SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale

16

LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI E IL DIRITTO INTERNAZIONALE

XVI Convegno
Catania
23-24 giugno 2011

a cura di

Adriana Di Stefano e Rosario Sapienza

EDITORIALE SCIENTIFICA

es

Pubblicazioni della Società Italiana di Diritto Internazionale

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

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI E IL DIRITTO INTERNAZIONALE

XVI Convegno
Catania
23-24 giugno 2011

a cura di
Adriana Di Stefano e Rosario Sapienza

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

©Copyright 2012

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-6342-329-7

INDICE-SOMMARIO

Presentazione
SERGIO MARCHISIO IX

Presentazione del Convegno
ROSARIO SAPIENZA XI

SESSIONE INAUGURALE

Relazioni

BRUNO SIMMA
The International Court of Justice and Human Rights 3

FAUSTO POCAR
International Criminal Tribunals and Human Rights 31

PRIMA SESSIONE

Diritto internazionale umanitario e diritti umani

Introduzione
PAOLO BENVENUTI 53

Relazioni

ROBERT KOLB
"Condotta delle ostilità" e "mantenimento dell'ordine":
due concetti chiave nella definizione dei rapporti
fra diritto internazionale umanitario e diritti umani 67

MARCO PEDRAZZI
La protezione del diritto alla vita tra diritto internazionale umanitario e tutela internazionale dei diritti umani 79

GABRIELLA VENTURINI
Diritto internazionale umanitario e diritti umani: una prospettiva di genere 93

NOEMI CORSO
Occupazione militare e tutela della proprietà privata 115

MARCO PERTILE
Il principio di proporzionalità nell'interazione tra diritto umanitario e tutela dei diritti umani: strumento per la risoluzione delle antinomie o mero argomento retorico? 159

SECONDA SESSIONE

Diritto internazionale privato e diritti umani

Introduzione
ANGELO DAVÌ 209

Relazioni

PATRICK KINSCH
Droits de l'homme et reconnaissance internationale es situations juridiques personnelles et familiales 217

CRISTINA CAMPIGLIO
Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato 235

FRANCESCO SALERNO
Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto all'equo processo 277

NADINA FOGGETTI
Riconoscibilità del matrimonio islamico temporaneo (*Mut'a*) e tutela dei diritti umani 327

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI
La tutela del diritto di accesso alla giustizia e della parità delle armi tra i litiganti nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001 345

TERZA SESSIONE

Diritto internazionale dell'economia e diritti umani

Introduzione
NERINA BOSCHIERO 369

Relazioni

ERNST-ULRICH PETERSMANN
Human Rights and International Economic Law: Common Constitutional Problems 383

FRANCESCO FRANCIONI
Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto? 417

HÉLÈNE RUIZ FABRI
Cultural Diversity and International Trade Law: the UNESCO Convention on Cultural Diversity, Six Years Later 437

VALENTINA VADI
Global Health Governance at a Crossroads: Tobacco Control in International Economic Law 453

CLAUDIA CINELLI
Gli obblighi positivi degli Stati in materia di investimenti stranieri e la privatizzazione del "nuovo" diritto umano all'acqua 481

MARIAGIOVANNA SILVESTRI
IDE, land deals e strumenti di tutela azionabili dai singoli 503

SESSIONE CONCLUSIVA

Le giurisdizioni internazionali
e la protezione internazionale dei diritti dell'uomo

Introduzione
LUIGI CONDORELLI 523

Interventi
FLAVIA LATTANZI
L'applicazione dei diritti dell'uomo ad opera
dei Tribunali Penali Internazionali 529

PAOLO MENGOZZI
La specificità della tutela dei diritti fondamentali
delle persone nell'Unione europea 559

TULLIO TREVES
Diritto del mare e diritti umani 569

ABDULQAWI YUSUF
The International Court of Justice (ICJ) and the Development
of Human Rights Law: from Collective Rights
to Individual Rights 573

APPENDICE

Organi direttivi SIDI 583

PRESENTAZIONE

Costituisce motivo di meritato orgoglio il fatto che il Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) sia giunto alla sua XVI edizione. Con costanza ed impegno la Società ha mantenuto ferma la tradizione dell'appuntamento scientifico annuale, consacrato al tema quanto mai attuale della tutela dei diritti umani nel diritto internazionale. Partner dell'evento, svoltosi il 23 e 24 giugno 2011, è stata la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.

Il Convegno ha consentito di approfondire come il diritto dei diritti umani incida sempre maggiormente su importanti ambiti del diritto internazionale, modificandone il contenuto e la prospettiva normativa. Dopo la sessione inaugurale sul ruolo della Corte internazionale di giustizia e dei Tribunali penali internazionali nella tutela dei diritti umani, i lavori si sono articolati in 3 sessioni parallele, novità sperimentata con successo per la prima volta nella storia dei convegni annuali della SIDI. Nella prima sessione è stato protagonista il *Diritto internazionale umanitario*, attraverso l'approfondimento critico di vari temi, dalla condotta delle ostilità e il mantenimento dell'ordine alla protezione del diritto alla vita, dal diritto di ogni essere umano a uno standard di vita dignitoso alla tutela della vita privata nel caso di occupazioni militari, dal principio di proporzionalità nell'interazione tra diritto umanitario e tutela dei diritti umani alla particolare situazione delle donne nelle guerre di liberazione.

La seconda sessione, relativa ai rapporti tra *Diritto internazionale privato e diritti umani*, ha affrontato argomenti come il riconoscimento internazionale delle situazioni giuridiche e familiari e il diritto di accesso alla giustizia. La terza sessione parallela, infine, è stata dedicata al *Diritto internazionale dell'economica e diritti umani*. Dopo una parte generale in cui si sono evidenziati i principali elementi di contrasto nel rapporto tra tutela dei diritti umani e diritto internazionale dell'economia, e tra i primi e il diritto internazionale degli investimenti, ci si è soffermati sulla diversità culturale nel diritto internazionale del lavoro, sulla *governance* globale per la salute e sul diritto umano all'acqua.

A chiusura del Convegno si è svolta una tavola rotonda sulle giurisdizioni internazionali e la protezione internazionale dei diritti umani, che ha consacrato particolare attenzione alla tutela dei diritti delle persone nel sistema giuridico dell'Unione europea, alle relazioni tra il diritto

del mare e la tutela dei diritti umani e al contributo dato dalla Corte internazionale di giustizia per lo sviluppo del diritto dei diritti umani.

La partecipazione di relatori di prestigio e di molti studiosi del diritto internazionale, soci e non soci della SIDI, ha conferito al XVI Convegno annuale una caratura scientifica di grande rilievo. Gli Atti raccolti in questo volume a cura di Adrina Di Stefano e Rosario Sapienza, Vice-Presidente della SIDI, ne sono la più chiara testimonianza.

Ancora una volta, quindi, la SIDI ha confermato di adempiere al compito che nel 1995, data della sua creazione, i Fondatori le hanno assegnato, di contribuire alla diffusione della conoscenza del diritto internazionale specie tra le giovani generazioni. Ai giovani sono stati dedicati i premi della Società: il "Premio SIDI" riservato ad un articolo di un giovane studioso italiano in materia di diritto internazionale pubblico, diritto internazionale privato o diritto dell'Unione europea; il "Premio "Riccardo Monaco" per una tesi di dottorato in diritto delle organizzazioni internazionali e diritto dell'Unione europea e, infine, il "Premio Daniele Padovani" per una tesi di laurea in materia di diritto internazionale privato e processuale.

Il ringraziamento che rivolgo a Rosario Sapienza e ai giovani della segreteria organizzativa di Catania che hanno collaborato all'iniziativa è quindi motivo di riconoscimento dell'impegno profuso alla riuscita dell'evento dimostrando la validità del modello organizzativo dei convegni annuali della SIDI, anche in un momento non certo facile per il finanziamento di iniziative scientifiche di questo tipo. Infine, un vivo ringraziamento per la sua preziosa collaborazione a Roberto Storchi, responsabile della segreteria SIDI presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) di Roma del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Sergio Marchisio
Segretario generale della SIDI

PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO

di
Rosario SAPIENZA·

Autorità, Illustri Colleghi, Cari amici,

ho l'onore e il piacere di darvi il benvenuto a Catania per il XVI Convegno annuale della SIDI. Convegno che vanta già da adesso alcuni positivi primati (nella speranza di non aggiungerne di negativi nel corso del suo svolgimento): il primo, indiscutibile, è che con certezza la SIDI non si era finora spinta così a Sud nella sua giovane storia; e sono particolarmente grato alla presidenza della nostra Società scientifica perché interpreto la scelta di Catania come sede del XVI Convegno come un riconoscimento al lavoro che da dieci anni a questa parte abbiamo svolto per insediare qui, in questo estremo lembo del continente europeo, un gruppo di ricerca attivo sulle tematiche del diritto internazionale. Ed in particolare desidero ricordare che sugli argomenti che oggi formano oggetto di questo Convegno è attivo dal 2007 presso questa cattedra un progetto di ricerca "Culture, Democrazia e Diritti nel Mediterraneo" che ha già colto, se non mi inganno, significativi risultati, in stretta collaborazione con il Centro Studi e Ricerche Coesione e Diritto e con il costante sostegno dell'ateneo e degli enti locali. Ricordo solo tra gli eventi più significativi il seminario di studi su *La Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo e l'Ordinamento Italiano alla luce della recente giurisprudenza costituzionale* che tenemmo proprio qui a Catania, tre anni orsono, il 13-14 giugno 2008, sotto la presidenza del prof. Giorgio Gaja ed i cui atti hanno recentemente visto la luce per i tipi della Giappichelli e i cicli di seminari autunnali in lingua inglese *The extraterritorial Reach of Human Rights Treaties in Humanitarian Context* del 2008, prestigiosamente inaugurato da Georges Abi Saab, *Gender Issues and International Legal Standards* del 2009, con una opening lecture di Christine Chinkin, *The Effectiveness of Local Remedies in Human Rights Legislation*, nel 2010, con la opening lecture di Tom Barkhuysen.

Il secondo primato che oggi cogliamo, se non mi inganno, è quello

· Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Catania.

di avere, nell'ambito della prestigiosa schiera di relatori, una notevole compagine di donne e giovani. Vantiamo il maggior numero relativo di colleghe relatrici (10) su 27 relatori, e una maggioranza assoluta (4 su 6) se facciamo riferimento alla selezione operata attraverso la call for papers tra le giovani proposte, scelta difficile in verità essendosi registrato per la call for papers un ragguardevole numero di adesioni e tutte di qualità.

I giovani ricercatori sono infatti la linfa vitale di questa nostra disciplina ed è incoraggiante per noi che più non siamo giovani che essi si accostino con entusiasmo alle fatiche dell'indagine scientifica. Desidero esprimere qui l'auspicio che si faccia sempre di più perché i giovani che si appassionano alla ricerca scientifica siano posti nelle condizioni di poterlo fare all'interno di un percorso certo e adeguatamente cadenzato, per dare sempre di più l'apporto della loro energia.

Questo Convegno, con i suoi tanti limiti che certamente la mia direzione può aver apportato, è la prova di quanto dico. Esso è stato infatti organizzato con il concorso determinante, oltre che dei giovani studiosi vicini alla cattedra, per i quali tutti ringrazio la loro coordinatrice, Adriana Di Stefano, di due associazioni studentesche che desidero qui citare e ringraziare, il *Catania Chapter* della *International Law Student Association* e l'Associazione di Formazione Internazionale Permanente, *I Diplomatici*. A loro tutti va il mio più sentito ringraziamento per l'impegno fin qui profuso.

Venendo adesso al tema del nostro XVI Convegno annuale, «La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale», vorrei da subito chiarire che esso potrebbe apparire scontato, ma che così in verità non è.

Certamente muoviamo da alcune premesse ormai ovvie. È arcinoto che nello schema di quello che siamo soliti chiamare il diritto internazionale classico l'individuo non veniva preso in considerazione in quanto tale, ma in quanto straniero. Dell'individuo suddito dello Stato, il diritto internazionale non si occupava perché non si occupava delle questioni interne allo Stato, mentre il diritto internazionale attuale contiene invece numerose norme che costituiscono a favore dell'individuo posizioni soggettive di vantaggio, ovvero gli impongono obblighi assoggettandolo alla giurisdizione di organi giudicanti internazionali.

Altrettanto ovvio è che la situazione dell'individuo nel diritto internazionale si modifica notevolmente soprattutto con l'adozione di strumenti internazionali a protezione dei diritti dell'uomo, che viene dunque preso in considerazione non in quanto straniero, ma in quanto uomo, per costruire una civiltà comune a livello planetario, quella che assai spesso viene evocata come la civiltà dei diritti umani.

Questa civilizzazione comune, questa civiltà dei diritti umani è an-

cora lontana dall'essersi affermata. Comunque il fenomeno della protezione internazionale dei diritti umani ha prodotto con certezza degli effetti sulla struttura e sul modo di funzionare del diritto internazionale, ed anche questa rappresenta un'altra certezza.

Innanzitutto ha fatto emergere l'individuo, la persona umana, se non proprio come soggetto giuridico equiparato agli Stati, comunque come protagonista di numerose e variegate vicende giudiziarie nell'ambito delle quali egli può affrontare gli Stati in un vero e proprio processo ad armi pari. Si pensi all'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo e alla sua ormai corposa giurisprudenza.

Ma soprattutto, il diritto dei diritti umani sta incidendo sempre di più su importanti ambiti normativi del diritto internazionale, modificandone il contenuto e la prospettiva normativa. Si pensi ad esempio all'influenza dei diritti dell'uomo sul diritto umanitario di guerra, il cosiddetto diritto di Ginevra, al quale i diritti umani apportano una nuova prospettiva e nuovi assetti, inducendolo sempre di più a diventare un diritto per la protezione dei diritti umani in tempo di guerra, piuttosto che un insieme di obblighi "umanitari" degli Stati.

Il diritto internazionale ha insomma profondamente modificato negli ultimi decenni la sua fisionomia e le sue funzioni. Fino alla fine dell'Ottocento, come si sa, aveva un assetto già postwestfaliano, ma ancora attestato sulla difesa ad oltranza della sovranità statale attraverso il principio del non intervento negli affari interni che costituiva la pietra di fondazione (ma anche la pietra d'inciampo) sulla quale era costruito l'ordine internazionale.

Oggi il diritto internazionale si è costruito su un assetto che ha già superato la sovranità statale, ma che non per questo la ha archiviata. Si tratta anzi di un fenomeno connotato da tratti di ambiguità. Se infatti, per un verso, il superamento della centralità della sovranità ha permesso l'elaborazione di codici comportamentali capaci di imporsi agli Stati, limitandone, anche in maniera condizionante, la libertà d'azione: si pensi appunto ad esempio alla normativa internazionale destinata ad incidere sulla garanzia dei diritti umani, e dunque sugli assetti costituzionali degli Stati; al tempo stesso sempre di più gli Stati trasferiscono al livello internazionale i momenti decisionali, concertando normative che poi "eseguiranno" a livello degli ordinamenti interni, così riducendo notevolmente gli spazi deliberativi dei parlamenti e degli altri istituti ed enti di rappresentanza e controllo. Insomma il vasto movimento di codificazione internazionale in materia di diritti umani diventa, mi pare, l'icona di un mutamento epocale nel campo della struttura stessa del diritto internazionale.

Questa situazione ha ricadute e conseguenze importanti in vari ambiti. Volendo qui limitarsi a prendere in esame solamente quelle che riguardano la formazione del giurista, non può non notarsi che l'obiettivo di una piena consapevolezza del diritto passa oggi sempre di più attraverso l'acquisizione di strumenti analitici che permettano al giurista di cogliere i momenti di condizionamento ultrastatale delle decisioni normative nazionali, anche al fine di poter meglio e più consapevolmente maneggiarne la strumentazione tecnica all'interno del processo nazionale.

Il diritto internazionale dunque non riguarda solo la sfera "diplomatica" delle relazioni fra gli Stati e dunque la formazione dei diplomatici. Il diritto internazionale pervade per intero il fenomeno giuridico e si situa alla base di qualsivoglia discorso sistematico che miri ad attribuire al dato normativo interno la sua interpretazione compiuta. Non c'è praticamente più materia del diritto che non sia adeguatamente disciplinata da trattati internazionali o atti di organizzazioni internazionali, tutti materiali che occorre saper maneggiare con cura adeguata. Un professionista del diritto che si prepari degnamente all'esercizio della sua professione deve sempre di più avere strumenti internazionalistici nel suo bagaglio di competenze.

A fronte di questa situazione, appare ancora troppo limitato lo spazio che viene riservato agli insegnamenti giuridico internazionali nella formazione del giurista italiano, il quale ancor oggi può conseguire la laurea in giurisprudenza avendo semplicemente … orecchiato i rudimenti del diritto internazionale e dell'Unione europea nell'ambito di corsi istituzionali spesso mortificati per collocazione e livello di accreditamento.

Questo convegno che organizziamo in occasione della XVI Assemblea Nazionale dei soci SIDI vuole dunque avviare una riflessione su queste tematiche. Non mettendo a tema il paradigma teorico, cosa complessa a farsi, ed in particolare in un breve convegno come il nostro, ma indagando, per dir così, per colpi di sonda, la prassi internazionale. Ed è questo il momento, credo, di un ulteriore ringraziamento. Quello che volentieri rivolgo ai colleghi che hanno illustrato la cattedra catanese e che hanno accolto il mio invito ad organizzare le sessioni nelle quali si dipanerà questo convegno, i professori Condorelli, Benvenuti, Davì e Boschiero (che cito nell'ordine cronologico del loro insegnamento a Catania). Sessioni dedicate allo studio dell'influenza dei sistemi di protezione internazionale dei diritti umani su singole partizioni della nostra disciplina individuate non a caso. Il diritto internazionale umanitario, come quella parte del diritto internazionale che da sempre persegue una finalità

di protezione dell'individuo sia pure nel particolare contesto del conflitto armato. Il diritto internazionale privato che, nello schema classico, rappresenta, pur nella sua autonomia, la modalità attraverso la quale il diritto internazionale raggiungeva per il tramite delle distinte sovranità statali la vita concreta degli unici individui dei quali si occupava, gli stranieri. Il diritto internazionale dell'economia, branca della nostra disciplina di più recente autonomia e oggi in costante, quasi convulsa espansione e che risente anch'esso degli importanti sviluppi in materia di protezione internazionale dei diritti umani.

