008, p. 341 ss.

[9] *Prosecutor v Strugar*, sentenza del 31 gennaio 2005.

[10] *Prosecutor v. Prlic, Stojic, Praliak*, sentenza del 29 maggio 2013.

[11] Si veda il caso *Krstić*, deciso il 2 agosto 2001 e confermato in appello il 19 aprile 2004.

DIVERSITÀ CULTURALE E PROTEZIONE/SALVAGUARDIA DEL PATRIMONIO CULTURALE: DIALOGO (E CONTAMINAZIONE) TRA STRUMENTI GIURIDICI

Lauso ZAGATO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Rapporto reciproco tra strumenti a carattere universale e regionale. – 3. Un diritto di nuova generazione: quale e di chi?

1. Introduzione

È sotto gli occhi di tutti come la protezione/salvaguardia del patrimonio culturale[1] abbia ormai assunto – grazie al proliferare degli strumenti giuridici internazionali a carattere universale e regionale ad essa dedicati – un'importanza che fino a poco tempo fa era impensabile. È altrettanto condivisa la percezione di un rapporto tra lo sviluppo di tale *corpus* normativo e la protezione della diversità culturale[2], con rilevanti

* Professore associato di Diritto internazionale, Università Ca' Foscari Venezia.

[1] In realtà si distingue tra protezione del patrimonio culturale tangibile (Convenzioni UNESCO del 1954, 1972 e 2001), nonché della diversità culturale (Convenzione UNESCO 2005) e salvaguardia del patrimonio culturale intangibile (Convenzione UNESCO del 2003). Essendo il presente contributo dedicato al patrimonio culturale in termini complessivi, e data la non fungibilità delle due espressioni, con il richiamo alla protezione/salvaguardia si intende solo considerarle insieme, non certo proporre un concetto nuovo.

[2] *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, Paris, 20 October 2005. La Convenzione è entrata in vigore a livello internazionale il 18 marzo 2007 (tre mesi dopo il deposito del 30° strumento di ratifica o adesione, in applicazione dell'art. 29); attualmente ne sono parte 133 Stati. Su tale Convenzione: M.C. CICIRIELLO, F. MUCCI, "La cooperazione internazionale per lo sviluppo in materia di diversità culturale: un tratto saliente della Convenzione UNESCO del 2005", in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, pp. 123-142; M. CORNU, "La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles", in *Journal du droit international*, 2006, pp. 929-935; A. GATTINI, "La Convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità culturale e regole WTO", in *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, L. ZAGATO (a cura di), Padova, 2008, pp. 191-208; A. KOLLIOPOULOS, "La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles", in *Ann. Fr. dr. intern.*, 2005, pp. 487-511; F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale*, Napoli, 2012; N. OBULIEN, J.

conseguenze sulla protezione internazionale dei diritti umani[3]. Per non dire altro, ancora sul finire dello scorso millennio, il Gruppo di Friburgo pubblicava la sua celebre Dichiarazione sui diritti culturali, che attribuiva un ruolo centrale proprio al diritto all'identità e al patrimonio culturale[4].

Se, come si diceva, in questo campo molto è stato, per fortuna, acquisito, resta da scavare più a fondo sul rapporto reciproco tra strumenti, soprattutto in relazione alle contaminazioni tra strumenti a carattere universale e regionale (2), nonché sulla esatta natura del diritto di nuova generazione di cui parliamo (3). A ciò si procederà una volta poste a fuoco alcune osservazioni che completano questa introduzione (1).

Si impongono invero due osservazioni preliminari. La prima di queste non ha, di per sé, natura giuridica, ma per le sue conseguenze si inserisce appieno – lo si vedrà – nell'argomento di cui ci occupiamo.

Il riferimento è all'emergere in tutta la sua forza del fenomeno della c.d. 'patrimonializzazione' della cultura, intendendo con tale termine – qui il richiamo alla migliore antropologia è inevitabile – «[…] una tendenza sociale a trasformare la memoria in coscienza collettiva, in identità civile [...]. [L'espressione indica] un movimento di appropriazione del passato, un recupero di storie e tradizioni»[5]. Orbene, il procedimento epocale in atto è in parte all'origine, ma in parte subisce esso stesso un effetto moltiplicatore ad opera del proliferare dei nuovi strumenti giuridici.

Il porre l'accento su questo fenomeno sta naturalmente ad indicare che, tra gli strumenti oggetto di indagine, un ruolo centrale spetta alla

SMIERS, *UNESCO's Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making It Work*, Zagreb, 2006; J. PAUWELYN, *The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO: Diversity in International Law-Making*, in *American Society of International Law*, 2005; M. PEDRAZZI, "La tutela della diversità culturale nel diritto internazionale", in *Le culture dell'Europa, l'Europa della cultura*, L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), Milano, 2011, pp. 15-35; L. PINESCHI, "Convenzione sulla diversità culturale e diritto internazionale dei diritti umani", in *Le identità culturali*, cit., pp. 159-190; H. RUIZ FABRI, "Jeux dans la fragmentation: la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles", in *Rev. gén. dr. intern. pub.*, 2007, pp. 43-87.

[3] V. oltre, par. 3.

[4] P. MEYER-BISCH (ed.), *Les droits culturels. Projet de déclaration*, UNESCO, Paris/Fribourg, 1998; La Dichiarazione è stata poi rivista (ma non modificata nella sostanza) alla luce anche dei due strumenti UNESCO del 2003 (oltre, nota 6) e del 2005 (*supra*, nota 2).

[5] "I processi di produzione simbolica connessi alla memoria comportano sempre un confronto, una riflessione e un dialogo". Così V. LATTANZI, "Il diritto del patrimonio culturale ed i processi sociali di patrimonializzazione", in *L'abbaglio dell'occidente per il diritto alla differenza culturale*, B.M. PIRANI (a cura di), Roma, 2000, p. 206.

Convenzione UNESCO del 2003 sulla salvaguardia del patrimonio culturale intangibile[6]. Invero, come è stato osservato, «[…] nell'ambito del fenomeno patrimoniale l'inventariazione diventa strumento per la creazione degli elementi costitutivi del patrimonio immateriale, non di mera registrazione di quanto è già perfettamente noto e conosciuto»[7]; e

[6] *Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage*, Paris, 17 October 2003; la Convenzione è entrata in vigore a livello internazionale il 20 aprile 2006 (novanta giorni dopo il deposito del 30° strumento di ratifica o adesione, in applicazione dell'art. 34). Attualmente ne fanno parte 158 Stati. Su tale Convenzione: L. ARIZPE, "Intangible Cultural Heritage. Diversity and Coherence", in *Museum International*, 2004, pp. 130-135; J. BLAKE, *Commentary on the UNESCO 2003 Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, Leicester, 2006; C. BORTOLOTTO (éd.), *Le patrimoine culturel immatériel*, Paris, 2011; M.L. CIMINELLI, "Salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e possibili effetti collaterali: etnogenesi ed etnomimesi", in *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO*, L. ZAGATO (a cura di), cit., pp. 99-122; M. DESANTES REAL, "Reconocimiento, salvaguardia y proteccion del patrimonio cultural immaterial de las minorias culturales en el siglo XXI: una approximacion conceptual", in *Los bienes culturales y su aportaciòn al desarrollo sostenible*, C. BARCIELA, M.I. LOPEZ, J. MELGAREJO (eds.), Alicante, 2012, pp. 183-212; D. GOLDONI, "Gli indigeni, noi, la pace. Una critica dei concetti di cultura nelle Convenzioni UNESCO", in *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO*, L. ZAGATO (a cura di), cit., pp. 137-144; B. KIRSHENBLATT-GIMBLETT, "Intangible Heritage as Metacultural Production", in *Museum International,* 2004, pp. 52-65; T. KONO (ed.), *The Impact of the Uniform Law on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in XX1 Century*, Leiden, 2010; R. KURIN, "Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Key Factors in Implementing the 2003 Convention", in *International Journal of Intangible Heritage*, 2007, pp. 13-15; L. LANKARANI, "L'avant-projet de Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Evolution et interrogations", in *Ann. Fr. dr. intern.*, 2002, pp. 624-656; F. LENZERINI, "Intangible Cultural Heritage. The Living Culture of Peoples", in *European Journal of International Law*, 2011, pp. 11-120; T. SCOVAZZI, "La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immaterial", in *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas. Liber amicorum Bozidas Bakotić*, V. VUKAS, T.M. ŜOŠIC (eds.), pp. 301-317; T. SCOVAZZI, B, UBERTAZZI, L. ZAGATO, *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Milano, 2012; L. SMITH, N. AKASGAWA (eds.), *Intangible Heritage*, London, New York, 2007; B. UBERTAZZI, Ambiente e Convenzione UNESCO sul patrimonio culturale intangibile", in *Revue générale de l'air*, 2011, pp. 315-323; B. UBERTAZZI, "Su alcuni aspetti problematici della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile", in *Riv. Dir. internaz.*, 2011, pp. 777-798; L. ZAGATO, "La Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale intangibile", in *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO*, L. ZAGATO (a cura di), cit., pp. 27-70; L. ZAGATO, "La salvaguardia del patrimonio culturale intangibile: la Convenzione UNESCO del 2003 ed i problemi di applicazione", in *Los bienes culturales*, C. BARCIELA, M.I. LOPEZ, Y. MELGAREJO (eds.), cit., pp. 149-182.

[7] L. MARIOTTI, "Valutazione d'insieme del patrimonio culturale intangibile italiano", in *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO (a cura di), cit., p. 204.

l'inventariazione (in una variante *bottom-up*, partecipativa[8]) è, appunto, l'aspetto decisivo della Convenzione del 2003.

Il processo di 'patrimonializzazione', quindi, per un verso contribuisce alla creazione e ri-creazione delle comunità e dei gruppi, per l'altro verso può creare (e finisce inevitabilmente per creare) nuovi prodotti culturali e sociali.

La seconda osservazione riguarda la necessità di rompere con il cattivo infinito 'stile Unesco': quello, per intendersi, secondo il quale, completato nel 2001 il quadro degli strumenti a tutela del patrimonio culturale tangibile[9], sarebbe stato finalmente possibile per l'Organizzazione passare ad occuparsi del patrimonio intangibile. Ciò avrebbe avuto puntualmente luogo con il varo delle due citate Convenzioni, del 2003 e del 2005. Da tale armonioso sviluppo avrebbe avuto origine un sistema organico, imperniato sui pilastri paralleli della Convenzione del 1972 sul patrimonio mondiale e di quella del 2003.

Ci viene così presentato un Universo patrimoniale asettico, in cui il sistema della protezione giuridica si espande a livello internazionale senza sostanziali rotture; un Universo in cui, giova anticipare, il rapporto con i diritti umani si porrebbe come mero limite esterno alla estensione della tutela delle diverse espressioni culturali[10].

[8] C. BORTOLOTTO, "Gli inventari del patrimonio culturale intangibile – quale 'partecipazione' per quale comunità?", in *Il patrimonio culturale*, T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO (a cura di), cit., pp. 75-91.

[9] *Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritag*e, Paris, 2 November 2001; la Convenzione è entrata in vigore a livello internazionale il 2 gennaio 2009 (novanta giorni dopo il deposito del 20° strumento di ratifica o adesione, in applicazione dell'art. 27). Attualmente ne sono parte 45 Stati. Su tale Convenzione: G. CAMARDA, T. SCOVAZZI (eds.), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Legal Aspects*, Milano, 2002; C. FORREST, "A New International Regime for the Protection of Underwater Cultural Heritage", in *Int'l. & Comp. L. Q.*, 2002, pp. 511-554; R. GARABELLO, *La Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, Napoli, 2005; R. GARABELLO, T. SCOVAZZI, *The Protection of the Underwater Cultural Heritage before and after the 2001 UNESCO Convention*, Leiden/Boston, 2007; L. SAVADOGO, "La Convention pour la protection du patrimoine culturel subaquatique", in *Rev. gén. dr. intern. pub.*, 2003, pp. 31-70; T. SCOVAZZI, "The Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage", in *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterraneo*, T. SCOVAZZI (a cura di), Milano, 2003, pp. 23-41; T. SCOVAZZI, "La Convention pour la protection du patrimoine culturel subaquatique", in *Ann. Fr. dr. intern.*, 2002, pp. 579-591; T. SCOVAZZI, "The Protection of the Underwater Cultural Heritage: An Italian Perspective", in *The Illicit Traffic of Cultural Objects in the Mediterranean*, A.F. VRDOLIAK, F. FRANCIONI (eds.), *EUI Working Paper AEL*, 2009/9.

[10] Il limite è netto per quanto riguarda la Convenzione del 2003. La Convenzione del 2005 sembra alludere piuttosto ad una relazione bi-direzionale, dal momento che il

Si tratta di una costruzione che non merita accoglimento, fondata non a caso su di un clamoroso esempio di mistificazione, materializzatosi negli anni '70. Il problema della salvaguardia delle espressioni culturali viventi dei popoli indigeni, e quindi delle conoscenze tradizionali, si sarebbe posto per la prima volta a livello internazionale a seguito di una iniziativa del governo della Bolivia nel 1973. Tale governo avrebbe sostenuto in sede internazionale la necessità della difesa delle espressioni culturali indigene contro il loro sfruttamento ad opera delle culture dei paesi sviluppati, necessità rinfocolata dal fatto che era appena uscito negli Stati Uniti un disco, *El condor pasa*, di grande successo negli Stati Uniti e che avrebbe costituito una predazione del patrimonio culturale indigeno andino[11].

Tale ricostruzione suscita sconcerto[12]. È sufficiente considerare che ci si trovava, all'inizio degli anni '70, in uno dei momenti più drammatici dell'oppressione interna nei Paesi dell'America latina in generale, dell'annientamento culturale dei popoli indigeni andini in particolare, momento cui ci si riferisce oggi come a una vera e propria ricolonizzazione interna *manu militari*. La polemica di tali regimi – nello specifico boliviano (la dittatura militare guidata dal generale Banzer) – con gli Stati Uniti, a parte aspetti della propaganda nazionalista, aveva ad oggetto la spartizione dei proventi dei diritti di proprietà intellettuale originati dallo sfruttamento delle espressioni culturali dei popoli indigeni. Di tale sfruttamento proprio l'espropriazione dell'immagine del condor, simbolo di libertà e forza delle comunità delle montagne, operata congiuntamente a

Preambolo, al considerando 4, afferma che la protezione della diversità culturale è a sua volta importante per il pieno conseguimento del rispetto dei diritti umani.

[11] Il motivo comparve nel disco *Bridge over Troubled Waters* (1970) di Paul Simon e Art Garfunkel. I due cantavano con l'accompagnamento del gruppo musicale Les Incas, che avevano conosciuto a Parigi quando aveva presentato il motivo originario, nella versione del 1913: v. S. SHERKIN, "A Historical Study on the Preparation of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore", in *Safeguarding Traditional Cultures. A Global Assessment*, P. SEITEL (ed.), Washington, 2001, pp. 42-58. Si tratta di un canto di origine popolare, arrangiato per la prima volta dal celebre compositore e compilatore di canti folkloristici peruviani Robles che, nel 1913, aveva reso così omaggio ad un episodio di feroce repressione di una rivolta indigena ad opera del regime vigente all'epoca: il *condor pasa*, simbolo degli Incas, assiste all'evento e poi innalza il suo volo verso l'alto, inarrivabile dagli assassini.

[12] Gli autori dell'ultimo arrangiamento (quello di inizio degli anni '70), si difesero a più riprese sostenendo che la canzone nell'arrangiamento da loro curato, il cui successo era stato clamoroso quanto inatteso, intendeva sostenere le lotte degli indigeni delle Ande, in quel momento sottoposti ad una delle fasi più brutali di una secolare oppressione. Per una puntuale ricostruzione dell'evento, V. HAFSTEIN, "Célébrer les différences, renforcer la conformité", in *Le patrimoine culturel immatériel*, C. BORTOLOTTO (éd.), Paris, 2011, pp. 75-97 (in part. 76-77).

partire dal 1973 delle dittature militari di Cile, Bolivia e Argentina, per le note finalità, costituisce una manifestazione estrema[13].

L'esempio è clamoroso, ma non certo isolato. Lo stesso momento decisivo dei primi anni '90, quello dell'emergere nell'ambito della Comunità internazionale della consapevolezza circa la necessità di addivenire ad una tutela del patrimonio intangibile, è frutto soprattutto della situazione creatasi nel dopo caduta del muro di Berlino, dei conflitti prodottisi cioè nel convulso finale di secolo, in particolare negli Stati pluriculturali e plurilinguistici[14]. È molto più intrecciata insomma con il quadro in cui si iscrive la nascita del secondo Protocollo del '99[15] sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato di quanto la vulgata ufficiale lasci intendere.

Lo smascheramento della inesistente armonia, e la consapevolezza

[13] Per concludere: «[…] derrière les efforts du gouvernement bolivien pour protéger un chant traditional andin – un chant de résistance de surcroit – se cachait l'oppréssion bien réelle des peuples indigènes dans la Bolivie de cette époque. Les dictateurs sud-américains des années 1970 ne manquèrent pas de s'approprier également le condor, transformant ainsi un symbole de défiance en un symbole d'obéissance aux armes. […] Banzer fut l'un des dirigeants de l'opération Condor, un réseau international d'assassins». Così V. HAFSTEIN, *op. cit*., richiamando P. MCSHERRY, "Predatory States. Operation Condor and Covert War", in *Latin America*, 2005.

[14] V. per approfondimenti: P. BENVENUTI, R. SAPIENZA, *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Milano, 2007; P. BOYLAN, "The 1954 Hague Conference on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the 1954 and 1999 Protocols", in *La tutela del patrimonio culturale in caso di conflitto armato*, F. MANISCALCO (a cura di), Napoli, 2002, pp. 41-52; M. SERŠIĆ, "Protection of Cultural Property in Time of Armed Conflict", in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1996, pp. 3-38; L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, Torino, 2007 (in particolare pp. 237 ss.); L. ZAGATO, "Rassicurare anche le pietre, ovvero il patrimonio culturale come strumento di riconciliazione?", in *Rassicurazione e memoria per dare un futuro alla pace*, M.L. PICCHIO FORLATI (a cura di), Padova, 2012, pp. 109-134 (in particolare pp. 113 ss.).

[15] *Second Protocol of the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, the Hague, 26 March 1999. Il secondo Protocollo è entrato in vigore il 9 marzo 2004 (tre mesi dopo il deposito del 20° strumento di ratifica, secondo quanto stabilito dall'art. 43.1); attualmente ne sono parte 66 Stati. Su tale strumento: A. GIOIA, "The Development of International Law Relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Second Protocol to the 1954 Hague Convention", in *Italian Yearbook of International Law*, 2001, pp. 25-57; U. LEANZA, "Il rafforzamento della tutela internazionale del patrimonio culturale in tempo di guerra nel nuovo diritto dei conflitti armati", in *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, pp. 2037-2064; L. ZAGATO, *La protezione dei beni culturali*, cit.; L. ZAGATO, "La protezione dei beni culturali nei conflitti armati: il rapporto tra diritto generale e accordo nel testo del secondo Protocollo 1999", in *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Atti del Convegno XII Giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 settembre 2006, Milano, 2008, pp. 339-375.

in sua vece della drammaticità delle scelte operate, sotto l'urgenza di fattori esogeni, in sede UNESCO ma non solo, nello scorso decennio in materia di protezione delle diversità culturali a livello internazionale, ci introduce al tema della relazione e delle contaminazioni tra strumenti giuridici differenti operanti nella materia.

2. *Rapporto reciproco tra strumenti a carattere universale e regionale*

Quando si parla di dialogo tra i diversi strumenti UNESCO, non si fa riferimento solo al rapporto reciproco tra gli strumenti emanati nella temperie di fine millennio; il discorso si applica anche, con le necessarie cautele, alla relazione con strumenti giuridici risalenti. In particolare la nozione di patrimonio culturale intangibile, una volta elaborata nell'accezione che ne dà la Convenzione del 2003, retroagisce su strumenti precedenti, ivi compresa quella Convenzione del 1972 sul patrimonio culturale e naturale[16] che pure, per oggetto e contenuto, le è affatto remota. I due strumenti, questo è certo, differiscono non solo per oggetto (la Convenzione del 1972 si occupa della tutela del patrimonio tangibile, immobile addirittura), ma soprattutto per la natura (elitaria) e per le caratteristiche dell'oggetto (conservazione, non salvaguardia) di tale strumento.

Presenta, invece, scarso valore il profilo che apparentemente ravvicina le due Convenzioni: il fatto cioè che queste predispongono Liste parallele. Giova richiamare al riguardo i dubbi espressi a suo tempo, per quanto riguarda la salvaguardia del patrimonio intangibile, dal c.d. 'Rapporto Blake'[17], e poi ripresi con forza da una serie di Stati[18], tra i quali in

[16] *Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*, Paris, 16 November 1972. In applicazione dell'art. 33, la Convenzione è entrata in vigore a livello internazionale il 17 dicembre 1975, novanta giorni dopo il deposito del 20° strumento di ratifica. Attualmente ne fanno Parte 190 Stati. Per prime informazioni: M.C. CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del patrimonio mondiale, culturale e naturale, a 25 anni dalla Convenzione*, Napoli, 1997; F. FRANCIONI, "Thirty Years on: Is the World Heritage Convention Ready for the 21st Century?", in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XII, 2002, pp. 12-38; F. FRANCIONI, *World Heritage Convention: A Commentary*, Oxford, 2008; J. MUSITELLI, "World Heritage between Universalism and Globalization", in *International Journal of Cultural Property*, 2001, pp. 323-336; T. SCOVAZZI, "La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationaux", in *Le patrimoine culturel de l'humanité*, T. SCOVAZZI, R. NAFZIGER (éds.), Leiden/Boston, 2007.

[17] Trattasi dello studio elaborato su mandato della 30° Conferenza generale UNESCO nel 1999 - 30 C/25 B2(a)(ii). Cfr. J. BLAKE, *Developing a New Standard-Setting Instrument for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage. Elements for*

particolare Australia e Norvegia. Quest'ultimo Stato in particolare metteva in guardia dal riprendere, in uno strumento giuridico a carattere non elitario, anzi costruito in una logica opposta all'elitarismo, una tecnica che solo in un sistema elitario trova giustificazione. Invero, per sottolineare il valore della generalità delle espressioni culturali delle comunità e dei gruppi, piuttosto, che delle sole manifestazioni *of outstanding value*, l'utilizzo di un Catalogo delle buone pratiche risulta assai più funzionale del ricorso al sistema delle Liste del patrimonio culturale intangibile dell'umanità.

Orbene, tutto ciò precisato: che cos'è 'the way to S. James', il percorso a Santiago di Compostela, capolavoro del patrimonio culturale (immobile) dell'umanità? La sua protezione si realizza appieno solo ove se ne assuma la dimensione intangibile, il suo essere alle radici stesse dell'immaginario di Christendom. Non solo i luoghi fisici e le costruzioni umane lungo il percorso acquistano forza dall'essere associati con profili intangibili, ma è legittimo sostenere che si giustificano appieno proprio alla stregua di quelli. Discorso analogo andrebbe fatto in particolare per svariati paesaggi culturali europei[19], a partire dai Sacri Monti in Italia.

Consideration, UNESCO, 2001, pp. 1-93. Al riguardo L. ZAGATO, *La Convenzione sulla protezione*, cit., pp. 32-34.

[18] Nei *meeting* di esperti che precedettero il varo della Convenzione vari Stati, non europei (Australia, Barbados) come europei (Norvegia, Svizzera, Svezia), espressero forti riserve sulla scelta del sistema delle Liste. Preziose informazioni al riguardo sono contenute in J. BLAKE, *Commentary on the UNESCO 2003 Convention on the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage*, Leicester, 2006, p. 78 ss. (di commento agli art. 16-18 della Convenzione).

[19] I paesaggi culturali (*Cultural Landscapes*) sono una categoria di beni culturali – inserita per la prima volta nelle *Linee guida operative* della Convenzione del 1972 in occasione della revisione del 1992 – che rappresenta 'testimonianza del lavoro combinato della natura e dell'uomo'. Se ne distinguono tre tipi: paesaggi creati artificialmente dall'uomo (parchi e giardini, spesso in prossimità di complessi monumentali o religiosi); paesaggi evolutisi organicamente (a loro volta divisi in fossili e continuativi, a seconda che il percorso si sia interrotto nel passato o che mantengano un ruolo attivo nella società contemporanea); paesaggi associativi, in cui opera una forte associazione tra elemento culturale, religioso o artistico, ed elemento naturale. Va da sé che soprattutto questi ultimi (ma anche i paesaggi evolutivi continuativi) subiscono gli effetti dell'ingresso dell'elemento immateriale (e della sua salvaguardia) nel complesso quadro di riferimento. Cfr. sull'argomento: P.J. FOWLER, "World Heritage Cultural Landscapes 1992-2002", in *World Heritage Papers*, 6, UNESCO World Heritage Centre, Paris, 2003. Per inquadrare l'inserimento di tale categoria nella più generale riforma delle *Linee guida operative* dei primi anni '90, v. P. STRASSER, "Putting Reform into Action – Thirty Years of the World Heritage Convention: How to Reform a Convention without Changing Its Regulations", in *International Journal of Cultural Policy*, 2002, pp. 215-266.

Ora, è ben vero che il rapporto tra le due Convenzioni UNESCO, quella del 1972 e, rispettivamente, quella del 2003 sulla salvaguardia del patrimonio culturale intangibile, è esplicitamente evocato dal testo dell'art. 3 di quest'ultima; ciò però in termini di prevalenza dello strumento risalente nei casi di conflitto tra i due strumenti. Quanto avviene sotto i nostri occhi risulta invece assai diverso.

Per concludere: tra i due strumenti è in atto un dialogo stretto, destinato con ogni probabilità ad approfondirsi, che però si sviluppa su di un terreno diverso da quanto il testo convenzionale o l'atteggiamento prevalente tra gli Stati al momento dell'elaborazione della Convenzione del 2003 avessero in mente.

L'attenzione si concentrerà di seguito su di una serie di strumenti che – considerati nel loro insieme, ma anche alla luce del Commento generale n. 21 del 2009 del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali[20] – portano ad un risultato convergente ed univoco: una riqualificazione del diritto culturale di cui all'art. 15 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, indicato al par. 1 lett. *a)*, in termini assai riduttivi, come riconoscimento da parte degli Stati del «[…] diritto di ogni individuo a partecipare allo sviluppo culturale». Gli strumenti in discorso nel loro insieme ci consentono invero di ricostruire, lo si vedrà[21], un diritto all'identità/diversità culturale in quanto diritto umano di nuova generazione.

La possibilità di estendere la nozione di diritti culturali sulla base di uno strumento (nel nostro caso un 'set' di strumenti) elaborato/i decenni dopo il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, è assicurata dall'art. 31 par. 3 lett. *c*) della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, che codifica un principio di diritto internazionale generale[22].

[20] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Forty-third Session, 2-20 November 2009, *General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life, art. 15 para.1 a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 21 December 2009.

[21] Oltre, par. 9-10.

[22] Ai fini di tale disposizione si terrà conto, nell'interpretazione di un Trattato – oltre che del contesto – «[…] di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti». Sull'art. 31, ed in particolare sul par. 3 lett. *c*): D. FRENCH, "Treaty Interpretation and Extraneous Legal Rules", in *Int'l & Comp. L. Q.*, 2006, pp. 281-314; R.D. KEARNEY, R.E. DALTON, "The Treaty on Treaties", in *Am. J. Int'l L.*, 1970, pp. 495-561 (in particolare pp. 516-522); C. MCLACHLAN, "The Principle of Systemic Integration and Art. 31 (3) c of the Vienna Convention", in *Int'l & Comp. L. Q.*, 2005, pp. 279-320; J.M. SOREL, V. BORÉ EVENO, "Art. 31 Convention of 1969", in *The Vienna Convention of the Law of Treaties*, O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), Oxford, 2011, pp. 804-837; F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, II ed., Padova, p. 163 ss.; P. SANDS, "Treaty, Custom and the Cross-Fertilization in International Law",

Non va in particolare dimenticato il ruolo che gli organismi di controllo ed implementazione previsti dagli strumenti stessi, i c.d. *Treaty Bodies*, possono esercitare in questa attività di integrazione. Le *Guidelines* pubblicate nel 2009 per l'applicazione della Convenzione del 2005[23] leggono la 'società civile' di cui all'art. 11 di quella Convenzione[24] come comprendente (*inter alia*) le comunità culturali, espressione propria della Convenzione del 2003 sulla salvaguardia del patrimonio intangibile, indicando con ciò una precisa volontà di interpretare in termini convergenti il dettato dei due strumenti UNESCO; ciò, malgrado l'espressione 'comunità culturale' abbia poco a che vedere con il quadro originario di riferimento della Convenzione del 2005, che privilegia le identità culturali nazionali[25].

Maggiori difficoltà sembrerebbe presentare, a prima vista, la possibilità di riqualificare l'interpretazione di alcune nozioni della Convenzione del 2003 sulla base della successiva Convenzione di Faro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società[26]. Tale

in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1998, pp. 85-106; M.E. VILLIGER, "The Rules of Interpretation: Misgivings, Misunderstanding, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. CANNIZZARO (ed.), Oxford, 2011, pp. 105-122.

[23] Si tratta delle *Draft Operational Guidelines* preparate dal Comitato intergovernativo per la protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali nel 2009 nel corso della seconda sessione straordinaria, Parigi 22-25 marzo, CE/09/2 EXT.IGC/208/Dec.

[24] L'espressione precisa è: «Le Parti riconoscono il ruolo fondamentale della società civile nella protezione e nella promozione della diversità delle espressioni culturali. Le Parti incoraggiano la partecipazione attiva della società civile ai loro sforzi per raggiungere gli obiettivi della presente convenzione».

[25] Tale definizione è poi fatta propria dalla Conferenza delle parti alla Convenzione nella loro seconda sessione, Parigi, 15-16 giugno 2005 (CE/09/2.CP/210/Res.). Con ciò gli Stati parte alla Convenzione del 2005 indicano di voler far propria la logica di integrazione sistemica perseguita dal Comitato. Sul punto si sofferma F. MUCCI, *La diversità*, cit., pp. 395-396.

[26] *Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*, Faro, 27 October 2005, ETS n. 199. Su tale strumento: S. FERRACUTI, "L'etnografo del patrimonio in Europa: esercizi di ricerca, teoria e cittadinanza", in *Le culture dell'Europa, l'Europa della cultura*, L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), cit., pp. 206-228; N. FOJUT, "The Philosophical, political and Pragmatic Roots of the Convention", in *Heritage and Beyond*, Strasbourg, Council of Europe, 2008, pp. 13-21; J.M. LENIAUD, "Heritage, Public Authorities, Societies", in *Council of Europe Heritage and Beyond*, cit., pp. 137-140; P. MEYER-BISCH, "On the 'Right to Heritage' – The Innovative Approach of Articles 1 and 2 of the Faro Convention", in *Heritage and Beyond*, cit., pp. 59-65; L. ZAGATO, *Rassicurare anche le pietre*, cit., p. 131 ss.; L. ZAGATO, "Heritage Communities: un contributo al tema della verità in una società globale?", in *Verità in una società plurale*, M. RUGGENINI, R. DREON, G.L. PALTRINIERI (a cura di), cit.; L. ZAGATO, "The Emergence of the

Convenzione rileva ai nostri fini, oltre che per la definizione di patrimonio culturale e in particolare di patrimonio culturale europeo[27], soprattutto per la originale elaborazione della nozione di *heritage communities*[28].

Il problema al riguardo non è tanto quello del se risulti possibile interpretare strumenti a portata universale quale la Convenzione UNESCO del 2003, alla stregua delle novità, da ultimo segnalate, introdotte da uno strumento regionale quale la Convenzione di Faro. La prassi è ricca di fenomeni del genere. Tra l'altro si deve considerare che tale Convenzione prevede la possibilità che il Consiglio d'Europa inviti Stati extraeuropei ad aderire, processo in fase avanzata almeno con uno Stato del Maghreb, e che potrebbe portare nel tempo ad unire nella *membership*, oltre ai Paesi europei e confinanti aderenti al Consiglio d'Europa, anche quelli dell'Africa settentrionale e della cintura, per così dire, eurasiatica. La Convenzione di Faro si presenta, in altre parole, come strumento regionale a geometria variabile.

La difficoltà è piuttosto originata da una nozione di *heritage community* (o di eredità patrimoniale), che conterrebbe elementi di alterità rispetto al processo di patrimonializzazione voluto dalla Convenzione del 2003. Ciò perché l'interpretazione evolutiva di un testo – nella fattispecie quello della Convenzione del 2003 – non può andare contro il testo stesso. E quindi, facendo tesoro di quanto osservato ancora nel 2006 dalla Commissione di diritto internazionale in materia di applicazione dell'art. 31 par. 3 della Convenzione di Vienna[29], se la Convenzione sulla salvaguardia del patrimonio culturale intangibile enuncia l'obbligo *erga omnes partes* di portare avanti il processo di patrimonializzazione delle espressioni culturali, dando indicazioni precise circa il modo di far-

Notion of 'Heritage Community'", in *The Faro CoE Convention. Consequences in the European Legal Framework* (di prossima pubblicazione).

[27] Il *Common Heritage of Europe* è definito dall'art. 3 della Convenzione di Faro, secondo il quale tale patrimonio consta in primo luogo di «[…] all forms of cultural heritage in Europe which together constitute a shared source of remembrance, understanding, identity, cohesion and creativity»; sulla influenza di tale definizione sul successivo art. 3 par. 3 u.c. del TUE adottato a Lisbona v. L. ZAGATO, "La problematica costruzione di un'identità culturale europea. Un quadro più favorevole dopo Lisbona?", in *Le culture dell'Europa, l'Europa della cultura*, L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), cit., e, soprattutto, Id, *La cittadinanza europea come spazio politico-culturale. Diritto alla identità-diversità, diritto al patrimonio culturale* (di prossima pubblicazione).

[28] La traduzione italiana è, piuttosto, "comunità di eredità", così come (art. 3) di "eredità comune dell'Europa".

[29] V. il Report del Gruppo di studio della Commissione di diritto internazionale *Fragmentation of the International Law – Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law* (UN. Doc. A/CN.4/L.702), 18 July 2006, adottato dalla Commissione di diritto internazionale nella sua 58° sessione.

lo, tale obbligo non potrebbe venire stravolto ad opera di alcuni soltanto (quelli parte anche alla Convenzione di Faro) tra gli Stati parte della Convenzione del 2003.

L'obiezione qui sintetizzata risulterebbe insormontabile se davvero fosse in discussione uno stravolgimento del campo di applicazione oggettivo della Convenzione del 2003. Ciò avverrebbe, ad esempio, nel caso espressioni di *Heritage Community* che non rispondono ai criteri elaborati dal Comitato intergovernativo per la salvaguardia del patrimonio intangibile nelle Linee Guida per dell'inserimento in una delle tre Liste previste dalla Convenzione del 2003[30], venissero egualmente proposti per una di queste Liste, ad opera di Stati parte di entrambe le Convenzioni.

Ma non è in discussione una sorta di 'fungibilità' tra le due Convenzioni, in quanto la nozione di *Heritage Community*, nel senso di cui alla Convenzione di Faro, ha portata nettamente più ampia delle 'comunità e gruppi' di cui alla Convenzione UNESCO del 2003.

Si fa riferimento piuttosto alla contaminazione tra strumenti giuridici, con riguardo al loro campo di applicazione oggettivo. Sotto questo punto di vista, è difficile pensare a espressioni culturali intangibili nel senso di cui alla Convenzione del 2003, ed alle comunità che le tramandano e le tengono in vita, come non rientranti nella nozione di eredità culturale (e simmetricamente di comunità di eredità, o *heritage community*): da quelle di livello localmente determinato[31] a quelle che coinvolgono comunità transnazionali.

Ancora, la contaminazione ha già preso saldamente piede nel continente europeo. Invero, il c.d. *Flemish Vision Paper*, pubblicato dal governo fiammingo nel 2010[32] è di una chiarezza adamantina quando, approfondendo ed illustrando il *Flemish Parliament Act on Cultural Heritage Cultural Heritage Act* del 2008, non si limita a giustificarlo in base alla necessità di includere la disciplina del patrimonio culturale intangibile alla stregua degli obblighi assunti con la ratifica della Convenzione del 2003. Il *Vision Paper* va oltre, illustrando l'opportunità dell'inserimento, con lo stesso atto, nella politica culturale patrimoniale delle Fiandre, della nozione di Comunità patrimoniali, nel senso di cui alla

[30] E cioè: la Lista del patrimonio culturale intangibile dell'umanità (art. 16), la Lista del patrimonio culturale intangibile necessitante di salvaguardia urgente (art. 17), il Registro delle buone pratiche (art. 18).

[31] Ad es. le passeggiate patrimoniali veneziane, di cui è animatore il gruppo Faro per l'Europa, e le passeggiate patrimoniali di Marsiglia, cui le prime si sono ispirate.

[32] Cfr. "Vision Paper – A Policy for Intangible Cultural Heritage in Flanders", inserito nella pubblicazione trilingue *The Government of Flanders Policy on Safeguarding Intangible Cultural Heritage*, 2010.

Convenzione di Faro, e ciò malgrado all'epoca il Belgio non avesse ancora nemmeno proceduto alla firma di quest'ultima Convenzione[33].

La contaminazione è già ampiamente in atto nel nostro operare quotidiano, ed avrà conseguenze pratiche ineludibili, consentendo di attirare nel novero delle espressioni del patrimonio intangibile manifestazioni di confine, tramite la potenza del concetto di *heritage community*.

Una evoluzione simile, anche se con profili originali, ha contemporaneamente avuto luogo in altro ambito regionale. Ci si riferisce qui all'America centro-meridionale, a seguito dell'emanazione nel 2007 della Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni[34].

[33] Devesi allora confermare quanto sostenuto in altra occasione, e cioè che «[…] l'autorità fiamminga è andata in certo senso oltre quanto previsto dall'art. 31 par. 3 lett. *c*) della Convenzione sul diritto dei Trattati, emanando una legge che sul piano interno prevede l'applicazione di uno strumento internazionale alla stregua di un altro non ancora in vigore». Cfr. *The Government of Flanders' Policy*, cit., p. 147. Della soluzione fiamminga andrà tenuto il dovuto conto da parte del legislatore italiano, soprattutto regionale, al momento di attuare gli strumenti internazionali in esame nell'ordinamento interno. Così L. ZAGATO, "Heritage Communities: Un contributo al tema della verità in una società globale?", in *Verità in una società plurale*, M. RUGGENINI, R. DREON, G.L. PALTRINIERI (a cura di), Roma, 2013, pp. 103-124 (nota 51, p. 118).

[34] United Nations, *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, adottata dall'Assemblea generale delle NU il 27 settembre 2007 (UN Doc. A/61/L.67). Su tale Dichiarazione e sul *Draft* che la precedette: J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, II ed., Oxford, 2004; M.F. CHIANESE, "The Permanent Forum on Indigenous Issues' Work in the Field of Indigenous Peoples' Rights Recognition and Diffusion: An Overview", in *Thule. Rivista italiana di studi americanistici*, 2011, nn. 26/27, 28/29, pp. 115-164; E.I. DAES, "Protection of the Heritage of Indigenous Peoples", in *Study Series*, 1997, n. 10, UN, New York/Geneva; S. ERRICO, "La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 167 ss.; F. LENZERINI, *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Oxford, 2009; N. MCKEON, C. KALAFATIC, *Strenghtening Dialogue: un Experiences with Small Former Organizations and Indigenous Peoples*, United Nations, New York and Geneva, 2009; M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, Padova, 2004; A.L. PALMISANO, P. PUSTORINO, (a cura di), "Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici", in *Quaderni Istituto Italo-Latino Americano*, Serie economica n. 35, 2008, Roma; E. RIGO, L. ZAGATO, "Territori", in *Atlante di filosofia del diritto*, U. POMARICI (a cura di), Torino, vol. II, 2012, pp. 259-287 (in particolare p. 278 ss.); D. SANDERS, "Indigenous peoples: Issues of Definition", in *International Journal of Cultural Property*, 1999, pp. 4-13; R. STAVENHAGEN, *Indigenous Issues. Human Rights and Indigenous Issues*, Report of the Special Rapporteur HRC of the UN Doc. E/CN.4/2002/97; R. STAVENHAGEN, "Making the Declaration Work", in *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, C. CHARTERS, R. STAVENHAGEN (eds.), Copenhagen, 2009, pp. 352-372; V. TAULI CORPUZ, "The Birth of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues", in *Tebtebba*, 2000, vol. 2, pp. 4-14; R. WOLFRUM, "The Protection of Indigenous peoples in International Law", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 1999, pp. 369-382; L. ZAGATO, "Tutela dell'identità e del patrimonio culturale dei popoli indigeni. Sviluppi recenti", in *La*

Giova intanto sgombrare il campo da ogni possibile elemento di confusione. Vi è in dottrina chi, facendo leva su una interpretazione letterale della disposizione di cui all'art. 31 par. 3 lett. *c)* della Convenzione sul diritto dei Trattati più volte richiamata, ritiene che gli atti di *soft law* non rilevino ai fini dell'applicazione di detta disposizione[35]. Merita al contrario condivisione la dottrina che oppone alla interpretazione richiamata la necessità di procedere ad una lettura congiunta di quanto stabilito alle lettere *b*) e *c*) dell'art. 31 par. 3. Operando la disposizione di cui alla lett. *b)* un richiamo «[…] alla prassi successivamente seguita [dagli Stati] nell'applicazione del Trattato» si apre per questa via la strada a che si faccia ricorso, nell'interpretazione di un Trattato, anche a (determinati quantomeno) *soft law agreements*[36].

Per l'altro verso, e soprattutto, viene in rilievo l'azione del *Permanent Forum on Indigenous Issues* delle Nazioni Unite (di qui UNPFII)[37]. Il Forum opera in un sistema integrato di cui fanno parte anche il Relatore speciale sulla situazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali dei popoli indigeni[38] e lo *Expert Mechanism on the Right of the Indigenous Peoples*[39].

negoziazione delle appartenenze, M.L. CIMINELLI (a cura di), Milano, 2006, pp. 35-65; L. ZAGATO, "Appunti su *traditional knowledge* dei popoli indigeni e diritti di proprietà intellettuale", ivi, pp. 75-95; L. ZAGATO, "La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni oggetto di una norma di diritto internazionale generale?", in *Thule. Rivista italiana di studi americanistici*, 2011, n. 26/27 e 28/29, pp. 165-191; V. ZAMBRANO, "La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni", in *Comun. internaz.*, 2009, pp. 55-80.

[35] Particolarmente rigido M.E. VILLIGIER, *op. cit.*, p. 112: «[…] the term 'applicable' leaves no room for doubt: non-binding rules cannot be relied upon».

[36] A. PIETROBON, "Nuclear Powers' Disarmament Obligation under the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons and the Comprehensive Nuclear Tests Ban Treaty: Interactions between Soft Law and Hard Law", in *Leiden Journal of International Law*, 2013 (di prossima pubblicazione).

[37] Organo creato originariamente dall'ECOSOC con ris. n. 2000/22 del 28 luglio 2000, *Establishment of a Permanent Forum on Indigenous Issues* – www.unhchr.ch –, composto di sedici membri, otto dei quali eletti dall'ECOSOC su indicazione governativa e otto dalle organizzazioni indigene tra qualificati esperti, sulla base di una divisione del mondo in 7 aree geo-culturali – Asia, Africa, Artico, Nord-America, Sud America, America Centrale e Caraibi, Pacifico; l'ottavo è scelto a rotazione tra le tre aree maggiori: America, America Centrale e caraibi, Pacifico.

[38] Figura istituita nel 2002 dalla Commissione dei diritti umani, successivamente confermata dal Consiglio dei diritti umani. Il Relatore speciale esercita la funzione principale di formulare raccomandazioni e proposte circa le misure appropriate da prendere per prevenire le – o porre rimedio alle – violazioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali dei popoli indigeni.

[39] Quest'ultimo è stato istituito come organo sussidiario dal Consiglio dei diritti umani già nel 2006 (con uno dei primissimi atti di tale organo dunque); l'*Expert Mechanism* è composto di 5 membri, e prende il posto del discusso WGIP (Working

Malgrado le sue origini di organo consultivo, il UNPFII, considerando la Dichiarazione come il proprio orizzonte normativo di riferimento, si è autoassegnato fin dall'inizio il compito di controllare l'applicazione concreta da parte degli Stati della Risoluzione[40]. Ciò è avvenuto in virtù di un'interpretazione allargata dell'art. 42 della Dichiarazione che stabilisce: «[…] the UN, its bodies, including the Permanent Forum on Indigenous Issues, and specialized agencies, including at the country level, and States shall promote respect for and full application of the provisions of this Declaration and follow up the effectiveness of this Declaration». Non solo il UNPFII si è ufficialmente attribuito il nuovo compito, ma ha incaricato uno dei suoi membri di preparare un *General Comment* sull'art. 42 della Dichiarazione e sulle implicazioni per il *Forum* stesso del compito auto-attribuitosi. Il *General Comment* non lascia adito ad equivoci circa le intenzioni dell'organo osservando come: «[…] the new function assigned to the Forum pursuant to article 42 is far-reaching», il Comitato si appropria della funzione, più che di promuovere, senz'altro di assicurare la piena applicazione della Dichiarazione. Ciò significa che il Forum è impegnato nel promuovere «[…] the incorporation of the Declaration into national legislation» e la sua applicazione da parte di autorità giudiziarie ed amministrative dei singoli Stati. Il Forum intende, inoltre, controllare *the effectiveness* della Dichiarazione: «[…] that is, to see whether the realities ('law in action') are in conformity with the written law and decisions ('law in books') and if not to take necessary action to close the implementation gap». Il *Permanent Forum* si arroga, insomma, un ruolo e dei poteri estesi, che implicano «[…] an authority to arrange dialogue with States regarding application of the Declaration and, thereafter, to follow up on its effectiveness by making conclusions relating to each State's behavior in the context of the Declaration, containing criticism on implementation gaps and demand for reform».

Tale rivendicazione ha incontrato certo resistenze e in qualche caso una dura risposta da parte di una serie di Stati appartenenti a differenti aree geopolitiche; ha conosciuto peraltro una accettazione generalizzata da parte degli Stati dell'America centro-meridionale (in particolare della zona andina), atteggiamento accompagnato da un'ampia disponibilità al-

Group on IP; suo compito è quello di fornire una 'expertise' tematica al Consiglio medesimo.

[40] In altre parole, ai sei compiti istituzionali di promozione – sviluppo economico e sociale dei popoli indigeni, ambiente, salute, educazione, cultura, diritti umani – si aggiunge l'interpretazione/controllo sull'applicazione della Dichiarazione.

la modifica delle legislazioni interne nel senso richiesto dal *Permanent Forum* stesso.

L'argomento non può essere approfondito in questa sede; resta che, con tutte le differenze del caso e limitatamente all'area centro-meridionale americana, la Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni, nell'interpretazione che ne dà il Forum permanente dei popoli indigeni, interagisce con le principali Convenzioni UNESCO[41], e massimamente su quella del 2003, in termini paragonabili a quella 'contaminazione' di cui si è parlato per l'ambito europeo.

3. Un diritto di nuova generazione: quale e di chi?

Si è fatto riferimento fino ad ora allo sviluppo di un intenso fenomeno di contaminazione tra strumenti giuridici appartenenti a quello che con un po' di enfasi potremmo chiamare diritto internazionale del patrimonio culturale. Il senso generale del movimento in atto è peraltro forse meglio sintetizzato dall'espressione *cross-fertilization*, intesa nel significato di «[…] relationship between different subject matter areas of international law»[42]. Si è già accennato[43] al fatto che lo sviluppo di tale corpus normativo presenta profonde ricadute sul sistema dei diritti umani, riqualificando l'asettico diritto 'a partecipare alla vita culturale' di cui all'art. 15 par. 1 lett. *a*) del Patto sui diritti economici, sociali e culturali[44].

[41] Ivi compresa quella del 1972. In particolare il ritorno indigenista nell'America andina (in particolare Bolivia ed Ecuador) ha fatto emergere, dandole gambe anche sul piano giuridico, la pretesa di una continuità diretta tra le popolazioni indigene di oggi ed i grandi monumenti del passato incaico e pre-incaico. Ne costituisce prova la legge boliviana sulle autonomie e la decentralizzazione del luglio 2010, che si iscrive nella riorganizzazione amministrativa su base regionale/comunitaria del nuovo *Plurinational State of Bolivia*. La legge – legge 031, *Framework of autonomies and decentralization Andrés Ibáñez Law* – prevede che allo Stato centrale resti la definizione delle politiche in campo archeologico (e il monitoraggio dei siti), mentre alle autonomie spetti la sviluppo effettivo delle politiche di protezione, archiviazione, consultazione. Per approfondimenti cfr. D. YATES, "Archaeology and Autonomies: The Legal Framework of Heritage Management in a New Bolivia", in *International Journal of Cultural Property*, 2011, pp. 291-307.

[42] P. SANDS, "Treaty, Custom and the Cross-fertilization", cit., p. 85. Ci si riferisce qui alla seconda delle tre forme di relazione indicate dall'autore, la più caratteristica ai nostri fini.

[43] *Supra*, par. 1.

[44] Si è anche già rilevato (*supra*, par. 1) come, a cavallo del millennio, il Gruppo di Friburgo avesse individuato i profili assunti dal diritto culturale, che si articola (*inter*

Notiamo, intanto, che il diritto all'identità culturale partecipa senz'altro della sfera dei diritti collettivi[45]. La complessa relazione tra diritti individuali e collettivi è stata approfondita in diritto internazionale soprattutto in riferimento al rapporto tra diritto di autodeterminazione dei popoli e diritti dei membri delle minoranze etniche, religiose, linguistiche (in particolare tra art. 1 comune ai due Patti[46] e art. 27 del Patto sui diritti civili e politici[47]). Soprattutto, la dottrina ha avuto modo di precisare come il diritto all'autodeterminazione interna[48], intesa come obbligo degli Stati di rispettare la specifica identità dei gruppi e delle comunità che vivono al loro interno, non possa essere fatto coincidere con una sommatoria di diritti individuali[49].

Per quanto poi attiene specificamente ai diritti culturali, la loro natura collettiva è stata autorevolmente riconosciuta negli anni '90 da varie fonti, in particolare dal Comitato dei diritti umani[50] e dalla

alia) nel diritto all'identità e al patrimonio culturale, e nel diritto all'identificazione del singolo con la comunità culturale di appartenenza..

[45] Si riattualizzano qui i risultati raggiunti in L. ZAGATO, "Intangible Cultural Heritage and Human Rights", in *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, cit., pp. 29-50.

[46] Alla stregua del par. 2 di tale disposizione, «[…] tutti i popoli possono disporre liberamente delle proprie ricchezze e delle proprie risorse naturali senza pregiudizio degli obblighi derivanti dalla cooperazione internazionale».

[47] Questo sancisce, per gli appartenenti a minoranze etniche, religiose o linguistiche, il divieto di discriminazione ed anzi il diritto 'di avere una vita culturale propria', oltre che di professare la propria religione ed usare la propria lingua in comune con gli altri membri del proprio gruppo.

[48] Sull'argomento: G. ARANGIO-RUIZ, "Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988; A. CASSESE, "Self-Dtermination Revisited", in *El derecho internacional en un mundo en trasformacion: Liber Amicorum E. Jimenez de Arechaga*, AA.VV. (a cura di), vol. I, Montevideo, 1994, pp. 229-240; G. PALMISANO, "L'autodeterminazione interna nel sistema dei Patti sui diritti dell'uomo", in *Riv. Dir. internaz.*, 1996, pp. 365-413; G. PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna*, Milano, 1997.

[49] G. PALMISANO, *L'autodeterminazione interna,* cit., p. 398. Ciò è d'altro canto in linea con i risultati di quegli studi interdisciplinari che hanno portato alla formulazione della nozione di diversità bio-culturale/bio-linguistica come caratterizzante l'attuale stadio di sviluppo delle società umane. La centralità del tema della protezione bioculturale/biolinguistica prenderebbe il posto della bio-diversità come strumento privilegiato di ricerca. Sull'argomento, che non si può qui approfondire, v. L. MAFFI, "Linguistic, Cultural and Biological Diversity", in *Annual Review of Anthropology*, 2005, pp. 599-617. V. anche le considerazioni in L. ZAGATO, "Il ruolo della lingua nella costruzione (mantenimento e sviluppo) delle identità culturali. Riflessioni alla luce dei nuovi strumenti UNESCO", in *Le minoranze etnico-linguistiche in Europa*, CEDAM, Padova, M. CERMEL (a cura di), 2009, pp. 229-254.

[50] Committee on Human Rights, fiftieth Session (1994), 8 April 1994, *General Comment n. 23, Article 27: Rights of Minorities*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

Commissione mondiale sulla cultura e lo sviluppo[51]. Sul piano regionale vengono in rilievo i profili maggiormente collegati agli eventi nella ex-Iugoslavia[52], che pongono in evidenza come la distruzione deliberata del patrimonio culturale della parte avversa rientri in una strategia deliberata, portando alla conclusione che «[…] the destruction of historic records, monuments and memories serves the purpose of suppressing all that bears witness that the threatened people were ever living in the area»[53].

Il richiamo degli avvenimenti ancora recenti nella ex-Iugoslavia contribuisce forse a spiegare la forte avversione di cui è tuttora oggetto il diritto collettivo tra gli specialisti di diritti umani[54]: la tensione tra dimensione individuale e dimensione collettiva del diritto si fonda sulla constatazione che la salvaguardia del diritto della comunità può trasformarsi, e troppo spesso si è trasformata, in intolleranza verso l'altro gruppo. Tali preoccupazioni non meritano tuttavia, nel nostro caso, di essere condivise.

Il soddisfacimento del diritto collettivo, inteso come qualcosa di più della somma dei diritti individuali coinvolti, consiste, nella fattispecie che ci riguarda, precisamente nell'interesse, per l'umanità intera, che comunità e gruppi si possano liberamente esprimere disponendo del proprio patrimonio culturale (anche per tenerlo celato, se tale è la loro vo-

[51] Report of the World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, Paris, 1996, p. 16: «Cultural freedom, unlike individual freedoms, is a collective freedom».

[52] Senza dimenticare comunque il contributo convergente della *European Charter for Regional or Minorities Languages*, Strasbourg, 5 November 1992, ETS n. 148, e della *Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Strasbourg, 1 February 1994, ETS n. 157. Sul primo di tali strumenti del Consiglio d'Europa, entrato in vigore a livello internazionale il 1° marzo 1998, in conformità all'art. 19, e di cui sono parte attualmente 25 Stati, v. P. KOVACS, "La protection des langues des minorités ou la nouvelle approche de la protection des minorités?", in *Rev. gén. dr. intern. pub.*, 1994, pp. 411-418. Sul secondo, entrato in vigore a livello internazionale il 1° febbraio 1995 in conformità all'art. 28, e di cui sono attualmente part 39 Stati, v. S. ERRICO, "Protezione delle minoranze nazionali e sistema di controllo della Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa del 1995", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, pp. 442-447.

[53] Resolution on *Information of an Instrument for Protection against War Damages to the Cultural Heritage*, adopted at the Meeting convened by the Swedish Central Board of National Antiquities, Swedish National Commission for UNESCO e ICOMOS Sweden, Stockholm, 10 June 1994, www.UNESCO.org/culture/law/swede/htmoeng/page I.shtml. Cfr. L. ZAGATO, "La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato", cit., p. 239 ss.

[54] La diffidenza aumenta ovviamente nel caso dei diritti culturali, che alla dimensione collettiva sommano inevitabili profili 'relativistici': per un approfondimento, L. ZAGATO, *Il patrimonio intangibile come mondo dei diritti* (di prossima pubblicazione).

lontà) e, quindi, realizzando la rispettiva identità[55]. Tutto ciò dentro un quadro dato di valori e diritti.