Sessioni che si svolgeranno domani, come domani si svolgerà la tavola rotonda conclusiva presieduta da Luigi Condorelli e all'interno della quale ascolteremo punti di vista dall'interno delle giurisdizioni internazionali.

Oggi invece, nella sessione inaugurale che sta per iniziare dopo queste mie parole, i giudici Bruno Simma e Fausto Pocar, che ringrazio entrambi per la loro cortese disponibilità, daranno il la a questa nostra riflessione. Cedo dunque la parola al professor Giorgio Gaja, presidente della SIDI, che prego di assumere la presidenza della seduta inaugurale.

SESSIONE INAUGURALE

THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND HUMAN RIGHTS

Bruno SIMMA·

SUMMARY: A. Human rights before the Court in a first phase: hesitation and restraint. – 1. The case law of the Court. – *2*. The background and context of the earlier case law. B. The more recent picture: a qualitative leap? – 1. The Court's new case law. – 2. Prospects for the future. C. A proper role for the Court

The impact of human rights on the development of international law has become a sort of *Leitmotiv* in my more recent academic work.

My first acquaintance with the integration of human rights in more traditional international law was slightly bizarre. About 25 years ago, ECOSOC decided to get serious about monitoring the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966 and to replace a body of governmental experts assigned to this task by a Committee of independent experts. The German Foreign Office chose me as a candidate for membership in this new institution apparently because the diplomats in charge of international human rights in Bonn at that time were pleased with the specific angle I had pursued in a few publications of mine on the subject of human rights: these early writings were devoted to the topic of the enforcement of international human rights obligations by (non-forcible) countermeasures – an aspect in line with what probably was the spirit of the time, but demonstrating a rather particular approach to "systemic integration" indeed[1]. I then served on the new monitoring body, the Committee on Economic, Social and Cul-

· Judge at the International Court of Justice 2003- 2012. Professor (ret.) at the University of Munich. William H. Cook Global Law Professor at the University of Michigan Law School Ann Arbor, U.S.A. Associate Member of the Institut de Droit International. The present paper corresponds, with only minor chamges, to my contribution to the Festschrift for Rueddiger Wolfrum (2011).

[1] Cf., e.g., B. SIMMA, *Zur bilateralen Durchsetzung vertraglich verankerter Menschenrechte. Aktivlegitimation und zulässige Mittel nach allgemeinem Völkerrecht*, in: Ch. Schreuer (ed.), Autorität und internationale Ordnung. Aufsätze zum Völkerrecht, 129 (1979).

tural Rights, from 1987 to 1996, that is, ten years trying to cope with the daunting task of devising a legal hold on this doctrinally evasive category of human rights and developing the reporting procedure into a more meaningful exercise. In the context of the present paper, what I remember is that, in the company of my fellow Committee members, an assortment of 18 "droits de l'hommistes"[2] representing a colorful variety of backgrounds and expertise, I always felt "on guard", so to speak, being "in charge of international law", as the international law generalist with the task of frequently reminding my colleagues that what they were doing they were doing on the basis provided by "my" international law, and had to remain within the law's state-of-the-art boundaries.

Following this exposure to the workings of the UN human rights machinery, I spent six years as a member of the UN International Law Commission. And whereas before, in the UN's human rights community, I had regarded it as my task to function like the Committee's "in-house" (international) lawyer, in the ILC, of which at the time I was the only member with a UN human rights "past", I soon discovered that I now felt the other way round, namely having to protect the specificity and integrity of "my" human rights from attempts by fellow ILC members, cold-blooded (former or serving) legal advisers or even politicians, to have these rights turned into "bureaucratic small-change", to use Philip Allott's words[3]. To illustrate how I saw my new task, I engaged in a successful effort to defeat an attempt to include the human rights topic of non-discrimination, very much in fashion at the time, in the agenda of future work of the Commission in order to save it from being hijacked by what I regarded as these rights' potential false friends, so to speak. While I plead the reader to take this observation with a grain of salt, what remains true is that during my time in the ILC, the reflexes acquired in ten years of human rights treaty monitoring kept me constantly on guard and sensitive vis-à-vis the appropriation of human rights by the international law "mainstream".

As against this background, it will come as no surprise that during my nine years at the International Court of Justice, I have studied the treatment of human rights by the Hague Court, the specifically "judicial" interpretation and application of these rights by what has been called

[2] A. PELLET, *Droits de l'hommisme et droit international*, Gilberto Amado Lecture held on 18 July 2000 at the United Nations (Geneva); English Translation: "Human Rightism and International Law", X Italian Yearbook of International Law, 3-16 (2000).

[3] Ph. ALLOTT, *Eunomia*. New Order for a New World, 288 (1990).

"the gate-keeper and guardian" of general international law[4] – as compared to the "softer", more politically and policy-inspired handling of human rights in the UN Charter-based system – with particular attention, both with regard to its development over time and the current state of the matter[5]. Also, in a large part of the existing literature on the topic, what I found was a stereotypically positive treatment, rather uncritical praise for the achievements of the ICJ as a protector of human rights. Thus, a reality check free of undue *a priori* deference to the Court appeared in place.

I have been engaging in the task I thus set myself with two correlative questions in mind: first, has the development of international human rights law had an impact on the jurisprudence of the Court? Secondly, and *vice versa*, has the jurisprudence of the Court contributed to this development and if yes, how? In the following, I will attempt to provide some tentative (and necessarily brief) answers to these questions. In so doing, I will distinguish between two phases in the engagement of the Court with human rights matters: a – long – first phase marked by a certain restraint on the part of the Court, and the States parties to its Statute, with regard to such engagement, and following this a second phase marked by recent developments indicating a greater degree of readiness of having the Court decide straightforward human rights questions.

A. Human rights before the Court in a first phase: hesitation and restraint

1. The case law of the Court

After the re-birth of the Hague Court in 1945/46, expectations by observers and potential clients as to the contribution of what now had

[4] These expressions were used with regard to a different branch of international law by J.E. Vinuales, The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law, 32 Fordham International Law Journal 232, at 258 (2008).

[5] For the most comprehensive academic treatment of the topic see G. ZYBERI, *The Humanitarian Face of the International Court of Justice* (2008; with a bibliography covering the literature up to and including 2007); since then, R. HIGGINS, *The International Court of Justice and Human Rights*, in ID.,*Themes and Theories. Selected Essays, Speeches*, *and Writings* in International Law (2009), Vol, 1, 639; J. GRIMHEDEN, *The International Court of Justice* – Monitoring Human Rights, in: G. ALFREDSSON *et al.*(eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*. Essays in Honour of Jakob Th. Moeller, at 249 (2009); S. SIVAKUMARAN, *The International Court of Justice and human rights*, in: S. Joseph/A. McBeth (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, 299 (2010).

become the "principal judicial organ of the United Nations" to the realization of the UN's human rights agenda must have been rather low[6]. This was probably due to patterns that had become discernible in the case law of the ICJ's predecessor, the Permanent Court of International Justice, touching upon issues that we would now regard at least as human rights-related. While this case law had displayed some remarkably progressive "sparks" in several advisory opinions rendered on the basis of the League of Nations' system of protection of minority (group) rights, the Permanent Court's jurisprudence in contentious cases can only be described as pronouncedly deferential to national sovereignty; limitations of sovereignty were not to be presumed, treaty provisions stipulating such limitations were to be interpreted restrictively, *Lotus,* and so forth[7].

As against such foreboding, the new Court's case law dealing with, or at least somehow touching upon, human rights issues in specific ways over time turned out to be richer, and certainly less negative, than expected. As a matter of course, opportunities for the Court to devote itself to human rights questions will depend almost totally on the nature of the cases brought to The Hague. It was natural, therefore, that case law with human rights elements would develop in tandem with the widening and thickening of international human rights as a growth industry within post-World War II international law. However, just as the development of human rights as a body of law and institutions at the global (UN) level took several decades to develop beyond standard-setting and extend to – still very limited – implementation, the role of the Court as an interpreter and applier of human rights law unfolded gradually and in rather meandering ways. Thus, in what I would like to call a first phase in the engagement of the ICJ with human rights, while we find a certain number of cases in which human rights arguments played some role, sometimes

[6] Philip Alston brought to my attention a Report of the Australian delegation to the Second Session of the UN Commission on Human Rights in December 1947, according to which in the course of the discussion on implementation of the future "Bill of Human Rights", the United Kingdom proposed to invest the ICJ with the power to give advisory opinions on human rights which could then be submitted for action to the General Assembly. The report adds: "Subsequent discussion demolished this view." (Document on file with the author).

[7] I still remember the story told by my civil law teacher at the University of Innsbruck, Professor Franz Gschnitzer, who as a high-ranking Austrian politician had been involved in the long and painful negotiations between Austria and Italy on a satisfactory autonomy regime for the South Tyrol in the late 1950s and early 1960s, how Italy had at a certain point proposed to let the ICJ decide whether Italy was in compliance with the so-called "Gruber – De Gasperi Agreement" of 1947, and how Austria reacted by doing everything to get this proposal off the negotiating table.

in circumstances in which one would not expect human rights issues to arise at all, the actual purport of human rights in these cases as well as the contribution of the Court's jurisprudence to their development, was rather limited. If I tried to run through the relevant judgments and advisory opinions rendered during this first phase in chronological order and, in doing so, group the case law according to the relevance of human rights considerations, three clusters might be distinguished (with some decisions falling into more than one of them).

In a first group of decisions of the Court, human rights considerations appear in more or less incidental ways; the legal reasoning in the cases concerned essentially turns on matters which have nothing to do with human rights, or in regard to which human rights play a mere subordinate role and are thus mentioned more or less *obiter*, not necessarily in an entirely positive, fully welcoming sense. I would consider *Corfu Channel* (1949), *Barcelona Traction* (1970), *Tehran Hostages* (1980) and the Vienna Consular Convention cases, *LaGrand* (2001) and *Avena* (2004), as belonging to this group. In the first-mentioned case, playing in the context of naval warfare and thus touching upon international *jus in bello* and humanitarian law rather than human rights law in the strict doctrinal sense and dealing with the obligations of coastal States in maritime zones under their jurisdiction, the Court strengthened its confirmation of a duty on the part of these States to clear their territorial sea of mines with a remarkably humanitarian appeal, by referring to "obligations … based on … certain general and well-recognized principles', among them "elementary considerations of humanity"[8]. In its *Barcelona Traction* Judgment, the Court, at the outset of its discussion on the conditions of diplomatic protection of shareholders, suddenly introduced a distinction between bilateralist obligations arising in that area and a new category of obligations *erga omnes,* among which it counted the prohibition of genocide and obligations deriving from "the principles and rules concerning the basic rights of the human person", before returning to the international legal aspects of company law[9]. In the *Tehran Hostages* case, the ICJ condemned the treatment of the US diplomatic and consular personnel detained in Iran as incompatible, *inter alia,* "with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights"[10]. I will consider *LaGrand* and *Avena* in a later, more specific,

[8] *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports* 1949, 4, at 22.

[9] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports* 1970, 3, at 32, 47.

[10] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports* 1980, 3, at 42.

context as showing that there were instances in which the Court actually avoided to take up human rights questions, even though such a categorization of matters in dispute was offered to it on a silver plate, as it were. What the before-mentioned cases belonging to this first group have in common is that the Court referred to human rights in a context distinct from that branch of the law, with these references lighting up the sky, as it were, for a short moment before the Court returned to more mundane matters.

The situation is similar in a second cluster, although here human rights considerations occupied somewhat more space, but still these considerations were more in the nature of an occasion for the Court, a trigger, to engage in discussion of matters different from human rights, even though the subjects might somehow be linked technically. Let me exemplify my point by reference to the Court's Advisory Opinion on *Reservations to the Genocide Convention* (1951)[11]. This Opinion, while hinging on a treaty that could be called the first human rights instrument created within the United Nations, yielded relatively little with regard to the specific legal features of the Genocide Convention; instead in a formidable exercise of judicial law-making it crafted major parts of what subsequently became the contemporary regime of reservations to multilateral treaties in general. I would submit that a similar triggering, but ultimately ancillary, role was played by human rights in the Court's Advisory Opinions on the *Interpretation of Peace Treaties* (1950), focusing on the operability of treaty provisions on dispute settlement[12]; in the three Advisory Opinions rendered on certain technical aspects of the supervision by the UN of the international status of *South West Africa* (1950, 1955, 1956)[13]; in the 1986 *Nicaragua* Judgment's refusal to accept the use of force on the part of the United States as an appropriate method to ensure respect for human rights[14]; as well as in the two Advisory Opinions by which the Court confirmed the immunities of UN Special Rapporteurs in the field of human rights and thus strengthened the UN's human rights

[11] *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1951, 15.

[12] *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinions, First Phase, I.C.J. Reports* 1950, 65*; Second Phase, ibid*., 221.

[13] *International Status of South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950,128;Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1955, 67; Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1956, 23.

[14] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986,* 14, at 134-135, para. 268.

machinery, that is, in the *Mazilu* case (1989)[15] and ten years later again in *Cumaraswamy* (1999)[16].

A third group consists of a number of cases in which the Court developed the right of self-determination of peoples. I mention them here because in the human rights doctrine developed and pursued by the United Nations for several decades, the realization of self-determination in the context of decolonization was regarded as the *conditio sine qua non* for the enjoyment of individual human rights. Thus in a number of decisions and advisory opinions on *South West Africa,* the Court dealt with this right in regard to some more technical questions on international supervision[17], but also drew certain substantive conclusions, carrying both positive[18] and decidedly negative[19] messages for the anti-Apartheid and wider human rights community. These cases were followed by the Advisory Opinion on the *Western Sahara*[20], which met with general acclaim, quite contrary to the reception of the ICJ's refusal, twenty years later, to engage with the merits of the *East Timor* case despite paying lip-service to the right of self-determination as an entitlement *erga omnes*[21]. The most recent judicial pronouncements on the right to self-determination are to be found in the Advisory Opinions on the *Wall* of 2004[22] and on the *Kosovo Declaration of Independence* of 2010[23], yielding very different results in the eyes of the protagonists of a progressive reading of this right. Since, however, the present paper is devoted to the impact of individual human rights on the jurisprudence of the Court and *vice versa,* I will in the following leave the case law on self-determination aside.

On the other hand, what might deserve to be mentioned in conclusion of my short *tour d'horizon* of the jurisprudence of the Court "turn-

[15] *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1989, 177.

[16] *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1999, 62.

[17] Cf. the Advisory Opinions referred to in note 13; in addition *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1971, 16.

[18] Cf. the 1971 Opinion (note 17).

[19] Cf. *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports* 1966, 6.

[20] *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1975, 12.

[21] *East Timor, Judgment, I.C.J. Reports* 1995, 90.

[22] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 2004, 136.

[23] *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)* (on the Court's website).

ing on" or otherwise somehow technically connected with human rights, are the two Judgments in which the United States was found in breach of the obligation deriving from the 1963 Vienna Convention on Consular Relations to inform detained foreign nationals of their right to seek consular assistance from their home country: *LaGrand* (2001) and *Avena* (2004)[24]. In the *LaGrand* case, Germany had argued that the entitlement of a foreigner to be informed of this right without delay under Article 36, paragraph 1, of the Consular Convention was not only an individual right but had over time assumed the character of a human right proper, akin to an international guarantee of a fair trial. Though admittedly progressive, this position reflected the approach that not only the UN General Assembly had adopted already in the 1980s, but that above all the Inter-American Court of Human Rights had followed in an advisory opinion on the question of consular protection rendered in 1999 upon the request of Latin American countries, above all Mexico, most strongly affected by the practical application of the death penalty in the United States. In its *LaGrand* Judgment of 2001, the Hague Court avoided pronouncing on the issue (and thus taking any stand on a position taken by another international court but remaining controversial between the Parties to the case before it). Having found that the rights accorded by the Convention to the LaGrand brothers and violated by the United States had the character of individual rights, the ICJ declared that it did not need to examine Germany's additional argument claiming human rights status for these entitlements[25]. This diffidence did not deter Mexico, in the *Avena* case brought in 2003, to reconfirm the German argument with even greater emphasis and to attach farther-reaching consequences to it, by claiming that the Article 36 right "is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings, … this right as such is so fundamental that its infringement will *ipso facto* produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right"[26]. The Court replied first, in confirmation of *LaGrand,* that whether or not the Vienna Convention rights were human rights was a matter that it did not have to decide, and then went on to observe "that neither the text nor the object and purpose of the

[24] *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001,* 466; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports* 2004, 12. In its Judgment of 30 November 2010 in the case of *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (on the Court's website), the Court found the DRC also in breach of Article 36(1)(b) of the Vienna Consular Convention, cf. paras. 90-97 of the Judgment.

[25] *LaGrand* (note 24*),*494.

[26] *Avena* (note 24), 60-61.

Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires,* support the conclusion that Mexico draws from its contention in this regard"[27].

It should have become clear why I count the *LaGrand* and *Avena* Judgments, despite their being so recent, still among the case law belonging to a first phase marked by a certain degree of hesitation and constraint on the part of the ICJ vis-à-vis human rights – even though I submit that the Court's avoidance of an answer to the question of the human rights character *vel non* of the individual right of consular assistance was due less to problems of principle with such characterization than to the fact that the United States had made a rather unattractive effort in its oral pleadings in *LaGrand* to have the Opinion rendered by the Inter-American Court of Human rights on the Article 36 rights appear as a *quantité negligeable,* thus presenting the ICJ with a Pandora's box it did not want to open. Remember that this happened at a time when the Hague Court, as a matter of general policy, avoided by all means to support its own conclusions by reference to the findings of other international courts and tribunals, before in 2007 it changed its position diametrically in the *Genocide* case, *der Not gehorchend, nicht dem eignen Triebe*[28].

2. The background and context of the earlier case law

The preceding review of the Court's jurisprudence has shown a cer-

[27] *Avena, ibid.,* 61.