Consegue che il diritto umano alla diversità, nella sua valenza collettiva, non può essere considerato come un generico diritto dell'umanità a godere della totalità delle espressioni culturali diverse che un mondo non standardizzato può offrire. L'oggetto della protezione nella sua dimensione collettiva è sì quello della preservazione del patrimonio culturale identitario come bene collettivo dell'umanità, nel senso però di bene/espressione culturale che deve essere goduta dalle generazioni presenti e future del gruppo e, solo di conseguenza, dall'umanità intera. In altri termini, l'obbligo degli Stati è quello di consentire alle comunità ed ai gruppi di vivere nella perpetuazione e rivitalizzazione del proprio patrimonio culturale. Si tratta di un obbligo negativo, ma che comprende anche rilevanti aspetti positivi: l'obbligo, in particolare, di promuovere le migliori condizioni per lo sviluppo della diversità culturale, perché le comunità e i gruppi come tali possano mantenere la propria cultura e sviluppare l'autodeterminazione culturale.

Vi è di più. I nuovi strumenti richiamati, nella loro relazione reciproca, confermano il carattere fluido, cangiante, plurale, delle identità culturali. Ci parlano di un diritto alla autoidentificazione con la/le comunità culturale/i di elezione, non di un obbligo che possa venire imposto dall'esterno; fanno riferimento a *heritage communities*, quindi, al riconoscimento che non esiste una sola comunità, un solo patrimonio culturale di riferimento, e che ciascuno «[…] may ascribe to one or more cultural identities»[56]. Nessuna cappa etnico-culturale totalizzante può venire calata sulla persona.

Tali considerazioni rafforzano il convincimento della piena afferenza dei diritti alla identità/diversità culturale e, rispettivamente, al patrimonio culturale, al sistema di protezione dei diritti umani. Alla luce in particolare della esplicita indicazione del diritto al patrimonio culturale nel testo della Convenzione di Faro (art. 1), non è azzardato ritenere che si apra, qui ed ora, nel cuore di una apparentemente declinante Europa,

[55] «The object of protection is precisely the preservation of cultural heritage of identity as a collective good of humanity to be enjoyed by present and future generations of that group and (than) by humanity itself». Così – richiamando A. SALERNO, "La dimensione collettiva e le forme di autogoverno nella tutela internazionale delle minoranze", in *Le minoranze etno-linguistiche*, M. CERMEL (a cura di), cit., p. 212; L. ZAGATO, "Intangible Cultural Heritage and Human Rights", cit., p. 48. «In other words, the obligation for States Parties to the Convention is to enable communities and groups […] to live and perpetuate their intangible heritage».

[56] J. BLAKE, "Taking a Human Right Approach to Cultural Heritage Protection", in *Heritage and Society*, 2011, pp. 199-238 (in particolare, p. 205).

un terreno di sperimentazione nuovo, inatteso quanto esaltante nei suoi possibili esiti.

ISLAM Y PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO*

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. El derecho islámico en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Islam como elemento vertebrador e identitario del Estado. – 3. *Segue*: la *sharî'a* y la protección de los derechos humanos. – 4. *Segue*: su diversidad y heterogeneidad socio-jurídica. – 5. Constitucionalismo democracia y estatuto de la persona en países islámicos. – 6. Estados islámicos y protección internacional de los derechos humanos en el contexto jurídico internacional. Estados islámicos ante las convenciones y declaraciones de Naciones Unidas. – 7. *Segue*: la *sharî'a* como fundamento de las reservas y límite de aceptación de tratados de derechos humanos. – 8. La Organización de Cooperación Islámica y las Declaraciones islámicas de derechos humanos. – 9. Conclusiones.

1. Introducción

La controvertida relación entre Islam y Occidente se ha traducido en los últimos años en un enfrentamiento de identidad cultural que ha llevado a algunos países del mundo islámico a considerar la actual conceptualización de los derechos humanos como un producto etnocéntrico de la cultura occidental, ajeno a la aportación humanística del Islam. Esto explica que el mundo arabo-islámico haya respondido con textos alternativos, realizados en el marco de diferentes organizaciones internacionales[1]. Proyectos y declaraciones que, más allá

* Profesor Titular de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Jaén.

[1] Nos referimos, entre otras, *Proyecto de Documento sobre los Derechos Humanos en el Islam*, propuesto en la cumbre de la Organización de la Conferencia Islámica celebrada en Taif en 1981; *Proyecto de Documento sobre los Derechos Humanos*, aprobado en el 5º coloquio sobre Derechos Humanos celebrado en Teherán en diciembre de 1989; *Proyecto de Declaración de Derechos Humanos en el Islam*, elaborado por los Ministros de Asuntos exteriores de los miembros de la Organización de la Conferencia Islámica en El Cairo en agosto de 1990; *Proyecto de la Carta Árabe de Derechos Humanos* preparada por la Liga de Estados Árabes en 1982; *Proyecto de Carta de Derechos Humanos y del Pueblo en el Mundo Árabe* aprobada en Siracusa en diciembre de 1986; *La Gran Carta Verde de Derechos Humanos* de la era Yamahirí, adoptada por Libia el 12 de junio de 1988.

de un mero alcance moral y cultural, han alcanzado una considerable dimensión jurídica, debido al carácter hermenéutico que se les ha conferido. Ante esta situación, conviene hacer un análisis, y a su vez una reflexión, de cuál es la situación de los derechos humanos en los países islámicos y cuales son las causas que originan las diferentes concepciones de los mismos. Para ello es necesario adentrarnos en el Islam, en su estructura, fundamento y conocer el lugar que ocupa en los Estados confesionales que lo adoptan. Circunstancia que, por otra parte, es determinante para comprender su comportamiento en la actual sociedad internacional, cada vez más interdependiente y globalizada, pero con mayores estándares de protección de derechos humanos.

2. El derecho islámico en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Islam como elemento vertebrador e identitario del Estado

Antes de aventurarnos en el análisis de los rasgos jurídico-políticos que presentan los países islámicos en su derecho interno y en su posición internacional ante la protección los derechos humanos, conviene hacer una pequeña reflexión sobre las razones de fondo que pueden explicar la disyuntiva que, en la práctica, presenta la universalidad de los mismos y su aplicación en el mundo musulmán. Disyuntiva que suele manifestarse como una característica propia de los sistemas jurídicos confesionales de sociedades musulmanas, donde el derecho se encuentra estrechamente vinculado a la religión. El Islam en los Estados que se declaran confesionales, representa a *groso modo* lo que para nosotros sería, desde una óptica occidental, la ciudadanía, la fuente de la ley e, incluso, el elemento que determina la identidad de la persona. Su existencia se identifica con la pertenencia a un grupo, a una comunidad anterior cronológicamente, o incluso, a la construcción jurídico-política del Estado. Tan sólo partiendo de esta premisa, que como todas tienen su lógica, puede comprenderse la sociedad, el sistema político y, sobre todo, la posición que adoptan jurídicamente estos Estados en la sociedad internacional.

La explicación de esta premisa nos la ofrece la profesora Martín Muñoz, quien explica este fenómeno sobre la base de una concepción vertebradora de la religión. En palabras de esta profesora «[...] el Islam surgió en el seno de una sociedad donde no existía la forma política del Estado, sino que era la tribu la estructura en que se basaba su

organización y confería al individuo su identidad»[2]. Por tanto, históricamente el Islam no surge ni se desarrolla como institución religiosa en el seno de un Estado (como fue el caso del cristianismo, por ejemplo), sino que el modelo sociopolítico que de él emana será el que dará lugar a una comunidad política jurídicamente organizada, presentándose ésta como «[...] la consecuencia lógica y natural de un nuevo orden (el Islam) que promueve la urbanización y la sedentarización frente a la disgregación propia de la sociedad tribal»[3]. De ahí que, en el Corán, los llamamientos a mantener la cohesión de la comunidad de fieles sean constantes y su unidad (*al-wahda*) uno de los valores en los que más se insiste.

Ahora bien, dicho esto, sería erróneo considerar que todas los Estados con sociedades musulmanas tienen idénticos sistemas jurídicos, ni que todas las sociedades, observan y aplican el derecho islámico del mismo modo. Los derechos positivos de los países musulmanes, en la forma en que se nos presentan actualmente, difieren entre sí debido a la muy diversa contextura de sus sistemas jurídicos y regímenes políticos, así como a la diversidad de tradiciones y a su herencia histórica. Así, por ejemplo, nada tiene que ver el funcionamiento de los Estados de mayoría musulmana de las Repúblicas Socialistas de Asia Central (Kazajistán, Turkmenistán, Uzbekistán, Tayikistán, Kirguistán) fundados sobre el principio del materialismo histórico de la doctrina marxista-leninista y donde las manifestaciones religiosas han sido tradicionalmente limitadas, con otros países de mayoría musulmana como Arabia Saudí, Yemen, Afganistán o Somalia, donde sus poblaciones están sometidas al imperio del derecho islámico. De ahí que, como señala el profesor A. Motilla, la diversidad de regímenes jurídicos en sí considerados y sus relaciones con el derecho religioso sea una característica de los ordenamientos jurídicos de los Estados de mayoría musulmana; diversidad que a veces no ha sido percibida por la sociedad occidental, que tiende a simplificar esta realidad proyectando una imagen monolítica e inflexible del Islam; obviando que la complejidad de tradiciones, doctrinas y legislaciones sea, por el contrario, la característica principal de la *umma* o comunidad de creyentes[4].

A pesar de esta situación, sí que podemos constatar que existe un denominador común entre muchos de estos países. Por razones históricas

[2] Vid. G. MARTÍN MUÑOZ, *El Estado árabe. Crisis de legitimidad y contestación islámica*, Barcelona, 2005, p. 24.

[3] Vid. G. MARTÍN MUÑOZ, *El Estado*, cit., p. 25.

[4] Vid. A. MOTILLA (ed.), *Islam y Derechos Humanos, Editorial*, Madrid, 2006, pp. 16- 17.

y políticas el proceso de secularización se llegó a materializar en estos países de forma parcial y con siglos de retraso. Esta circunstancia marcaría definitivamente toda la evolución posterior de su derecho positivo. Tras la descolonización de las potencias occidentales (a las que han estado sometidos la mayoría de los Estados islámicos) y el nacimiento del Estado nación, se iniciaría un proceso de codificación de amplios sectores del derecho, convirtiéndose en campo de batalla entre sectores religiosos conservadores y reformistas. Y es que, si bien el hecho formal de codificar las normas – como técnica legislativa propugnada por las corrientes de pensamiento racionalista en occidente – fue bien recibida por las sociedades musulmanes, no ocurrió (ni ocurre) lo mismo con el contenido de lo que se codifica. La tensión se produce, por consiguiente, entre los sectores que consideran que la *sharî'a* tal y como ha permanecido desde hace siglos debería introducirse en los códigos legales y aquéllos que abogan por introducir en ellos el derecho el Corán[5] y los *hadiths*[6], pero adaptados a las necesidades de la sociedad moderna.

3. Segue: *La sharî'a y la protección de los derechos humanos*

La *sharî'a* es la fuente principal del Islam, designada para abarcar todas las manifestaciones de la vida. Conjunto de mandatos, órdenes y ley de Dios que comprenden la conducta humana y los preceptos que debe seguir el buen musulmán. Podríamos considerarla como una disciplina – cuya fuente principal es el Corán y la *Sunna*[7] –, que recoge la

[5] El fundamento del derecho islámico, al igual que toda la civilización musulmana, es el libro sagrado del Islam, el Corán (*Qoran*), constituido por el conjunto de revelaciones de Allá al último de sus profetas y enviados, Mahoma. El Corán constituye la primera fuente del derecho islámico, pero no es en sí mismo un libro de *fîgh*, ni tampoco un código de derecho islámico. Las disposiciones de naturaleza jurídica que contiene son insuficientes para constituir un código, y algunas de las instituciones fundamentales del Islam no aparecen ni siquiera mencionadas en él. Por otro lado, el juez musulmán no está obligado a interpretar el Corán; los doctores han llevado a cabo una interpretación autentica del mismo, y el juez debe referirse a las obras de estos doctores.

[6] Los *hadiths* son dichos del Profeta. Literalmente, 'relato' o 'noticia'. Constituye el fundamento de la tradición (*sunna*), después del Corán.

[7] La palabra *sunna* significa 'conducta' y es el conjunto de dichos y hechos de Mahoma y su manera de proceder según resulta del testimonio de los *ashab*, sus contemporáneos y compañeros. La palabra *sunna* da nombre a los musulmanes *suníes,* que representan el 90 % de todos los musulmanes. Está constituida por el conjunto de los *hadith*, es decir, las tradiciones relativas a los actos y palabras de Mahoma, según han sido transmitidos por una cadena ininterrumpida de intermediarios. Se destacan dos grandes doctores en la investigación y verificación del *hadith*, que fueron El-Bokhari y

vida, hechos, dichos y relatos del profeta en pensamientos y actuación[8]. La *sharî'a* tuvo su gestación y desarrollo en los primeros tiempos del Islam, durante la época del profeta Mahoma. El *Tao* de la antigua China, el *Dharma* budista, el *Nomo*s griego, la *sharî'a* islámica, la *Halaha* judía son diferentes conceptos que, con pequeños matices, expresan un mismo principio fundamental: el orden, la armonía, la ley primordial que rige la naturaleza y debe extender su dominio a la sociedad. De ahí que el término *sharî'a* sea empleado como sinónimo de orden creado por Dios en términos de ley islámica y forme parte actualmente de la vida cotidiana. Ahora bien, cabe preguntarse cómo se formó la *sharî'a* y cómo se ha mantenido hasta nuestros días.

En el Islam, la tradición (*sunna*) se convirtió en una institución básica para la recta guía profética; y el *hadit*, en revelación directa de Dios. Para buena parte de la ciencia jurídica, cada vez más influyente, éste pasaría a ser más importante que el propio Corán. Durante las tres primeras centurias del Islam, los doctores de la ley islámica, urgidos por el cambio de las circunstancias sociales y políticas, dedujeron del Corán y de la *sunna* las disposiciones de la *sharî'a* y elaboraron con ellas un sistema omnímodo. Para ello fue decisiva su interpretación – *iytihad* –, que garantizaría su adaptación a la vida cotidiana; interpretación que con el tiempo (siglo X) quedaría cerrada. Más tarde, ya en el siglo XI, una vez que las interpretaciones innovadoras y de adaptación de la norma habían quedado neutralizadas *de facto* por la ortodoxia, la doctrina resultante se asumió sin más interpretaciones y análisis crítico. De tal manera que todo lo 'deducido' como norma positiva a partir de las fuentes (esto es, Corán y *sunna*) pasaría a ser considerado como ley divina, siendo memorizada por jurisconsultos y aplicada sin más interpretación ni análisis crítico. De este modo se ha impuesto para siempre y para todas las épocas un derecho islámico resultado de una evolución histórica y de un discernimiento humano[9].

Ahora bien, puesto que el Islam no conoce nada parecido a una 'Iglesia', es natural que tampoco exista un magisterio central. Por lo tanto, aquello que no está estipulado en el Corán y en la *sunna* es decidido por los peritos religiosos o *ulemas*: del verbo 'dictaminar' (ár.: *afta*) deriva el sustantivo 'dictamen' (*al-fatwa*; en castellano, fatua). Sin

Moslem, de cuyo trabajo se han podido establecer la solidez de la base de la fe musulmana.

[8] Para más información vid. G. ABDEL-KARIM, *Ciencia del Islam desde los orígenes hasta hoy, La Fundación del Sur*, Madrid, 2005, pp. 114-115

[9] Para más información vid. H. KÜNG, *El Islam. Historia, presente y futuro*,6er Madrid, 2006.

embargo, la complejidad aumenta al no existir tampoco un magisterio que eleve pretensiones de infalibilidad. Nadie puede contar de antemano con una aprobación absoluta. Los dictámenes son, en principio, no vinculantes y dependen tanto del prestigio y la autoridad de los que los emiten como del número de quienes se manifiestan de acuerdo con el informe en cuestión.

Visto esto, parece lógico que una de las cuestiones que más problemas plantean en relación con el proceso de democratización y observación plena de los derechos humanos en los países islámicos sea la relativa al papel que las autoridades conceden a la *sharî'a* en el orden social y jurídico, así como al modo de aplicación. Y es que, de los 6000 versículos que contiene el Corán (fuente de derecho en los países confesionales, como hemos visto), menos de un centenar reflejan reglas de derecho público, algunas inaplicables en el mundo de hoy. De ahí que se haga necesario un constante replanteamiento de su aplicación para buscar respuesta a los problemas actuales. Por tanto, el problema a la hora de observar y aplicar el derecho islámico no radica tanto en la fuente normativa o la norma en sí, como en su modo de aplicación y en la instrumentalización que de ella se hace.

4. Segue: *Su diversidad y heterogeneidad socio-jurídica*

En otro orden de ideas, también tenemos que tener en cuenta el hecho de que, con independencia de su peso en los diversos Estados, el Islam no se presenta como una estructura homogénea y pétrea, sino todo lo contrario, se muestra como una realidad diversa, poliédrica y en constante evolución, caracterizada por distintas corrientes religiosas (suníes [10], chiíes[11] y jariyíes[12]) en las que existen a su vez subdivisiones.

[10] El sunismo representa la rama mayoritaria del Islam. Utiliza este nombre en virtud de la *sunna;* nombre que se utiliza para hacer referencia a dichos, vivencias, comentarios, atribuidos a Mahoma que no figuran en el Corán debido a que fueron transmitidos oralmente. Por consiguiente, para los sunitas no sólo importa seguir las enseñanzas del libro sagrado, sino también las sunnas..

[11] Para los chiíes el califa debía ser elegido entre los descendientes directos de Ali y de Fátima (hija del Profeta) y por eso conservan la lista oficial de los que deberían haber gobernado el mundo islámico en lugar de los omeyas y sus sucesores suníes. El Islam la persona más alta es Dios y le sigue el Profeta Mahoma. Sin embargo, los chiíes no paran ahí. Consideran que el Profeta, sin duda, designó a un sucesor (*Imam*), autorizado intérprete incluso doctrinario de su palabra y éste, a su vez, a otro. Para ellos el *Imam* fue Ali. Los partidarios de Ali constituirán lo que posteriormente se ha denominado como la Chía ('facción' o 'grupo').

[12] Los jariyíes no compartían las tesis sucesorias de los sunís ni de los chiíes. Son

A esta circunstancia hay que sumar otra no menos importante, el hecho de que en el seno de las dos principales ramas (la suní y la chií), existen diferentes escuelas jurídicas que no parten siempre de la misma óptica de interpretación ni dan el mismo valor a las fuentes de derecho. Así, por ejemplo, dentro de la rama suní, la mayoritaria en el mundo islámico, podemos distinguir cuatro escuelas (malaki[13], safii[14], hanafi[15] y hanbali[16])

una comunidad muy minoritaria que en la actualidad viven en el Sahara argelino, en la isla de Yerba (Túnez) y en el sultanato de Omán.

[13] Esta escuela fue fundada por Mālik b. Anas (m. 179/795), autor de la más antigua compilación de derecho islámico suní, conocida por el nombre de *Kitāb al-Muwwatta*. Era natural de Medina y allí llegó a ser juez. Su opinión jurídica se basó en el texto del *Corán*, en la *Sunna* y el derecho consuetudinario de Medina. Sin embargo, admitía que las doctrinas podían ser modificadas si se oponían al concepto del bien público (*istislāh).* Este principio, conocido también por *maslaha*, llegará a ser en los tiempos modernos la noción del 'bien común'. Deposita gran confianza en el *consensus* de los sabios (*iŷmāᶜ*), pero reduce su extensión prácticamente a los de Medina, y utiliza el juicio personal (*ra'y*) de forma irregular. El mālikismo se extendió por la Península Arábiga, pero sobre todo por el occidente musulmán; es decir, el Norte de África: Alto-Egipto, Ifrīqiya, al-Magrib, África negra y *al-Andalus*. Hoy se extiende prácticamente por las mismas zonas africanas. Existe esporádicamente en la Península Ibérica y Francia, y quedan restos en Arabia Saudí. Después del hanbalismo es la escuela jurídica ortodoxa más rígida e intransigente, y sigue la doctrina teológica de *al-Ašᶜārī.*

[14] Esta escuela fue constituida por los discípulos y seguidores del Iman al-Šāfīᶜī, muerto en Fustat a los 53 años (m. 204/820). Perteneció a la tribu de Qurayš recorrió las ciudades más importantes de la P. Arábiga e Iraq Como otros epónimos jurisperitos, tuvo dificultades con el régimen político y fue encarcelado. Creó su movimiento jurídico con la intención de fundar una escuela jurídica; lo consiguió y llegó a dominar el Bajo Egipto, el *Hiŷāz*, el Sur de la P. Arábiga, África oriental, Indonesia, Malasia y ciertas comunidades de India, Taylandia, Vietnam y Filipinas. Se le considera un personaje ecléctico, que se situó entre el hanafismo y el malikismo; es decir, entre la investigación jurídica independiente, basada en el *ra'y*, y el tradicionismo incipiente de su época.

[15] Esta escuela toma el nombre de su fundador, Abū Hanīfa (m. 150/767), quien nació en Kūfa (Iraq). En la actualidad se mantiene casi en las mismas zonas de Extremo Oriente, Oriente Medio y el Próximo Oriente, pero se ha extendido al Norte de África, sobre todo en Túnez, donde tiene valor oficial junto a la escuela *mālikí*. Se puede decir que la mitad de los musulmanes del mundo siguen en nuestros días las normas jurídicas *hanafī*. Con esta escuela, su fundador relegó a un segundo plano la *Sunna*, porque ponía en duda la autenticidad de numerosos *hadith*. También se basó en el *istihsān*, o estimación personal en la elección de la mejor solución jurídica para un caso planteado, de acuerdo con las circunstancias del caso. El hanafismo es la escuela jurídica ortodoxa menos rígida o más abierta del Islam y se sitúa en un extremo de la imaginaria línea que une las cuatro escuelas ortodoxas, siendo el otro extremo donde se situaría el hanbalismo y en la parte intermedia las otras dos escuelas jurídicas.

[16] Su fundador fue A. Hanbal, muerto en Bagdad en 241/855 con 75 años. En la misma ciudad se convirtió en un estricto tradicionista que privilegió la unidad del Islam y sus valores morales, los cuales le llevan a soluciones puramente jurídicas de forma indirecta. Un hecho digno de destacar en esta escuela es la importancia dada a la transmisión oral de su doctrina. Siempre evitó que sus respuestas fueran recogidas metódicamente en un *corpus* doctrinal, pero sus dos hijos y otros discípulos las redactaron. Fue consultado continuamente

que dan lugar a importantes diferencias en la aplicación de la norma.

Históricamente, la mayor parte de las ramas del Islam nacieron como consecuencia de las disensiones en torno al poder en el seno del imperio islámico. Éstas tienen su origen en las rivalidades por la sucesión del liderazgo político y religioso tras la muerte del profeta Mahoma, ya que nada dejó dicho sobre esta cuestión. De este modo, tras su muerte, la comunidad musulmana fue gobernada por cuatro califas elegidos por consenso en el marco de un consejo compuesto por musulmanes muy próximos a Mahoma. Los primeros califas fueron compañeros e incluso familiares del profeta. Pero en el año 660 la comunidad musulmana se divide por la negativa del gobernador de Siria – Muawiya – a reconocer a Ali, como cuarto califa. El triunfo del primero inició la dinastía omeya y la derrota del segundo trajo consigo la división de la comunidad musulmana entre suníes (seguidores del omeya) y chiíes (seguidores de Ali)[17]. Los *jariyíes* (los que 'salen'), tercera rama del Islam no aceptarían ni a uno ni a otro. Para ellos el

por sus seguidores sobre las más diversas cuestiones de dogmática, moral y derecho. Su doctrina es una teodicea antropomorfita exacerbada. Se extendió por Iraq, Siria y luego por Arabia, donde en cierto modo hoy sigue dominando.

[17] En efecto, cuando falleció Mahoma, Abu Bakr, fue aclamado jefe de los creyentes, adjudicándosele el nombre de califa (sucesor). A su muerte le sucedió Omar (634-644) un fiel seguidor de Mahoma. Tras la muerte de éste, le sucedió a su vez como califa Uzmah, miembro de la familia Omeya, poderoso clan de comerciantes de La Meca. Pues bien, tras el fallecimiento de este último, los ciudadanos de Medina proclamaron como nuevo califa a Alí, que al ser marido de Fátima (hija de Mahoma) gozaba de gran prestigio. Sin embargo, su autoridad fue contestada por el omeya Muawiya, que acusó a Alí de ser el instigador del asesinato de Uzman. Aquella acusación desencadenó la primera y más cruenta guerra civil del Islam. En pleno enfrentamiento bélico, Muawiya y Alí fueron atacados casi al mismo tiempo por extremistas de la secta jariyí, cuya fe propugnaba un Islam gobernado por Dios y manejado por un grupo elegido de creyentes. Muawiya sobrevivió a las heridas, pero Alí murió. Fátima – la hija de Mahoma y mujer de Alí – murió joven, dejando huérfanos de madre a sus dos hijos, Hassan y Husayn. A la muerte de Alí, sus seguidores, llamados *alíes* (años más tarde *chiíes*) nombraron imán a su hijo Hassan en la ciudad de Kufa. Tras unas escaramuzas con los ejércitos omeya, el nieto del Profeta decidió evitar otra guerra civil, abdicando a favor de Muawiya, que pasó entonces a ser el primer califa de la dinastía omeya. Tras la muerte de Hassan y del califa Muawiya, se abrió de nuevo el problema sucesorio. Muerto Hassan, el liderazgo de los alíes pasó a Husayn, hijo menor de Alí – y nieto del Profeta –, quien encabezaría una rebelión contra Yazid, hijo de Muawiya y nuevo califa omeya. Husayn, finalmente, fue capturado, martirizado y asesinado. De esta forma se consagró una de las mayores segregaciones del Islam en dos ramas diferentes: los suníes y chiíes. El califa se convertiría así en el líder político de la comunidad musulmana. Para más información *vid*. M. V. Morera, "El islamismo político hoy", en *Ensayos Incipe,* nº. 13, 1996, pp. 16-18.

califa podía ser cualquier buen musulmán que mostrase ser competente para ello.

Diversidad, pluralidad y heterogeneidad pues, que constituyen una constante en la historia del mundo islámico y que, en consecuencia, también se manifiestan en la estructura juríodico-politica de sus comunidades, en el poder político y en la convivencia social. Buena prueba de ello lo encontramos, por ejemplo, en las poblaciones de los países árabes donde la heterogeneidad es una realidad: Arabia Saudí (90% suníes y 10% chiíes), Argelia (99% suníes y minoría jariyí, en Mzab), Bahréin (85% suníes, 35% chiíes y el resto otras religiones), Comores (98% suníes y 2% cristianos), Yibuti (94% suníes y 6% cristianos), Egipto (91% suníes y 9% cristianos coptos), Emiratos árabes Unidos (77% suníes, 19% chiíes y el resto otras religiones), Iraq (35% suníes, 60 % chiíes y el resto otras religiones), Jordania (94% suníes, 2% chiíes y 4% cristianos), Kuwait (55% suníes, 45% chiíes y el resto otras religiones), Líbano (60% – chiíes, suníes, drusos y alauíes, cristianos – 39% – maronitas, ortodoxos, armenios ortodoxos y católicos –), Libia (97% suníes y el resto de otras religiones), Marruecos (99,4% suníes, 0,4 cristianos, 0,1 judíos, el resto otras religiones), Mauritania (prácticamente la totalidad de la población es sunní), Omán (musulmanes entre 87,4-75% distribuidos entre ibadíes, suníes y chiíes, el resto de confesiones está conformado por de hindúes, cristianos, de budistas y otras confesiones), Qatar (95% musulmanes, 4% cristianos y 1% de otros), Siria (90% de musulmanes, suníes en su mayoría, aunque también alauíes, 10 % distintas ramas del cristianismo), Somalia (99,9% suníes y el resto católicos), Sudán (70% suníes, animistas el 25% y cristianos el 5%), Túnez (98% musulmanes suníes y pequeña minoría jariyí, 1% de cristianos, 1% judíos y otros) y Yemen (55% suníes, 42% chiíes zaydíes y 3% otros)[18].

Teniendo en cuenta lo expuesto, parece evidente que no exista en la práctica una visión única de la *sharî'a,* de su naturaleza, sus reglas, ni del papel que juega como límite de los derechos humanos. De esta forma atendiendo a la combinación de los factores antes citados (presencia mayoritaria de una rama u otra del Islam en la sociedad, tipo de régimen, evolución histórica...) y, en concreto, a la aplicación que desde el poder se haga de la religión, la protección de los derechos humanos será mayor

[18] No hacemos referencia expresa a Palestina en este apartado ya que no entra dentro de la categoría jurídica de *Estado* desde el punto de vista del derecho internacional. Datos obtenidos de las páginas webs de las distintas embajadas de los países miembros de la Liga de Estados Árabes, así como del informe de Desarrollo Humano, PNUD del 2006.

o menor. Esto hace que encontremos situaciones extraordinariamente diversas e, incluso, antagónicas. Piénsese, por ejemplo, en la regulación de las relaciones familiares y el estatuto de la persona en Túnez (donde se prohibe la poligamia[19]) y la situación de Arabia Saudí, donde se admite la poligamia y se contemplan como delitos el adulterio, la sodomía y la corrupción en la tierra. Países ambos que, paradójicamente, sostienen sistemas confesionales que comparten la misma fuentes de derecho[20].

5. Constitucionalismo, democracia y estatuto de la persona en países islámicos

Durante el siglo XX, tras los procesos de descolonización, todos los nuevos Estados adoptaron formas jurídico-políticas semejantes a las de sus antiguas metrópolis, dotándose de Constituciones. En este contexto, la mayoría de los Estados de tradición islámica establecieron textos que seguían el modelo liberal con referencia a la soberanía nacional, separación de poderes y proclamación de los derechos y libertades fundamentales. Desde los años setenta, se produjo asimismo, una generalización y una consolidación del control de constitucionalidad de leyes[21] e importantes procesos de codificación de normas. De esta forma las poblaciones musulmanas se fueron dotando de estructuras políticas y jurídicas similares a las occidentales. Sin embargo, las nuevas constituciones presentarían (y continúan presentando tras reformas recientes) una especificidad en relación con los textos occidentales: en ellas está presente, con mayor o menor intensidad, la *sharî'a*. Es más,

[19] Túnez suprimió de su derecho de familia repudio y la poligamia, así como la tutela matrimonial de la mujer en 1956. Asimismo, se suprimió en 1993 el deber de obediencia de la mujer. El Código de familia marroquí o *Mudawwana* (2004) y el código argelino de familia (2005) también han suprimido el deber de obediencia de la mujer. El privilegio de la masculinidad cede igualemente en materia de nacionalidad. La mujer puede en determinados sistemas juridicos, como el tunecino (desde 2001), el egipcio (desde 2004) y el de Marruecos (desde 2007) atribuir su nacionalidad al hijo nacido en el extranjero de un padre extranjero.

[20] Pueden consultarse todos los códigos de los Estados árabes relativos al estatuto de la persona en C. RUIZ ALMODÓVAR (edición y traducción), *El Derecho privado en los países árabes. Códigos de Estatuto personal*, Granada, 2005.

[21] Egipto (1971), Emiratos Árabes Unidos (1971), Siria (1973), Túnez (1987), Argelia (1989), Líbano (1990), Yemen (1991), Marruecos (1993) se han dotado todos de consejos constitucionales. Sobre los modelos de control establecidos vid. N. BERNARD-MAUGIRON, *Le politique à l'épreuve du judiciaire: la justice constitutionnelle en Egypte,* Cedej, 2003, pp. 600 y ss.

podríamos afirmar que el sistema constitucional de los Estados musulmanes, en general, y árabes, en particular, implicaría «[...] la existencia paralela de dos sistemas constitucionales distintos, uno tradicional, y otro liberal»[22]. Dualidad que se evidencia sobre todo en aquéllos ámbitos del derecho encargados de regular, estructurar y ordenar el estatuto de la persona y sus relaciones en el seno de la familia, principal reducto de la tradición religiosa, a diferencia de otras ramas del derecho donde su impacto es menor[23].

Por esta razón no es extraño encontrar en las constituciones de los Estados musulmanes referencias a la religión como fundamento de la familia y del orden social. Así, por ejemplo, en Yemen, la familia es presentada como «[...] el fundamento de la sociedad, que reposa sobre la religión, la moral y el amor a la patria» (art. 26 de la Constitución de 1991); y su artículo 3 dispone que «[...] la *sharî'a* islámica es la fuente de todas las legislaciones». Disposiciones similares existen en las constituciones de Kuwait[24], Bahrein[25], o de los Emiratos Árabes Unidos[26] y de Arabia Saudí. En Egipto, la Constitución de 1971 consagraba en su artículo 2 el Islam como religión de Estado, afirmando que «[...] los principios de la *sharî'a* constituyen la fuente principal de la legislación». Su artículo 9 fundaba la familia sobre «[...] la religión, la moral y el patriotismo» y su art. 11 disponía que «[...] el Estado asegura a la mujer los medios de conciliar sus deberes hacia la familia, con su trabajo en la sociedad y su igualdad con el hombre en el ámbito político, social, cultural y económico sin perjuicio de lo dispuesto por la *sharî'a*». Por el contrario, cabe indicar que no todas las constituciones de Estados musulmanes reconocen un lugar central a la *sharî'a*. Las constituciones del Magreb central (Túnez, Argelia y Marruecos), por ejemplo, no hacen

[22] *Ibid,* p.15.

[23] S. BOSTANGI, "La *sharî'a* est-elle l'unique source du droit dans les pays arabes?", in *Dialogue Amérique du Sud-Pays arabes,* Sao Paolo, 14 septembre 2004.

[24] El art. 2 de Kuwait establece que «[...] la religión del Estado es el Islam. La *sharia* es fuente principal de legislación». Asimismo, en su art. 9 establece que la familia es 'la piedra angular de la sociedad' y la fundamente en «[...] la religión, la moral y el patriotismo». Llama la atención, por ejemplo, que en la propia Constitución de Kuwait se establezca en el art. 18 que la herencia estará regulada por la *sharî'a*.

[25] El art. 2 de la Constitución de Bahrein dispone que «[…] la religión de Estado es el Islam y (que) la *sharî'a* es fuente principal de la legislación". Asimismo su art. 5 determina que la familia es la base de la sociedad y está fundamentada en la religión. En ese mismo art. se afirma que la Ley garantiza su entidad legal, consolida sus valores, protege la maternidad, la infancia. La misma disposición precisa que la sucesión es un derecho garantizado y reglamentado por la *sharî'a* islámica.

[26] El art. 15 de la Constitución de Emiratos Árabes funda la familia en la religión, la moral y el amor a la patria. La Ley garantiza su entidad, la defiende y la protege contra la perversión.

de ella una fuente principal de su legislación. Así, por ejemplo, Túnez proclamaba en el preámbulo de su extinta Constitución que «[...] el régimen republicano constituye el medio más eficaz para asegurar la protección de la familia» y Argelia que «[...] la familia se beneficia de la protección del Estado» (art. 58 de la Constitución)[27].

Ahora bien, a pesar de que la *sharî'a* ocupe un lugar importante en los sistemas jurídicos musulmanes, en general, y en la concepción del estatuto de la persona y la familia, en particular, no podemos ignorar el hecho de que el conjunto de normas que constituyen el estatuto de la persona (donde se concentran derechos y libertades individuales) se ha ido alterando progresivamente, desde su primera codificación por la ley otomana de 1917, hacia posiciones cercanas a las occidentales. De esta forma, las compilaciones de normas y la codificación, cuyo primer objetivo había sido proveer textos más accesibles y completos que los que proporcionaban las obras de derecho islámico (*fiqh*)[28], se transformó rápidamente en instrumentos de reforma, siendo el Estado el responsable de su protección y aplicación. Dicho esto, conviene señalar que esta evolución no se ha producido del mismo modo y en el mismo momento en todo el mundo musulmán. Se asiste aquí y allí a la secularización progresiva del estatuto de la persona, entendiéndose como el resultado de un proceso social que se escapa «[...] progresivamente de la influencia de órganos y símbolos religiosos»[29]. Las recientes reformas llevadas a cabo a principios de este siglo, con la ley de 2000 en Egipto, la refundición de la *Mudawana* en 2004 (código de familia marroquí)[30], la reforma del código de familia en el año 2005 en Argelia[31], confirman esta orientación en buena parte de estos países.

[27] Para un estudio más detallado de las constituciones árabes, vid. V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO, "Estados árabes y derechos humanos: la recepción y aplicación de la norma internacional", en *Revista española de derecho internacional*, 2012, pp. 106-131.

[28] Vid. S. LAVOREL, *op.cit.*

[29] Vid. F. FREGOSI, "Une sécularisation problématique, la discussion contemporaine sur le rapport Etat-religion (Algérie-Tunisie)", en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1994, p. 413 ss.

[30] Vid. V. L GUTIERREZ CASTILLO, "La protección de los Derechos de la mujer en Marruecos y la reforma de la Mudawana", en *La Conferencia de Algeciras y las relaciones internacionales*, J.M. DE FARAMIÑAN GILBERT, V.L. GUTIERREZ CASTILLO (Coord.), Sevilla, 2007 y M.C. FOBLETS, M. LOUKILI, "Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?", en *Revue critique de droit international* privé, 2006, pp. 520 ss.

[31] Vid. J.P. BRAS, "La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : quelles avancées pour la démocratie?", en *Critique internationale*, 2007, p. 93 ss.

6. Estados islámicos y protección internacional de los derechos humanos en el contexto jurídico internacional. Estados islámicos ante las convenciones y declaraciones de Naciones Unidas

Más allá de la obligación jurídica general de los Estados de desarrollar y estimular el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, el derecho internacional ha abierto un amplio abanico de instrumentos jurídicos por los que se desarrollan estos derechos. Este abanico se caracteriza por dos elementos esenciales: en primer lugar, por la variedad de mecanismos de control y en segundo lugar, por el respeto a las heterogeneidades de los Estados, permitiéndoles una vinculación progresiva y compatible con particularidades culturales a través de reservas. En otras palabras, el derecho internacional permite diferentes grados de vinculación de los Estados a los tratados internacionales, mostrándose más preocupado por la creación de una mentalidad respetuosa con los derechos humanos que por su plena eficacia. En esta línea, las peculiaridades nacionales han obligado a permitir una interpretación matizada de algunos derechos humanos[32] abriendo un debate en el seno de las sociedades musulmanas.

Debido a la tardía aparición del Estado-nación, a la fuerza y autoridad del derecho religioso y al detalle con el que éste regula las instituciones políticas y sociales, el proceso de secularización que vivió occidente no llegaría a los países musulmanes hasta siglos después, observándose solo de forma parcial. En ellos, la norma religiosa sigue teniendo protagonismo e inspirando al legislador. Sin embargo, a pesar de esta circunstancia, la mayoría de los Estados se han ido aproximando, en un proceso evolutivo, a los valores y principios que hoy se entienden como patrimonio común de civilización, la protección de los derechos humanos y la dignidad del individuo. El problema radica en que, al no existir un acuerdo unánime en torno al contenido de la *sharî'a* y la naturaleza de sus reglas, el papel que ésta juega como límite de los derechos humanos se ve influido por la posición teórica de las distintas corrientes, escuelas y tendencias que existen en el mundo musulmán[33]. Esto explica que, en la práctica, la realidad de la protección de los derechos humanos en los países islámicos lejos de ser homogénea, presente una total asimetría y encontremos países que aún se mantienen

[32] A. RODRÍGUEZ CARRIÓN, "La protección internacional de los derechos humanos y el mundo árabe", en *Democracia y derechos humanos en el mundo árabe*, G. MARTÍN MUÑOZ (dir.), Madrid, 1993, pp. 97-98.

[33] Vid. A. MOTILLA, *Islam y Derechos Humanos*, Madrid, 2006, p.18.

al margen los estándares básicos de protección de derechos humanos universalmente reconocidos. Este es el caso, entre otros de Arabia Saudí, Afganistán, Irán o Nigeria; en los cuales rige el derecho islámico tradicional.

Como se sabe, al amparo de la ONU se han adoptado tres documentos de carácter general que contienen un completo elenco de los derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Estos instrumentos, junto al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Segundo Protocolo Facultativo del Paco Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte integran el denominado *International Bill of Rights* o Carta de derechos fundamentales. La Declaración Universal fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución de 10 de diciembre de 1948, con 48 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones. El único Estado islámico que se abstuvo fue Arabia Saudí, y lo hizo por razones religiosas, especialmente relacionadas con el derecho a cambiar de religión del art. 18. Los demás Estados que se abstuvieron nada tenían que ver con el Islam: es el caso de Sudáfrica, y seis países del entonces bloque comunista: Bielorrusa, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Soviética y Yugoslavia. En principio, los delegados presentes en la Conferencia de San Francisco se habían mostrado partidarios de una convención, precisamente por su carácter vinculante, pero ante la falta de consenso y a fin de lograr el mayor número de adhesiones al texto, se optó por la elaboración de una declaración. En cuanto a los Pactos, conviene señalar que suponen un paso más en el proceso de reconocimiento y promoción de los derechos en el ámbito de ONU, al tratarse de documentos de carácter vinculante para los Estados firmantes que los han ratificado. Los pactos fueron elaborados por la Comisión de Derechos Humanos, tras la aprobación de la Declaración Universal, entre los años 1948 y 1954 y se aprobaron por unanimidad de los presentes, aunque, eso sí, con la ausencia de 3 Estados, siendo uno de ellos de la Organización de la Cooperación Islámica (OCI)[34], Albania. En este sentido, también conviene señalar que

[34] La Organización para la Cooperación Islámica es un organismo internacional que agrupa a los estados de confesión musulmana, creado en 1969 durante la Conferencia de Rabat y formalizada dos años después. Su sede está en Yedda, en la costa de Arabia Saudí con el mar Rojo. Sus miembros son 57, incluyendo a la representación de la Autoridad Nacional Palestina. El 28 de junio de 2011 se oficializó el cambio de nombre, anteriormente se llamó: Organización de la Conferencia Islámica Sus acciones se circunscriben a la actividad colaborativa entre sus miembros, sobre todo en la lucha

solo 12 de los 57 Estados de la OCI miembros de Naciones Unidas, no han ratificado ninguno de los dos pactos; en concreto Arabia Saudita, Bahrein, Brunei, Comores, Emiratos Árabes Unidos, Indonesia, Kazajstán, Malasia, Maldivas, Omán, Pakistán y Qatar. Los demás sí lo hicieron.

Ahora bien, en este contexto, conviene señalar que la posición de los Estados islámicos frente a los derechos humanos puede calificarse de ambivalente. Por un lado son miembros de la ONU, aceptan los compromisos de su Carta fundacional, ratifican la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como otros textos internacionales y forman parte de los órganos e instituciones de la ONU en esta materia. Pero, por otro lado, suscriben declaraciones de derechos humanos islámicas bajo el denominador común de someter los derechos y libertades a la *sharî'a*, lo que, como es obvio, es ajeno al Derecho internacional[35]. Por otra parte, el mosaico de la heterogeneidad que la actual sociedad internacional refleja no permite tampoco que los tratados internacionales sobre derechos humanos muestren listados exhaustivos de los mismos. Por esta razón, a partir del análisis de las adhesiones o ratificaciones a los tratados de derechos humanos, de los mecanismos de control aceptados por los países musulmanes y de las reservas o declaraciones interpretativas interpuestas, podremos comprobar el grado de aceptación de las obligaciones internacionales en materia de protección y respeto de dichos derechos. Mecanismos de control, declaraciones y reservas que, como veremos, reflejan, a su vez, la diversidad jurídico-política existente en estos países.

7. Segue: *La sharî'a como fundamento de las reservas y límite de aceptación de tratados de derechos humanos*

No todos los derechos humanos y libertades son objeto de debate en países musulmanes. Existe un grupo cuyo contenido son potencialmente polémicos en cuanto que pueden entrar en colisión en los preceptos del Islam. Nos referimos a los derechos relacionados con la libertad religiosa, la educación, los derechos de la mujer y los derechos de los menores de edad. En un interesante estudio del profesor Alejandro

contra el imperialismo, el neocolonialismo y por la emancipación de Palestina. Históricamente se celebraron diversos congresos que contribuyeron con su desarrollo: Lahore (1974), La Meca (1981), Casablanca (1984), Kuwait (1987), Dakar (1991). Para más información véase también apartado 5 de este trabajo

[35] *Ibidem,* p. 22.

Carrión en el que se aborda la cuestión relativa a la aceptación de los textos internacionales de derechos humanos por países musulmanes, se pone de manifiesto la constante característica que les acompaña y que ya hemos puesto de manifiesto, su 'heterogeneidad'. Así, haciendo un estudio de una parte de los Estados islámicos (en concreto, de los Estados árabes), concluye que 21 de ellos habían suscrito 93 tratados relativos a los derechos humanos, una media, en consecuencia de 4,4 tratados por Estado. Las explicaciones, como sostiene el profesor Carrión, deben explicarse en términos de regímenes políticos o niveles de desarrollo económico, más que en términos de confesión religiosa[36].

Ahora bien, la mera aceptación de un tratado internacional de derechos humanos no es la mejor indicación de su efectiva protección; es necesario atender a las reservas realizadas, la aceptación de los mecanismos de control y a sus informes. Así, por ejemplo, aunque un buen número de Estados miembros de la OCI han ratificado textos que relativos a la protección de los derechos del niño y de la mujer, muchos han establecido reservas a su articulado, planteándose serias dudas de validez desde el punto de vista jurídico. Y es que, es común entre los Estados musulmanes introducir reservas para condicionar la aplicación de la norma internacional a su compatibilidad con la norma religiosa. Situación que, además, de plantear serias dudas de validez, provocan una aplicación asimétrica del texto internacional en la práctica. Todo dependerá, insistimos, de diferentes variables: de la corriente religiosa, de la escuela jurídica y, por supuesto, del régimen político que exista en cada país.

En cuanto al papel de los Estados islámicos en relación con la Comisión de Derechos Humanos y los comités creados por los distintos tratados o por protocolos facultativos a los mismos (entre otros, el Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño) conviene determinar que su presencia y actividad, de nuevo, es heterogénea. De hecho la presencia de los Estados miembros de la OCI en estos comités es asimétrica. Así, por ejemplo, en el año 2012 de los 18 miembros del Comité de Derechos Humanos, 3 eran nacionales de países pertenecientes a la OCI; de los 18 miembros los del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuatro eran miembros de la

[36] Vid. A. RODRÍGUEZ CARRIÓN, "La protección internacional de los derechos humanos y el mundo árabe", en *Democracia y derechos humanos en el mundo árabe*, G. MARTÍN MUÑOZ (dir.), Madrid, 1993, pp. 97-98.

OCI[37]; de los 22 miembros del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 4 pertenecían a Estados de la OCI[38] y de los 18 miembros del Comité de los Derechos del Niño, 5 también lo eran[39].

Asimismo, la efectividad de los tratados, ya no solo depende de su ratificación y del hecho de que se interpongan reservas, con un contenido u otro, sino también de la aceptación de los mecanismos de control y vigilancia *ad hoc* previstos en algunos de los tratados y sus Protocolos facultativos. Nos referimos, entre otras, a las obligaciones de presentar informes periódicos que permitan a los Comités supervisar el cumplimiento de los derechos establecidos en el pacto o de facilitar las de los relatores especiales. Así, por ejemplo, volviendo al grupo de derechos que antes mencionamos (libertad religiosa, igualdad de la mujer y derechos del niño…) cabe señalar que, precisamente, una de las cuestiones más controvertidas en los informes de la Comisión y el Comité de los Derechos Humanos ha sido la relativa al derecho a cambiar de religión. Distintos informes sobre la situación de Argelia, Libia, Yemen o Sudán que revelan las dificultades para abandonar la religión musulmana en estos países, o las denuncias formuladas contra Pakistán y Brunei por vulnerar el derecho de las minorías a recibir enseñanza religiosa, constituyen sólo algunos ejemplos de los frecuentes incumplimientos. Situación ésta que se manifiesta con mayor fuerza en relación con los derechos de la mujer. Y es que, a pesar de que algunos Estados islámicos hayan retirado las reservas a textos que, de forma directa o indirecta, afectaban a los derechos de la mujer y de que hayan realizado reformas para evitar la discriminación sexual, es evidente que aún perviven en ellos instituciones claramente lesivas al principio de igualdad que tienen su fundamento en el hecho religioso. Piénsese, por ejemplo, en Uganda, donde la legislación impide que una mujer pueda utilizar un pasaporte sin la autorización escrita del marido[40]; en Jordania, donde se prohíbe a las mujeres que elijan libremente su lugar de residencia; o, sin ir más lejos, en la pervivencia de situaciones discriminatorias en el derecho de familia, como la poligamia, el matrimonio pactado o las diferencias en derecho hereditario entre hombre y mujer.

[37] En estos momentos están representados Egipto, Jordania, Camerún, Argelia.

[38] Los Países representados a través de los expertos son Bangladesh, Argelia, Egipto y Afganistán.

[39] La República Árabe de Siria, Argelia, Egipto y Túnez.

[40] Vid. J. ROSSELL, "Estados islámicos y Derechos de la Mujer", en *Islam y Derechos Humanos*, A. MOTILLA (ed.), Madrid, 2006, pp. 152-157.

Es evidente pues, que la presencia de tradiciones religiosas en instituciones jurídicas claves para el libre desarrollo de las personas, así como la escasa penetración de la democracia en los sistemas jurídicos y políticos existentes, da lugar a situaciones deficitarias en cuanto a la implantación efectiva de los derechos. En este sentido, baste señalar el informe *Desarrollo Humano Árabe* realizado por el PNUD y presentado en Nueva York y Beirut en verano 2009, que ofrece la actual perspectiva sobre la situación del mundo árabe, donde se concentran la mayor parte de países musulmanes[41]. En los cuatro informes precedentes sobre Desarrollo Humano Árabe realizados por el PNUD ya se trataron los déficits de oportunidades para las nuevas generaciones: déficits de acceso a las fuentes del conocimiento, de libertad y de empoderamiento de la mujer que afecta a la región, considerándolos obstáculos para el progreso. El informe de 2009 ve estos problemas bajo el prisma del desarrollo humano y los identifica como las amenazas que pesan sobre la seguridad humana en sus distintos aspectos, dedicando a cada uno de ellos un capítulo. En este contexto el documento denuncia, entre otras cuestiones, el déficit de seguridad de las poblaciones por la amenaza de la represión moral y física ejercidas por gobiernos, la inseguridad personal de los grupos minoritarios o vulnerables, como las mujeres, los niños, los trabajadores extranjeros y los refugiados[42].

8. La Organización de Cooperación Islámica y las Declaraciones islámicas de derechos humanos

Los Estados islámicos en el contexto actual de la sociedad internacional contemporánea han buscado foros internacionales en el que defender y proteger sus intereses. Foros que han dado lugar a

[41] Para hacerlo, se siguió la definición de este concepto que se encontraba en el Informe de Desarrollo Humano de 1994, considerándolo como «[...] la liberación de los seres humanos de las amenazas graves, extendidas, duraderas y considerables ante las que sus vidas y libertad son vulnerables». El informe de 2009 ve la luz después de dos años de preparación y es el primero de la segunda serie de informes previstos por el PNUD hasta 2011. Muchos de los temas tratados ya habían sido desarrollados en los cuatro volúmenes de la serie anterior (2002-2005), pero en este caso la atención se centra en la seguridad humana, considerada como un requisito previo para el desarrollo humano. En su realización colaboraron más de noventa académicos e investigadores, y se llevó a cabo una encuesta en cuatro países: Líbano, Kuwait, Marruecos y los Territorios Palestinos. Para dar mayor representatividad a los componentes sociales, se amplió la presencia de mujeres en el consejo consultivo del informe y se organizaron tres foros de debate entre jóvenes de la región.

[42] El texto integro del informe puede consultarse en: www.arab-hdr.org.

organizaciones internacionales de carácter regional con intereses bien distintos. La heterogeneidad geográfica, política y económica que los caracteriza explica el nacimiento de Liga Árabe, Unión Africana, Unión del Magreb y otras organizaciones regionales. Sin embargo solo una organización toma el Islam como elemento vertebrador entre sus miembros, la Organización de la Cooperación Islámica (la OCI). Organización ésta cuyo liderargo en el mundo arabo-islámico y reconocimiento en la sociedad internacional ha ido creciendo en la última década. A ello han contribuido varias circunstancias como a) su marcada independencia de otras organizaciones regionales y sus críticas al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en determinados conflictos internacionales, b) su colaboración con NNUU en la mediación de conflictos en África y Medio Oriente c) la adopción de decisiones por encima de intereses y rivalidades de sus miembros de orden religioso político o económico, etc.

La OCI, más allá de una dimensión diplomática, política o económica, también se le reconoce un papel importante en la protección de derechos, aunque no exento de controversia. Y es que, como hemos visto, los derechos humanos divide a las sociedades e incide en las políticas de los gobiernos y de las organizaciones internacionales en las que participan. División que se refleja en los borradores, proyectos, textos definitivos, que asociaciones privadas u organizaciones públicas han difundido a modo de propuestas de derechos humanos en el Islam. Unos se aproximan claramente a los derechos reconocidos en los textos clásicos de Derecho internacional universal; otros afirman el sometimiento de todo derecho, individual o colectivo, al Islam, separándose de las declaraciones internacionales, consideradas válidas únicamente para la cultura secularizada del mundo occidental. No existen, por tanto, unos derechos humanos aceptados y asumidos por todo el Islam, sino propuestas de sectores ideológicamente comprometidos que pugnan entre sí. En todo caso, y por encima de las diferencias, el hecho los derechos humanos sean recogidos en Declaraciones de organizaciones internacionales islámicas subraya una común aceptación de los mismos y evidencia una adaptación a las distintas culturas y, en concreto, a la necesidad de acomodar las instituciones y los derechos *ad usum* a las peculiaridades del pueblo musulmán. El ala más liberal dentro del islamismo acepta el carácter universal de los derechos humanos, que estima compatible con los principios básicos de la *sharî'a*, rechazando, por tanto, la necesidad de redactar relaciones de derechos humanos islámicos, que supongan, en definitiva, limitaciones y restricciones fundadas en la religión a los derechos del ámbito internacional.

Nos centraremos en tres textos emanados de la OCI: el Proyecto de declaración de los derechos y de las obligaciones fundamentales del hombre en el Islam de 1979, al cual siguió el Proyecto de documento sobre los derechos del hombre en el Islam, de 1981; y, por último, la Declaración de El Cairo de los derechos del hombre en el Islam, adoptada por la 19ª Conferencia Islámica el 5 de agosto de 1990 [43]. La ideología que promueve y hace fructificar estas declaraciones islámicas es la línea tradicionalista no extrema. Es decir, aquella que acepta una formulación de derechos humanos al estilo de los textos internacionales, pero los somete a la ley religiosa o *sharî'a*. Las reglas y principios de la religión son las condiciones que matizan, modulan y limitan los derechos humanos. Incluso, se afirma que el verdadero fundamento de los mismos, en su concepción más acabada y perfecta, se encuentra en la *sharî'a*, que concilia la fe y la razón. El resultado de esta visión del Islam es, como afirma Mayer, unas Declaraciones construidas mezclando principios y normas internacionales con reglas y conceptos de la herencia islámica[44]. Esto explica que una de sus características más destacadas sea el hecho de que la dimensión de los derechos en ellas contenidos, quede supeditada a la condición de su titular: creyente (musulmán, judío, cristiano o de otra religión) o no creyente, hombre o mujer.

Como hemos visto, el común denominador de los Estados miembros asociados a la OCI es, por encima de las diversidades étnicas, lingüísticas o culturales, la religión musulmana de su población y su confesionalidad. De ahí que sea hasta cierto punto lógico que el Islam, los principios, mandatos y valores contenidos en la *sharî'a*, sean tomados como referencia para formular la protección de los derechos humanos. Lo que sí sorprende es lo lejos que han llevado la dependencia de la religión islámica respecto de los derechos civiles, políticos y sociales proclamados en las declaraciones internacionales. Las tres Declaraciones se abren con una profesión de fe en los dogmas del Islam y en los principios morales de la *sharî'a*[45], lo que les lleva a afirmar, el

[43] Los originales en lenguas árabe, inglés y francés pueden encontrarse en la página de la OCI en *internet* www.oic-oci.org/index-arabic.asp.