[28] In earlier publications on the *LaGrand/Avena* saga (B. SIMMA, *Eine endlose Geschichte? Artikel 36 der Wiener Konsularkonvention in Todesstrafenfällen vor dem IGH und amerikanischen Gerichten*, in: P-M. Dupuy *et al*. (eds.), Völkerrecht als Wertordnung. Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat, 423, at 436 (2006); B. SIMMA/C. HOPPE, *The* LaGrand *Case: A Story of Many Miscommunications*, in: J.E. Noyes *et al.* (eds.), *International Law Stories*, 371, at 388-389 (2007); B. SIMMA/C. HOPPE, *From* LaGrand *and Avena to Medellin – A Rocky Road Toward Implementation*, 14 Tulane Journal of International and Comparative Law, 7, at 11-13 (2005)), I commented on the reaction by the ICJ to the Mexican contentions in the *Avena* judgment as to the human rights character of the Art. 36 rights and the consequences of their violation in a way that might have led to misunderstandings. Let me therefore clarify that in para. 124 of its *Avena* Judgment the Court repeated what it had already stated in *LaGrand,* namely that it did not have to decide whether or not these rights qualified as human rights. What it did not find a basis for in its interpretation of Article 36, paragraph 1, subparagraph (b), however, were the far-reaching conclusions Mexico had drawn from the alleged character of the Article 36 rights as fundamental human rights, to the effect that violations of these rights would *ipso facto* vitiate the entirety of criminal proceedings suffering therefrom. This is what I meant when in the Tulane Journal 2005 (*supra)* we wrote that in para. 124, the ICJ "curtail[ed] the potential reach of a human right to consular notification".

tain growth in the number of human rights-related cases and maybe also an increasing openness on the part of the Court to accept and deal with submissions and arguments in this regard already during an early, but protracted phase. However, the relevance and relative weight of human rights-related discourse in the case law I have described differs greatly. If we wanted to test such relevance by determining when and how often the term "human rights" appeared in the *dispositif* of a decision, the result for the earlier period still under consideration would be unequivocally negative: such appearance occurred for the first time only in the *Congo v.Uganda* Judgment rendered in 2005, to which I will turn later.

An examination of the reasons for such relative abstinence on the part of the Court in human rights questions will have to consider a few rather basic facts about its jurisdiction, its reach, as it were. It is important to note that these facts pertain not only to what I have called the early phase in the Court's treatment of human rights; they are as relevant to the present situation as they were before, even though their influence appears somehow reduced.

A first, and actually the most basic, but also the most fundamental, reason is to be seen in the principle that the Court's jurisdiction is not compulsory; it presupposes the Parties' consent. In the case of human rights treaties, the most important expression of such consent is to be found in compromissory clauses providing for ICJ jurisdiction. However, among the major human rights treaties, only five contain such a clause[29]. Of these five treaties, only the oldest, namely the Genocide Convention of 1948, allows immediate, direct access to the Court. This Convention is the only major UN human rights treaty which did not establish a treaty body for the supervision of performance by States parties[30]; where such monitoring bodies do exist in addition to a compromissory clause providing for ICJ jurisdiction, the question may arise whether such clauses require recourse to the treaty-based procedures handled by the respective monitoring body before a case can be brought

[29] Namely the Genocide Convention 1948, the Convention on the Political Rights of Women 1952, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979, and the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984.

[30] For a human rights-friendly view on the consequences of this feature for the legitimacy and admissibility of reservations excluding the jurisdiction of the ICJ as the only institutional means of supervising performance by States parties to the Genocide Convention, see the Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada and Simma to the Judgment in the *Congo v. Rwanda* Case, *I.C.J. Reports 2006, 3,* 65.

to the Court. In its decision of 1 April 2011 on Preliminary Objections in the *Georgia v. Russia* case, turning around the allegation of violations of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965, the Court did not have to decide this question because it found that the Claimant had not fulfilled another condition set out in CERD's compromissory clause[31].

A second reason for the relative dearth of human rights cases before the ICJ is a structural one. In a way, we are looking at the "wrong relationship" here: approaching human rights problems, above all the issue of violations, from an *inter*-State perspective can only bring to the fore, and solve, certain limited aspects of these problems. The ICJ will deal with violations of human rights as matters of State responsibility, and State responsibility is typical "law by states for states"[32]. The individuals that are victims of human rights violations will remain invisible (as Parties before the Court, that is); if a State decides to espouse their claims, the spirit of *Mavrommatis* will still essentially characterize the case[33]. The task of the ICJ, however, is the settlement precisely of inter-State disputes; only States can sue each other before the Court, while individuals have to watch from the gallery in the Great Hall of Justice. Whether we like it or not, it is a fact that the preparedness of States to bring "pure", genuine human rights scenarios before the Court has always been extremely limited, and my rather firm assumption is that this will remain the case – the few swallows I will mention in the next chapter have yet to make a summer.

The situation is of course different in the case of international humanitarian law. In essence, IHL displays inter-State structures of performance and from this theoretical angle would offer itself more readily to methods of dispute settlement devised for disputes arising in inter-State relations proper. Unfortunately, however, the readiness of States to voluntarily submit contentious issues of *jus in bello* to impartial third-

[31] *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment of 1 April 2011* (on the Court's website).

[32] R. MCCORQUODALE, *Impact on State Responsibility*, in: M.T. KAMMINGA/M. SCHEININ (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* 235, at 236 (2009).

[33] *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment, No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2,* at 12: "By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant". On the relativization of the *Mavrommatis* principle in the *Diallo* Judgment of 2010, n. 17.

party adjudication ranges close to zero; in the context of individual criminal responsibility of their organs States might be forced to do so, for instance by Security Council *fiat* based on Chapter VII of the UN Charter; on the attempt to reach the same result on the basis of freely given consent by the establishment of the International Criminal Court, the jury is still out. It is the more surprising, therefore, that our consent-based ICJ has been in a situation to develop some case law in the area of IHL in inter-State scenarios. But since the Court's jurisprudence on IHL matters is very recent, I will touch upon it in the treatment of what I will call the second phase of our story.

To return to the topic preceding my side glance on international humanitarian law, what do I mean by a "pure" human rights scenario? The "purity" which, by some idealistic streak I have in mind here would comprise two elements. First, we would have to be in presence of an instance in which State A would bring before the Court violations of human rights committed by State B against State B's own nationals, that is, not governed by the reflexes of diplomatic protection of nationals of State A. And secondly, the case would not obviously be a collateral attack on another State within the context of a broader political dispute, that is, constitute a kind of juridical *Nebenkriegsschauplatz,* an ancillary theatre of conflict. However, even if these two elements were present (and I will turn to the first and only case getting close to fulfilling both conditions in the next chapter), the Court would still remain structurally different from, and miles away from deserving the label of, a "world court of human rights"[34]. Most human rights violations are committed by the victims' "home" States. Hence, in order to turn the ICJ into a genuine human rights court, among many other things, access to the Court as Parties would have to be opened to the individual victims of human rights violations – an utopian thought. How the establishment of a Human Rights Chamber of the present Court could overcome the hurdles thus described, remains unclear to me[35]. And, of course, this is the moment at which regional human rights courts are supposed to, and will, come into

[34] That is why despite the increasing human rights-friendliness of the ICJ, serious "droits de l'hommistes" have never given up the idea of a real, genuine, World Court of Human Rights; see, most recently, the Research Reports by M. SCHEININ ("*Towards a World Court of Human Rights*") and M. NOWAK/J. KOZMA ("*A World Court of Human Rights*") produced within the framework of the Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (on file with the author).

[35] For a pleading in this regard, cf. G. ZYBERI, *Taking Rights Seriously: Time for Establishing a Human Rights and Humanitarian Issues Chamber at the International Court of Justice*?, 2 University of Prishtina Journal of Human Rights and Policy, 103-126 (2009).

play; while they face plenty of challenges of their own, they do not suffer from the just described inherent limitations to which the Hague Court is subject.

Returning to the Court's role as an instrument designed for use by and between States, in contentious cases – and these instances constitute an overwhelming majority of the ICJ's workload – , the Court's findings will depend on and essentially be limited by the submissions ultimately formulated by the parties; the situation resembles that of domestic civil litigation, characterized by judicial deference to party autonomy coined in the prohibition of going *ultra petita partium*. In this regard, the Court is thus "hostage" to the Parties; it is the parties which remain the masters of the proceedings, it will be up to them to decide whether to include human rights claims and arguments in their litigation strategies.

Further, while it is true that, at the level of policy, contemporary international law undeniably posits a community interest in the respect for human rights (admirably accommodated, for instance in the International Law Commission's 2001 Articles on State responsibility)[36], States have hitherto not shown great willingness, to put it mildly, to enforce such interest by litigating in the ICJ human rights disputes as such, even though, both doctrinally and technically, the possibility of doing so exists[37].

Such hesitation by States to pursue what they themselves might have recognized as community interests and enforce compliance with obligations *erga omnes,* particularly those flowing from human rights norms, by judicial means is no specific phenomenon before the ICJ, however. At the universal (UN) level, not a single inter-State complaint has ever been brought before a treaty body on the basis of the International Covenant on Civil and Political Rights or any of the other human rights treaties, even though most of these treaties provide for this possibility on an optional basis. Before regional human rights courts, inter-State litigation has also been extremely rare, and in the cases where it happened, it was there, too, almost always connected with an international political dispute, in other words formed one of the *Nebenkriegsschauplätze* I referred to earlier.

[36] Cf. B. SIMMA, *Human Rights and State Responsibility*, in: A. Reinisch/U. Kriebaum (eds.), *The Law of International Relations – Liber Amicorum for Hanspeter Neuhold*, 359 (2007).

[37] Cf. Ch. TAMS, *Enforcing Obligations* Erga Omnes *in International Law, particularly* 158, 324 (2005, reprint 2010); Art. 3 of the Resolution of the *Institut de droit international* on "Obligations *erga omnes* in International Law" adopted at the 2005 Krakow Session, in: 71 II Annuaire de l'Institut de droit international, 289 (2006); and my Separate Opinion in the *Congo v. Uganda* Case, *I.C.J. Reports 2005,* 201.

B. The more recent picture: a qualitative leap?

1. The Court's new case law

Within the last few years, the picture thus presented has begun to change: human rights cases have fared more prominently on the Court's docket than they did before. This is true not only from the viewpoint of sheer numbers, but also from that of quality. While in the long first period described above, human rights considerations essentially arose in incidental ways and played subordinate or marginal roles, the Court has now begun to tackle human rights issues in more straightforward ways and has turned to decide cases focusing squarely on allegations of human rights violations. This development embraces international humanitarian law.

The story begins with the *Nuclear Weapons* Advisory Opinion of 1996, in which the issue of whether, and in what circumstances, the threat or use of nuclear weapons could result not only in violations of international humanitarian law but also of human rights law properly so called, constituted one of the angles from which the ICJ approached the question posed to it by the General Assembly[38]. The Court's replies on the matter may not strike the reader as particularly comprehensive or penetrating, but what is remarkable is the fact that we observe the Court for the first time squarely facing and developing a view on a human rights question, even though only in the abstract.

The step from the abstract to the concrete was accomplished in the *Wall* Opinion of 2004[39], in which the Court found that Israel's construction of the separation barrier/wall on occupied Palestinian territory amounted to an entire series of violations of obligations *erga omnes* and *juris cogentis,* prominently among them obligations arising from human rights treaties to which Israel is a party as well as from international humanitarian law.

The Court's next step was that from the advisory to the legally binding. It was taken in the *Congo v. Uganda* Judgment of 2005[40] – the first judgment in the Court's history in which a finding of human rights viola-

[38] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 226, at 239-240.*

[39] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (note 22), at 184-192.

[40] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, 168.*

tions, combined with findings of violations of international humanitarian law, was included in the *dispositif.*

In another of the series of cases brought by the Democratic Republic of the Congo against those of its neighbors that were involved in the Great Lakes wars from the late 1980s to the early 1990s, namely *Congo v. Rwanda,* the Claimant, *inter alia,* alleged violations of the Genocide Convention by Rwanda, but the Court decided that it did not have jurisdiction on the basis of the Convention because Rwanda, the very country in which the most horrendous post World War II genocide had taken place in 1994, had excluded the legal effect of the Convention's compromissory clause by way of a reservation, which the Court regarded as validly made[41]. While this finding only followed its earlier jurisprudence[42], the Court took the opportunity to explain that even the character of substantive obligations of the Genocide Convention as *jus cogens* could not compensate for, or replace, the lack of consent, expressed by Rwanda's reservation, to have the Court decide on the allegation of genocide**.** Five members of the Court, among them myself, found this position unsatisfactory enough to write a joint Separate Opinion[43].

Next in the line of ICJ decisions relevant in the human rights context came the Court's 2007 Judgment in the *Genocide* Case that had been brought by Bosnia-Herzegovina against Serbia as early as 1993[44]. Like the two African cases just described, this litigation constituted what I earlier called a juridical *Nebenkriegsschauplatz,* in other words, collat-

[41] *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, 6, at 32-33, para. 68.*

[42] *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (II), 772, paras. 32-33; Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), ibid, 924, paras. 24-25.*

[43] *Supra, note 30.* Our criticism proceeds from the observation that it is highly problematic for a State to make a reservation excluding recourse to the monitoring or judicial machinery embodied in a human rights treaty, especially if such recourse constitutes the only option available to States parties to have questionable reservations to that treaty evaluated in an objective manner. The Separate Opinion notes the importance of the role of the ICJ for the achievement of the purposes of a treaty such as the Genocide Convention, where, in the absence of a treaty body exercising supervisory functions, States are the only monitors of each others' compliance with their treaty obligations and the only impartial third party they can have recourse to in case of a dispute in this regard is the Court. For a critical view on this Opinion, cf. H. Thirlway, The International Court of Justice, 1989-2009: At the Heart of the Dispute Settlement System?, (2010) LVII Netherlands International Law Review, 347, at 366-371.

[44] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007 (on the Court's website).*

eral action within the context of a wider political-military dispute. This becomes clear if we confront both the submissions listed in Bosnia's original application, squeezed – unsuccessfully – through the needle's eye of the Genocide Convention, and the concept of one single, overarching "genocide" comprising the entirety of the hostile activities of the Serbs and the Bosnian Serbs in Bosnia-Herzegovina put forward by the Claimant at the stage of the hearings 13 years later, with the actual outcome of the case: the Court following the findings of the ICTY, according to which one single incident of genocide, albeit of utmost gravity, had occurred at Srebenica in July 1995, and declaring Serbia in breach of the obligation of prevention embodied in the 1948 Convention. Be this as it may, the case remains a human rights case, like the still-pending second *Genocide* case, this time brought by Croatia against Serbia in 1999, in regard to which the Court engaged in a truly remarkable effort to arrive at jurisdiction in 2008[45].

Once we leave these politically-charged instances, we arrive at the Case of *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) decided by the Court in November 2010[46]. From the viewpoint of the handling of human rights-related matters by litigants as well as by the ICJ itself, *Diallo* displays very different characteristics. At first glance, we have to do with a case of diplomatic protection, rather old-fashioned as such, protection exercised by Guinea through bringing an application to the Court. But a closer look reveals features that are pertinent to our topic. The case arose from the mistreatment of a Guinean businessman in the DRC, mistreatment that Diallo experienced both personally, by being illegally arrested and detained in the Congo and ultimately expelled from the country, and through the consequences which these and other measures of the Congolese authorities had on the fate of two companies which the victim controlled, regarded by the Claimant as a case of indirect expropriation. I will not go into what could be called the international economic (company/shareholders) law aspects involved in the case as opposed to the human rights law on which Guinea relied concerning the treatment of Diallo personally, namely the International Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights. What is noteworthy in our context, however, is that, while in Guinea's original Application allegations of violations by the DRC of obligations arising under international economic law had

[45] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 16 November 2008 (on the Court's website).*

[46] *Diallo* (note 24).

enjoyed priority over the claims of violations of Diallo's human rights, this, not surprisingly, underwent a marked change after the Court had in 2007 declined jurisdiction over the most important company and shareholders law claims[47]. From then on, the human rights aspects rose like a phoenix from the ashes of the case, if I am allowed this rather unflattering metaphor, and enjoyed equal rank, if not priority, both in the Parties' pleadings and in the final Judgment of the Court. In a way, the case also emancipated itself from the dogmatic straitjacket of diplomatic protection: the Judgment goes on speaking of Diallo's individual human rights as such and does not even try to translate them back into rights of Diallo's home State a la *Mavrommatis*; it engages in straightforward assessments of breaches of human rights treaty provisions and in so doing expressly refers to, and follows, the jurisprudence of UN and regional monitoring bodies, without engaging in any of the exercises in coyness that had marked the Court's relationship with other international courts and tribunals before (that is, until the *Genocide* Case). The only occasion at which an element of diplomatic protection resurfaces is with regard to the question of reparation for the injuries suffered by Diallo: such reparation is to be determined through negotiations between the Parties, for which the Courts sets a rather tight deadline of six months[48]; thus, an inter-State mechanism is used by which the affected individual as the bearer of the human rights in question is represented at the diplomatic level by his State of nationality; while the individual is the holder of the rights, the judicial enforcement of these rights remains entrusted to the State (*faute de mieux,* one could say, because in the case at hand, no other, specialized implementation machinery is available). I would submit that in thus squaring the procedures of diplomatic protection and human rights as direct rights of the individual under international law, the Court in *Diallo* has made an important contribution to the reconciling of these two areas of the law in a progressive sense, further away from the spirit of *Mavrommatis* and in line with the recent efforts of the ILC[49].

The most recent judgment of the Court in human rights matters, rendered on 1 April 2011, is less destined to satisfy the protagonists of a forceful role of the Court. It brought to an end (prematurely, in my view)

[47] In its Judgment on preliminary objections of 24 May 2007, *I.C.J. Reports* 2007 (II),582.

[48] *Diallo* (note 24), para. 164. After this period of time had passed without the Parties having reached agreement on the compensation due to Guinea/Diallo, the Court took the case back into its hands and requested the Parties to present written pleadings; see the respective Order of 20 September 2011 (on the Court's website).