[44] A. MAYER, *Islam and Human Rights. Tradition and Politics*, Boulder-San Francisco, 3ª ed., 1999, p. 24.

[45] En el preámbulo de la 2ª Declaración (1981) se afirma: «Los Estados miembros de la OCI: Creyendo en Dios, Señor del Universo, creador de todas las cosas [...]. Reconociendo el mensaje de Muhammad [...] [e]n el espíritu de la unidad, idea principal del Islam que ha llamado a la humanidad entera a adorar sólo a Dios y a no crearse dioses [...] [c]on objeto de poner en práctica las enseñanzas específicas de la *sharia* [...] Reafirmando el papel cultural e histórico de la Nación islámica». Esta confesión de fe se

fundamento teológico de la doctrina de estos, ocultando su verdadera génesis en las corrientes de pensamiento de la ilustración y el liberalismo ideológico. Los preámbulos de la 2ª y de la 3ª Declaración dan a entender que los derechos y libertades de los individuos fueron enunciados por la ley religiosa islámica desde los orígenes de ésta, y que, por tanto, su observancia es un acto no sólo de necesidad ética sino, también, religiosa. Es más, se afirma que los derechos humanos en el Islam son superiores a los proclamados en el Derecho internacional por cuanto cumplen los mandatos revelados por Dios, y que el deber de extender la concepción islámica de éstos radica en la misión de guiar a la humanidad hacia el auténtico equilibrio entre fe y razón y en la superación del materialismo de la civilización actual [46]. Late, pues, en las Declaraciones el deseo de subrayar en todo momento su estricta fidelidad y ortodoxia respecto a la religión islámica, por encima de otras consideraciones de conveniencia ética o política. De ahí que se acerquen más a textos de naturaleza teológica o de moral religiosa. Esto las distingue e incluso las contrapone, a las declaraciones internacionales universales, consideradas por algunos como 'producto ideológicos de occidente'. Circunstancia esta, que no deja de ser un tanto contradictoria, teniendo en cuenta que los Estados miembros de la OCI participaron activamente en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y otros textos internacionales sobre derechos humanos.

El fundamento divino de los derechos reconocidos a lo largo de las Declaraciones de la OCI está expresamente afirmado en éstas. En el preámbulo de la 1ª Declaración (1979) se dice que «[...] los derechos y las obligaciones del hombre en el Islam se rigen por textos imperativos que ha proporcionado el Creador […] de tal manera que el hombre no podrá atentar contra ellos». Y en la 3ª Declaración (1990), siguiendo muy de cerca lo escrito en la 2ª Declaración (1981)[47], se subraya que «[...] los derechos universales y las libertades fundamentales [...] trata[n] de normas divinas inalterables contenidas en el Libro revelado por Dios y transmitidas a su Profeta para completar los mensajes divinos

repite más escuetamente en la 1ª Declaración (1979) y en la 3ª Declaración (1990).

[46] En la 2ª Declaración se subraya «[...] el papel cultural e histórico de la Nación islámica [...] cualificada hoy en día para guiar a la humanidad que se encuentra perpleja entre las corrientes y las ideologías competitivas y para proponer las soluciones islámicas aptas para resolver los problemas anacrónicos de la civilización materialista» (Preámbulo).

[47] Según ésta: «[...] dichos derechos y libertades nos han llegado a través del último libro revelado y asimismo a través del enviado de Dios, para dar cumplimiento a los anteriores mensajes revelados».

precedentes»[48]. Circunstancias que implican una sanción religiosa ante su incumplimiento. En estas declaraciones se afirma que la protección de estos derechos es un acto de adoración y toda agresión contra los mismos está prohibida por la religión (art. 13 de la 2ª Declaración de 1981 y 1,2 de la 3ª Declaración de 1990). De todo esto se deduce que sus derechos también estarán sujetos y condicionados por la ley de Dios[49]. En consecuencia, el sometimiento de los derechos y libertades a la *sharî'a* está presente a lo largo de todas las Declaraciones, manifestándose con mayor grado en determinados derechos. Como por ejemplo, en el derecho a contraer matrimonio, en los derechos de los padres a elegir la educación de los hijos, las libertades de opinión y expresión, la libertad religiosa o, incluso, la propiedad intelectual, científica y artística.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es indudable que al elevar la religión a criterio superior que limita y condiciona los derechos de las personas, las Declaraciones islámicas se separan inevitablemente del reconocimiento de estos en el ámbito internacional, donde la concepción religiosa nunca es asumida como elemento legitimador de los derechos humanos[50].

9. Conclusiones

El mundo islámico abarca actualmente algo más de medio centenar de Estados heterogéneos: ciudades-Estado, monarquías tradicionales, repúblicas, no respondiendo pues, a un mismo esquema estructural, desde el punto de vista jurídico-político. Por otra parte, el Islam en

[48] En la versión árabe de la Declaración se dice que «[...] los derechos fundamentales y las libertades generales en el Islam [...] [son] decretos divinos revelados por Allah en sus libros, enviados y restablecidos por medio del Sello de sus Profetas, culminando así cuanto habían legado las sagradas escrituras».

[49] De esta forma, el papel de la ley islámica como límite y fundamento de los derechos reconocidos en las diferentes declaraciones se reconoce expresamente al afirmar que «[...] todos los derechos y libertades enunciados en este documento están subordinados a las disposiciones de la ley islámica» (art. 24 de la 3ª Declaración de 1990 y art. 27 de la 2ª Declaración de 1981) y al proclamar que ésta es la única fuente de referencia para interpretar o clarificar cualquier art. (art. 28 de la 2ª Declaración de 1981 y art. 25 de la 3ª Declaración de 1990)

[50] El preámbulo de la Declaración de la Asamblea General de la ONU, de 25 de noviembre de 1981, sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, es taxativa al respecto, señalando como uno de los objetivos de la Declaración «[...] asegurar que no se acepte el uso de la religión o las convicciones con fines incompatibles con la Carta, con otros instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas y con los propósitos y principios de la presente Declaración».

aquellos Estados que se declaran confesionales, representa a groso modo lo que para nosotros sería, desde una óptica occidental, la ciudadanía, la fuente de la ley e, incluso, el elemento que determina la identidad de la persona. Su existencia se identifica con la pertenencia a un grupo, a una comunidad anterior cronológicamente, o incluso, a la construcción jurídico-política del Estado. Tan sólo partiendo de esta premisa, que tiene su lógica, puede comprenderse la sociedad, el sistema político y, sobre todo, la posición que adoptan jurídicamente determinados Estados musulmanes en relación con los derechos humanos.

Ahora bien, la protección de los derechos humanos y el desarrollo de los principios democráticos, tal y como se conciben universalmente, difieren en el mundo islámico debido a múltiples variables presentes, responsables de la heterogeneidad que les caracteriza. Diversidad y heterogeneidad que se manifiestan en: a) en el contexto internacional (mientras que, por un lado, son miembros ONU, aceptan compromisos internacionales de derechos humanos y forman parte en los órganos de control en esta materia; por otro, formulan reservas que condicionan la plena aplicación de ciertos derechos y suscriben declaraciones internacionales alternativas, bajo el pretexto de conciliar los derechos y libertades con sus respectivas culturas); en la religión (sociedades en las que conviven diferentes ramas del islam); c) en la situación política de cada país (mayor o menor instrumentalización interna de la religión, déficit democrático); c) en el desarrollo económico (asimétricos niveles de desarrollo); y, por su puesto, en el plano jurídico (a la *sharî'a* no se le otorga el mismo papel en la organización del Estado y existe una gran diversidad a la hora de interpretar su contenido). Junto a esta realidad, hay que tener en cuenta la existencia de Declaraciones internacionales de derechos humanos, realizadas al amparo de la OCI, que replantean derechos clásicos para hacerlos compatibles con los preceptos del Islam. Estas declaraciones al fundamentar los derechos en el Islam y no en la dignidad de las personas, acaban desvirtuando su reconocimiento y ejercicio.

En resumen, podría decirse que la diversidad de su regímenes jurídicos en sí considerados y sus relaciones con el derecho religioso es algo que condiciona de forma determinante la interpretación y aplicación de los derechos humanos y el desarrollo democrático de sus sistemas; diversidad que a veces no ha sido percibida por la sociedad occidental, que tiende a simplificar esta realidad proyectando una imagen del Islam monolítico e inflexible en la aplicación de la ley; obviando que la complejidad de tradiciones, doctrinas y legislaciones.

LA TUTELA DELLA DIVERSITÀ CULTURALE E IL DIRITTO DELLE MINORANZE

Peter HILPOLD*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini della protezione moderna dei diritti delle minoranze. – 3. La normativa dell'ONU nel dopoguerra. – 4. Le misure adottate in ambito regionale. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

La tematica generale di questo convegno fa immediatamente venire in mente una branca del diritto internazionale di grande tradizione: il diritto delle minoranze. Si può sostenere che la protezione della diversità culturale è l'essenza stessa di questa normativa, la sua vera ragion d'essere. Un intervento intitolato 'La tutela della diversità culturale e il diritto delle minoranze' potrebbe, quindi, limitarsi a dare una panoramica generale del diritto delle minoranze vigente. Nell'ambito di questa materia, però, la tutela della diversità culturale assume una sua connotazione del tutto particolare. Vi è quindi un'accezione generale di questa nozione, valevole per l'intero diritto delle minoranze, e una particolare che si riferisce ad una funzione specifica di queste norme. Questa seconda espressione della diversità culturale sarà al centro di questo breve intervento che avrà anche in parte una impostazione storica in quanto può essere interessante dimostrare come il concetto della diversità culturale si è evoluto.

2. Le origini della protezione moderna dei diritti delle minoranze

Anche se è possibile riportare le origini del diritto internazionale delle minoranze fino agli albori del diritto internazionale stesso[1] nel se-

* Professore di Diritto internazionale, Università di Innsbruck.

[1] Cfr. P. HILPOLD, "Minderheitenschutz im Rahmen der VN – Die Deklaration vom 18. Dezember 1992", in *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches*

condo decennio del ventesimo secolo si è avuto uno sviluppo fondamentale di questa materia con il sistema dei trattati di protezione delle minoranze inserito nell'ordinamento della Società delle Nazioni[2].

Nonostante questo sistema fosse defunto nel 1946 – e in termini pratici già negli anni trenta – è fuori dubbio che questo complesso di norme ha esercitato una enorme influenza su tutti i tentativi di riavviare l'impegno protettivo, alcuni anni dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale. Vi sono però alcuni elementi i quali differenziano nettamente il sistema di protezione della Società delle Nazioni dai sistema istaurati nel secondo dopoguerra. Il più noto è sicuramente il mancato inserimento in un sistema generale di protezione dei diritti dell'uomo. Il secondo – e per la nostra tematica il più importante – riguarda la filosofia basilare che informava questa normativa. Infatti, più che altro queste norme erano dirette a preservare la pluralità culturale presente in un determinato Stato soltanto per un certo periodo di tempo – un lasso di tempo abbastanza lungo per rendere l'assimilazione più agevole[3]. La pluralità delle culture non era vista quindi come un valore a sé meritevole di autonoma tutela e ancora meno come un valore degno di essere promosso.

3. La normativa dell'ONU nel dopoguerra

Nell'immediato (secondo) dopoguerra la protezione delle minoranze incontrava in generale remore e resistenze. Come Joseph Kunz, nel 1954, ha osservato: il moderno internazionalista veste diritti umani e non diritti delle minoranze[4]. Alcuni anni dopo questa situazione avrà subito un certo cambiamento nel senso che la protezione delle minoranze è ritornata di moda ma l'impostazione rimaneva conservatrice nel senso che al

Recht, 1994, pp. 31-54; ID., "UN Standard-Setting in the Field of Minority Rights", in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2007, pp. 181-205.

[2] Cfr., per esempio, A. VON BALOGH, *Der Internationale Schutz der Minderheiten*, München, 1928; J. STONE, *International Guarantee of Minority Rights*, London, 1932; J. ROBINSON (ed.), *Were the MinoritiesTreatiesa Failure?*, New York, 1943.

[3] Cfr. in questo contesto P. DE AZCÁRATE, *League of Nations and National Minorities – An Experiment*, Washington, 1945, che abilmente ha analizzato questa filosofia, in quanto alto funzionario della Società delle Nazioni responsabile proprio dell'amministrazione del sistema di protezione delle minoranze e dunque profondo conoscitore della materia. Cfr. anche P. HILPOLD, "Minderheitenschutz im Völkerbundsystem", in Ch. PAN, B.S. PFEIL (ed.), *Zur Entstehung des modernen Minderheitenschutzes in Europa*, Wien/New York, 2006, pp. 156-189.

[4] J.L. KUNZ, "The Present Status of the International Law for the Protection of Minorities", in *Am J. Int'l L.*, 1954, pp. 282-287.

centro dell'interesse vi era il divieto di discriminazione, mentre erano quasi del tutto assenti tentativi di promuovere la pluralità culturale.

La stessa cosa si può dire nel campo della protezione dei popoli indigeni: la Convenzione ILO del 1957 era imperniata da una filosofia paternalistica e non era intesa a valorizzare la pluralità culturale risultante dalla presenza di popoli indigeni.

Lo spartiacque in questo sviluppo era rappresentato dall'adozione del Patto sulla protezione dei diritti civili e politici (Covenant on the Protection of Civil and Political Rights – CCPR) nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976. In questo Patto vi è contenuta una norma sulla protezione dei diritti delle persone appartenenti alle minoranze: l'art. 27, una norma apparentemente piuttosto scarna. Di seguito, però, questa norma rivelò un potenziale inaspettato. Diveniva il fulcro di tutte le attività di protezione da parte delle Nazioni Uniti e oggetto di interpretazioni sempre più audaci da parte del mondo accademico ed anche della prassi.

Negli anni ottanta dello scorso secolo le prime pubblicazioni dimostravano in modo molto dettagliato che l´art. 27 CCPR imponeva l'adozione di misure positive per la protezione di persone appartenenti a minoranze[5]. Molto chiaro in materia era anche il General Comment n. 23 del Comitato ONU per i diritti umani dell'aprile 1994 che richiedeva 'misure positive'[6].

Asbjorn Eide, nel sul commentario sulla Dichiarazione dell'ONU del 1992 riguardante le persone appartenenti a minoranze nazionali, etniche, religiose o linguistiche ha affermato il seguente: «28. Minority group identity requires not only tolerance, but also a positive attitude towards cultural pluralism on the part of the State and the larger society. Not only acceptance, but also respect for the distinctive characteristics and contribution of minorities to the life of the national society as a whole, is required. Protection of their identity means not only that the State should abstain from policies which have the purpose or effect of assimilating minorities into the dominant culture, but also that it should protect them against activities by third parties which have an

[5] Cfr, in particolare, Ch. TOMUSCHAT, "Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights", in *Völkerrechtals Rechtordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menchenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, R. BERNHARDT *et al.* (eds.), Berlin, 1983, pp. 950-979. Sullo sviluppo del sistema di protezione delle minoranze nell'ambito dell'ONU cfr. anche A. SPILIOPOULOU-AKERMARK, *Justifications of Minority Protection in International Law*, London. PENTASSUGLIA, *Minorities in International Law – An Introductory Study*, Strasbourg, 2002; P. HILPOLD, "UN Standard-Setting", cit., pp. 181-205.

[6] Comitato dei diritti umani, General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, dell'8 aprile 1994, par. 6.1.

assimilatory effect […] 29. Protection of the identity of minorities requires special measures to facilitate the maintenance, reproduction and further development of their culture. Cultures are not static; minorities should be given the opportunity to develop their own culture in the context of an ongoing process. That process should be an interaction between the persons belonging to the minority themselves, between the minority and the State, and between the minority and the wider national society»[7].

Vi è inoltre da ricordare che ultimamente anche il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – CESCR), anch'esso del 1966 ed entrato in vigore nel 1976, ha assunto rilevanza per la protezione delle minoranze. Com'è noto, questo testo contiene, nell'art. 15, un riferimento al diritto di ciascuno di partecipare alla vita culturale. Questa norma, vaga e a lungo trascurata[8], è stata riempita di vita e contenuto dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturale (Committee on Economic, Social and Cultural Rights – CESCR) attraverso il General Comment n. 21 del 2009, nel quale si dà particolare attenzione ai diritti delle minoranze.[9]

4. Le misure adottate in ambito regionale

Al punto 32 del Documento sulla riunione di Copenhagen della Conferenza sulla dimensione umana della CSCE del 1990 si trova il seguente principio: «Le persone appartenenti a minoranze nazionali hanno il diritto di esprimere liberamente, preservare e sviluppare la propria identità etnica, culturale, linguistica o religiosa e di mantenere e sviluppare la propria cultura in tutti i suoi aspetti, al riparo da ogni tentativo di assimilazione».

Siccome l'appartenenza ad una minoranza nazionale costituisce una scelta propria di ciascuna persona[10] una scelta individuale per l'assimilazione è senz'altro ammissibile, mentre non può essere imposta dallo Stato. Alle persone appartenenti ad una minoranza nazionale non è soltanto garantita la possibilità di mantenere la propria cultura ma anche

[7] A. EIDE, Final Text of the Commentary to the Declaration on the Right of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2.

[8] Cfr. A. YUPSANIS, "The Meaning of 'Culture' in Article 15 (1)(a) of the ICESCR – Positive Aspects of CESCR's General Comment No. 21 for the Safeguarding of Minority Cultures", in *German Yearbook of International Law*, 2012, p. 345 ss., p. 345.

[9] *Ibidem*.

[10] Punto 32 del documento, prima frase.

di svilupparla. Questa norma rende palese che il diritto moderno delle minoranze non è soltanto diretto a mantenere una data pluralità culturale ma è destinato a svilupparla, offrendo almeno lo spazio per un tale sviluppo.

Per quanto riguarda il contenuto di questa pluralità culturale si fa spesso riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani con riferimento all´art. 10 CEDU riguardante la libertà del pensiero che non tutela soltanto «[…] 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also […] those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly»[11].

Su questa base si è detto che la protezione e la promozione dell'identità e della cultura di minoranze linguistiche costituisce l'essenza stessa di una democrazia pluralistica[12].

Un'altra norma che tutela la pluralità culturale si trova nell'art. 5 della Convenzione quadro sulla tutela delle minoranze del 1995: «Le Parti si impegnano a promuovere le condizioni adatte a permettere alle persone appartenenti a minoranze nazionali di conservare e sviluppare la loro cultura, nonché di preservare gli elementi essenziali della loro identità, cioè la loro religione, la loro lingua, le loro tradizioni ed il loro patrimonio culturale».

Varie altre disposizioni della Convenzione quadro esplicitano quest'obbligo rispetto a situazioni specifiche come, per esempio, l'art. 12 par. 1 rispetto alle misure necessarie nel settore dell'educazione e della ricerca per promuovere la conoscenza della cultura, della storia, della lingua e della religione delle loro minoranze nazionali così come della maggioranza.

In base all'art. 6 della Convenzione quadro le Parti si preoccuperanno di promuovere lo spirito di tolleranza ed il dialogo interculturale, e di adottare delle misure efficaci per favorire il rispetto e la comprensione reciproci e la cooperazione tra tutte le persone che vivono sul loro territorio, quale che sia la loro identità etnica, culturale, linguistica o religio-

[11] Cfr. G. GILBERT, "Article 5", in *The Rights of Minorities*, M. Weller (ed.), Oxford, 2005, p. 154 ss., p. 165, facendo riferimento a *Arslan c. Turkey*, ricorso n. 23462/94, sentenza dell'8 luglio 1999, par. 44.

[12] *Ibidem*, p. 165.

sa, specialmente nei settori dell'educazione, della cultura e dei mezzi di comunicazione di massa.

Queste disposizioni sembrano essere caratterizzate da un forte elemento programmatico e quindi non di facile attuazione. In realtà però l'Advisory Committee ha controllato puntualmente l'attuazione di queste norme con grande attenzione per la realtà concreta del luogo e per una interpretazione evolutiva del loro contenuto. In questo contesto particolare attenzione è stata dedicata ai gruppi più vulnerabili come quello dei Rom che spesso faticano anche di più ad essere riconosciuti come esponenti di una cultura meritevole di tutela.

Per quanto riguarda l'elemento linguistico la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie nel preambolo stesso della Convenzione enuncia che la protezione delle lingue regionali o minoritarie storiche dell'Europa, certuna delle quali, col passare del tempo rischiano di scomparire, contribuisce a mantenere e sviluppare le tradizioni e la ricchezza culturale dell'Europa[13].

Ciò ci porta al contesto dell'Unione europea: com'è noto il trattato sulla Costituzione europea aveva introdotto il concetto della 'unità nella diversità' (*unity in diversity*). La 'European diversity' è uno slogan molto importante nel diritto vigente dell'Unione[14]. Nell'applicazione pratica viene tradotto in misure rivolte alla protezione delle minoranze tradizionali e dei migranti (incluso soprattutto i Rom), meno invece in atti diretti ad attuare un multiculturalismo generale[15].

Com'è risaputo però la delimitazione delle competenze dell'Unione europea in materia di protezione delle minoranze è alquanto discussa anche perché i vari Stati si trovano in situazioni totalmente diverse e spesso sono confrontati con uno specifico peso storico in materia[16]. In ogni caso è da notare che vi è una forte tendenza nell'Unione europea diretta a percepire la diversità culturale come un elemento di coesione sociale[17].

[13] Al contrario della Convenzione quadro che è entrata in vigore per l'Italia nel 1998, l'Italia ha finora soltanto sottoscritto, ma non ratificato, la Carta europea sulle lingue regionali o minoritarie.

[14] Cfr. G. TOGGENBURG, "Who is Managing Ethnic and Cultural Diversity in the European Condominium? The Moments of Entry, Integration and Preservation", in *Journal of Common Market Studies*, 2005, p. 717 ss., p. 735.

[15] *Ibidem*.

[16] Cfr. B. DE WITTE, "Politics Versus Law in the EU's Approach to Ethnic Minorities", in *Europe Unbound: Enlarging and Reshaping the Boundaries of the European Union*, J. ZIELONKA (ed.), New York, 2002, pp. 137-159; P. HILPOLD, "Minderheiten im Unionsrecht", in *Archiv des Völkerrechts*, 2001, pp. 432-471.

[17] Cfr. European Parliament Report with recommendations to the Commission on European regional and lesser-used languages – the languages of minorities in the EU – in

5. Conclusioni

Se arriviamo alle conclusioni possiamo affermare che il diritto delle minoranze offre spunti per discutere la tematica della pluralità delle culture come pochi altri settori del diritto internazionale. Una panoramica storica di questo concetto rende palese come lo scopo stesso della protezione della pluralità culturale abbia subito un fondamentale cambiamento. Se all'inizio del periodo osservato (gli anni venti del ventesimo secolo) la pluralità culturale era un mero fatto del quale l'ordinamento internazionale voleva tener conto nella forma di misure protettive destinate a tutelare il singolo nel suo contesto collettivo fino a quando il processo normale di assimilazione l'avesse resa superflua, con il passare del tempo la pluralità culturale ha assunto una sua propria valenza. Sempre di più si avverte che la pluralità culturale costituisce un arricchimento per ogni ordinamento. Non è però un multiculturalismo artificiale o forzato che viene perseguito ma per lo più si tratta del riconoscimento di una realtà culturale già presente sul territorio o che risulta dalle migrazioni frutto in primo luogo della globalizzazione. E in questo contesto di nuovo si tiene in considerazione la necessità di tutela particolare di cui hanno bisogno gruppi come i Rom o i migranti. Mentre il diritto degli appartenenti alle minoranze tradizionali ad una tutela qualificata è ormai, con poche eccezioni, generalmente riconosciuto in Europa, sarà la tutela dei migranti il campo sul quale si rivelerà il significato da attribuire alla pluralità culturale nel futuro. Visto il fatto che i gruppi migratori rappresentano una sfida ben più considerevole per le società moderne che le minoranze tradizionali (e questo sia per il fatto che i gruppi migratori sono destinati a crescere sia perché le differenze culturali sono ben più notevoli in questo campo) sarà qui che gli aspetti della tolleranza, dell'accettazione e dell'apprezzamento della diversità troveranno il loro banco di prova.

the context of enlargement and cultural diversity, Rapporteur: Michl Ebner, A5-0271/2003 final, 14 July 2003, p. 6, F: «[…] whereas it is the aim of cultural diversity tobe an element of social cohesion and not to operate as an argument for a division into majority and minority».

DIVERSITÀ CULTURALE E COOPERAZIONE CULTURALE INTERNAZIONALE ALLA LUCE DELL'AZIONE NORMATIVA DELL'UNESCO

Vittorio MAINETTI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dibattito sulla diversità culturale. – 3. La Convenzione UNESCO del 2005: una Convenzione 'rapida'. – 4. *Segue*: lo 'strabismo' del negoziato e le sue conseguenze. – 5. *Segue*: una Convenzione poco vincolante. – 6. *Segue*: una Convenzione 'sottomessa'. – 7. La diversità culturale come principio giuridico della cooperazione culturale internazionale.

1. Premessa

Tra i settori d'interesse per il diritto internazionale, quello della cultura è stato oggetto di un'espansione particolarmente significativa, soprattutto negli ultimi anni, sia sul piano normativo sia su quello delle problematiche emergenti. Nel corso dell'ultimo cinquantennio, si è infatti assistito alla nascita di una coscienza internazionale della cultura che si è tradotta nella determinazione di assicurarne la protezione e la valorizzazione. L'adozione da parte dell'UNESCO di una serie d'importanti convenzioni internazionali in questo settore costituisce solamente la punta di un iceberg, formato da centinaia di strumenti internazionali, vincolanti e non, che costituiscono il frutto di una fittissima rete di cooperazione internazionale, avente come oggetto la cultura.

Promossa dalle Nazione Unite, dall'UNESCO e dalle organizzazioni regionali competenti, questa intensa attività di cooperazione culturale internazionale ha dato vita a un nuovo ambito d'interesse per la disciplina internazionalistica: il diritto internazionale della cultura. Il suo sviluppo è avvenuto attraverso una progressiva presa di coscienza delle minacce che il mondo moderno reca nei confronti della cultura e dei suoi beni giuridici. Al riguardo, occorre osservare che uno dei più recenti e rilevanti sviluppi in questo settore è andato di pari passo con una percezione del tutto nuova dei pericoli derivanti dalla globalizzazione. Si ritiene comunemente, infatti, che questo fenomeno socio-economico, attraverso

* Università di Ginevra.

una tendenziale omologazione dei modelli culturali, metta oggettivamente in pericolo le culture particolari e locali.

Sul finire della guerra fredda, il celebre politologo statunitense Samuel P. Huntington, in un articolo intitolato *The Clash of Civilizations*[1], suggerì che i conflitti del futuro sarebbero stati sempre più spesso legati a questioni culturali o identitarie. Paradossalmente, più la globalizzazione opera nel senso di un'omologazione della cultura e di un'imposizione di determinati modelli culturali (in gran parte provenienti dalla cultura occidentale e anglosassone), più il mondo moderno si trova ad affrontare nuovi conflitti. La storia recente dimostra come proprio l'affermarsi di tali modelli conduca allo sviluppo di movimenti estremistici, i quali, pur utilizzando metodi chiaramente intollerabili, lottano asseritamene per preservare la propria identità culturale.