[49] Cf. the Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 222-242.

the case of *Georgia v. Russia*, submitted in 2008[50], with Georgia claiming that Russia, by actions of its own organs as well as of the *de facto* authorities in South Ossetia and Abkhazia on and around Georgian territory, culminating in the armed conflict in August 2008, had breached the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD) of 1965. Russia put forward preliminary objections against jurisdiction and admissibility, one of which the Court accepted by deciding that Georgia had not fulfilled a condition of access to the Court set up in Article 22 of CERD, namely to engage in negotiations with Respondent on the question of violations of that Convention proper before going to The Hague[51]. Two particular features of this case deserve to be mentioned. On the one hand, this was a case which, like the Balkan *Genocide* cases I have mentioned before, turned exclusively around a particular human rights treaty; within an inter-State, and in this sense purely bilateralist, framework the Applicant accused the Respondent of having committed violations of its obligations under CERD – a constellation that should make the academic protagonists of a so-called "objective" nature of human rights treaty obligations reconsider their views[52]. On the other hand, however, *Georgia v. Russia* was as far from constituting what earlier on I called a "pure" human rights case as one could get, because if there ever was an instance of ICJ litigation presenting all the features of a legal *Nebenkriegsschauplatz,* this was it – and I would not exclude that the Court's decision to let the merits of the case founder on arguments of jurisdiction, had to do with this pronounced characteristic.

Moving from one extreme to the other, and entering the field of human rights cases still pending before the Court, the Application introduced by *Belgium against Senegal* in February 2009 relating to the obligation to prosecute or extradite[53] appears to me as the most clean-cut, "unpolitical", as it were, human rights case so far brought before the Court. If a full-fledged "droits de l'hommiste*"*were to express it somewhat colloquially: this is a human rights case which is almost too good to be true. Belgium has come to the Court to vindicate its right as a State party to the 1984 UN Convention against Torture (CAT) as well as under customary international law, to secure that Hissène Habré, the former dictator in Chad and alleged perpetrator of acts of torture during his vio-

[50] (Note 31).

[51] Ibid. paras. 148-84.

[52] Cf. on this view B. SIMMA, *From Bilateralism to Community Interest in International Law, 250 Recueil des Cours*, 217, at 364-375 (1994-VI).

[53] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (on the Court's website).

lent reign in Chad in the 1980s, now present in Senegal, will either be prosecuted by Senegal, or, failing such prosecution, will be extradited to Belgium – in other words, that Senegal fulfill its obligation of *aut dedere aut judicare.* The Applicant does not frame its request in terms of diplomatic protection of Belgian nationals except very marginally; while the Application mentions that at the domestic level, the case was triggered by complaints to the Belgian courts made, among others, by a Belgian national of Chadian origin and taken up by the Belgian judiciary in the exercise of the passive personality principle[54], this link retreats far to the background in Belgium's further pleadings. Rather, Belgium construes its claims as deriving from the right of any State party to CAT to see to it that any other State party fulfill the obligation correlative to this right, to either prosecute or extradite. The Applicant regards this obligation as arising *erga omnes partes* to the Convention. It thus bases itself on an exclusively inter-State construction of CAT, which, by the way, perfectly fits the structure of the Convention itself: CAT contains nothing but a set of obligations for its States parties and nowhere mentions the individual human right to be free from torture; it rather presupposes this right as consecrated in other human rights treaties like the ICCPR as well as in rules of general international law *juris cogentis* on combating impunity for international crimes. Significantly, Senegal appears to agree with Belgium's view of the situation in conventional as well as customary international law. Again, what we have before us here is an understanding of the rights and obligations arising for States parties to human rights conventions that does not lose itself in lofty constructs of "objective" obligations under such treaties, with the respective rights belonging exclusively to individuals, or the like; rather it retains the emphasis on mutually-bound States parties and their responsibility to keep the treaties alive.

Speaking of responsibility in the sense of State responsibility for internationally wrongful acts, this, however, is a point on which Belgium's humanitarian zeal appears somewhat premature: in its written reply to questions put to it at the end of the hearings on provisional measures by Judge Cançado Trindade, the Applicant explains its litigant status in terms of such State responsibility, namely as that of an "injured State", more precisely, a "specially affected" State, within the meaning of Art. 42 of the ILC's 1981 Draft Articles, "since the non-performance of

[54] Application instituting Proceedings, Belgium v. Senegal (16 February 2009), at 1, para. 3.

the 1984 Convention affects it as a State Party to that Convention"[55]. Strictly speaking, however, what Belgium pursues in its application is not the invocation of State responsibility. Such invocation presupposes the prior commission of an international wrong. However, Belgium's case appears to me as not having reached that stage yet, rather, what its claim does, moving at the level of "primary rules", is to request Senegal to perform its obligations under the 1984 Convention and thus avoid State responsibility proper setting in.

I will conclude my *tour d'horizon* of the Court's recent case law with a brief look at a very particular category of ICJ human rights cases, namely instances in which the Applicant bases (part of) its claims on human rights norms, while the Respondent counters with defenses resting on other, more traditional, premises of international law. The configuration in which this antinomy has posed itself to the Court so far has consisted of encounters between claims to criminal responsibility of individual perpetrators accused of war crimes or crimes against humanity, or claims to delictual responsibility of the States behind such crimes, on the human rights side, as it were, and, on the other, of the claim to jurisdictional immunity of these States, respectively of the responsible State organs. What these cases demonstrate – again – is that before the Court, human rights arguments are far from winning the upper hand in all instances. This became painfully clear in its 2002 Judgment in the *Arrest Warrant* (*Yerodia*) Case between the Democratic Republic of the Congo and Belgium, in which the Court took the highly problematic view that former foreign ministers enjoy absolute immunity from the criminal jurisdiction of national courts also for past official acts constituting grave crimes against humanity, even incitement to genocide[56]. If the international human rights community might have nurtured the hope that the Court would somehow improve the less than human rights-friendly position it had taken in the *Yerodia* Case, by using the opportunity to do so presented by the case of *Republic of Congo v. France* brought in 2003[57], it was to be disappointed because this Application was withdrawn in late 2010[58]. It had its origin in judicial proceedings initiated in France against the President, the Minister of the Interior and the Inspector-General of

[55] Response of Belgium to the question put by Judge Cançado Trindade at the end of the public sitting of 8 April 2009, Doc. BS 2009/15 (15 April 2009), at 4 (on file with the author).

[56] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, 3, at 25.*

[57] *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France).*

[58] Cf. the removal of the case from the Court's list by Order of 16 November 2010 (on the Court's website).

the armed forces of Congo (Brazzaville) based on accusations of the commission of crimes against humanity and acts of torture under the responsibility of these persons during an internal conflict in their country. The Republic of the Congo regarded the action of the French judiciary as violating the immunity from foreign criminal proceedings owed to these high-ranking officials and took the case to The Hague, without bothering much about the niceties of jurisdiction. Remarkably, however, France accepted the jurisdiction of the Court as a *forum prorogatum* under Art. 38(5) of the ICJ Statute. Thus the stage was set for what might have become a reconsideration of *Arrest Warrant,* above all a new opportunity for the Court to clarify the purport of the principle of universal jurisdiction for the domestic prosecution of international crimes – a task it had preferred not to take on ten years earlier. It was not to be.

This leaves us with the case of *Germany v. Italy* brought in late 2008[59], in which Germany asks the Court to determine that Italy is responsible for breach of its international obligation to respect Germany's jurisdictional immunity for sovereign acts, committed by Italy's Corte di Cassazione in a series of judgments denying such immunity, the factual origins of which lie in war crimes and crimes against humanity perpetrated by the Third Reich's armed forces and authorities during World War II against victims of both Italian and Greek nationality. In its Countermemorial of 22 December 2009, Italy raised counterclaims by which it attempted to raise the human rights "weight" of the case and put the blame in this regard on the Applicant, but this strategy failed when the Court unanimously rejected this procedural move in July 2010[60]. In early 2011, Greece filed an Application for permission to intervene, which was granted by the Court[61]. At the time of writing of the present article, the Court is having its deliberations in the case and thus I will refrain from commenting on it, except by saying that this time the Court will not escape the extremely difficult task of reconciling the "new" international law of human rights (understood in the broader sense because the case turns on questions if international humanitarian law), elevated by its quality as *jus cogens,* and the imperative not to de-stabilize time-honored rules protecting the sovereignty of States in their mutual interest. An in-depth commentary of the judgment in this case will be the subject of a

[59] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy).*

[60] Order of 6 July 2010 (on the Court's website).

[61] *Application for Permission to Intervene by the Government of the Hellenic Republic of 13 January 2011* (on the Court's website); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Application by the Hellenic Republic for Permission to Intervene, Order of 4 July 2011* (ibid.).

later article in which I will further develop my insights into the contribution of the Hague Court to international human rights.

2. Prospects for the future

In the light of the recent patterns of State and judicial practice thus described, is there something we can safely predict about the future "chances" of human rights in the ICJ? We can be certain of one thing: the human rights genie has escaped from the bottle. Since human rights considerations permeate more and more areas of international law, also of the traditional, inter-State, kind, issues of, and related to, human rights will necessarily present themselves also to the Court with increasing frequency. This has become apparent by the marked increase of respective cases within the last few years.

In contentious proceedings, human rights-related arguments will also continue to be made besides – or even against – more traditional, inter-State, ways of pleading. If there ever was a certain hesitancy on the part of the Court to tackle the human rights aspect of a case where this could be avoided, this tendency will grow weaker, if it has not disappeared already. It is to be expected that from time to time straightforward human rights cases, that is, claims of violations of such rights, will reach the Court as they have done already. I would also assume that the Court will be prepared to fully deal with human rights arguments in particularly supportive ways when such arguments are in line with, or corroborate, or strengthen more traditional ways of international law reasoning; I consider *Congo v. Uganda* and the *Wall* Opinion as precedents in point. Further, applications for Provisional Measures will also increasingly be supported by considerations of human rights. As a consequence, the question how the Court will deal with the jurisprudence of specialized human rights courts and treaty bodies will pose itself with greater frequency – I have already mentioned that in this regard the *Diallo* Judgment is a positive example to follow.

In advisory proceedings, the role played by human rights will of course also depend on the nature of the questions put to the Court. If they appear pertinent, my expectation is that the Court will not hesitate to treat them exhaustively because here traditional inter-state "reflexes", jurisdictional straitjackets and procedural hurdles are much less pronounced and the Court is not confined to the submissions of the States participating in the proceedings like in contentious cases. It is not surprising, therefore, that in the past some of the Court's most marked con-

tributions to international human rights have been made through advisory opinions.

Thus far a modest prognosis of things to come. It is essentially quantitative; we are on safe ground to predict that in the future the Court will have even more occasions to develop its human rights jurisprudence than it has had so far. The Court has been increasingly supportive of human rights claims and it has demonstrated that it can handle human rights in a way considered respectable also by the "droits de l'hommistes*"*. In this regard, it has caught up with the existing human rights courts. This leads me to a normative- qualitative assessment: is there something the ICJ could do in the field that the specialized courts cannot do, or that the Hague Court might be able to do better? This is the question I will pursue in the third and last part of my contribution.

C. A proper role for the Court

Let me start with a word of caution. Human rights are, and will remain, a field in which the Court ought to thread with utmost care. This admonition is appropriate for at least two reasons. The first is to be seen in the great advances of international human rights law brought about by the regional human rights courts, and to a certain degree also by the non-judicial institutions of the UN human rights – particularly treaty – system. These actors have developed doctrines and rules custom-made for human rights, for instance, with regard to the interpretation of human rights treaties and other questions of treaty law[62], which might go too far to more conservative circles of the legal mainstream. This *acquis* must not be leveled by the participation in the discourse of a generalist court like the ICJ. I would submit that the way in which the ICJ engaged in an exercise of dynamic, or evolutionary, treaty interpretation in its recent Judgment on *Navigational and Related Rights* on the San Juan River between Costa Rica and Nicaragua[63] bodes well in this regard and might indicate the willingness of the Court to test the application of progressive traits originally developed in specialized human rights jurisprudence to other branches of international law.

The second reason why the ICJ ought to be careful about its role in the human rights field lies in the socio-political basis of the Court in the

[62] Cf. the comprehensive study by F. VANNESTE, *General International law Before Human Rights Courts* (2010).

[63] *Case concerning the Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua),* Judgment of 13 July 2009, paras. 63-66 (on the Court's website).

international community of States which it is to serve. In a certain sense, the ICJ is the permanent international court which still resembles most closely a system of dispute settlement by voluntary arbitration from the viewpoint of the freedom of States to have recourse to it: its contentious jurisdiction is still strictly consensual, and compared with the working of more recently created judicial bodies especially at the regional level, the functioning of the Hague Court shows a distinctly more pronounced respect for the sovereignty of its users throughout. Thus, could we exclude that at least a part of its clientele might be somewhat less than enthusiastic if the ICJ assumed – more pronounced – features of a human rights court? Could the consequence be a loss of popularity with some of its best customers? Speaking frankly, most States, that is, not only the usual suspects in the eyes of Western observers, all too-often behave like foxes guarding the well-being of chickens in human rights matters and are thus rather reticent towards the idea of truly effective international third-party adjudication of their problems in this field. After 25 years of experience in the international human rights machinery, I am still not convinced that "*wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass*"[64] is entirely off the mark as a description of the hypocrisy that comes with it. International human rights are a permanent nuisance, and very often a threat, to the holders of political power. If the Court, to whose compulsory jurisdiction States might have consented with the expectation that what they could possibly get involved in would be inter-State litigation of the traditional type, began to broadly accept, to give just one example, applications or interventions by States "other than injured States" in the sense of the ILC's Draft Articles on international responsibility[65], this might come as a rather unpleasant surprise to many of its clients, not all of which count among the most human rights-respecting countries. After all, the development of international human rights will not infrequently upset sovereignty-based rules of international law with which most States will have been, and still are, quite comfortable.

What, then, is a proper role for the Court?

In my view, the most valuable contribution the ICJ can make to the international protection of human rights – a role for which it is particularly well equipped and practically has no competition – consists in what could be called the juridical "mainstreaming" of human rights, in the sense of integrating this branch of the law into both the fabric of general

[64] "Wash my fur, but don't make me wet!" I hope that this translation can convey what I want to say.

[65] Cf. Simma (note 36), at 367-373.

international law and its various other branches[66]. By way of exemplifying what the Court can do, and is already doing, to fulfill that task, it can render human rights arguments more readily acceptable to international law generalists by interpreting and applying substantive provisions of human rights treaties in a state-of-the-art way, compared, for instance, to the reading given to such provisions by certain General Comments issued by UN human rights treaty bodies, all too often marked by a dearth of proper legal analysis compensated by an overdose of wishful thinking. Further, the Court is singularly capable of devising solutions for practical, more technical, legal problems which arise at the interface between human rights and more traditional international law, thus paving the way for the acceptance of human rights arguments and, more generally, supporting and developing the framework of human rights protection.

The Court has already made considerable contributions in this regard, albeit with varying degrees of success or "constructiveness", depending on the viewpoint of the (either human rights-minded or "statist") observer. Let me mention the following issues in regard to which the Court has already engaged in what I just called "mainstreaming":

(1) As I have indicated above, in its recent case law the Court has clarified the nature of obligations flowing from human rights treaties, in the sense that these obligations create correlative rights not only for individuals but also for the other States parties to the treaties, which these parties may enforce or vindicate in judicial proceedings[67].

(2) The Court has made decisive contributions to the development of the law on reservations to human rights treaties and several other questions of the law of treaties applying particularly to such instruments[68].

(3) In concert with the jurisprudence of regional human rights courts and UN human rights treaty bodies, the ICJ has clarified the territorial scope of human rights treaty obligationsì[69].

[66] Cf. Vinuales (note 4) regarding an analoguous role of the Court in the field of international environmental law.

[67] Cf. my preceding remarks on the *LaGrand, Avena, Georgia v. Russia ,Belgium v. Senegal* and *Diallo* cases.

[68] Cf. my remarks on the Court's Advisory Opinions on *Reservations to the Genocide Convention* and the *Wall* as well as on its Judgments in the *Congo v. Rwanda* and *Genocide* (2007) cases.

[69] Cf. the *Wall* Opinion, paras. 104-113, and the Order of 15 October 2008 on Provisional Measures in the *Georgia v. Russia* Case (on the Court's website). For a comprehensive treatment see M. Milanovic, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy (2011).

(4) The Court has contributed to the development of the doctrine of positive obligations in the area of human rights by giving contours to obligations of prevention[70].

(5) In several decisions, it has dealt with the question of attribution to a State of human rights violations by non-State actors[71].

(6) The Court has clarified the relationship between human rights law and international humanitarian law[72].

(7) In its very recent case law, it has dealt with the relationship between treaty-based implementation procedures foreseen in human rights conventions and its own jurisdiction[73].

(8) Following a – rather unpromising[74] – start with regard to the setting of priorities between human rights considerations/obligations and other rules of international law, particularly State immunity, the Court is currently facing a new possibility to develop its case law on this matter[75].

(9) It has already adapted rules on State responsibility for internationally wrongful acts to the special situation of human rights violations[76].

(10) Finally, and more generally, the Court has accepted and developed what I would call international legal vehicles which were then put to use to give human rights obligations even greater legal authority; in the first instance the category of *jus cogens,* and doctrinally connected to such higher law that of obligations *erga omnes*[77].

Thus, if we wanted to find a short-term description for our topic of the International Court of Justice and human rights, we could call it an instance of international legal discourse in which old international law (represented for our purpose by the Court) encounters the new. What we

[70] Particularly in its *Genocide* Judgment of 2007, paras. 428-432.

[71] Cf. *Genocide* (2007) and *Congo v. Uganda.*

[72] Cf. *Nuclear Weapons,* paras. 24-25; *Wall,* paras. 104-106.

[73] Cf. the Order on Provisional Measures of 15 October 2008 in *Georgia v. Russia* and the forthcoming Judgment on Preliminary Objections in the same case.

[74] *Arrest Warrant* (note 56).

[75] In the *Germany v. Italy* Case, with Greece intervening (note 61).

[76] Above all, concerning responsibility for the breach of negative obligations and such responsibility in case of violation of positive obligations, particularly obligations of prevention, in the *Genocide* Judgment of 2007; concerning reparation for the non-prevention of genocide in the same case, and most recently concerning reparation for human rights violations for the benefit of the individual victims in *Diallo.*

[77] As regards the Court's specific contribution to the development of these two categories, while the promotion of obligations *erga omnes* can be clearly attributed to its jurisprudence, the Court has for an embarrassingly long time been hesitant to pay more than lip-service to *jus cogens;* cf. the Separate Opinion of Judge *ad hoc* John Dugard in the *Congo v. Rwanda Case* (note 30), 86.

can observe already is that the Court has become a major player in a process in which human rights and general international law mutually impact upon one another: human rights "modernize" international law, while international law "mainstreams", or "domesticates" human rights.

HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

Fausto POCAR*

SUMMARY: 1. Recent Steps towards a System of International Criminal Justice – 2. International Criminal Justice: an Additional Guarantee for the Protection of Human Rights. – 3. Complying with International Standards of Due Process at the International Level: the applicable law. – 4. Complying with International Human Rights Standards: the Rights of the Accused. – 5. The Right to Appeal before International Criminal Courts and Tribunals

1.Recent Steps towards a System of International Criminal Justice

The last decades have witnessed profound and unexpected developments in international criminal jurisdiction. If the Nuremberg[1] and Tokyo[2] Tribunals could be seen as a unique reaction to major crimes which shocked the conscience of the international community, and as an isolated example of joint administration of criminal justice by a group of allied occupying Powers on the territory of vanquished States and against their nationals, the establishment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia ("ICTY")[3] in 1993 and the subsequent creation of the International Criminal Tribunal for Rwanda

* Professor of International Law, University of Milan.

[1] Charter of the International Military Tribunal, *annexed to* Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Aug. 8, 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 280.

[2] International Military Tribunals for the Far East. Special Proclamation: Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, Jan. 19, 1946, T.I.A.S. No. 1589, at 3, 4 Bevans 20.

[3] *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, S.C. Res. 808, U.N. SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., Annex, U.N. Doc. S/RES/808 (1993) [hereinafter ICTY, International Tribunal, *ad hoc* Tribunal, Triubunal].

("ICTR")[4] in 1994 set the basis for the establishment of a structured international criminal jurisdiction. Their creation accelerated the elaboration of the statute of a universal criminal court, which resulted in the adoption of the Statute of the International Criminal Court ("ICC")[5] in 1998. Furthermore, it favoured a proliferation of hybrid judicial bodies supported by the international community, as is shown by the establishment of mixed Panels by the United Nations administration in Kosovo (2000)[6], the Special Court for Sierra Leone (2002)[7], the Special Panels for Serious Crimes for East Timor (2002)[8], the Extraordinary Chambers in the Courts for Cambodia (2003)[9], and more recently the Special Tribunal for Lebanon (2006)[10]. While it may be debatable whether the latter jurisdictions should be regarded as international, or rather domestic institutions with international participation[11], it is undeniable that all of them confirm a trend towards the establishment of

[4] *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994*. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453d mtg., Annex, U.N. Doc. S/RES/955 (1994) [hereinafter ICTR, *ad hoc* Tribunal].

[5] Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, P2, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998) [hereinafter Rome Statute].

[6] UNMIK, Regulation No. 2000/6 on the Appointment and Removal from Office of International Judges and International Prosecutors, UNMIK/REG/2000/6, *as amended by* UNMIK, Regulation No. 2000/64 on Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue, UNMIK/REG/2000/64 (15 December 2000).

[7] Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, Jan. 16, 2002, available at: *http://www.sierra-leone.org/specialcourtagreement.html*. Statute of the Special Court for Sierra Leone, Jan. 16, 2002, *annexed to* the Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, S/2000/915 (4 October 2000), available at: *http://www.specialcourt.org/documents/Statute.html*.

[8] UNTAET, Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UNAET/REG/2000/15 (6 June 2000).

[9] Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, *annexed to* the General Assembly Resolution 57/228B, A/RES/57/228B (13 May 2003). After being approved by the General Assembly, the UN and Cambodia officially signed the Agreement in Phnom Penh on 6 June 2003, available at: *http://www.cambodia.gov.kh/krt/english/draft%20-agreement.htm*.

[10] Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic, SC Res 1664 52006), 29 March 2006.

[11] F. POCAR, "*The Proliferation of International criminal Courts and Tribunals. A Necessity in the current Internatinal Community"*, *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 304-308.

a system of international criminal justice, though its final structure may still be subjected to consideration.

2. International Criminal Justice: an Additional Guarantee for the Protection of Human Rights

International criminal courts and tribunals have been established with different goals. When the Security Council intervened under Chapter VII of the UN Charter in conflict and post-conflict situations, it established criminal courts with a view, as reflected in the preamble of the relevant resolutions, to achieving multiple purposes: prosecuting crimes that offend the international community as a whole and combating impunity, preventing recurrence of similar offences, contributing to peace and security, reconciling societies thorn by the conflict, establishing or re-establishing a governance inspired by the rule of law. But it has to be acknowledged that retributive justice can play the most significant role in combating impunity and thereby limiting, if not entirely preventing, the recurrence of offences that are of concern of the international community.

As these crimes result in gross violations of fundamental human rights, combating impunity also aims at filling in a gap in the system of human rights guarantee that up to now has consisted mainly of monitoring procedures directed toward States in order that they comply with their obligation to ensure the protection of human rights within their territory and jurisdiction. But no initiative to complete the international system of guarantee was undertaken prior to the establishment of the *ad hoc* Tribunals in order to take into account the individual responsibility of persons acting on behalf of a State or as agents of a State, who are individually responsible for the violation of human rights attributable to the State. Putting pressure on a State in order that it ensures that human rights are protected and engages its judiciary in punishing the persons responsible in a quite different approach from the international community taking care itself of establishing its own tribunals and procedures aimed at trying and punishing directly those who are responsible for serious human rights violations, where the State is unwilling or unable to do so. By doing so, the world has added an additional layer of protection for human rights.

However, if the international community establishes its own courts to try and punish individuals responsible for serious human rights violations, leaving the State alone to take care only of those violations

which are not of such seriousness or magnitude that they affect the entire international community, it must ensure that persons accused of having committed serious crimes and tried at the international level or with international participation receive a fair trial. The international community would not be entitled to intervene in domestic affairs and substitute its own jurisdiction for the States' jurisdiction if it did not comply itself with those same international standards of due process by which States must abide under international law.

3. Complying with International Standards of Due Process at the International Level: the applicable law

International human rights instruments contain a number of provisions concerning the rights of persons who are brought before a court or a tribunal for crimes they have allegedly committed. Since these rules refer to any kind of crime, they necessarily also include international crimes. One of the concerns of the Security Council and of participants at the Rome Conference when establishing the statutes of *ad hoc* Tribunals and the ICC respectively was to ensure that all the principles governing fair trials at the domestic level are respected as well at the international level. However, it is extremely difficult at the international level to comply with all the standards that are expected of States. I will try to illustrate some situations that show how human rights issues are of extreme importance, in light of the case law of the ICTY and of the ICTR. They also highlight the difficulties of complying with international standards at the international level.

Due process comprises issues of substance and procedure, and both are largely influenced by human rights principles.

As far as the substance is concerned, the main issue on which the attention has been focused by commentators is the observance of the principle of legality, as expressed in the Latin maxim *nullum crimen sine lege,* and reflected in most relevant human rights instruments, in particular in Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights ("ICCPR"). Under Article 15(1) "no one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed". The principle is an absolute one. Retroactivity of criminal provisions is thereby clearly prohibited in all circumstances, including in times of public emergency (Article 4 ICCPR). It has to be recalled that the legality principle was recognized as

part of international law also in the judgment of the Nuremberg Tribunal[12].

Since the ICTY and the ICTR have been given jurisdiction to investigate and try crimes perpetrated before the adoption of their respective statutes by the Security Council, the question of the applicability of the Statutes as substantive law – both as to the description of the crimes under the jurisdiction of the tribunals and the rules on individual criminal responsibility – in the trials to be conducted by the Tribunals necessarily arose.

In order to respect the principle of legality, the statutes of the tribunals could not play any role qua applicable criminal law. In particular, the drafters of the ICTY expressly declined to make the statute into a criminal code, and indicated that the Tribunal should primarily look to rules that are found in customary international law. The Secretary-General's report to the Security Council stated that "the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law…"[13]. Furthermore, the Statute and the Secretary-General's Report point to the following international humanitarian law treaties as sources for those rules, which are considered to undoubtedly have become a part of customary international law: 1) the four Geneva conventions of 12 August 1949; 2) the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; 3) the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948; and 4) the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945. Therefore, in the Secretary-General's view, only violations of international humanitarian law that inequivocally existed as crimes under customary international law at the time of their commission are prosecutable. The Trial Chamber in *Tadic* subsequently affirmed this position stating that the Statute's purpose is not to describe the applicable law; rather, it is to establish the ICTY's competence for the crimes enumerated in Articles 2-5, which are beyond any doubt part of customary international law[14].

[12] See ARCHBOLF, *International Criminal Courts Practice, Procedure and Evidence* (2003), sec. 17-27.

[13] See Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), (S/25704), 3 May 1993, para. 19 (hereinafter "Secretary-General Report").

[14] *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997 (hereinafter "Tadic Trial Judgment"), para. 4.

An additional reason for the use of customary international law under the ICTY Statute is related to the first. The drafters thought they had to go around the problem of the adherence of some, but not all States, to applicable international law treaties[15]. The ICTY would not have been able, under the principle of legality, to prosecute individuals for crimes found in treaties which their governments had not signed and ratified at the time of the commission of the crimes. The ICTY, however, addressed the issue whether, in spite of the Statute's emphasis on customary international law as the main source of substantive law, it may also look at treaty law. This question was answered in the interlocutory appeal decision in the *Tadic* case[16] in the context of establishing crimes under Article 3 of the Statute, which addresses violations of the laws and customs of war. While the status and elements of grave breaches of the Geneva Conventions, genocide and crimes against humanity in Articles 2, 4 and 5 may be found in customary international law, the same is not necessarily true for crimes charged under Article 3.

The Tadic Appeal Chamber noted that Article 3 encompasses a residual category of crimes designed to catch all other serious violations of international humanitarian law not falling under the scope of Articles 2, 4, or 5. It found that included in this category were crimes in agreements binding upon the parties to the conflict in the former Yugoslavia, which had not yet turned into customary law[17]. These are found in certain provisions of the Geneva Conventions, other than the "grave breaches" articles, or of the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions. Although the Secretary-General's Report had stated that the ICTY should limit itself to application of the rules of customary law, it did so in order that the problem of adherence of all States to specific conventions would not arise. However, if that problem does not exist, there is no need for strict application of customary international law as the source of the applicable law in conformance with the principle of legality Thus, the *Tadic* Appeals Chamber ruled that the ICTY is authorized to apply any treaty which: 1) was unquestionably binding on the parties at the time of the alleged offence; and 2) was not

[15] Secretary-General's Report, para. 34.

[16] See generally Case No. IT-94-1-AR72, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Octobre 1995 (hereinafter "*Tadic* Appeal Decision on Jurisdiction").

[17] *Tadic* Appeal Decision on Jurisdiction, para. 89.

in conflict with or derogating from peremptory norms of international law, as are most customary rules of humanitarian law[18].

4. Complying with International Human Rights Standards: the Rights of the Accused

The Statute of the ICTY and the Statute of the ICTR contain several rules related to the conduct of criminal proceedings at the trial and appellate stages, and contain a specific provision which, under the heading "Rights of the accused", sets out the rights of the accused before the *ad hoc* Tribunals[19]. These statutory provisions have been implemented through the Rules of Procedure and Evidence[20] that have been adopted by the tribunals themselves. The Security Council when setting up the *ad hoc* Tribunals did not establish their rules of procedure and evidence. It entrusted them with the preparation of these rules[21], which is rather unusual. The rules are normally adopted by an external body, and imposed on a court, which has the power to interpret them and to take different positions, within the framework of those rules. It was perhaps a question of urgency which pushed the Security Council not to adopt rules of procedure and evidence when establishing the tribunals. It has to be noted, however, that the situation is different at the ICC, where the Rules of Procedure and Evidence[22] have been drafted and adopted by the Assembly of States Parties. As a result, the ICC is not in the position to amend its Rules. It may take the initiative of proposing amendments to

[18] *Tadic* Appeal Decision on Jurisdiction, para. 143.

[19] Respectively, Articles 21 and 20.

[20] International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. IT/32/Rev.7 (1996), *entered into force* 14 March 1994; International Criminal Tribunal for Rwanda, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 (1995), *entered into force* 29 June 1995.

[21] Article 15 of the ICTY Statute provides, "The judges of the International Tribunal shall adopt rules of procedure and evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters." Article 14 of the ICTR Statute provides, "The Judges of the International Tribunal for Rwanda shall adopt, for the purpose of proceedings before the International Tribunal for Rwanda, the Rules of Procedure and Evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters of the International Tribunal for the former Yugoslavia with such changes as they deem necessary."

[22] International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

the Rules, but they will have to be amended through a specific procedure[23].

The rights of the accused before the ICTY listed under Article 21 of the Statute correspond, with some differences in wording, to the list of rights found in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights[24]. In principle, an accused before the International Tribunal has the same rights that he would have if he were brought before a domestic court, since a domestic court would have to follow the principles set out in the ICCPR. But there are a number of issues which may be of some difficulty in practice. One fundamental principle which finds expression in all human rights conventions, including the regional conventions, such as the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention)[25], the American Convention on Human Rights (American Convention)[26], and the African Charter on Human and People's Rights (African Charter)[27], is the right to be tried without undue delay[28]. This is accompanied by the right not to be held in pre-trial detention for too long[29]. This right is a very sensitive right, and there has been criticism that it is not fully respected before the *ad hoc* tribunals.

[23] *Ibid*., Article 51.

[24] *Supra* note 20.

[25] 213 U.N.T.S. 222, entered into force Sept. 3, 1953, as amended by Protocols Nos. 3, 5, 8, and 11 which entered into force on 21 September 1970, 20 December 1971, 1 January 1990, and 1 November 1998 respectively.

[26] O.A.S.Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 entered into force July 18, 1978, *reprinted in* Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 25 (1992).

[27] Adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), *entered into force* Oct. 21, 1986. See F.Ouguergouz, The African Charter on Human and Peoples' Rights (The Hague, 2003).

[28] This right is provided for under Articles 5(3) and 6(1) of the European Convention, Article 8(1) of the American Convention, and Article 7(d) of the African Charter.

[29] In this connection the UN Human Rights Committee has observed with respect to Article 14 subparagraph 3(c) that the accused shall be tried without undue delay. This guarantee relates not only to the time by which a trial should commence, but also the time by which it should end and judgement be rendered; all stages must take place "without undue delay". To make this right effective, a procedure must be available in order to ensure that the trial will proceed "without undue delay", both in first instance and on appeal.

General Comment 13, Article 14 (Twenty-first session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 14 (1994).

It is true that the length of a trial before international criminal tribunals may frequently exceed the length of trials brought before national courts, and pre-trial detention may exceed what is normally expected of States by international bodies which monitor the application of human rights instruments. The situation before the *ad hoc* tribunals has however to be assessed in light of the particularities of international justice today. There are several reasons for these delays, although they should not be taken as reasons not to try to reduce the length of the procedures. First, international crimes are most frequently complex crimes, which require long and difficult investigations. An indictment is confirmed when there is a *prima facie* case, but the search for appropriate evidence will normally continue thereafter, and the accused may have already been apprehended and be in pre-trial custody. Conducting efficient investigations is possible only if States cooperate with the tribunals, and cooperation is not always provided adequately.

In case of lack of cooperation by a State, the Tribunal is not in a position to do very much in response. It may issue subpoenas in order to compel the provision of evidence and production of documents. If there is still no compliance by the State, the Tribunal's only recourse under the Statute is to report the State's lack of cooperation to the Security Council so that it may take the appropriate measures at the international level. As the Statute was adopted under Chapter VII of the UN Charter, it is for the Security Council in cases of violations of the resolutions adopted under that Chapter, to adopt the necessary measures. Should the Security Council, upon receiving a report of the Tribunal, not act on the report, there are no other means available to the Tribunal to procure the evidence sought.

In this context, the precedent of the Nuremberg trial, which was of short duration, is of little value. On one hand, the procedural guarantees in those times were far less developed than today, after decades of human rights debates and developments. On the other hand, it must be recalled that the international Military Tribunal was a court established in occupied territories, and could avail itself of an executive branch – the occupying army and authorities – during investigations and search for evidence.

During a trial, the question posed by the need of having all documents translated in the languages that both the chamber and the accused can fully understand is also a factor of delay. Similarly, the need for interpretation at the hearings entails longer witness examinations than if they were conducted in a single language.

Whatever the reasons, the length of proceedings before *ad hoc*

Tribunals still appears to exceed accepted standards applicable under domestic criminal procedure. The tribunals have tried to accelerate their procedures by amending their respective Rules of Procedure and Evidence over the years, but procedures may not be altered too frequently and substantially. Furthermore, any time procedures are changed, the rights of the accused must be taken into account. Any change must not reduce the level of protection available to the accused. It is obviously easy to accelerate procedures by suppressing or reducing guarantees, but doing so goes against the Statutes of the ICTY and ICTR which clearly require that all guarantees be respected.

Nevertheless, significant steps have been taken by the ICTY in order to reduce delays. In particular, it has been observed that the length of many trials depended on the size of the indictment submitted by the prosecutor. Serious and widespread offences, committed within the framework of a policy of ethnic cleansing in the Former Yugoslavia, and the high rank position of the accused implied that many of them are involved in a series of crimes. Charging all the crimes allegedly attributable to an accuse entails indictments which may comprise tens of counts. Hearing the evidence necessary to prove all the counts brought against an accused in cases of this magnitude inevitably requires many weeks or even years. Prosecutors have resisted the idea of reducing the number of charges when they were justified following the investigation. However, this approach has made some trials unmanageable and exceedingly lengthy.