2. Il dibattito sulla diversità culturale

Da questa constatazione è derivato l'interesse per la nozione di 'diversità culturale', intesa come bene giuridico meritevole di essere tutelato dal diritto internazionale, che si è addirittura imposta come una delle priorità dell'UNESCO[2]. Il concetto non è tuttavia nuovo, perché affonda le proprie radici nel sistema delle Nazioni Unite e in particolare nell'azione svolta dalla sua agenzia specializzata per l'educazione, la scienza e la cultura, l'UNESCO, nel cui atto istitutivo si afferma già chiaramente che uno degli obiettivi fondamentali dell'organizzazione è «[…] di assicurare agli Stati membri […] l'indipendenza, l'integrità e la feconda diversità delle loro culture e dei loro sistemi d'educazione»[3]. Ed è proprio per favorire questa diversità che l'UNESCO ha ricevuto come missione di promuovere una pace durevole favorendo la mutua compren-

[1] S.P. HUNTINGTON, "The Clash of Civilizations?", in *Foreign Affairs*, 1993, pp. 22–49. Dello stesso autore, si veda, inoltre, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996. Sul dibattito relativo alla teoria dello scontro delle civiltà, si vedano: A.A.V.V., *The Clash of Civilizations?: The Debate*, Foreign Affairs, New York, 1996; L.E. HARRISON, S.P. HUNTINGTON, *Culture Matters: How Values Shape Human Progress*, New York, 2001; L. HARRIS, *Civilization and Its Enemies: The Next Stage of History*, New York, 2004.

[2] Sulla diversità culturale all'UNESCO, ci permettiamo di rinviare a V. MAINETTI, "La diversité culturelle à l'UNESCO: ombres et lumières", in *Legal Approaches to Cultural Diversity/Approches juridiques de la diversité culturelle*, M. C. FOBLETS, N. YASSARI (eds.), Leiden/Boston, 2013, pp. 59-107.

[3] Art. 1, par. 3, della Costituzione dell'UNESCO (Londra, 4 novembre 1946).

sione tra le nazioni attraverso l'educazione, la cooperazione scientifica e gli scambi culturali.

È tuttavia con gli anni '90 che la diversità culturale si ritrova sempre più spesso enunciata nei rapporti di diverse organizzazioni internazionali e nelle risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU e della Conferenza generale dell'UNESCO. Questo rinnovato interesse si affianca, pressappoco negli stessi anni, all'apparizione nel diritto internazionale della nozione di biodiversità. Proprio come la biodiversità è indispensabile alla sopravvivenza degli ecosistemi naturali, così la diversità culturale, poiché fonte di scambi, innovazione e creatività, appare necessaria per preservare la varietà degli 'ecosistemi culturali' e assicurare la trasmissione del patrimonio culturale alle generazioni future.

La nozione di diversità culturale appare dunque come l'espressione positiva di un obiettivo globale da raggiungere, vale a dire la tutela e la valorizzazione delle culture a fronte dei rischi d'omologazione generati dalla globalizzazione. L'UNESCO ha in anni recenti dedicato due importanti strumenti alla diversità culturale: la Dichiarazione universale sulla diversità culturale del 2001 e la Convenzione del 2005 sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali. Soprattutto quest'ultima è stata indicata quale principale baluardo all'omologazione e alla 'standardizzazione della cultura'. In breve tempo, essa ha sollevato un ampio dibattito nella dottrina internazionalistica[4], che si è soprattutto interrogata circa l'effettiva capacità della Con-

[4] La letteratura in materia è ormai assai vasta, si vedano in particolare: A. KOLLIOPOULOS, "La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles", in *Ann. Fr. dr. intern.*, 2005, pp. 487-511; M.-F. LABOUZ, M. WISE (sous la dir.), *La diversité culturelle en question(s)*, Bruxelles, 2005; M. CORNU, "La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Nouvel instrument au service du droit international de la culture", in *Journal de droit international*, 2006, pp. 929-936; R.J. NEUWIRTH, "'United in Divergency': A Commentary on the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2006, pp. 819-862; N. OBULJEN, J. SMIERS (eds.), *UNESCO's Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making it Work*, Zagreb, 2006; H. RUIZ FABRI, "Culture Seized by Globalization: Can International Law Be of Any Help? Reflections on Possible Future Legal Implications of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions", in *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, A. REINISCH, U. KRIEBAUM (eds.), Utrecht, 2007, pp. 325-344; G. NOLTE, "The Recognition and Protection of Cultural Diversity in International Law", in *L'Observateur des Nations Unies* 2007, pp. 69-94; H. SCHNEIDER, P. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Protection of Cultural Diversity from a European and International Perspective*, Anvers-Oxford, 2008; F.S. TENORIO DE AMORIM, "La diversité des cultures et l'unité du marché: les défis de la Convention UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles", in *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*,

venzione di influenzare le norme del commercio internazionale. La nozione di diversità culturale è stata così presentata come un'evoluzione dell''eccezione culturale'[5] ed è stata soprattutto analizzata in questa prospettiva, vale a dire alla luce del diritto dell'OMC e del complesso rapporto tra commercio e cultura[6].

J.A.R. NAFZIGER, T. SCOVAZZI (eds.), Leiden/Boston, 2008, pp. 355-396; F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale. Da «ratio» implicita a oggetto diretto di protezione*, Napoli, 2012; M. C. FOBLETS, N. YASSARI (eds.), *Legal Approaches to Cultural Diversity/Approches juridiques de la diversité culturelle*, Leiden/Boston, 2013 (si veda in particolare l'ampia e aggiornata bibliografia, a cura di E. N. VAN TRIGT, contenuta nel volume, pp. 681-925).

[5] D. ATKINSON, "De l'exception culturelle à la diversité culturelle: les relations internationales au cœur d'une bataille planétaire", in *Annuaire français de relations internationales*, 2000, pp. 663-675; ID., "De l'exception culturelle à la diversité culturelle. Un enjeu au cœur d'une bataille planétaire", *ibidem* 2001, pp. 938-941; S. REGOURD, *L'exception culturelle*, Paris, 2002; ID. (sous la dir.), *De l'exception culturelle à la diversité culturelle*, La Documentation française, Paris, 2004; J. MUSITELLI, "L'invention de la diversité culturelle", in *Ann. Fr. dr. intern.*, 2005, pp. 512-523; R. MAZZA, "Liberalizzazione del commercio internazionale degli audiovisivi e salvaguardia dei valori culturali", in *Comun. internaz.*, 2007, pp. 761-783; G. VENTURINI, "La diversità culturale nelle relazioni esterne dell'UE", in *Multiculturalismo e Unione Europea*, M. MARLETTA, N. PARISI (a cura di), Torino, 2008, pp. 101-113.

[6] R.J. NEUWIRTH, "Culture and Trade? A European Way 'Towards an International Instrument on Cultural Diversity'", in *Italian Yearbook of International Law* 2003, pp. 97-129; CH. GERMANN, "Diversité culturelle à l'OMC et à l'UNESCO, à l'exemple du cinéma", in *Revue internationale de droit économique* 2004, pp. 325-354; Ch.B. GRABER, M. GIRSBERGER, M. NENOVA (eds.), *Free Trade versus Cultural Diversity: WTO Negotiations in the Field of Audiovisual Services/Libre-échange contre diversité culturelle: les négociations de l'OMC en matière d'audiovisuel,* Zurigo, 2004; T. VOON, "UNESCO and WTO: A Clash of Cultures?", in *Int'l & Comp. L. Q.*, 2006, pp. 635-652; CH.B. GRABER, "The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?", in *Journal of International Economic La*w, 2006, pp. 553-574; M. HAHN, "A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and the International Trade Law", ivi, pp. 515-552; H. RUIZ FABRI, "Jeux dans la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles", in *Rev. gén. dr. intern. pub.*, 2007, pp. 43-87; J. WOUTERS, B. DE MEESTER, "UNESCO's Convention on Cultural Diversity and WTO Law: Complementary or Contradictory?", in *Arts and Law*, B. DE MARSIN, E.J.H. SCHRAGE, B. TILLEMAN, A.L. VERBECKE (eds.), Bruges, 2008, pp. 348-373; A. FROEHLICH, "L'enjeu de la culture dans son contexte économique international. À l'exemple de la Convention UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles", in *Culture and International Law*, P. MEERTS (ed.), L'Aja, 2008, pp. 83-95; A. GATTINI, "La Convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità culturale e regole WTO", in *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO*, L. ZAGATO (a cura di), Padova, 2008, pp. 191-208; J. WOUTERS, B. DE MEESTER, "The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation of International Law", in *Journal of World Trade*, 2008, pp. 205-240; B. KONO, "The UNESCO Convention for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions", in *The World Trade Organization and Trade in Services*, K. ALEXANDER, M. ANDENAS (eds.), Leiden/Boston, 2008, pp. 845-902; R.H. WE-

3. La Convenzione UNESCO del 2005: una Convenzione 'rapida'

Nel dibattito sulla diversità culturale, l'attenzione riservata all'ultima nata delle convenzioni culturali dell'UNESCO sembra forse eccessiva. Nonostante la sua adozione segni una tappa importante nel processo di elaborazione e definizione degli strumenti giuridici del diritto internazionale della cultura, la Convenzione del 2005 presenta vari aspetti controversi, suscettibili di pregiudicarne l'applicazione e l'efficacia. Numerosi sono, infatti, i motivi e gli elementi di critica che a essa possono essere rivolti.

Se si dovesse trovare un aggettivo per qualificarla, il più appropriato sarebbe indubbiamente 'rapida'. Rapidamente entrata in vigore il 18 marzo 2007, la Convenzione ha raggiunto in pochi anni le attuali 134 ratifiche, a dimostrazione di un entusiasmo non comune da parte degli Stati[7]. La rapidità della Convenzione riguarda però soprattutto la sua elaborazione. Iniziato solamente nel 2003, a seguito dell'adozione della Convezione sulla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, il negoziato si è svolto a tempo di record: meno di due anni sono stati sufficienti per elaborare il testo, seguendo una procedura, quella abituale dei testi normativi dell'UNESCO[8], che è stata però condotta a marce forzate[9].

BER, "Cultural Diversity and International Trade – Taking Stock and Looking Ahead", ivi, pp. 823-843; M. BURRI-NENOVA, "Trade *versus* Culture in the Digital Environment: An Old Conflict in Need of a New Definition", in *Journal of International Economic Law*, 2009, pp. 17-62; C. OSBORN WRIGHT, "Toward a New Cultural Exception in the WTO", in *Multiculturalism and International Law – Essays in Honour of Edward McWhinney*, S. YEE, J.Y. MORIN (eds.), Leiden/Boston, 2009, pp. 649-697.

[7] Conformemente al suo art. 29, la Convenzione è entrata in vigore tre mesi dopo il deposito del trentesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione. Nel gennaio 2014, la Convenzione contava 133 Stati parte e un'organizzazione d'integrazione economica regionale, l'Unione europea.

[8] La procedura abitualmente seguita per l'elaborazione degli strumenti normativi dell'UNESCO è contenuta nel *Règlement relatif aux recommandations aux États membres et aux conventions internationales prévues par l'article IV, paragraphe 4, de l'Acte constitutif.* Sulla prassi seguita dall'UNESCO, vedi A.A. YUSUF, "Pratiques et procédures en vigueur à l'UNESCO pour l'élaboration des instruments normatifs", in *L'action normative à l'UNESCO,* Vol. I: *Élaboration de règles internationales sur l'éducation, la science et la culture*, A.A. YUSUF (sous la dir.), Parigi, Leiden, Boston, pp. 31-50.

[9] Sul negoziato, si vedano: I. BERNIER, "La négociation de la Convention de l'UNESCO sur la promotion et protection de la diversité des expressions culturelles", in *Canadian Yearbook of International Law*, 2005, pp. 3-43; I. BERNIER, H. RUIZ-FABRI, *Evaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*, Québec, 2002; G. GAGNE (sous la dir.), *La diversité culturelle. Vers une convention internationale effective?*, Montréal, 2004; A. MATTELART, *Diversité culturelle et mondialisation*, Paris, 2005; M. CORNU, "L'émergence de la diversité culturelle", in M.-

Data la complessità del negoziato, le forti resistenze (soprattutto da parte degli Stati Uniti) e l'estrema polarizzazione delle posizioni, tanta fretta non è stata sicuramente garanzia di qualità, ma ha anzi consentito incoerenze e debolezze che si ritrovano purtroppo numerose nel testo.

4. Segue*: lo 'strabismo' del negoziato e le sue conseguenze*

Questa insolita rapidità non deve tuttavia stupire: l'orologio dei negoziatori era infatti sincronizzato con quello dei negoziati commerciali multilaterali in ambito OMC, su cui bisognava in qualche modo influire. Occorreva disporre di un testo prima della fine del Ciclo di Doha, la cui scadenza era prevista alla fine del 2005. Una sorta di strabismo ha così caratterizzato l'intero negoziato. Si può ben dire che la Convenzione sia stata scritta con un occhio al testo e l'altro all'OMC. L'interesse dei negoziatori era principalmente incentrato sulla questione della liberalizzazione del mercato degli audiovisivi.

Nel corso del negoziato, si è così formata un'agguerrita minoranza, guidata dagli Stati Uniti[10], che, non senza ragione, considerava il testo

F. LABOUZ, M. WISE (sous la dir.), *op. cit.*, pp. 251-259; H. RUIZ FABRI, "Naissance d'une convention", in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, 2007, pp. 569-597; V.M. MOGHADAM, D. ELVEREN, "The Making of an International Convention: Culture and Free Trade in a Global Era", in *Review of International Studies*, 2008, pp. 735-753.

[10] Nella battaglia per la diversità culturale vale la pena notare una sorta di paradosso. La Francia, uno dei paesi più impegnati internazionalmente nell'affermazione della 'diversità culturale', non riconosce nessuno spazio a tale diversità sul piano interno, negando l'esistenza stessa delle minoranze, in nome dell'universalismo repubblicano. A dimostrarlo ci sono le riserve costantemente mantenute dalla Francia all'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e all'art. 30 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989. Le due disposizioni, di contenuto analogo, prevedono infatti che negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche, le persone appartenenti a tali minoranze non possono essere private del diritto di avere, assieme agli altri membri del proprio gruppo, la propria cultura, di professare e praticare la propria religione, ovvero di usare la propria lingua. Secondo la riserva francese, essendo la Repubblica 'una e indivisibile', le minoranze non esistono. Va notato che durante la sua quarantesima sessione (28 aprile-16 maggio 2008), il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha raccomandato alla Francia il ritiro di detta riserva. Si vedano in merito le osservazioni conclusive del Comitato, UN Doc. E/C.12/FRA/CO/3 del maggio 2008. Al contrario, gli Stati Uniti, considerati tra i principali avversari della diversità culturale a livello internazionale, sul piano interno promuovono fortemente tale diversità, proteggendola costituzionalmente. È chiaro che in entrambi i casi, la condotta del paese a livello internazionale è dettata dal desiderio di proteggere le proprie industrie culturali. Per la Francia, si tratta di proteggerle dall'invasione degli audiovisivi americani, per gli Stati Uniti di evitare qualsiasi interferenza alla loro penetrazione.

uno strumento di protezionismo mascherato e, forse esagerando un po', anche pericoloso per la libera circolazione delle idee e dell'informazione[11]. Quest'opposizione ha prodotto i suoi effetti, diluendo le disposizioni della convenzione infine adottata, che invece di contenere veri e propri obblighi, si limita a mere dichiarazioni di principio. Tenuto conto della fretta, il risultato può apparire per certi versi sorprendente, ma è lungi dall'essere soddisfacente.

Lo strabismo del negoziato ha mascherato le ambizioni 'mercantilistiche' dei suoi promotori più convinti. Tali ambizioni sono state del resto dimostrate dalla presenza e dal ruolo decisivo (e anche prepotente) svolto nella trattativa dalla Commissione europea. Se la Convenzione fosse stata un accordo di natura culturale, nessuno spazio sarebbe stato concesso alla partecipazione dell'Unione europea. Tuttavia, il futuro trattato rientrava nella categoria degli accordi misti, che gli Stati membri non potevano negoziare individualmente. Questa partecipazione ha posto diversi problemi, giacché, non essendo l'Unione europea membro dell'UNESCO, si è dovuto riconoscere alla Commissione uno status inedito, quello di *observateur renforcé*, che le ha permesso di esprimersi e agire direttamente durante tutto il negoziato in nome dell'Unione e dei suoi Stati membri.

Una corretta analisi della Convenzione non può fare astrazione delle circostanze e dei secondi fini che hanno caratterizzato la sua negoziazione, particolarmente ai fini dell'identificazione dell'oggetto e della sfera di applicazione materiale, che, vale la pena ricordare, non riguarda la diversità culturale in generale, bensì un aspetto specifico di quest'ultima, la diversità delle espressioni culturali. Si noti però che tali espressioni sono definite solo genericamente come il risultato della creatività (degli individui, dei gruppi o delle comunità) avente un contenuto culturale. Data la definizione ancor più generica del concetto di 'contenuto culturale', non si può fare altro che guardare alle due sole nozioni operative (o quantomeno provviste di un grado accettabile di concretezza) della Convenzione. La prima si riferisce ai 'beni, servizi e attività culturali', vale a dire quei beni, servizi e attività che hanno una natura culturale, indipendentemente dal loro valore commerciale[12]. La seconda, invece, riguarda le 'industrie culturali' che li creano/producono e ne assicurano la distri-

[11] Cfr. *Statement by Ambassador Louise V. Oliver, Permanent Delegate of the United States of America, Explanation of Vote of the United States on the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 20 October 2005.

[12] È questa la doppia natura economica e culturale dei beni, servizi e attività culturali più volte richiamata dalla Convenzione. Si veda in proposito il diciottesimo considerando del Preambolo, l'art. 1, lett. g, l'art. 2, par. 5, e l'art. 4, par. 4.

buzione/diffusione. Benché la Convenzione non lo riconosca esplicitamente, sono proprio queste ultime a rappresentare il suo principale obiettivo.

5. Segue*: una Convenzione 'poco vincolante'*

Nonostante il titolo ambizioso, la portata della Convenzione UNESCO del 2005 è alquanto limitata. Alla luce del diritto dell'OMC, essa appare come uno strumento velleitario e al tempo stesso estremamente debole. A dispetto dell'enorme successo, in termini di ratifiche, il regime giuridico che istituisce si riduce a ben poca cosa, limitandosi a enunciare principi generali di natura meramente 'programmatica'.

Il cuore normativo della Convenzione è rappresentato dall'art. 5, che riafferma il 'diritto sovrano' delle Parti di formulare e attuare le proprie politiche culturali, nonché di adottare le misure necessarie a proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali e a rafforzare la cooperazione internazionale in materia. L'articolo successivo fornisce una lista non esaustiva di misure e politiche che le Parti hanno facoltà di adottare in base a tale diritto sovrano. Questi due articoli sono stati aspramente criticati dagli oppositori della Convenzione. Gli Stati Uniti in particolare vi hanno visto un invito a violare altri obblighi internazionali, in particolare gli accordi dell'OMC. Tuttavia, un'interpretazione letterale dell'art. 6, senza tenere conto delle altre disposizioni della Convenzione, potrebbe dare la falsa impressione che esso autorizzi ad adottare qualsiasi tipo di misura, legislativa o di altra natura, come sovvenzioni, contingenti (all'importazione o 'allo schermo') o altre barriere doganali.

In realtà, tale diritto sovrano non è illimitato e la libertà delle parti è solamente teorica. L'art. 5, par. 1, precisa infatti che questa facoltà di adottare misure dev'essere innanzitutto conforme «[…] alla Carta delle Nazioni Unite, ai principi del diritto internazionale e agli strumenti universalmente riconosciuti in materia di diritti umani». Inoltre, è bene ricordare che nessuna norma può essere interpretata in modo isolato, ignorando il resto della Convenzione. Infatti, seguendo la regola generale per l'interpretazione, i termini di un trattato devono essere interpretati nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato. Così, gli art. 5 e 6 saranno interpretati alla luce dei principi guida contenuti all'art. 2 e anche, come vedremo, alla luce dell'art. 20 sulle relazioni con altri strumenti, che reca un altro importante limite alla libertà delle parti, dato che «niente nella Convenzione potrà essere interpretato in modo da modificare i diritti e gli obblighi delle Parti alla stregua di altri trattati».

Come spesso accade, insomma, il grande successo di una Convenzione in termini di ratifiche è inversamente proporzionale al suo 'coraggio'. Al riguardo, occorre rilevare la debolezza del suo dispositivo, che, a fronte di pochissime norme vincolanti, ne contiene parecchie formulate in maniera vaga e imprecisa. Le sue disposizioni essenziali sono contenute nel Titolo IV, denominato 'Diritti e obblighi delle Parti'[13]. Tuttavia, a dispetto del titolo, invano cercheremmo traccia di un qualsivoglia obbligo e, in assenza di veri e propri obblighi, è perfino esagerato parlare di regime giuridico.

Il progetto preliminare di convenzione inviato agli Stati membri dal Segretariato dell'UNESCO nell'estate del 2004[14], in vista della prima riunione intergovernativa[15], conteneva non meno di quattro articoli riguardanti gli obblighi degli Stati parte. Lo stesso progetto d'art. 5, dopo aver riaffermato il diritto sovrano degli Stati «[…] di adottare misure per proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali», riconosceva però anche «il loro obbligo di proteggerla e promuoverla sul proprio territorio e su scala mondiale». Di tutto ciò, niente è rimasto nel testo finalmente adottato nel 2005. Osservando da vicino le diverse disposizioni della Convenzione, all'infuori dell'obbligo di presentare ogni quattro anni al Comitato intergovernativo un rapporto sulle misure prese per proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali[16], non v'è traccia di veri obblighi, se non di 'cercare', di 'facilitare' o di 'incoraggiare'.

6. Segue*: una Convenzione 'sottomessa'*

Come abbiamo già avuto modo di osservare, il principale obiettivo della Convenzione ambisce a creare un regime specifico per i beni, servizi e attività culturali e a riaffermare il diritto sovrano di ogni Stato di proteggere le proprie industrie culturali. Pertanto, la logica avrebbe voluto che essa creasse una *lex specialis*, ossia regole specifiche che derogassero a quelle generalmente applicabili ai beni e servizi ordinari. Invece,

[13] I quindici articoli del titolo IV (art. 5-19) possono essere raggruppati in tre categorie principali: la prima (art. 5 e 6) riguarda il diritto sovrano di adottare politiche culturali, la seconda (art. 7-11) si concentra sull'impegno delle Parti a tutelare la diversità delle espressioni culturali, e il terzo (art. 12-19) fa leva sulla cooperazione internazionale per creare le condizioni propizie alla promozione della diversità delle espressioni culturali.

[14] UNESCO, Doc. CLT/CPD/2004/CONF.201/2 del luglio 2004.

[15] La prima riunione si tenne a Parigi dal 20 al 24 settembre 2004.

[16] Si veda l'art. 9, lett. a.

la Convenzione non fa niente di tutto ciò. Non solo non predispone alcun regime specifico, ma abdica anche sul fronte dei rapporti con altri strumenti internazionali. Al riguardo, va ricordato che questa fu una delle questioni più lungamente discusse dell'intero negoziato, segno evidente che si trattava di una questione fondamentale e di grande valore economico, essendo legata specialmente al rapporto con gli accordi di natura commerciale[17]. Anche in questo caso, si dovette ricorrere a una formula che non è più chiara oggi di quanto non lo fosse allora ai suoi negoziatori. Il risultato è una clausola di compatibilità fondata sul 'mutuo sostegno, la complementarità e la non subordinazione', talmente confusa e discordante da non potersi neppure considerare un'ambiguità costruttiva, bensì una continuazione di quell'*agreement to disagree* che aveva caratterizzato il trattamento dei beni e servizi culturali durante l'*Uruguay Round*.

Per quanto la Convenzione abbia riaffermato il 'diritto sovrano' di formulare e adottare politiche e misure volte a proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali, molti Stati hanno già preso impegni confliggenti in materia[18]. Impegni questi che la Convenzione non può né intende revocare. L'art. 20, infatti, si limita ad incoraggiare le parti ad interpretarli nella maniera più favorevole alla diversità delle espressioni culturali e a promuovere la negoziazione di nuovi accordi che tengano conto degli obiettivi e dei principi della Convenzione[19]. Ma occorre osservare che, ad ogni buon conto, ai sensi del par. 2 del citato articolo, la Convenzione rinuncia espressamente a modificare i diritti e gli obblighi degli Stati parte in relazione ad altri trattati (presenti e futuri) di cui essi si trovino ad essere eventualmente parti.

[17] Sul punto, cfr. T. SCOVAZZI, "Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie", in *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, T. SCOVAZZI, J. NAFZIGER (eds.), Leiden, 2007, p.142.

[18] Tali impegni non sono solo previsti dagli accordi OMC, ma soprattutto da una rete sempre più fitta di trattati commerciali bilaterali. Ad esempio, a partire dal 2000, con l'avvento dell'amministrazione Bush, gli Stati Uniti hanno inaugurato una politica destinata alla conclusione di accordi di libero-scambio che includono gli audiovisivi e i beni e servizi culturali. Simili accordi sono già numerosissimi. Si veda in proposito il rapporto presentato dall'*Institut d'études international de Montréal* all'Agenzia internazionale per la Francofonia, *Les récents accords de libre-échange conclus par les États-Unis: Une menace à la diversité culturelle* (G. GAGNÉ, R. CÔTÉ, C. DEBLOCK), 18 juin 2004. Per un'analisi di tali accordi e del loro impatto, v. anche L. MAYER-ROBITAILLE, *Le Statut juridique des biens et services culturels dans les accords commerciaux internationaux*, Paris, 2008, p. 90 ss.; ID., "L'impact des accords de libre-échange américains sur le statut des biens et services culturels", in *Ann. Fr. dr. intern.*, 2004, pp. 715-730.

[19] Si veda in proposito l'art. 21.

Per giunta, poi, non prevedendo neppure un meccanismo obbligatorio per la soluzione delle controversie[20], la Convenzione si rivela 'sottomessa' e 'disarmata'.

Essa appare piuttosto come uno strumento politico da utilizzare in un negoziato da svolgersi altrove, uno strumento programmatico il cui obiettivo fondamentale è quello di agire sui rapporti di forza al tavolo negoziale dell'OMC. Le velleità 'mercantilistiche' della Convenzione del 2005 rappresentano sicuramente il suo 'peccato originale' e ne condizionano anche molti degli aspetti negativi. Non si può, del resto, ridurre la questione della diversità culturale alla mera protezione degli audiovisivi. Affermare che beni, servizi e attività culturali non sono merci ordinarie per rivendicarne un trattamento particolare non risolve la questione della diversità culturale.

7. La diversità culturale come principio giuridico della cooperazione culturale internazionale

In tutto questo, dov'è la diversità culturale e qual è il suo ruolo? Da quanto visto, sembra ormai chiaro che la diversità culturale figura nella Convenzione del 2005 come una sorta di *déguisement* dell'eccezione culturale, una foglia di fico atta a nascondere interessi economico-commerciali. Tuttavia, con buona pace per la retorica franco-canadese, la diversità culturale non è un concetto che nasce dalle ceneri dell'eccezione culturale[21], ma, come dicevamo in apertura, affonda le proprie radici profonde nel sistema di cooperazione culturale internazionale creato nel secondo dopoguerra sotto l'egida dell'UNESCO. Anzi, la diversità culturale è proprio la chiave di volta, l'elemento strutturale delle relazioni culturali internazionali contemporanee.

Tali relazioni hanno vissuto negli ultimi settant'anni un cambiamento epocale e la diversità culturale si trova alla base di tali trasformazioni. Non è possibile nel breve spazio di questa comunicazione ripercorrere la storia di quest'evoluzione. Ci limiteremo a osservare che il XX secolo è segnato dal passaggio dagli 'scambi culturali', che hanno caratterizzato

[20] L'art. 25 prevede semplicemente una procedura di conciliazione obbligatoria, per la quale esiste però una possibilità di *opting out*. Al momento della ratifica, lo Stato parte può dichiarare di non riconoscere questa procedura. Si noti tuttavia che la conciliazione, per quanto obbligatoria, rimane sempre una procedura che non sfocia in una soluzione definitiva e obbligatoria delle controversie.

[21] Cfr. H. RUIZ FABRI, "Jeux dans la fragmentation", cit., p. 43 ss.

l'intera storia dell'umanità, alla creazione di un sistema di cooperazione culturale internazionale[22].