In order to remedy this situation, the ICTY plenary of the judges has recently adopted an amendment of the Rules, whereby a trial chamber, in the interest of a fair and expeditious trial, may invite the prosecutor to reduce the number of counts charged in the indictment and may fix the number of sites or incidents comprised in one or more of the charges in respect of which evidence may be presented by the prosecutor, provided that they are reasonably representative of the crimes charged. Should the prosecutor decline the invitation, a trial chamber, having heard the parties and in the interest of a fair and expeditious trial, may direct the prosecutor to select the counts in the indictment on which to proceed.

This amendment has been criticized as an attempt to prosecutorial independence and as disregarding the interest of the victims and of the international community to see all the crimes prosecuted and the perpetrators punished. Unfortunately, the initially proposed amendment, which suggested that the counts that would not be selected should remain in abeyance for a subsequent trial was not carried by the plenary. It would have clearly confirmed that a reduction in the number of counts imposed by a trial chamber was only a measure required by the

management of a trial. It would also have made clear that the non-selected counts could be tried subsequently by the same or another trial chamber, or by domestic courts. Whether these counts can be tried by domestic courts is a question that remains unresolved.

5. The Right to Appeal before International Criminal Courts and Tribunals

Turning now to the judicial guarantees to which accused persons are entitled, it is not the purpose of this paper to go into a detailed description of their implementation before international courts. They essentially do not differ from the guarantees which are applicable in domestic justice systems. It has to be pointed out, however, that their implementation is not based on a single legal system. International rules of procedure and evidence, whether adopted by the judges of the *ad hoc* tribunals of by the assembly of States parties of the ICC, have attempted to blend various systems of law in order to reach satisfactory solutions in an international environment. In particular, common law and civil law approaches have been considered and weighed. The current procedures draw from both backgrounds[30].

In this context, however, the right to appeal deserves special attention. While proceedings before the Nuremberg military tribunal only took place in the first instance and judgments were not subject to appeal, the Statutes of the *ad hoc* International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda and the Statute of the ICC explicitly provide for the right of appeal. Thus, Article 25 of the ICTY Statute and Article 24 of the ICTR Statute, which are identical in their wording, establish an appeals chamber for the two tribunals; while the composition of each chamber is identical, the function of each is distinct. The common make-up of the appeals chamber for the two tribunals, serves to ensure consistency in the case law of the tribunals by carrying out its function of harmonizing the case law produced by the trial chambers. In this way the appeals chamber guarantees that the respective statutes – largely identical in their wording – will be interpreted according to the same principles of interpretation.

The Appeals Chamber may hear appeals on two grounds: first, on

[30] See on this issue F. POCAR, *Common and Civil Law Traditions in the ICTY Criminal Procedure: Does Oil Blend with Water?*, in J. Walker & O.G. Chase (eds), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories* (2010), pp. 437-460.

errors of law that may invalidate the decision taken by the trial chamber; and second, on errors of fact which have occasioned a miscarriage of justice[31]. Since both errors of law and errors of fact can be taken into account, this opened the door to having new evidence admitted on appeal. Normally new evidence is not necessary, if it is shown that the trial chamber has made errors in its consideration of the facts in the record. However, errors of fact may also be based on the failure to consider certain evidence, which was not put before the trial chamber. In such cases, the latter will not have erred on the basis of the record; rather, the error would lie in the fact that certain evidence, not being part of the record, was not available to the trial chamber for its consideration.

While it is common in national jurisdictions for a convicted person to be able to appeal his judgment, not all jurisdictions afford the prosecution a right of appeal where the accused is acquitted. Domestic systems differ on this issue. Many, especially common law countries, do not provide a right of appeal for the prosecution, except in very specific or rare cases, or when it is considered necessary in order to correct the law without impacting on the case. For instance, in criminal cases in the United States, there is no prosecutorial right of appeal following an acquittal. European countries generally allow for a right of appeal by the prosecution against an acquittal. As well, they commonly allow the appellate body to re-examine the case in law and in fact and to arrive at different conclusions. There is also normally the possibility to appeal an appellate decision as of right, at least on errors of law, to a supreme court. This would not exist for instance in the United States system as each year, the Supreme Court makes an assessment of the cases that should be granted the *writ of certiorari*, sending back the cases that will not be considered by way of a general decision which states that they are not of sufficient interest and thus will not be taken up. The decision to grant *certiorari* is purely discretionary. If an acquittal could be reversed on appeal in the US, there would in many instances be no appeal against that further conviction. This would create a situation which would contravene recognized fundamental guarantees and as such is probably one of the reasons why the system does not allow for such an appeal by the prosecution.

The statutes of the two *ad hoc* tribunals allow for an appeal by the person convicted, and for an appeal by the prosecutor. Thus, there is an equal right of appeal for both parties. The right of the two parties to appeal before the *ad hoc* tribunals means the following: if the convicted

[31] Article 25 (ICTY Statute), Article 24 (ICTR Statute).

person appeals against the conviction, the appeal will be heard and the Appeals Chamber will either reject the appeal and confirm the conviction, totally or in part; reverse the conviction and enter an acquittal; or enter a partial decision confirming one or more counts but not all. A partial revision of the decision can therefore occur. Most cases encompass situations of this kind.

If it is the prosecution that appeals, no problems arise if the appeal is rejected and no change is made to the decision. However, complications will arise if the Appeals Chamber comes to the conclusion that the trial chamber erred in acquitting. Does the Appeals Chamber have the power, as the Statute might suggest, to reverse an acquittal and enter a conviction, or should this power be limited? If so, how should it be limited? This question has been put to the Appeals Chamber on various occasions. The case law of the Tribunal is not fully consistent on the subject, which is a delicate matter as it concerns the right of the accused to appeal against any conviction.

For instance, in the well-known *Tadic* case, the Trial Chamber acquitted Tadic of six counts of war crimes under Article 2 of the Statute[32]. War crimes include grave breaches of the Geneva Conventions of 1949[33]. The Trial Chamber considered that Article 2 was inapplicable in that case, because the prosecutor had not proven that the victims of Mr. Tadic's conduct at the relevant time were protected persons under the Fourth Geneva Convention[34]. One could, however, apply Article 3 of the Tribunal's Statute which refers to the laws and customs of war of which common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 forms part[35]. Common Article 3, common to the four Geneva Conventions, expresses the minimum standard of protection that any person is entitled to in an armed conflict, that is, regardless of whether he or she is a

[32] *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999, para. 68.

[33] Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31 [hereinafter First Geneva Convention]; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85 [hereinafter Second Geneva Convention]; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135 [hereinafter Third Geneva Convention III]; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 [hereinafter Fourth Geneva Convention]. The grave breaches provisions are found at articles 50/51/130/147 respectively.

[34] Protected persons are defined in Article 4 of the Fourth Geneva Convention.

[35] *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Judgement, 7 May 1997, para. 613.

"protected person"[36]. The Appeals Chamber, however, found that the victims of Tadic's conduct were indeed protected persons under the Conventions and as such concluded that the grave breaches regime under Article 2 of the Statute was applicable[37]. The Appeals Chamber reversed the verdict of acquittal and entered convictions on those counts. However, it decided not to pronounce itself on the sentence opting instead to send the case back to the Trial Chamber for its judgement on the matter[38]. The Appeals Chamber thus considered itself entitled to remand the case to a Trial Chamber for the purposes of sentencing.

In the *Aleksovski* case, however, although the Appeals Chamber found that the Trial Chamber had erred in the exercise of its discretion in determining the appropriate sentence, it did not remit the question to the Trial Chamber, deciding instead to increase the sentence on appeal from two years and a half to seven years, on a specific count in the case[39]. The Appeals Chamber decided to substitute its own sentence for that pronounced by the Trial Chamber. As a result, no further appeal was, or could be lodged against the appellate sentence.

In another celebrated case, the *Celebici* camp case, there was also an issue related to sentencing; the Appeals Chamber considered that the sentence imposed at trial was too light[40]. Rather than determine a new sentence, however, the Appeals Chamber decided to send the case back to the Trial Chamber with reasons as to why there had been an error of fact, and asked the Trial Chamber to review the sentence with this in mind. The reason given by the Appeals Chamber for remitting the case was not only, as in the *Tadic* case, that it was entitled to remit the case to the Trial Chamber on this basis, but because it considered that a matter such as sentencing is of such significance that it should be determined by a chamber from which an appeal is possible. Indeed, the Trial Chamber increased Mucic's sentence, one of the appellants in the case, who then subsequently appealed and was heard on the increase of his sentence[41]. In the end, Mucic enjoyed his right to appeal his sentence, even though the Appeals Chamber affirmed the new sentence pronounced by the Trial Chamber.

[36] *Ibid*. at para. 615.
[37] *Tadic* Appeal Judgment, *supra* note 72 at paras. 170-1.
[38] *Ibid*. at para. 327.
[39] *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 Mar. 2000, para. 191.
[40] *Prosecutor v. Delalic et al*, Case No. IT-96-21-A, Judgement, 20 Feb. 2001, para. 853 (*Celebici* case).
[41] *Prosecutor v. Mucic, Delic and Landzo*, Case No. IT-96-21-A*bis*, Judgment on Sentence Appeal, 8 Apr. 2003.

The approach taken in this case by the Appeals Chamber was also based, although this is not necessarily reflected in the reasoning, on a strict interpretation of Article 14, paragraph 5, of the ICCPR[42], which governs the right of appeal. That provision states that everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law. A strict interpretation of the ICCPR would imply that if on appeal, a conviction is broadened or a sentence is increased, a further appeal against this decision should be provided for.

This position finds certain support in the Report of the Secretary-General to the Security Council which provides the basis for the establishment of the ICTY[43]. In his Report the Secretary-General expresses the view that a right of appeal should be provided under the Statute, considering such a right to be a fundamental element of individual civil and political rights. The Secretary-General makes express reference to the Covenant as constituting the interpretative basis for the right of appeal under the Statute, thereby demonstrating the intention of the Security Council, which adopted the Report of the Secretary-General, to incorporate the principles of the ICCPR into the Statute.

Following the *Celebici* case, there were other cases concerning the right of appeal before the Tribunal. One example involved the right of appeal against a conviction for contempt of the Tribunal. Under the Rules, although not in the Statute, provision was made for the Tribunal to initiate proceedings for contempt of court, against defence counsel who behave in a manner inconsistent with the terms of the Statute. Such behavior would include, for instance, the disclosure of confidential information in contravention of a court order, or the intimidation of a witness[44]. The Trial Chamber in such cases has the power, upon conclusion of the contempt proceedings, to sanction counsel by taking disciplinary action, such as his removal from the list of counsel permitted to appear before the Tribunal; the imposition of a fine to be paid to the Tribunal; or imprisonment. Thus, contempt proceedings must be regarded as criminal and not only administrative.

In contempt cases, the Rules provide for a right of appeal. That is, upon a conviction for contempt by the Trial Chamber, the counsel so

[42] *Supra* note 20.

[43] *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, UN Doc. S/25704 & Add.1 (1993), Annex (Containing ICTY Statute) [hereinafter "Report of the Secretary-General"].

[44] Rule 77 of the Rules of Procedure and Evidence.

convicted has the right to appeal his conviction. However, no provision was originally made in the Rules for a case where contempt occurred during an appeal proceeding despite the possibility that the Appeals Chamber could also find itself in a situation which called for contempt proceedings to be commenced. As it now stands, the Appeals Chamber may ask the Prosecutor to open a case for contempt before a Trial Chamber or decide the question at the hearing directly, since contempt may be an instantaneous crime that does not require any investigation.

The situation did in fact arise where, on one occasion, the Appeals Chamber initiated proceedings for contempt at the appellate stage. In the *Tadic* contempt case, the Appeals Chamber convicted Tadic's former counsel of contempt[45]. Said counsel filed an appeal before the Appeals Chamber, which was confronted with a difficult issue. On the one hand, the Rules did not provide for appeals against decisions of the Appeals Chamber; on the other, it recognised that the fundamental character of the right of appeal needed to be guaranteed in all circumstances. After due consideration, the Appeals Chamber concluded that not granting the right to appeal to somebody convicted for contempt before the Appeals Chamber would, in addition to amounting to a denial of a fundamental right, be discriminatory. To permit only those convicted of contempt at trial, and not those convicted of the same crime on appeal, was simply unwarranted and unjustifiable[46]. As a result, the President of the Tribunal appointed a different bench of appellate judges to hear the appeal. This decision was confirmed at a subsequent plenary meeting of the Tribunal by the adoption of an amendment to the Rules providing for an appeal in these cases[47].

The question of the right of appeal was put before the ICTR in the *Rutaganda* case[48] in relation to a more substantial issue. On specific counts, Rutaganda had been acquitted by the Trial Chamber, which considered that the allegations of war crimes had not been proved by the prosecutor. The prosecutor appealed against this decision. The Appeals Chamber faced the same situation as it had in *Tadic*; it considered that the Trial Chamber had erred in finding that the conditions for war crimes had not been fulfilled. The Appeals Chamber considered that an error

[45] *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-AR77, Arrêt relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, 31 January 2000.

[46] *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-A-AR77, Arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées a l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, 27 February 2001 [hereinafter *Tadic* Contempt case].

[47] Rule 77(K) of the ICTY Rules of Procedure and Evidence.;

[48] *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3, Judgement, 6 December 1999.

had been made by the Trial Chamber and that a conviction rather than an acquittal should have been entered on these counts[49].

One possibility open to the Appeals Chamber would have been to send the case back to the Trial Chamber, asking it to enter a new decision which took into account and corrected the errors of law and fact made previously. This would ensure that the accused maintained his right of appeal against the conviction. The second option would have been to enter the conviction as was done in *Tadic*[50] while remanding the determination of the sentence to the Trial Chamber. This second approach runs counter to the *Celebici* approach (or the first possibility mentioned above) under which the right of appeal is affirmed and guaranteed as fundamental. The third option would have been to reverse the acquittal and enter a conviction on appeal without sending the case back to the Trial Chamber for its determination of the appropriate increase in sentence.

The Appeals Chamber chose the third option, which was to convict without altering the sentence which was already life imprisonment. This constituted a departure from the previous case law of *Celebici*. This approach was also a critical departure from the decision which was taken earlier in the *Tadic* contempt case, given that a right of appeal was granted. It was a limited departure though, because one has to take into account that in the contempt proceedings the right of appeal is expressly provided for in the rules, given that the cases governed by the rule are those in which the Appeals Chamber acts as a court of first instance and not as a court of appeal.

The rationale for the approach of the Appeals Chamber in *Rutaganda* was mainly based on the fact that not all domestic systems ensure the right of appeal against a conviction which reverses an acquittal pronounced at trial. With respect to international law, although this right is provided for under the ICCPR[51], there are regional conventions, in particular the European Convention, which does not afford such a right. The original text of the European Convention as adopted in 1950[52] did not even contain the right of appeal. It was only with the adoption of its Seventh Protocol, adopted more recently, that the right of appeal came to form part of the European Convention[53]. The

[49] *Rutaganda v. Prosecutor*, Case No. ICTR-96-3-A, Judgement, 26 May 2003 at para. 584.
[50] *Supra* p. 28.
[51] Article 14(5), *supra* note 20.
[52] *Supra* note 34.
[53] *Supra* note 24.

basic argument made by the Appeals Chamber was that since the right of appeal from an appellate decision reversing an acquittal is not a universal right, the Tribunal was entitled to rely on this lack of universality as a basis for accepting that derogation from that right was permissible.

While there are reasons that may be marshaled in support of the above reasoning, a different approach may also be justified[54]. Indeed, it is inconsistent to take an approach which accepts the principle of the right of appeal in minor cases, as was done in relation to contempt proceedings, but not in more significant cases, such as those where the accused stands convicted of more serious crimes. Moreover, on the basis of the Appeals Chamber's reasoning, the lack of universal recognition as concerns the right of prosecutorial appeal from an acquittal implies that this right, as provided in the Statute, must be interpreted narrowly and accorded little weight. The right of the prosecution to appeal should be restricted to only the most important cases where an appeal is truly necessary to ensure that justice is done.

Furthermore, there is nothing to prevent the Statute from being interpreted in a manner consistent with the right of appeal. The Appeals Chamber may, upon concluding that an acquittal must be reversed, remand the case to the Trial Chamber, thereby preserving the right of appeal. Another course of action is to correct the error of law committed, in order to provide guidance to the trial chambers on the legal question without reversing the acquittal. In the *Rutaganda* case, the Appeals Chamber might have exercised its discretion so as to retain the acquittal leaving the length of the sentence undisturbed. Simply correcting the legal error for the sake of jurisprudential coherence would have been sufficient in that particular case.

Only a few cases have been mentioned here, in order to show the oscillating approach of the case law of the Appeals Chamber of the ICTY and of the ICTR. In most instances, however, the Appeals Chamber has gone in the direction of accepting that an acquittal may be turned into a conviction, or a sentence be increased, on appeal, even if the accused does not have a right to appeal against that conviction or that higher sentence. The non compliance to international human rights standards that this approach entails is abundantly clear[55].

If an international court ensures that the rights of persons brought before it are, and are seen to be fully protected, its decisions will likely

[54] See Dissenting Opinion of Judge Pocar, *supra* note 89.

[55] See Partially Dissenting Opinion of Judge POCAR, *Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin*, Case IT-95-13/1-A, Appeals Judgement, 5 May 2009.

enjoy far greater acceptance and legitimacy among the population of the country concerned. When an individual is tried abroad, valid concerns relating to differences that exist between the international system of justice and that of the State of the accused will likely be raised. Such differences might include the applicable rules relating to procedure and evidence, the applicable substantive law, as well as linguistic and cultural disparities. Given the distrust that the international criminal process often occasions, it is of the utmost importance that international institutions behave in a way that works to dispel any potential distrust. A necessary, if not sufficient step in achieving this objective is for international jurisdictions to behave and be seen to conduct themselves as fairly if not more fairly than their domestic counterparts.