Il primo tentativo di fondare un sistema di cooperazione in questo settore ha origine con l'esperienza della Società delle Nazioni (SDN). Tuttavia, il suo ambito d'azione era limitato alle sole attività intellettuali. Come ha scritto un autore, la Commissione internazionale di cooperazione intellettuale, creata in seno alla SDN[23], era la trasposizione dei salotti letterari dell'Ottocento in ambito internazionale[24]. Tant'è che all'epoca non si parlava ancora di 'cooperazione culturale', ma più semplicemente di 'cooperazione intellettuale'.

Con la fine della Seconda guerra mondiale inizia una nuova era. L'esperienza della guerra aveva profondamente segnato gli spiriti ed era chiaro che «[…] una pace basata esclusivamente su accordi economici e politici tra i governi non [avrebbe potuto] generare l'adesione unanime, duratura e sincera dei popoli». Tale pace avrebbe dovuto fondarsi «[…] sulla solidarietà intellettuale e morale dell'umanità».

La cooperazione culturale è stata cosi integrata nel grande disegno della Carta delle Nazioni Unite ed è con la creazione dell'UNESCO nel novembre 1945 che ha preso finalmente forma l'idea di un'organizzazione internazionale specializzata, incaricata di promuovere le relazioni culturali e un sistema globale di cooperazione culturale. Seguendo una concezione infinitamente più coraggiosa rispetto a quella della SDN, l'UNESCO ha ricevuto il compito di promuovere una pace durevole, favorendo la comprensione reciproca tra le nazioni attraverso l'educazione, la cooperazione scientifica e gli scambi culturali. Non è un caso che non

[22] Sulla creazione del sistema di cooperazione culturale internazionale e i suoi fondamenti giuridici, ci permettiamo di rinviare alle osservazioni più approfondite svolte in V. MAINETTI, "La coopération culturelle internationale et l'émergence du droit international de la culture", in *La "dimensione culturale" nel diritto interno ed internazionale. Profili di tutela e valorizzazione*, A. ORIOLO, A. VIGORITO (a cura di), Roma, 2014, pp. 171-221.

[23] La Commissione internazionale di cooperazione intellettuale (CICI) era un organo consultivo formato all'inizio da dodici membri (in seguito saranno diciannove) scelti tra le personalità più illustri della cultura mondiale, come ad esempio Henri Bergson, Marie Curie, Albert Einstein, Paul Valéry, Béla Bartók, Sigmund Freud e Thomas Mann. Creata nel 1921 dall'Assemblea della Società delle Nazioni, di cui era organo sussidiario, la CICI costituì il primo nucleo di una complessa struttura istituzionale che vide la luce negli anni successivi e nel 1931 prese il nome di Organizzazione per la cooperazione intellettuale (OCI). Chiusa nel 1939, con l'occupazione di Parigi da parte delle truppe tedesche, l'OCI riaprì brevemente i battenti nel 1945, per essere sostituita nel 1946 dall'UNESCO. Vedi J.-J. RENOLIET, *L'UNESCO oubliée. La Société des Nations et la coopération intellectuelle (1919-1946)*, Paris, 1999.

[24] Cfr. D. MYLONAS, *La genèse de l'UNESCO: la Conférence des Ministres Alliés de l'Education (1942-1945)*, Bruxelles, 1976, p. 35.

si parli più di cooperazione intellettuale. A quest'ultima parola è stato sostituito l'aggettivo 'culturale'. Sotto gli auspici dell'UNESCO, il termine 'cultura' entra nel vocabolario del diritto internazionale e diventa una nuova parola chiave delle relazioni internazionali contemporanee.

Questo cambiamento terminologico riflette una trasformazione molto profonda, non solo perché, da allora, le relazioni culturali internazionali hanno abbracciato uno spettro infinitamente più ampio di attività, ma soprattutto perché alla *Société des Esprits* cara a Paul Valéry, retaggio di una concezione eurocentrica e aristocratica della cultura, si è sostituita l'era della cooperazione tra i popoli.

L'azione dell'UNESCO in questo settore è chiaramente definita nel mandato che le è stato conferito dal suo atto istitutivo: favorire «[…] la conoscenza e la reciproca comprensione tra le nazioni», imprimere un «[…] vigoroso impulso all'educazione popolare e alla diffusione della cultura» e «[…] difendere, far progredire e diffondere il sapere, garantendo la conservazione e la tutela del patrimonio universale di libri, opere d'arte e altri monumenti d'interesse storico o scientifico», al fine di «[…] realizzare gradualmente […] gli obiettivi di pace internazionale e di prosperità comune dell'umanità in vista dei quali l'Organizzazione delle Nazioni Unite è stata creata e che la sua Carta proclama».[25]

In questo disegno, la cooperazione culturale internazionale è funzionale al supremo obiettivo di garantire il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, che viene perseguito preoccupandosi non solo di rispettare l'indipendenza e l'integrità degli Stati membri, ma anche di assicurare «[…] la feconda diversità delle loro culture».[26]

Il sistema contemporaneo di cooperazione culturale internazionale nasce e si sviluppa dunque nel segno della diversità culturale. Tale concetto riassume la filosofia sulla quale poggia l'intero sistema e rappresenta quel *fil rouge* che unisce e caratterizza l'azione normativa dell'UNESCO nel settore della cultura, conferendole coerenza logica e sistemica[27]. Proprio per questo motivo, la diversità culturale figura, a no-

[25] Preambolo, ultimo considerando.

[26] Tale interpretazione si fonda sulla stessa sequenza logica dell'art. 1 dell'Atto istitutivo. Il par. 1 stabilisce infatti che il principale obiettivo dell'Organizzazione è di «[…] contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza promuovendo in particolare la collaborazione tra le nazioni, per assicurare il rispetto universale della giustizia, della legge e dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Il par. 2, lett. a-b-c, ne identifica le funzioni principali. Mentre il par. 3 ne individua i principi che inquadrano l'esercizio di tali funzioni: la sovranità degli Stati membri e la «[…] feconda diversità delle loro culture».

[27] Sul punto, si veda più diffusamente il nostro V. MAINETTI, "La diversité culturelle", cit., pp. 72-90.

stro avviso, tra i principi giuridici fondamentali del diritto internazionale della cultura.

LA TUTELA DEI NATIVI DELL'AMERICA LATINA TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO INTERNAZIONALE

Carlos Ernesto HERMAN RODRIGUEZ*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ricadute degli strumenti di tutela internazionale dei diritti dei popoli indigeni sul piano ordinamentale interno. – 3. *Segue*: La Convenzione n. 169 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui popoli indigeni e tribali. – 4. *Segue*: La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni. – 5. Il Sistema interamericano di promozione e protezione dei diritti umani ed il nuovo costituzionalismo latinoamericano. – 6. La tutela dei nativi dell'America latina nel costituzionalismo latinoamericano. – 7. Le Costituzioni del *Living well*. – 8. Traguardi e limiti del costituzionalismo latinoamericano. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

I nativi dell'America Latina rappresentano uno dei gruppi umani più 'deboli' del continente i cui diritti sono stati sistematicamente negati e violati da parte degli Stati che, in nome del *nation-building*, hanno sovente adottato misure di standardizzazione giuridica oltre che politiche di omogeneizzazione linguistico-culturale; tuttavia, negli ultimi vent'anni, attraverso innovazioni giuridiche senza precedenti verificatesi in ambito nazionale, regionale e internazionale, essi sono divenuti soggetti collettivi di diritto che vengono identificati attraverso il concetto giuridico di Popoli indigeni[1].

In termini di diritto, i suoi membri non solo sono destinatari di situazioni giuridiche soggettive in quanto singoli individui che fanno parte di un determinato gruppo umano, ma anche di veri e propri diritti collet-

* Dottore di ricerca in Culture dei Paesi di Lingue iberiche ed iberoamericane, Università degli studi di Napoli 'L'Orientale'.

[1] Su tale tematica esiste una vasta letteratura, cfr. J. CRAWFORD, *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988; L. PALMISANO, *Nazioni Unite ed autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milano, 1997; F. LENZERINI (ed.), *Reparations for Indigenuos Peoples: International and Comparative Perspectives*, New York, 2008; L. RODRIGUEZ PIÑERO, "La internacionalización de los derechos indígenas en América Latina: ¿el fin de un ciclo?", en S. MARTÌ, I. PUIG (ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina*, Barcelona, 2007.

tivi, spettanti al gruppo in quanto entità distinta e autonoma dai membri che lo conformano. Il diritto, ad essi riconosciuto, di continuare a vivere in forma distinta da quella del resto degli altri cittadini implica, a sua volta, ambiti di governo e di giurisdizione propri.

La maggioranza dei Paesi dell'America Latina, a differenza di altre regioni del pianeta, hanno accettato e riconosciuto l'esistenza di queste popolazioni ancestrali che risiedevano stabilmente in determinate parti del territorio statale, accordando alle stesse determinate forme di autonomia sulla base del principio di autodeterminazione interna. E nonostante le diverse posizioni assunte riguardo le conseguenze politiche, economiche e sociali sottese al riconoscimento di diritti collettivi a tali gruppi umani, la tendenza nel continente, a partire degli anni Novanta, è stata quella dell'adozione di importanti modifiche a livello costituzionale volte ad introdurre una normativa, sempre più ampia, sui diritti collettivi delle popolazioni indigene[2].

Tale orientamento, insieme a importanti fenomeni come le recenti innovazioni costituzionali 'multiculturali' e 'plurinazionali' e i grandi traguardi raggiunti dalla giurisprudenza del sistema interamericano dei diritti umani sui diritti dei popoli indigeni – nonché la rivendicazione giuridica di diritti individuali e collettivi da parte degli stessi movimenti indigeni e le crescenti tendenze alla giudiziarizzazione dei meccanismi per la tutela e l'affermazione di istanze provenienti dalle società civili del continente – hanno fatto sì che la codificazione e la giustiziabilità dei diritti collettivi dei popoli indigeni della regione siano tra le più avanzate in materia.

2. Le ricadute degli strumenti di tutela internazionale dei diritti dei popoli indigeni sul piano ordinamentale interno

Alla vigilia dell'adozione della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, i nativi del continente, divisi in più di quattrocento gruppi etnici, rappresentavano l'11% della popolazione totale della regione (all'incirca cinquantadue milioni di individui). Sopravvissuti al periodo della conquista e della colonizzazione, essi risiedono in tutti i Paesi dell'America Latina, potendo costituire gruppi minoritari all'interno di uno Stato, come nel caso di Paesi quali il Brasile o l'Argentina (poco più dell'1% della popolazione); ma anche minoranze consistenti (il 14%, equivalente a quindici milioni di individui), come nel

[2] J. ARIZA, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, 2006.

caso del Messico la cui percentuale in termini numerici è più elevata rispetto a quella di Paesi come la Bolivia o il Guatemala dove si concentrano le percentuali più alte di popolazione indigena rispetto a quella nazionale (più del 65%)[3].

Le popolazioni indigene costituiscono storicamente una delle frange più povere della popolazione dell'America Latina; a causa dello spoglio delle loro terre e delle condizioni di lavoro a cui sono stati costrette in passato, esse sono state oggetto di ogni forma di esclusione, non solo di carattere sociale, ma anche politica, economica e culturale. Sebbene rappresentino soltanto l'11% del totale della popolazione del continente, essi costituiscono il 25% di quel 40% che vive in condizioni di povertà. Più della metà dei boliviani e dei guatemaltechi, ed elevate percentuali di indigeni del Perù e dell'Ecuador, vivono in condizioni di povertà estrema; e l'analisi disaggregata dei dati segnala che le forme di esclusione sono ancora più drammatiche per categorie come donne e bambini. Gli indigeni sono vittime di diverse forme di discriminazione e di razzismo nella vita quotidiana – nelle scuole, ospedali, tribunali –, non solo da parte di alcuni strati che compongono le società del continente, ma anche da parte delle stesse istituzioni statali le quali hanno ripetutamente negato ai nativi l'esercizio dei diritti di partecipazione politica, oltre a sottoporli a diverse forme di violenza e vessazione, come conseguenza diretta dello sfruttamento delle risorse naturali dei loro territori ancestrali.

L'America Latina è una regione 'altamente permeabile'[4] agli stimoli provenienti dall'esterno, in particolare, alle norme e alle istituzioni per la tutela dei diritti umani; le ragioni storiche di tale *porosidad* sono da ricercarsi nell'ampia circolazione delle idee di cittadinanza e di diritti, nonché nel ruolo che il diritto ha avuto nella formazione dello Stato-nazione e nella formulazione dei diversi immaginari ad esso connessi – fatto riscontrabile in alcuni processi costituenti recenti, come in quello della Bolivia[5]. Ad esse, si deve aggiungere la funzione svolta – e la forza impressa a tale processo – da parte dei movimenti sociali continentali e transnazionali; segnatamente dai movimenti per i diritti umani.

A questo proposito, il Sistema interamericano dei diritti umani ha avuto un ruolo fondamentale, grazie alla giurisprudenza della Corte interamericana e dai pronunciamenti della Commissione interamericana sui

[3] United Nations Development Program (UNDP), *The State of the World's Indigenous Peoples*, New York, 2009, pp. 27-28.

[4] L. RODRIGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, p. 187.

[5] Cfr. P. MAMANI RAMÍREZ, *Elrugir de lasmultitudes*, La Paz, 2004; per una panoramica storico-istituzionale dei movimenti nel continente, cfr. L. GIRAUDO, *La questione indigena in America Latina*, Roma, 2009.

diritti umani, producendo importanti riscontri nella giurisprudenza degli ordinamenti interni e nel modo di intendere la legalità nei Paesi della regione; ciò ha portato all'adozione, sul piano normativo interno, dei più importanti riconoscimenti in materia di diritti dei popoli indigeni.

3. Segue: *La Convenzione n. 169 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui popoli indigeni e tribali*

La ratifica, da parte di quasi tutti gli Stati dell'America Latina del primo strumento sui diritti collettivi dei popoli indigeni, la Convenzione n. 169 dell'Organizzazione internazionale del lavoro, è un momento importante che si può ascrivere a quella permeabilità della regione ai diritti umani. La Convenzione n. 169 veniva a sostituire la Convenzione n. 107 del 1957 di taglio *integracionista*, la quale ebbe una forte influenza su alcuni Stati e le politiche da essi adottate in materia, come quelle del Messico e del Perù negli anni Settanta. La Convenzione n. 169 sancisce l'obbligo per gli Stati di promuovere la piena efficacia dei diritti sociali, economici e culturali dei popoli indigeni che risiedono all'interno del territorio nazionale[6]; inoltre, la Convenzione afferma che il diritto dei popoli indigeni a decidere sui processi di sviluppo che li riguardano[7], nonché il diritto ad essere consultati prima di ogni azione adottata a tal fine[8].

Le riforme costituzionali portate avanti negli anni Novanta da parte degli Stati della regione sono state fortemente influenzate dalla Convenzione n. 169; tali riforme furono accompagnate da importanti modifiche

[6] L'art. 5 della Convenzione n. 169 obbliga lo Stato al rispetto degli usi e costumi, delle istituzioni e dell'identità culturale dei popoli indigeni.

[7] Secondo l'art. 7 della Convenzione «I popoli interessati devono avere il diritto di decidere le proprie priorità in ciò che riguarda il processo di sviluppo, nella misura in cui esso incida sulla loro vita, sulle loro credenze, le loro istituzioni ed il loro benessere spirituale e sulle terre che essi occupano od in altro modo utilizzano, e d'esercitare in quanto possibile un controllo sul proprio sviluppo economico, sociale e culturale. Inoltre, detti popoli devono partecipare all'elaborazione, all'attuazione e alla valutazione dei piani e dei programmi di sviluppo economico nazionale e locale che li possano riguardare direttamente».

[8] Infatti, secondo l'art. 15, 2 della Convenzione n. 169 «Nel caso in cui lo Stato mantiene la proprietà dei minerali o delle risorse del sottosuolo, o i diritti ad altre risorse di cui sono dotate le terre, i Governi devono stabilire o mantenere procedure di consultazione dei popoli interessati per determinare, prima d'intraprendere o d'autorizzare ogni programma di ricerca o di sfruttamento delle risorse delle loro terre, se e fino a che punto gli interessi di questi popoli ne sono minacciati. I popoli interessati devono, ogni volta in cui ciò sia possibile, partecipare ai vantaggi derivanti da queste attività e devono ricevere un equo indennizzo per ogni danno che potrebbero subire a causa di tali attività».

della costituzione economica che riflettevano forme di *governante* neoliberali, con le quali i governanti cercarono di riguadagnare legittimazione politica. Tali misure, tuttavia, produssero un'ondata di proteste e l'introduzione di disposizioni costituzionali di stampo *neoindigenistas* promosse da agenzie multilaterali, come la Banca mondiale e la Banca interamericana di sviluppo[9].

I limiti di questo primo ciclo di riforme costituzionali e la mancanza di volontà politica da parte dei governi per l'implementazione di tali diritti produssero diverse reazioni e risposte; alcuni movimenti indirizzarono i loro sforzi al rafforzamento delle forme di autonomia di cui essi già godevano, invece, di promuovere iniziative volte a produrre cambiamenti attraverso l'uso di strumenti statali, quali quelli legislativi; altri agirono direttamente sul piano sovranazionale, indirizzando le proprie istanze all'Organizzazione internazionale del lavoro, oppure alla Commissione interamericana dei diritti umani. Infatti, la giudiziarizzazione dei diritti dei nativi e le novità introdotte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale della Colombia costituiscono i fatti più importanti di questo periodo.

Pur se limitati, questi primi cambiamenti costituzionali trasformarono i diritti dei popoli indigeni in diritti potenzialmente giustiziabili, anche se la possibilità di attivare i meccanismi a tutela di tali diritti variava sensibilmente da Paese a Paese, venendo a dipendere dalla formulazione costituzionale dei diritti stessi o dalla posizione occupata nella gerarchia delle fonti dai trattati e dalle convenzioni in materia di diritti umani. In alcuni casi, essi facevano parte del *bloque* di norme costituzionali; in altri, erano subordinati alla Costituzione. A rendere ancora meno chiaro il quadro giuridico era la mancanza di una normativa di carattere secondario, che desse attuazione al contenuto dei trattati e Convenzioni in materia, fra cui la stessa Convenzione n. 169. Prova di ciò sono le note tergiversazioni fate dagli Stati sull'istituto della *consulta previa* e sul suo significato, di cui il caso *U'wa* costituisce il più chiaro esempio di tale pratica. Da allora si è prodotta un'importante giurisprudenza e un accesso dibattito per cercare di dare attuazione concreta agli impegni assunti dagli Stati con la ratifica della Convenzione.

In questo periodo la Corte interamericana dei diritti umani iniziò a sviluppare – grazie anche alla stabile interazione fra i movimenti cittadini per i diritti umani e gli organi del Sistema interamericano dei diritti

[9] Importanti furono le riforme costituzionali adottate dagli Stati a tal fine, con l'introduzione di forme di decentramento dell'assetto territoriale dello Stato, cfr. V. IANNI, *I processi di decentramento e la questione democratica. Porto Alegre e Kerala: radici e ali*, Firenze, 2003.

umani – un'importante giurisprudenza sui diritti collettivi dei popoli indigeni e sugli obblighi che ne derivavano nei confronti degli Stati membri del Sistema interamericano. Grazie a tale sviluppo, la Corte iniziò ad affermare alcuni precedenti fondamentali per l'evoluzione successiva dei diritti in questione, partendo dal caso – forse il più noto in questo senso – *Awas Tigni c. Nicaragu*[10]. In quell'occasione, e ricorrendo a un'interpretazione evolutiva dell'art. 21 della Convenzione americana sui diritti umani – che sancisce il diritto di proprietà individuale –, la Corte affermò il diritto di proprietà collettiva, *comunal*, dei territori tradizionalmente occupati dalle popolazioni indigeni, le quali hanno, inoltre, il diritto di gestire tale spazio secondo le loro forme tradizionali di organizzazione.

I traguardi raggiunti da tale giurisprudenza hanno rivoluzionato le basi su cui si fonda la tutela dei diritti dei popoli indigeni del continente, anche se le decisioni della Corte non sono state sempre rispettate o implementate dagli Stati destinatari delle stesse.

4. Segue: *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*

Nella seconda metà del Duemila si verificò un altro importante ciclo di riforme costituzionali nella regione realizzate, in molti casi, attraverso la convocazione di assemblee costituenti. Le soluzioni più radicali condussero all'adozione di nuove Costituzioni 'plurinazionali' o del *Living well*, come nel caso della Bolivia e dell'Ecuador; questi nuovi testi non cercano più di estendere il riconoscimento dello Stato ai popoli indigeni, ma ripensano e ridisegnano lo Stato nel suo insieme sulla base di un pluralismo culturale e con il fine dichiarato di 'decolonizzarlo'[11].

L'affermazione di questo nuovo fenomeno costituzionale fu preceduto dall'adozione, da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, della Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni, la quale iniziò lentamente a dispiegare i suoi effetti sulla giurisprudenza interna degli Stati ed a influenzare quella regionale. La Dichiarazione ha avuto, inoltre, diversi gradi di influenza sulle scelte di politica economica e su quelle giudiziarie degli Stati firmatari della regione; ciò è dipeso, in grande misura, dalle strategie dei movimenti indigeni e delle associazioni che sostengo-

[10] Corte interamericana dei diritti umani, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, sentenza del 31 agosto 2001, Serie C No. 79.

[11] Cfr. F. HUANACUNI MAMANI, *Vivir bien, buen vivir. Filosofías, estratégias y experiencias regionales*, La Paz, 2010.

no le loro rivendicazioni; ma anche dal come si sono strutturate le opportunità giuridiche sia a livello nazionale che sovranazionale.

La Dichiarazione costituisce lo strumento più avanzato e più completo sui diritti individuali e collettivi dei popoli indigeni e sui doveri da essa derivanti per gli Stati. Le novità più rilevanti, con ricadute importanti sugli ordinamenti interni, sono date dal principio dell'autodeterminazione, dalla partecipazione all'adozione delle decisioni secondo norme conformi alle loro tradizioni, dall'introduzione del consenso libero, previo e informato, dal diritto di proprietà collettivo sulla terra e sui loro saperi ancestrali, nonché dal diritto a decidere sui progetti di sviluppo che li riguardano.

Il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione costituisce la base per il riconoscimento costituzionale di forme ampie di autonomia alle popolazioni indigene, prendendo atto del fatto che, in passato, la negazione di tale riconoscimento si tradusse nella negazione sistematica dei loro diritti umani in quanto gruppi diversi dal resto della popolazione nazionale[12]. L'autonomia trova fondamento, quindi, nel diritto all'autodeterminazione, e ciò presuppone l'adozione di meccanismi in grado di consentire l'esercizio di poteri autonomi, secondo forme di organizzazione tradizionali; ciò implica la cessione di una quota di potestà normativa primaria e di funzioni giurisdizionali da esercitarsi all'interno di quelle particolari circoscrizioni costituite dai territori ancestrali[13]; al fine di mantenere e sviluppare le proprie istituzioni, si introducono, inoltre, forme di partecipazione ai processi decisionali[14].

La Dichiarazione introduce anche un diverso modo di intendere il dialogo fra Stato e popolazioni indigene rispetto a quanto prevede dalla Convenzione n. 169; la Dichiarazione, infatti, introduce il principio del consenso libero, previo e informato, che potenzialmente presuppone un potere di veto a favore delle popolazioni indigene, le quali sono poste in grado di arrestare l'intero procedimento in caso di mancato accordo fra

[12] Secondo l'art. 3 della Dichiarazione «I popoli indigeni hanno diritto all'autodeterminazione. In virtù di tale diritto essi determinano liberamente il proprio statuto politico e perseguono liberamente il loro sviluppo economico, sociale e culturale».

[13] L'art. 4 della Dichiarazione afferma che «[…] i popoli indigeni, nell'esercizio del loro diritto all'autodeterminazione, hanno diritto all'autonomia o all'autogoverno nelle questioni riguardanti i loro affari interni e locali, come anche a disporre dei modi e dei mezzi per finanziare le loro funzioni autonome».

[14] Secondo l'art. 18 della Dichiarazione, tali processi decisionali si devono realizzare con modalità e procedure che tengano presente le forme tradizionali di partecipazione dei popoli indigeni.

le parti, mettendo in risalto proprio la necessità di un lavoro congiunto e in buona fede che consenta l'approdo ad una soluzione condivisa[15].

La Dichiarazione, inoltre, contiene una più ampia formulazione del diritto di proprietà collettivo sulla terra[16] rispetto alla Convenzione n. 169, anche se le definizioni giuridiche di 'possesso tradizionale' e di 'forme tradizionali di occupazione o uso' tendono a essere declinate in maniera sensibilmente diverse a seconda del contesto statale di riferimento.

Il riconoscimento del diritto di proprietà intellettuale collettivo dei popoli indigeni in relazione ai loro saperi tradizionali è un'altra delle disposizioni che ha avuto già implicazioni rilevanti per quanto concerne le negoziazioni relative ai brevetti e per le politiche di integrazione economica; sugli Stati grava il dovere di adottare misure atte a riconoscere ed a proteggere tali diritti anche per l'importanza che possono ricoprire nelle politiche di sviluppo che riguardano i popoli indigeni[17].

Il diritto allo sviluppo dei popoli indigeni, affermato nella Dichiarazione, si deve intendere come il diritto a definire priorità e strategie per lo sviluppo, attraverso il dialogo fra nativi e lo Stato – in modo da pervenire a soluzioni *consensuadas*, basate cioè sul meccanismo del consenso previo, libero e informato –, il quale deve provvedere alla creazione di meccanismi per mitigare o riparare i danni derivanti dall'impatto di

[15] L'art. 19 della Dichiarazione prevede che: «[…] gli Stati devono consultarsi e cooperare in buona fede con i popoli indigeni interessati tramite le loro proprie istituzioni rappresentative in modo da ottenere il loro libero, previo e informato consenso prima di adottare e applicare misure legislative o amministrative che li riguardino».

[16] L'art. 26 afferma che: «I popoli indigeni hanno diritto alla proprietà, uso, sviluppo e controllo delle terre, dei territori e delle risorse che possiedono per motivi di proprietà tradizionale oppure di altre forme tradizionali di occupazione o uso, come anche quelli che hanno altrimenti acquisito. […] 3. Gli Stati daranno riconoscimento e protezione legale a queste terre, territori e risorse. Questo riconoscimento sarà dato nel dovuto rispetto dei costumi, delle tradizioni e dei regimi di proprietà terriera dei popoli indigeni in questione».

[17] Secondo l'art. 31 della Dichiarazione: «I popoli indigeni hanno diritto a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare il proprio patrimonio culturale, il loro sapere tradizionale e le loro espressioni culturali tradizionali, così come le manifestazioni delle loro scienze, tecnologie e culture, ivi comprese le risorse umane e genetiche, i semi, le medicine, le conoscenze delle proprietà della flora e della fauna, le tradizioni orali, le letterature, i disegni e i modelli, gli sport e i giochi tradizionali e le arti visive e dello spettacolo. Hanno anche diritto a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare la loro proprietà intellettuale su tale patrimonio culturale, sul sapere tradizionale e sulle espressioni culturali tradizionali».

attività o programmi di sviluppo statali sulle loro terre, territori e altre risorse[18].

5. Il Sistema interamericano di promozione e protezione dei diritti umani ed il nuovo costituzionalismo latinoamericano

Il Sistema interamericano dei diritti umani è un sistema aperto ai nuovi stimoli provenienti dal livello statale, fatto che mette in evidenza le interazioni che si sono venute a creare fra gli Stati ed il livello normativo sovranazionale. Quest'ultimo non costituisce soltanto la struttura di un meccanismo che si colloca 'al di sopra' degli Stati, ma deve tener conto degli orientamenti che si originano negli Stati stessi, oltre che di quelli provenienti dai movimenti sociali del continente, i quali sono riusciti in modo notevole a condizionare il contenuto del c.d. 'diritto interamericano'[19].

Grazie a queste dinamiche, nuovi diritti – si pensi attualmente a quelli che riguardano le persone con orientamenti sessuali diversi – sono divenuti parte integrante dell'agenda del Sistema interamericano dei diritti umani; concepito come un insieme di strumenti destinati a promuovere, indagare e riparare le violazioni dei diritti contemplati dalla Convenzione americana sui diritti umani, il Sistema interamericano di promozione e protezione dei diritti umani ha prodotto, negli ultimi decenni, una ricca e solida giurisprudenza relativa ad alcuni diritti fondamentali.