PRIMA SESSIONE

DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO E DIRITTI UMANI

LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI E IL DIRITTO INTERNAZIONALE

Paolo BENVENUTI·

In un convegno che la Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) ha voluto dedicare al tema della "*La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*", non poteva essere assente una riflessione sulla relazione esistente fra diritto internazionale umanitario (DIU) e diritti umani. Invero, se ogni articolazione dell'ordinamento giuridico internazionale oggi deve fare i conti con la tematica dei diritti umani – che potrebbero ben essere definiti quale criterio che accompagna la lettura dell'intero sistema normativo – il profilo di relazione di questi con il DIU ha assunto una sua specificità, se non un rilievo del tutto particolare nella misura in cui tanto l'uno che l'altro settore di regolamentazione hanno quale oggetto – seppur da prospettive diverse – la tutela di profili essenziali del trattamento della persona.

Il tema, giustamente, è stato enucleato dalla dottrina ormai da tempo, come risulterà evidente nelle relazioni che seguiranno e nei riferimenti bibliografici che a queste si accompagnano[1]. Inoltre, alcune Corti

· Professore ordinario di diritto internazionale nell'Università Roma Tre.

[1] Qui ci si limita alla indicazione dei seguenti riferimenti: L. DOSWALD-BECK e S. VITÉ, *International Humanitarian Law and Human Rights*, in *IRRC*, 1993, p. 94 ss.; E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, in *La Comunità Internazionale*, 1996, p. 473 ss.; R. KOLB, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights: a Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions*, in *IRRC*, 1998, p. 409 ss.; G. VENTURINI, *Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza*, in *Assistenza umanitaria e diritto internazionale umanitario*, Napoli, 2001, p. 57 ss.; F. LATTANZI, *Il confine fra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. II, Napoli, 2004, p. 2985 ss.; J. PEJIC, *Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, in *IRRC*, 2005, p. 375 ss.; M. SASSOLI, *Le droit international humanitaire: une* lex specialis *par rapport aux droits humaines?*, in A. Auer, A. Flűckiger, M. Hottelier (editors), *Les droits de l'homme et la constitution: Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Geneva, 2007, p. 375 ss.; M. SASSOLI, *La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés*, in S. Breitenmoser e altri (editors), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, 2007, p. 709 ss.; R. Arnold e N. Quenivet (editors), *International Humanitarian Law and*

internazionali (Corte internazionale di giustizia e Corti specializzate nella tutela dei diritti umani) e organismi non giurisdizionali operanti per la tutela dei diritti fondamentali della persona (così l'Alto Commissariato della Nazioni Unite per i diritti umani, il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite – ex Commissione –, nonché gli organismi operanti nel quadro di specifici accordi per la tutela dei diritti umani, *e.g.* il Comitato dei diritti umani) si sono trovati nella necessità di confrontarsi con la problematica. Dalla esperienza dei Tribunali penali internazionali ad hoc per la repressione dei crimini commessi nella ex Iugoslavia e nel Ruanda e poi della Corte penale internazionale giungono ulteriori importanti elementi di riflessione quanto alla relazione fra DIU e diritti umani, naturalmente qui in connessione con l'ulteriore settore normativo del diritto internazionale penale. Insomma, vi è un ampio materiale dal quale emerge la presenza di una fitta rete relazionale fra DIU e diritti umani. Certo è che la logica datata della "separatezza" è stata messa da parte e sono emerse nuove prospettive e diversi approcci nei rapporti fra i due settori di disciplina che sono stati diversamente declinati e che non si escludono necessariamente l'un l'altro: c'è chi li ha letti nella logica della *lex specialis*, oppure secondo l'approccio della complementarità, o ancora è stata delineata una impostazione cumulativista, o una impostazione della integrazione e della convergenza.

Nell'introdurre la presente sessione del Convegno, possiamo senz'altro osservare che, sotto il profilo del loro sviluppo, il DIU e i diritti umani sono nati con una apparente separatezza. Il DIU, nella sua dimensione tradizionale di diritto dei conflitti armati, appare legato alle stesse origini del diritto internazionale, e del diritto internazionale tradizionalmente concepito quale diritto delle relazioni fra Stati – volto a tutelare *inter potestates* interessi essenzialmente governativi – ha portato con sé i connotati nel corso della sua plurisecolare evoluzione che già vede nel corso del secolo decimonono le prime codificazioni. Tuttavia, la logica prevalente di tutela di interessi inter-governativi con cui si è sviluppato il diritto dei conflitti armati non esclude che risalga a un tempo ormai datato anche il riconoscimento in esso di uno spazio per interessi umanitari meritevoli di tutela per se stessi. Questi interessi erano già stati richiamati dalla Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868 sulla rinuncia all'uso, in tempo di guerra, di proiettili esplosivi di peso inferiore ai 400

Human Rights Law: Toward a New Merger in International Law, Leiden - Boston, 2008; M. SASSOLI e L.M. OLSON, *The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts*, in *IRRC*, 2008, p. 599 ss.; C. TOMUSCHAT, *Human Rights and International Humanitarian Law*, in *EJIL*, 2010, p. 15 ss.

grammi[2], ma naturalmente è qui d'obbligo il richiamo alla Clausola Martens, originariamente inserita nel Preambolo della II Convenzione dell'Aia del 1899, ai sensi della quale nei casi non previsti dalle disposizioni del Regolamento annesso alla Convenzione stessa restano operanti i principi del diritto delle genti quali risultano dagli usi stabiliti fra le nazioni civili, dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della pubblica coscienza[3]. Si aggiunga anche che il DIU già nel 1864, con la primigenia Convenzione di Ginevra per il miglioramento della condizione dei feriti delle armate in campagna, esprimeva una finalità umanitaria piuttosto che strettamente governativa[4].

Quanto ai diritti umani, sebbene negli ordinamenti nazionali la loro affermazione abbia preso avvio fin dall'ultimo quarto del sec. XVIII (naturalmente il riferimento è anzitutto alle dichiarazioni americane di fine secolo diciottesimo, a cominciare dalla Dichiarazione di Filadelfia del 1787, nonché alla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e alla successiva Costituzione del 1791, che hanno costituito modello a seguire per le carte fondamentali di altre società statuali), nel DI questa tematica si è affacciata invece molto più recentemente, all'indomani del secondo conflitto mondiale. È sulla base della indicazione dei fini sanciti nella Carta delle Nazioni Unite ("… promuovere e incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, di sesso, di lingua, di religione", art. 1.3 della Carta) che l'Assemblea Generale di questa organizzazione adotta, quale primo importantissimo passo, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nel dicembre del 1948. È così segnato il cammino che dalla promozione condurrà con il passare degli anni alla protezione dei diritti umani con una serie di numerosi strumenti di carattere vincolante – elaborati a livello regionale e universale, aventi a oggetto un insieme di diritti oppure specifici diritti – al cui centro si pongono i due

[2] Nel Preambolo la Dichiarazione afferma che è contrario alle leggi dell'umanità l'impiego di armi che aggravano inutilmente le sofferenze degli uomini messi fuori combattimento o ne rendono inevitabile la morte.

[3] Mi permetto di richiamare al riguardo il mio scritto *La Clausola Martens e la tradizione storica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile,* Cedam, Padova. 1995, p. 171 ss.

[4] Questa finalità umanitaria appare ben espressa nella disposizione ai sensi della quale "Wounded or sick combatants, to whatever nation they may belong, shall be collected and cared for" (art. 6), nonché nella disposizione per la quale: "Inhabitants of the country who bring help to the wounded shall be respected and shall remain free. Generals of the belligerent Powers shall make it their duty to notify the inhabitants of the appeal made to their humanity, and of the neutrality which humane conduct will confer. …" (art. 5).

Patti delle Nazioni Unite del 1966, quello sui diritti civili e politici e quello sui diritti economici, sociali e culturali.

Ma va osservato che in quel periodo immediatamente successivo alla conclusione del secondo conflitto mondiale, nel quale il cammino internazionale dei diritti umani prende avvio, anche il DIU muove ulteriori passi, assolutamente significativi, attraverso la elaborazione delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949. Ma, a quel momento, i rispettivi percorsi appaiono progredire per piste separate. Il negoziato che conduce alla Dichiarazione Universale dei diritti umani e quello che porta alle quattro Convenzioni del 1949 per la protezione delle vittime dei conflitti armati si svolge su due tavoli separati da un oceano: il primo tavolo a New York, il secondo a Ginevra.

Tuttavia, nonostante la grande distanza che separa i tavoli, occorre osservare come nelle Convenzioni di Ginevra, focalizzate sulla tutela delle vittime dei conflitti armati, piuttosto che sulla condotta delle ostilità, si manifesta – frutto dei tempi – uno spirito nuovo rispetto al tradizionale approccio interstatuale: intendo richiamarmi all'art. 3 comune alle quattro Convenzioni che pone l'obbligo del trattamento umano, in ogni circostanza, nel contesto dei conflitti interni a favore di tutte quelle persone "taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause …". Nella sostanza, l'art. 3 comune pone limiti alla gestione dei poteri di governo dello Stato verso l'interno, limite che opera anche nel momento più critico che può conoscere la vita di una comunità statuale – quello di una insurrezione armata –. Ne emerge dunque una ottica che pare allontanarsi dalla stretta logica della tutela di interessi reciproci governativi, per avvicinarsi a quella propria della tutela della persona come tale nei suoi diritti fondamentali.

Ma, a prescindere dall'art. 3 comune, appare evidente un più generale nuovo approccio nel predisporre la tutela delle vittime dei conflitti armati nel senso che questa viene avvertita quale affermazione di valori che vanno oltre l'interesse governativo individuale se non egostico, per assumere piuttosto una dimensione solidale/*erga omnes*. Si tratta di uno spirito che viene messo in luce dall'art. 1 comune alle Convenzioni, che intende dare una impostazione all'intero sistema normativo convenzionale nel richiamare l'impegno a carico di tutte le Parti contraenti non già soltanto a rispettare esse stesse le regole delle Convenzioni, bensì anche

a far sì che tutti le rispettino in ogni circostanza[5]: tanto gli Stati, quanto i partiti insurrezionali e altresì gli individui (combattenti e non combattenti). Può ben osservarsi che da allora in poi si è affermato dapprima nel linguaggio del Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) per estendersi poi in maniera generalizzata un indirizzo semantico volto a sostituire l'espressione *diritto dei conflitti armati* con quella per l'appunto oggi diffusissima di *diritto internazionale umanitario.* Può dirsi che quest'ultima espressione intenda dare una maggiore enfasi al fine sostanziale/umanitario di una gran parte delle regole del sistema normativo che va sotto la titolazione di DIU, cosicché ne risulta rafforzata, se non altro sotto il profilo dell'interpretazione, la finalità (per l'appunto umanitaria) delle regole che compongono il sistema normativo[6].

Il momento nel quale nei circuiti internazionali comincia ad assumere una maggiore consapevolezza il problema dei rapporti fra DIU e diritti umani giunge con la Conferenza di Teheran delle NU sui diritti umani del 1968, convocata (anche) per realizzare una solenne commemorazione del ventennale della Dichiarazione Universale. La Conferenza di Teheran è l'occasione per adottare, tra le tante, una Risoluzione, la XIII, intitolata "Respect of Human Rights in Armed Conflicts". Dalla lettura di questa Risoluzione emerge come i due settori del DIU e dei diritti umani cominciano a riconoscersi e a prendersi rispettivamente le misure e anche le entità che di questi due settori apparivano (e sono tuttora) il riferimento primo – le Nazioni Unite per i diritti umani, il mondo di Croce Rossa (in particolare il CICR) per il DIU – sono destinate a rafforzare le occasioni di confronto e di relazione, pur mantenendo le peculiarità loro proprie[7].

Possiamo dire che quella Conferenza di Teheran vuole essere e costituisce in effetti la spinta essenziale per intraprendere un cammino di revisione del DIU e delle Convenzioni di Ginevra in particolare. La Risoluzione di Teheran, rilanciata nello stesso 1998 dalla Risoluzione 2444

[5] È quanto è stato fatto rilevare con grande efficia da L. CONDORELLI e L. BOISSON DE CHAZOURNE, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international humanitarire "en toutes circumstances"*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les Principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR, Nihoff Publishers, Genève – La Haye, 1984, p. 17 ss.

[6] Si osservi che il TPIY nella decisione del caso Tadic del 2 ottobre 1995 si richiama alla "notion plus récente et exhaustive de 'droit international humanitaire' qui s'est dégagée du fait de l'influence des doctrines des droits de l'homme sur le droit des conflits armés" (par. 87).

[7] Ma potrebbe valere la pena di ricordare anche la Risoluzione I adottata a Teheran, intitolata al rispetto e alla applicazione dei diritti umani nei territori occupati, con la quale è chiesto a Israele il rispetto tanto della Dichiarazione Universale dei diritti umani, quanto delle Convenzioni di Ginevra del 1949.

adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, anch'essa intitolata al rispetto dei diritti umani in tempo di conflitto armato, condurrà dopo alcuni anni (1968-1973) di impegnativi esercizi tecnico/giuridici guidati dal Segretario generale delle NU in stretta connessione con il CICR e poi più propriamente diplomatici (la conferenza diplomatica che si estende per un lungo periodo di quattro sessioni, dal 1974 al 1977) alla ulteriore tappa dei due Protocolli addizionali del 1977. Non deve destare meraviglia, per quanto detto, che in questi strumenti, per la prima volta, i diritti umani trovano un rilievo esplicito all'interno di strumenti specifici di DIU.

Il Protocollo I, dedicato alla disciplina dei conflitti armati internazionali, nell'introdurre la Sezione dedicata al trattamento delle persone in potere delle Parti in conflitto, all'art. 72, nell'ottica di definire il campo di applicazione della Sezione stessa, precisa che "The provisions of this Section are additional to the rules concerning humanitarian protection of civilians and civilian objects in the power of a Party to the conflict contained in the Fourth Convention, particularly Parts I and III thereof, as well as to other applicable rules of international law relating to the protection of fundamental human rights during international armed conflict". In altri termini, l'art. 72 del Protocollo I da per scontata, a fianco del DIU, l'operatività dei diritti umani in tempo di conflitto armato quale ulteriore contesto normativo rilevante nel disciplinare il trattamento delle persone civili in potere del nemico (si pensi al trattamento degli internati civili). Può apparire ben comprensibile questa concorrenza di disciplina, poiché le persone "in the power of a party to the conflict", si trovano materialmente in una situazione tale da potersi considerare "sotto giurisdizione" delle strutture di governo dello Stato in conflitto (all'interno o fuori il territorio dello Stato), dunque in quella condizione che è usualmente considerata il presupposto per l'applicazione degli strumenti internazionali in tema di tutela dei diritti umani. Ben sappiamo che è ormai consolidato il concetto per cui l'esercizio della giurisdizione, negli strumenti in materia di tutela dei diritti umani, non è limitato al territorio dello Stato, ma si estende altresì a tutte quelle situazioni al di fuori del territorio dello Stato nelle quali può dirsi che lo Stato eserciti sulle persone che con esso entrano in contatto quel controllo che sia tale da potersi definire "esercizio della giurisdizione" (è quanto accade nel conflitto armato internazionale nel quale la condotta dei belligeranti può realizzarsi nel territorio dello Stato avversario: si pensi al regime dell'occupazione del territorio della parte avversaria).

Si osservi, poi, che l'art. 75 del Protocollo I, titolato alle *Garanzie fondamentali*, elabora in un elenco di condotte molto ampio il trattamen-

to che deve essere assicurato alla persone che sono in potere (sotto giurisdizione potremmo dire nel linguaggio delle convenzioni sui diritti umani) di una parte in conflitto e che non beneficiano di un trattamento più favorevole ai sensi della Convenzioni di Ginevra e dello stesso Protocollo I. Qui siamo in presenza dell'impegno degli Stati a garantire in ogni circostanza trattamenti umanitari essenziali che appaiono desunti con evidenza dai cataloghi dei diritti umani. Va osservato che l'art. 75, nell'indicare le condotte che costituiscono trattamento umano essenziale, pone anche, in chiusura, una regola di salvaguardia per la quale nessuna disposizione in esso contenuta "may be construed as limiting or infringing any other more favourable provision granting greater protection, under any applicable rules of international law" alle persone che esso intende proteggere. Non vi è chi non veda che queste "applicable rules" ricomprendono quelle poste a tutela dei diritti umani le quali pure, dunque, sono chiamate a svolgere il loro ruolo di regolamentazione in contesti in cui sia presente un conflitto armato, in coordinamento con la disciplina posta dal DIU.

Ma in questo incontro che nel 1977 si realizza fra DIU e diritti umani va ancora ricordato il Protocollo II, primo strumento normativo internazionale specificamente dedicato alla disciplina di situazioni di conflitto armato non internazionale. A prescindere dal fatto che la disciplina dei conflitti armati non internazionali nella sua essenza pone limiti allo Stato nella gestione del potere di governo verso l'interno secondo una logica che – seppur con i dovuti distinguo – ha delle somiglianze con i diritti umani, non può farsi a meno di osservare che il Preambolo del Protocollo II fa presente alle Parti contraenti che gli strumenti internazionali relativi ai diritti dell'uomo offrono alla persona umana una protezione fondamentale (considerando 2). Pertanto, si può ben supporre che il Protocollo II da per scontato che gli strumenti in tema di diritti umani debbono trovare applicazione ogniqualvolta il diritto dei conflitti armati non internazionali non contenga una sua disciplina specifica più adatta al contesto del conflitto: gli strumenti internazionali in tema di protezione dei diritti umani entrano allora in gioco nella misura in cui debbano ritenersi effettivamente applicabili in ragione del campo materiale di applicazione loro proprio, nella situazione concreta pur caratterizzata dal conflitto armato, a fianco delle norme del DIU specificamente elaborate in funzione di siffatto contesto.