A tal fine, il lavoro della Commissione e della Corte interamericana sono stati di primaria importanza per l'affermazione dei c.d. 'diritti di prima generazione' – come la libertà di espressione, il giusto processo, il diritto a non subire forme di coercizione illegittime e non essere oggetto di nessuna forma di discriminazione[20] –, dedicando, inoltre, speciale attenzione ai c.d. 'diritti di seconda generazione', senza riuscire ad ottene-

[18] Così l'art. 32 della Dichiarazione; ciò anche in vista del profilarsi, per i popoli indigeni, di un diritto allo sviluppo inteso non solo in termini economico-sociali, ma come diritto umano, che sia imperniato sulla persona umana e le sue molteplici espressioni, anche quelle culturali e della differenza.

[19] Cfr. J. MENDEZ, F. COX, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 1998.

[20] Corte interamericana dei diritti umani, *Genie Lacayo c. Nicaragua*, sentenza del 29 gennaio 1997, Serie C No. 21; *Loayza Tamayo c. Perù*, sentenza del 17 settembre 1997, Serie C No. 25; *Castillo Páez c. Perù*, sentenza del 3 novembre 1997, Serie C No. 34; *Bulacio c. Argentina*, sentenza del 18 settembre 2003, Serie C No. 100; *Yatama c. Nicaragua*, sentenza del 13 giugno 2005, Serie C No. 41; *Gonzáles y otras c. Messico*, sentenza del 16 novembre 2009, Serie C No. 205.

re, tuttavia, né gli stessi risultati né lo stesso livello di protezione accordato a quelli compresi nella prima categoria.

Durante il periodo dei regimi militari e dittatoriali, i quali praticarono la persecuzione politica e la tortura come strumenti di lotta politica, il lavoro degli organi del Sistema si incentrò sulla protezione dei diritti fondamentali e nella denuncia della totale mancanza di tutela giuridica di tali diritti nei Paesi della regione[21]; ciò fu possibile grazie anche all'adozione, in quegli anni, della Convenzione americana o *Pacto de San José*. Di fronte all'impossibilità di potersi rivolgere ai tribunali nazionali, i cittadini del continente – organizzati in movimenti transnazionali – si rivolsero direttamente agli organi di carattere sovranazionali non solo per ottenere giustizia ma anche per denunciare le violazioni sistematiche dei diritti umani perpetrate dai regimi al potere.

Con il successivo *retorno de la democracia*, verso la prima metà degli anni Ottanta, l'OSA assunse importanti iniziative a livello istituzionale per affrontare la crisi politica che attraversava il continente, come la Risoluzione 1080[22] sulla *democrazia representativa* per la prevenzione dell'interruzione violenta dei processi democratici che si erano appena riaffermati nel continente; altrettanto importante fu l'adozione di un atteggiamento più conciliativo da parte della Commissione nei confronti degli Stati membri per quanto riguardava i mezzi di risoluzione delle controversie, nonché un'intensa attività di monitoraggio, di denuncia e di condanna delle gravi violazioni dei diritti umani[23].

Nella seconda metà degli anni Novanta, si diede avvio alla modifica dei regolamenti sul funzionamento della Corte e della Commissione in modo da potenziare le funzioni di promozione e di protezione del Sistema interamericano nel suo complesso. Sempre in quegli anni, i dibattiti sui diritti umani di quelle fasce di soggetti particolarmente deboli come le donne o i nativi del continente, portarono all'adozione di nuove modifiche ai testi costituzionali e all'adozione di nuovi strumenti sui diritti umani rivolti alla tutela di tali categorie. Un precedente indicativo di ciò che sarebbe accaduto nel decennio successivo.

Con l'apertura dell'OSA – nel 2001 – ad un'ampia e formale partecipazione delle organizzazioni non governative alle discussioni sull'atteggiamento degli Stati riguardo la protezione dei diritti umani si

[21] Cfr. M. ABREGÚ, "Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva. Una miradades de la Región andina y el Cono sur", in *Sur*, 2008, pp. 7-41.

[22] AG/RES. 1080 (XXI-O/91).

[23] J.L. DEL ROIO, "Democrazia: una pianta rara in America Latina", in *La democrazia degli altri*, E. COLLOTTI PISCHEL (a cura di), Milano, 1996, pp. 363-375.

apre una nuova fase per quanto concerne la promozione della democrazia nella regione[24]; infatti, in concomitanza con tale apertura dell'agenda sovranazionale alle istanze provenienti di un'ormai consolidata rete di movimenti delle società civili del continente, anche lo spettro dei diritti fondamentali da tutelare si era sensibilmente accresciuto; si era passati dall'affermazione dei diritti civili e politici a quelli di carattere economico e sociale, e dalla protezione di categorie di individui particolarmente vulnerabili a quella di gruppi specifici, con il riconoscimento dei diritti di proprietà collettiva dei popoli indigeni.

Il nuovo scenario richiedeva nondimeno un riassetto di tutte le componenti del Sistema; e alla fase discendente, caratterizzata dal protagonismo degli organi sovranazionali, si veniva a aggiungere una ascendente in cui Stati, società civile organizzata e attori non governativi incidono ancora di più sugli orientamenti della giurisprudenza del Sistema interamericano.

6. La tutela dei nativi dell'America latina nel costituzionalismo latinoamericano

Si è fatto cenno al fatto che, negli ultimi decenni, molti Paesi dell'America Latina hanno dato vita a procedimenti di revisione costituzionale; in molti casi tali procedimenti si sono conclusi con l'adozione di Carte costituzionali nuove – Brasile (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Ecuador (1998 e 2008), Perù (1993), Venezuela (1999) e Bolivia (2009). In altri casi, invece, si è preferito adottare riforme parziali, anche se sostanziali, delle Costituzioni vigenti – Argentina (1994), Messico (1992) e Costa Rica (1989)[25].

Questa comune tendenza racchiude, cionondimeno, grandi differenze, che possiamo raggruppare come segue. La prima è data dall'origine e dalla natura del procedimento; infatti, in molti casi le riforme costituzionali sono il risultato della fine delle dittature militari, collassate verso la metà degli anni Ottanta – Brasile e Paraguay. In altri casi, invece, esse

[24] Questo traguardo si concretizzò con l'adozione, a Lima, della Carta democratica interamericana l'11 settembre 2001; la Carta affronta la questione dell'importanza del consolidamento democratico per il superamento delle forme di povertà, e del rafforzamento delle istituzioni democratiche per lo sviluppo di un benessere duraturo.

[25] Sul costituzionalismo in America Latina, cfr. A. ALVARADO VELOSO, voce "Diritto dei paesi latinoamericani", in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, 1991; H. SAN MARTIN ARZABE, *Proceso de reforma constitucional y la posibilidad de la Asamblea constituyente*, La Paz, 2003; A. VALENCIA VEGA, *Fundamentos de derecho político*, La Paz, 1996; C. RODRIGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, 2011.

rappresentano il tentativo di rafforzare regimi democratici con scarsi livelli di legittimazione – Messico e Colombia –, mentre in altri, ancora, i testi costituzionali sono il risultato del crollo dei passati regimi e dell'ascesa di nuove forze politiche – il Venezuela di Chavez, l'Ecuador di Correa e la Bolivia dei movimenti indigeni. La seconda concerne 'l'intensità' del grado di cambiamento, in quanto alcuni Paesi hanno adottato Costituzioni totalmente diverse da quelle precedenti – Brasile, Venezuela, Colombia, Bolivia ed Ecuador –, mentre altri si sono limitati a riformare alcuni parti del testo, anche se si tratta di modifiche sostanziali – Argentina, Messico e Costa Rica. Infine, la terza differenza riguarda l'orientamento ideologico che tali modifiche sottendono; dei tre Paesi del Sudamerica – Bolivia, Ecuador e Perù – che contano al proprio con le maggiori percentuali di gruppi ascrivibili alla categoria di 'popolo indigeno', la Bolivia e l'Ecuador hanno optato per Costituzioni – espressioni dei movimenti popolari in ascesa – che si contraddistinguono per il loro marcato orientamento anticapitalista e 'decolonizzatore'; a differenza di quella peruviana, di chiaro stampo neoliberale[26].

Nonostante le ovvie differenze originate dai diversi contesti nazionali, le *oleadas* di riforme costituzionali presentano anche alcuni tratti in comune, il più importante dei quali è rappresentato da una nuova forma di intendere il principio di unità nazionale; esso non va più inteso nel senso di una omogeneizzazione delle differenze culturali, ma in quello del riconoscimento – anche accentuato – delle differenze e che valorizzi il pluralismo in ogni sua espressione. Per questo motivo alcune Costituzioni definiscono le proprie nazioni come 'plurietniche' e 'pluriculturali', promuovendo tutte le possibili forme di diversità[27].

Le riforme hanno predisposto, inoltre, un insieme di meccanismi a tutela dei diritti riconosciuti dai nuovi testi costituzionali, privilegiando alcuni dispositivi come l'*amparo* o la *tutela* e creando o rafforzando forme di giustizia costituzionale; si è proceduto anche a introdurre o rafforzare la figura dell'*ombudsman* o del *defensor del pueblo*, nonché della c.d. *jurisdicción indígena*[28].

Infine, si può osservare una comune tendenza volta a orientare l'azione dei pubblici poteri verso quei gruppi di individui particolarmen-

[26] A. SPEDDING PALLET, *Descolonización. Crítica y problematización a partir del contexto boliviano*, La Paz, 2011; S. RIVERA CUSICANQUI, *Ch'ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Buenos Aires, 2010.

[27] Cfr. D. BONILLA, *La Constitución multicutural*, Bogotá, 2006; R. YRIGOYEN FAJARDO, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, 1999; A. SEMPRINI, *Il Multiculturalismo. La sfida della diversità nelle società contemporanee*, Milano, 2000.

[28] Cfr. I. CHÍVI, *Justicia indígena. Los temas pendientes*, La Paz, 2006.

te deboli e vittime, in passato, di forme di esclusione e discriminazione, come i popoli indigeni e le comunità afrodiscendenti; a questi gruppi si riconoscono diritti differenziati rispetto a quelli del resto della popolazione nazionale; nella misura in cui da ciò discenda la creazione di circoscrizioni territoriali di carattere politico, ad essi si accordano potestà normativa e forme di esercizio giurisdizionali per la risoluzione di controversie sorte nel gruppo e secondo le proprie 'cosmovisioni'[29].

7. Le Costituzioni del Living well

Tale tendenza al riconoscimento della diversità che giustifica l'attribuzione di diritti particolari alle popolazioni indigene è maggiore nelle Costituzioni della Bolivia e dell'Ecuador rispetto ad altre esperienze costituzionali, in quanto esse prospettano l'esistenza di una 'nazione di popoli'o di uno 'Stato plurinazionale'. Questi Paesi hanno costituzionalizzato concezioni provenienti dalla tradizione indigena come il concetto del *buenvivir* e i diritti che si associano ad esso[30] nonché alcuni principi etico-morali risalenti a tale tradizione culturale[31]. I tratti distintivi di queste due Costituzioni fanno sì che il costituzionalismo che esse sottendono sia di una matrice distinta da quelle delle altre Carte costituzionali della regione e che sono imperniate sul costituzionalismo liberale, anche se di stampo multietnico e pluriculturale. Le Costituzioni del *buenvivir* avanzano verso forme costituzionali diverse, plurinazionali e pluriculturali e accordano, oltre a diritti della tradizione liberale – come il giusto processo o la libertà di espressione – diritti di natura collettiva, come quello all'ambiente salubre; esse prevedono, inoltre, forme di autonomia e diritti di natura collettiva per i popoli indigeni. La Costituzione dell'Ecuador introduce diritti non previsti nei precedenti testi costituzionali, come il diritto all'acqua e riconosce diritti anche alla natura – o

[29] L'art. 246 della Costituzione colombiana stabilisce che tale giurisdizione si esercita in armonia con i principi della giurisdizione statale; Perù, art. 149; Bolivia, art. 171 e Ecuador art. 191.

[30] Così l'art. 10 della Costituzione dell'Ecuador che riconosce diritti a popoli, Nazioni e natura; si veda anche il Cap. 2 del Titolo II sul *buenvivir* della stessa Costituzione; l'art. 306 della Costituzione boliviana che orienta il modello economico al raggiungimento del *buenvivir*.

[31] Ministerio de Relaciones Exteriores, *El vivir bien como respuesta a la crísis global*, La Paz, 2009; Ministerio de Relaciones Exteriores, *Vivir bien. Mensajes y documentos 1995-2010*, La Paz, 2010; I. FARAH, L. VASAPOLLO (coord.), *Vivir Bien: ¿Paradigma no capitalista?*, La Paz, 2011; F. HUANACUNI MAMANI, *Vivir bien, buen vivir. Filosofías, estratégias y experiencias regionales*, La Paz, 2010; G. DE MARZO, *Buen vivir. Per una nuova democrazia della terra*, Roma, 2009.

Pachamama – in quanto tale; la quale diventa, formalmente, soggetto giuridico, senza che siano chiare le possibili implicazioni di tale riconoscimento[32].

Tali riconoscimenti sono stati accompagnati da una grande apertura di questi ordinamenti nazionali al diritto internazionale sui diritti umani; infatti, i trattati e le Convenzioni in materia occupano una posizione privilegiata nel sistema delle fonti statali. In questo modo, i giudici nazionali possono applicare principi e norme sui diritti umani provenienti dall'ordinamento internazionale, facendo ricorso al c.d. *bloque de constitucionalidad*, concetto che ha assunto una particolare rilevanza nella dottrina costituzionale della regione[33].

Il pluralismo accentuato che l'insieme di questi fenomeni ha prodotto nella regione ha finito per mettere in crisi il tradizionale sistema delle fonti statuali ed il ruolo centrale che la fonte legislativa e quella regolamentare avevano ricoperto fino a tempi recenti all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali.

L'introduzione di diritti appartenenti a diverse tradizioni giuridiche ha comportato l'inclusione in costituzione della formula 'Stato sociale e democratico di diritto', sviluppata dal costituzionalismo europeo nel Secondo dopoguerra; ma con alcune importanti sfumature, in quanto lo Stato di diritto deve essere anche 'di giustizia e di diritti', espressione che mette in risalto l'idea di un ordine sociale giusto ed enfatizza la ricerca di formule costituzionali proprie; le quali tendono ad allontanare queste Carte costituzionali ancor di più da quelle della tradizione europea.

Questi cambiamenti sono stati accompagnati anche da importanti novità per quanto riguarda il nuovo ruolo dello Stato nell'economia; si può osservare come le Costituzioni del *Living well* abbiano rafforzato notevolmente il ruolo dello Stato nell'economia, mostrando – a tratti – tendenze anticapitaliste e *desarrollistas*; a differenza – lo si è accennato – della Costituzione economica peruviana, la quale viene a imperniarsi sul modello di economia di mercato[34].

Le riforme costituzionali degli ultimi decenni hanno introdotto anche cambiamenti per ciò che concerne il disegno istituzionale, in modo da riequilibrare tale architettura grazie ad interventi diretti ad assicurare

[32] Art. 71 della Costituzione dell'Ecuador.

[33] Cfr. R. UPRIMNY, *Bloque de constitucionalidad, garantías procesales y derecho penal*, Bogotá, 2006.

[34] Cfr. M. CARDUCCI, "Il 'nuevo constitucionalismo' andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista. Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità", in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, pp. 319-325.

l'indipendenza e una maggiore efficienza del potere giudiziario. Inoltre, importanti interventi sono stati adottati anche per estendere i poteri di controllo dei parlamenti sugli esecutivi presidenziali, senza che ciò abbia comportato il passaggio ad una forma di governo di tipo parlamentare – anche se in passato si aveva avanzato con forza tale possibilità[35].

Si deve segnalare che le Costituzioni della regione hanno mantenuto il modello *presidenzialista* e gli abnormi poteri attribuiti alla figura del presidente; ma ciò che ha sollevato forti critiche è il fatto che gli sforzi diretti a limitare le attribuzioni presidenziali e per riequilibrare le relazioni tra i Poteri siano stati accompagnati, paradossalmente, da una tendenza generalizzata a includere nei nuovi testi l'istituto della rielezione immediata del capo dell'esecutivo, con l'obiettivo dichiarato di consentire un'ulteriore mandato presidenziale, soprattutto nel caso di *leader* carismatici. Emblematiche, in questo senso, sono le disposizioni contenute nella Costituzione dell'Ecuador, che rafforzano espressamente le attribuzioni presidenziali[36].

L'introduzione di meccanismi di partecipazione cittadina e la modifica dell'ordinamento territoriale sono state misure fondamentali, le quali hanno preceduto le più ampie riforme adottate nella seconda metà del Duemila[37]. Anche in questo caso, le Costituzioni dell'Ecuador e la Bolivia si distinguono per l'introduzione di nuove forme di partecipazione che vanno a integrare – se non superare – gli istituti 'correttivi' previsti dalla democrazia rappresentativa liberale; il riconoscimento espresso della c.d. *democracia comunitaria*, espressione dei modi di organizzazione politica dei popoli indigeni, e più in generale, del pluralismo politico su cui fondano al propria legittimazione i nuovi ordinamenti statali, va letto anche in questa prospettiva.

[35] J. LINZ, A. VALENZUELA, *Il fallimento del presidenzialismo*, Bologna, 1995, pp. 134-155; sul modo di operare 'parlamentare' di alcuni regimi presidenziali della regione, cfr. S. GAMBINO, "La forma de gobierno en la 'nueva' Constitución boliviana: ¿un presidencialismo parlamentarizado?", in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, pp. 435-468.

[36] R. UPRIMNY, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", in *El derecho en América Latina*, C. Rodriguez Garavito (coord.), Buenos Aires, 2011, pp. 131-132.

[37] Le misure adottate in vista di un autentico decentramento politico-territoriale rappresentano la chiave di volta dell'intero ciclo di riforma, anche se il rafforzamento delle autonomie territoriali ha provocato in Bolivia un aspro scontro fra alcuni governi territoriali e quello centrale per il controllo degli ingressi provenienti da risorse quali il gas e il petrolio, cfr. J. MEDINA, *Las dos Bolivias. Tinku, ch'axwa y mokhsa: los modos de la entropía estatal que estamos viviendo*, La Paz, 2008.

8. Traguardi e limiti del costituzionalismo latinoamericano

Le recenti trasformazioni costituzionali mostrano, più in generale, alcuni tratti positivi; innanzitutto, il fatto chela maggioranza degli ordinamenti statali hanno optato per la costruzione di uno Stato di diritto retto da governi civili. Con l'eccezione del tentativo di golpe contro Chavez ed il rovesciamento del governo dell'Honduras, non vi sono stati interventi militari a danno dei governi legittimati dal voto popolare, pur in presenza di cambiamenti traumatici di regimi dovuti a rivolte popolari – come quelle che si sono verificate in Ecuador e in Bolivia. Il consolidamento di governi civili costituisce una grande conquista democratica e segnala un cambiamento profondo nella realtà politica e istituzionale dell'America Latina, soprattutto se si tiene presente le recenti esperienze dittatoriali e autoritarie. E più si potrà dire a questo proposito nel caso in cui le prossime tornate elettorali nei Paesi delle Costituzioni del *Living well* dovessero portare al potere un governo di colore diverso da quelli che hanno propugnato questi testi costituzionali; soprattutto se tale governo dovesse continuare sulle direttrici tracciate da essi.

Un'altra importante caratteristica è quella del recente riconoscimento e rivalutazione del pluralismo e della diversità – osservabile anche sul piano delle fonti del diritto –, fenomeno che ha dato luogo ad un costituzionalismo di orientamento *indigenista*, multiculturale e plurinazionale; che prevede un diverso modello di costituzione economica e riserva importanti settori di produzione allo Stato, oltre a includere forme *comunitarias* di produzione economica.

Si è di fronte a riforme con le quali si vogliono superare l'autoritarismo e l'arbitrarietà che avevano caratterizzato i passati regimi 'repubblicani' in modo da consolidare le conquiste democratiche e lo Stato di diritto. Questo grazie a nuove Costituzioni *forwardlooking* e *transformadoras*[38] che non solo prospettano un modello democratico 'inclusivo', ma che contemplano ampi cataloghi di diritti e meccanismi efficaci di tutela degli stessi, al fine di costruire una società più equa in cui i benefici dello sviluppo si rivolgono indistintamente a tutti i cittadini dello Stato.

Tale fine ultimo di costruire una società più giusta, attraverso nuovi spazi e forme di partecipazione democratica, mette in evidenzia i due tratti che maggiormente caratterizzano, in generale, il nuovo costituzionalismo latinoamericano: il grande sforzo per ripensare e riformulare il

[38] Cfr. B. DE SOUZA SANTOS, *Refundaciónde l Estado en América Latina. Perspectivas desdeuna epistemología del Sur*, La Paz, 2010, pp. 76-77.

diritto e la democrazia e l'avvicinarsi dello stesso verso forme di *constitucionalismo fuerte* o 'neocostituzionalimo'[39], come si può osservare nelle recenti esperienze boliviana e ecuadoregna, che sottendono l'idea della forza normativa della Costituzione. Le Costituzioni del *Living well*, infatti, hanno riconosciuto nuove forme e pratiche democratiche, alcune delle quali strettamente connesse all'esercizio dell'autonomia dei popoli indigeni e tribali, portando la dottrina ad affermare l'esistenza di una forma avanzata di formulazioni costituzionali, che si possono qualificare come *demodiversidad* o *democracia intercultural*[40].

Se questi sono i traguardi, esistono anche dei punti di debolezza e di incoerenza; come l'adozione di istituti che nella pratica concreta possono favorire il risveglio delle mai del tutto sopite tendenze autoritarie. La previsione di istituti di democrazia diretta – importanti per superare i deficit democratico del passato – accompagnata dal rafforzamento delle attribuzioni presidenziali, in nome del superamento di resistenze ai progetti egualitari, possono occasionare fenomeni di cesarismo democratico, noti in tutto il continente con il nome di *caudillismo*[41]. Inoltre, l'accoglimento di diverse concezioni del principio di giustizia – con le quali si cerca di perseguire o l'eguaglianza sociale o una più equa redistribuzione dei benefici – consacrando, allo stesso tempo, diritti sociali, in parti ispirati al principio del riconoscimento della diversità – soprattutto in relazione ai diritti dei popoli indigeni – può portare ad un *impasse* politico-istituzionale difficilmente superabile; come lo dimostrano i recenti scontri fra Correa e l'organizzazione dei popoli indigeni dell'Ecuador CONAIE, e quello – ancora più drammatico – fra Morales e le popolazioni indigene del *Tipnis* in Bolivia.

Le nuove Costituzioni rappresentano una garanzia importante per i diritti dei popoli indigeni; tuttavia, non si deve pensare che la marginalizzazione, la povertà e la violenza di cui sono state vittime i nativi del continente siano questioni che si risolveranno soltanto attraverso il diritto, com'era già stato segnalato in dottrina da tempo[42]. Non bisogna sopravalutare i processi di riforma costituzionale recenti, men che mai 'feticizzare' i nuovi testi costituzionali cui essi hanno dato luogo; con tali riforme si cerca di costruire un nuovo e diverso Stato di diritto, grazie anche ad una maggiore legittimità politica delle autorità di governo. Ma

[39] G. BONGIOVANNI, voce "Neocostituzionalismo", in *Enc. Dir.*, *Annali*, IV, 2011, pp. 749-772; M. CARBONELL (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2006; ID., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, 2007.

[40] B. DE SOUZA SANTOS, *op. cit.*, p. 110.

[41] A. ROUQUIÉ, *L'America Latina*, Milano, 2000, pp. 204-207.

[42] A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2007, pp. 60-61.

ciò non vuol dire che i diritti dei popoli indigeni siano stati consacrati una volta per tutte; pur in presenza di una sempre maggiore giudiziarizzazione delle domande sociali e una giurisprudenza come quella della Corte interamericana. Per molti Stati della regione sembra ancora valido il vecchio adagio, di coloniale memoria, 'si ubbidisce ma non si esegue'.

9. Conclusioni

Le recenti trasformazioni costituzionali che si sono verificate in Bolivia e nell'Ecuador rappresentano i primi tentativi di ripensare – di 'decolonizzare' – il costituzionalismo latinoamericano, partendo da riflessioni che hanno per oggetto concetti come quelli della diversità culturale e del pluralismo esistente nel continente. La lunga storia di trapianti e circolazione di modelli giuridici viene ad arricchirsi con queste nuove forme ibride di costituzionalismo che comprendono elementi, sia della tradizione liberale – come la separazione dei poteri –, ma anche quelli propri del *constitucionalismo bolivariano* e dei progetti panamericanisti ad esso connessi. Tali modelli si prefiggono anche di consolidare le pratiche democratiche attraverso la previsione e l'implementazione di alcune forme di democrazia partecipativa[43].

Il contributo del pensiero indigeno al costituzionalismo latinoamericano per una nuova e diversa teoria costituzionale che sia ancora più pluralista è un altro fattore di grande importanza. Esso si esplicita nei concetti indigeni come quelli del *buenvivir* nell'inclusione nei testi costituzionali di nuovi soggetti titolari di diritti collettivi come la natura, oltre che nella combinazione di diritti individuali e collettivi che tengono presenti anche le questioni di genere.

I dibattiti sui diritti dei popoli indigeni in America Latina, in particolare sulla c.d. *autonomía indígena*[44], hanno offerto l'occasione per ripensare il diritto nel continente, perché tali dibattiti hanno permesso allo studioso o all'operatore giuridico di confrontarsi con categorie, norme, pratiche, forme di autorità e logiche culturali diverse da quelle di matrice occidentale, lanciando una sfida alla cultura giuridica dominante e al formalismo che hanno caratterizzato il modo di intendere il fenomeno

[43] Cfr. U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stati nella mondializzazione*, Troina, 2002; ID., *L'insegnamento di Porto Alegre*, Firenze, 2003.

[44] Cfr. X. ALBÓ, *Lo indígena originario campesino en la nueva Constitución*, La Paz, 2010; F. X. BARRIOS SUVELZA, "La autonomía indígena originaria campesina en la Constitución política del Estado", in S. KASS (ed.), *Reflexión crítica a la Nueva Constitución política del Estado*, La Paz, 2009, p. 434.

giuridico nel continente. L'esistenza di Stati plurinazionali presuppone che all'interno dello stesso possano coesistere diverse forme di intendere il diritto, in modo da costruire quella 'scelta strutturale', quel 'tipo' di Stato di diritto plurinazionale[45]. Perché la sfida che attualmente si trovano ad affrontare alcuni Paesi dell'America Latina è proprio quella del come armonizzare tale pluralismo di sistemi di autorità e di visioni epistemologiche in un unico sistema politico-giuridico di valori condivisi, capace di comporre le diversità presenti nelle società plurali e variopinte dell'America Latina.

[45] Cfr. C. DERPIC SALAZAR, *Sobre el pluralismo jurídico*, La Paz, 2009.

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

[·] Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Napoli del 24 maggio 2002

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
Presidente per il 2005-2006: Prof. Paolo Fois, eletto all'Assemblea di Trieste del giugno 2005

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

Vicepresidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vicepresidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

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

Vicepresidente per il 2010-2011: Prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Vicepresidente per il 2011-2012: Prof. Sergio Maria Carbone, eletto dall'Assemblea di Catania del 23 giugno 2011

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Edoardo Greppi
Prof.ssa Laura Pineschi
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Genova del 31 maggio 2012

Presidente: Prof.ssa Maria Laura Picchi Forlati

Vicepresidente per il 2012-2013: Prof. Giuseppe Cataldi, eletto dall'Assemblea di Genova il 31 maggio 2012

Vicepresidente per il 2012-2013: Prof. Michele Vellano, eletto dall'Assemblea di Napoli il 13 giugno 2013

Componenti:

Prof.ssa Marina Castellaneta
Prof. Francesco Costamagna
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Roberto Mastroianni
Prof.ssa Laura Pineschi

Segretario Generale: Prof. Edoardo Greppi