D'altra parte, se gli strumenti normativi di DIU hanno preso a creare connessioni con il diritto dei diritti umani, va sottolineato che gli strumenti normativi in tema di diritti umani successivi alla Dichiarazione Universale appaiono operare nella consapevolezza esplicitata che vi sono

contesti (come per l'appunto quelli dei conflitti armati) nei quali – pur non essendo questi in principio estranei alla propria regolamentazione nella misura in cui in essi lo Stato eserciti "giurisdizione" – tuttavia opera una diversa e specifica disciplina: quella del diritto internazionale umanitario. Questa consapevolezza emerge puntualmente laddove gli strumenti di tutela internazionale dei diritti umani contemplano la possibilità di deroga "in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione" (così l'art. 15 della CEDU, ma analogamente fanno gli altri fondamentali strumenti internazionali)[8]. La deroga è ammessa (con eccezione del cosiddetto "nocciolo duro" dei diritti, quali il divieto di tortura o la schiavitù, o ancora il rispetto del principio della legalità delle fattispecie penali) negli stretti limiti in cui la situazione lo esiga e purché le misure prese non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati dal diritto internazionale. Tra questi obblighi vengono in considerazione certamente quelli contenuti nella disciplina del DIU, cosicché, ad esempio, la verifica del rispetto del diritto fondamentale alla vita è lasciato dagli strumenti di protezione dei diritti umani alla valutazione che ne fa il DIU. Potremo dire allora che ai sensi delle convenzioni in materia di diritti umani, il diritto alla vita, quanto alla sua derogabilità, in tempo di conflitto armato deve considerarsi rispettato se la lesione causata al bene della vita si mantiene negli stretti limiti che il diritto internazionale umanitario legittima.

Appare, dunque, del tutto evidente che fra DIU e diritti umani si crea un rapporto di connessione, in virtù del quale essi operano affiancati e di volta in volta deve esaminarsi se e come si correlino fra di loro, come rispettivamente si spartiscano il campo di applicazione, con quale ammorsatura si leghino l'un l'altro facendo sistema: DIU e diritti umani nella loro appartenenza al complessivo ordinamento giuridico internazionale vanno letti in una logica che escluda la contraddizione, e comunque ogni apparente contraddizione necessita una soluzione coerente sul piano interpretativo.

Pertanto, nello stabilire quello che è stato definito "il confine fra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo"[9], talora può apparire che la valutazione di alcune condotte si presenti di sola spettanza del DIU, laddove in queste condotte non si possa ravvisare l' "esercizio di giurisdizione" da parte di un potere di governo (questo è il campo tipico

[8] Cfr., così, il Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966), art. 4.

[9] F. LATTANZI, *Il confine*, cit., in particolare le conclusioni, pp. 2030-2036.

degli obblighi posti ai belligeranti quanto alle modalità di condurre gli attacchi).

Talora può apparire che la valutazione di alcune condotte sia di sola spettanza del diritto internazionale dei diritti umani, poiché il DIU, in ragione delle finalità che gli sono proprie, in effetti si disinteressa di certi profili di trattamento della persona in potere/sotto giurisdizione di una parte in conflitto (si pensi al diritto di contrarre matrimonio e di creare una famiglia).

Talora può accadere che il campo di applicazione del DIU e dei diritti umani si sovrapponga: in altri termini, accade che l'uno e l'altro sistema si occupino del trattamento di persone che si trovino sotto controllo/giurisdizione di un potere di governo. Spetterà in questo caso alle regole sulla interpretazione dei trattati (intese anche sotto il profilo della coordinazione nella applicazione di una pluralità di strumenti normativi) dare coerenza e non contraddittorietà all'ordinamento giuridico nel suo complesso. La logica dell'interpretazione potrà portare, in alcuni casi, a preferire la regola del DIU quale disciplina più specifica da applicarsi alla situazione concreta (si pensi alla gran parte della disciplina dei prigionieri di guerra nei conflitti armati internazionali). In altri casi, la genericità (o incompletezza) della disciplina prevista dal DIU, potrà condurre a una sua integrazione con la disciplina tratta dal diritto internazionale dei diritti umani (si pensi alla disciplina della detenzione nei conflitti armati non internazionali, oppure al contributo che il diritto internazionale dei diritti umani può dare alla precisazione della nozione di processo equo nei casi in cui vi fa riferimento il DIU, alla definizione del concetto di tortura quale sviluppato dagli organi di garanzia dei diritti umani). In altri casi ancora, in assenza di una disciplina del DIU spetterà ai diritti umani intervenire con la propria regolamentazione nei contesti nei quali una parte in conflitto eserciti il governo/giurisdizione su una determinata area geografica, sulle persone. Insomma, ci troviamo in presenza di un rapporto fra sistemi che può presentarsi assai complesso.

Si può anche osservare che la contiguità e queste intersezioni sinteticamente ora messe in luce sono probabilmente in grado di mettere in moto dinamiche capaci di far sì che un sistema contamini l'altro. Posso riferirmi a discipline tradizionalmente considerate proprie del diritto internazionale umanitario che appaiono svilupparsi ulteriormente anche nella logica dei diritti umani[10]. Posso riferirmi in senso inverso a disci-

[10] Vale qui richiamare la Convenzione di Dublino del 30 maggio 2008 sulle munizioni a grappolo. Questa Convenzione richiama puntualmente nel Preambolo la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (del 13 dicembre 2006) facendo presente come questa stabilisca che gli Stati parte "si impegnino a garantire e promuovere la piena

pline tradizionalmente considerate proprie dei diritti umani che appaiono svilupparsi ulteriormente anche nella logica del DIU[11].

Avendo presenti queste correlazioni sostanziali si può bene comprendere come si sia sviluppata una tendenza – particolarmente forte a partire dai primi ani '90 del secolo scorso – per la quale gli stessi organi politici delle NU con competenza generale, Assemblea generale e Consiglio di sicurezza, nella specificità di singoli conflitti armati abbiano chiamato con insistenza le parti in conflitto (per lo più prescindendo dalla qualificazione del conflitto come internazionale o interno) al rispetto contemporaneo tanto del DIU quanto dei diritti umani.

Anche organi non specializzati di verifica giudiziaria del rispetto delle regole del diritto internazionale, in primo luogo la Corte internazionale di giustizia non hanno mancato di valutare determinate situazioni in cui si prefigurava l'uso della forza armata richiamandosi in parallelo tanto alla disciplina del DIU, quanto alla disciplina del diritto internazionale dei diritti umani: si vedano i casi valutati in sede consultiva sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari (8 luglio 1996) e sulle conseguenze giuridiche dell'edificazione di un muro nel territorio palestinese occupato (9 luglio 2004), nonché quello valutato in sede contenziosa in tema di attività militari sul territorio del Congo (19 dicembre 2005).

Si può ben capire altresì come i variegati meccanismi operanti nella

realizzazione di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali di tutte le persone con disabilità, senza alcuna discriminazione fondata su di essa". Nell'art. 5 (*Assistenza alla vittime*), poi, dispone che "ogni Stato parte presterà alle vittime delle munizioni a grappolo nelle aree sotto la sua giurisdizione, e in conformità con il diritto internazionale umanitario e con il diritto internazionale dei diritti umani applicabili, un'assistenza che terrà in considerazione l'età e le specificità di genere, comprese cure mediche, riadattamento e sostegno psicologico, reinserimento sociale ed economico …".

[11] Vale qui richiamare la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 che al suo art. 38 inserisce tematiche tradizionalmente considerate proprie del DIU e che così dispone:

"1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare e a far rispettare le norme di diritto internazionale umanitario loro applicabili in caso di conflitto armato e la cui protezione si estende ai fanciulli.

2. Gli Stati parti adottano ogni misura possibile a livello pratico per vigilare che le persone che non hanno raggiunto l'età dei quindici anni non partecipino direttamente alle ostilità.

3. Gli Stati parti si astengono dall'arruolare nelle loro forze armate ogni persona che non abbia raggiunto l'età di quindici anni. Nei confronti di coloro che non hanno ancora raggiunto i diciotto anni, gli Stati parti devono arruolare con precedenza gli anziani.

4. In conformità con l'obbligo posto dal diritto umanitario internazionale di proteggere la popolazione civile in caso di conflitto armato, gli Stati adottano ogni misura possibile a livello pratico affinché i fanciulli coinvolti in un conflitto armato possano beneficiare di cure e protezione".

garanzia del diritto internazionale dei diritti umani nel valutare situazioni connesse a situazioni di conflitto armato si siano serviti in maniera più diretta o indiretta, a fianco dei diritti umani, altresì delle regole del DIU. Potrebbe qui essere richiamata la prassi della Commissione e della Corte Interamericana dei Diritti Umani, ma anche della Corte europea per la salvaguardia dei diritti umani: questi organismi, nel decidere su casi legati a situazioni obiettivamente caratterizzate dalla presenza di conflitti armati, hanno tenuto a proprio riferimento certamente le Convenzioni sui diritti umani di rispettivo riferimento, ma anche la disciplina del DIU talora in maniera più diretta (Commissione interamericana dei diritti umani), talaltra a fini interpretativi (Corte interamericana dei diritti umani), o ancora limitandosi a seguire logiche di questa proprie nel decidere della violazione dei diritti umani[12]. Quest'ultimo approccio appare prospettato anche dal Comitato dei diritti umani del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civile e politici: "As implied in … General Comment N°. 29 on States of Emergencies … the Covenant applies also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable. While, in respect to certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be specially relevant for the purposes of the interpretation of Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive" (General Comment N°. 31, *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 2004, par. 11).

Specularmente, gli organismi/strumenti di garanzia che possono apparire più propri del DIU non hanno mancato, nel valutare determinate situazioni a richiamarsi anche al diritto internazionale dei diritti umani[13]. È molto significativo a questo riguardo l'atteggiamento del Movimento internazionale di Croce Rossa che, soprattutto a partire dalla seconda parte degli anni '90, ha riconosciuto con insistenza nelle Conferenze internazionali (dove le varie componenti del Movimento si riuniscono insieme agli Stati Parte delle Convenzioni di Ginevra del 1949) come i diritti umani possano completare sotto vari profili la protezione predisposta dal DIU (si vedano varie risoluzioni adottate in occasione della XXVII Conferenza internazionale della Croce Rossa e Mezzaluna Rossa (1999),

[12] In questo ultimo senso, in via esemplificativa, si veda l'atteggiamento della Corte EDU nelle decisioni sui Casi Issaieva c. Russia e Issaieva, Youssouova e Bazaieva c. Russia (sentenze del 24 febbraio 2005).

[13] Si vedano i casi valutati dalla Corte Internazionale di giustizia in sede consultiva sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari (8 luglio 1996) e sulle conseguenze giuridiche dell'edificazione di un muro nel territorio palestinese occupato (9 luglio 2004), nonché quello valutato in sede contenziosa in tema di attività militari sul territorio del Congo (19 dicembre 2005).

e a seguire nella XXVIII Conferenza internazionale (2003), nella XXX Conferenza internazionale (2007) e ancora nella XXXI (2011). Questo approccio trova poi riconoscimento rilevante nel Restatement delle regole consuetudinarie elaborato dal CICR e pubblicato nel 2005. L'Introduzione dello studio del CICR esplicita con evidenza che in ampia misura la pratica degli Stati in materia di diritti umani è stata presa in conto per determinare l'esistenza di norme di DIU: "Where relevant, practice under international human rights law has been included in the study. This was done because international human rights law continues to apply during armed conflicts, as indicated by the express terms of the human rights treaties themselves, although some provisions may, subject to certain conditions, be derogated from in time of public emergency. The continued applicability of human rights law during armed conflict has been confirmed on numerous occasions by the treaty bodies that have analysed State behaviour, including during armed conflict, and by the International Court of Justice. This study does not purport, however, to provide an assessment of customary human rights law. Instead, human rights law has been included in order to support, strengthen and clarify analogous principles of international humanitarian law. In addition, while they remain separate branches of international law, human rights law and international humanitarian law have directly influenced each other, and continue to do so and this for mainly three reasons …"[14].

Non resta, a questo punto che procedere a sondare almeno alcuni dei profili di connessione fra DIU e diritti umani attraverso le relazioni che seguono che si concentrano su temi molto adatti a mettere in luce le dinamiche con cui si rapportano fra loro i due sistemi. Partiamo con

[14] *Customary International Humanitarian Law*, J.-M. Henckaerts e L. Doswald-Beck ed., Volume I: Rules, ICRC, Cambridge University Press, 2005, p. XXX s. Così prosegue la citazione: "First, an assessment of conformity with human rights law at times involves a determination of respect for or breach of international humanitarian law. For example, measures taken in states of emergency will be unlawful under human rights law if, inter alia, they violate international humanitarian law. Conversely, international humanitarian law contains concepts the interpretation of which needs to include a reference to human rights law, for example, the provision that no one may be convicted of a crime other than by a "regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognised as indispensable". Secondly, human rightstype provisions are to be found in international humanitarian law, for example, Article 75 of Additional Protocol I and Articles 4 and 6 of Additional Protocol II, and humanitarian law-type provisions are to be found in human rights law, for example, the provisions on child soldiers in the Convention on the Rights of the Child and its Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict. Thirdly, and most significantly, there is extensive practice by States and by international organisations commenting on the behaviour of States during armed conflict in the light of human rights law".

l'esaminare la relazione fra regole di condotta delle ostilità e le regole relative al mantenimento dell'ordine, relazione che si fa particolarmente delicata nei recenti scenari conflittuali nei quali le forze armate di uno Stato sono spesso chiamate a svolgere compiti multifunzionali e non già sostanzialmente limitati all'esercizio della forza bellica (Robert Kolb). Passeremo quindi a considerare la protezione del diritto alla vita nel suo collocarsi fra l'ottica del DIU e quella dei diritti umani: potremo porci il problema della misura in cui l'ottica di un sistema possa meticciare l'altro (Marco Pedrazzi). Sarà poi interessante sapere come e con quali specificità si atteggi la prospettiva di genere nei due settori di disciplina che qui ci interessano e come questi si siano evoluti sotto questo profilo con assonanze e dissonanze (Gabriella Venturini). La tutela della proprietà privata nella occupazione militare è ancora un tema nel quale la connessione fra i due settori normativi del DIU e dei diritti umani si presenta con grande evidenza e dove probabilmente i diritti umani hanno avuto la possibilità di giocare un ruolo più rilevante nella disciplina anche in relazione al manifestarsi dell'occupazione (o comunque del controllo del territorio ostile) in forme non tradizionali nella prassi più recente (Noemi Corso). Infine, sarà interessante sapere come diversamente possa atteggiarsi a seconda del sistema di riferimento il principio della proporzionalità e con quale specifica funzionalità nell'ipotesi in cui si pensi che il DIU e i diritti umani possano interagire (Marco Pertile).

“CONDOTTA E UTILITÀ” E “MANTENIMENTO DELL’ORDINE”: DUE CONCETTI CHIAVE NELLA DEFINIZIONE DEI RAPPORTI TRA DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO E DIRITTI UMANI

Robert KOLB*

1. La questione del rapporto fra ‘condotta delle ostilità’ e ‘mantenimento dell’ordine’ si pone oggigiorno in termini diversi da quelli alla cui luce poteva manifestarsi in un passato neanche tanto remoto. Questo mutamento è dovuto al venir meno della concezione tradizionale circa le funzioni dell’esercito. Dal Novecento alla fine del secolo scorso, l’esercito aveva la missione esclusiva di garantire la sicurezza militare dello Stato verso l’esterno (legittima difesa; aggressione) e verso l’interno (ribellione), monopolizzando il potere di combattere secondo, o anche in loro violazione, le regole di diritto internazionale bellico. Esso conduceva ostilità; niente di più. Ormai, le funzioni dell’esercito si sono profondamente modificate nel senso dell’estensione e della diversificazione di funzioni. Per fare anche solo un esempio, nel contesto di una occupazione bellica in un territorio afflitto dal crollo delle strutture pubbliche, l’esercito che controlla quel territorio dovrà contribuire in svariati modi alla ricostruzione dello Stato, facendosi carico, fra le altre attività, di operazioni di polizia volte al mantenimento della sicurezza pubblica. L’Iraq è un esempio notevole e noto di una tale evoluzione. Il Messico, in un altro contesto, quello della macrocriminalità legata alle sostanze stupefacenti, ne è un altro. Questa crescente ‘multifunzionalità’ degli eserciti odierni fa sorgere diverse conseguenze giuridiche. Fra queste va sottolineata la crescente interazione dei regimi giuridici relativi alla condotta delle ostilità da una parte e al mantenimento dell’ordine dall’altra, ossia del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani da un lato, e del diritto internazionale penale dall’altro. Ne consegue che le frontiere tradizionali, segnando palesemente il varco fra l’una e l’altra di queste

* Professore di diritto internazionale pubblico dell’Università di Ginevra. Membro della Sezione di diritto dei conflitti armati dell’esercito svizzero.

materie, non sono rimaste intoccate e verginali; esse vengono invece di volta in volta ridisegnate in funzione dei rapidi sviluppi ai quali la realtà mutevole dei fatti dà costantemente luogo.

2. L'articolazione man mano rinnovata fra i due complessi funzionali e normativi testé menzionati, ovverossia il diritto umanitario (ostilità) e i diritti umani rilevanti in tempi di conflitto armato (ordine pubblico), non significa soltanto che le frontiere fra le varie materie si siano mosse e che continuino a peregrinare. Significa altresì che sorgano nuovi ed intricati problemi di armonizzazione normativa. Per questi problemi non vi è ancora una regolare soluzione giuridica, una semplice risposta normativa. Va infatti tenuto a mente che i dettami del diritto umanitario e dei diritti umani su una questione che si trovi ad un certo momento contemplata da entrambi i complessi normativi, non è necessariamente priva di attriti, di tensioni, di dubbi, o anche di contraddizioni, siano essi apparenti o reali. Ora, tali situazioni non sono certo di per sé problematiche per l'ordine giuridico: esso conosce regole e meccanismi per canalizzare tali conflitti tra norme, avvalendosi per esempio della funzione giudiziaria. Nel campo del diritto internazionale pubblico e ancor più in quello della guerra, tali meccanismi istituzionali sono tuttavia rari e difficili da mettere in moto. È dunque inevitabile che tali nuovi conflitti siano più acuti e meno facilmente sanabili. Il loro smaltimento non può che essere più lungo, complicato e parziale. L'esempio del 'diritto alla vita', attanagliato tra il diritto umanitario e i diritti umani, illustra assai proficuamente questa situazione di tensione fra i due corpi giuridici. Senza esagerare o drammatizzare le differenze, può essere sottolineato che in linea di massima il diritto umanitario è più deferente verso l'evento letale – come si evince per esempio dalla facoltà di principio del combattente di uccidere nel combattimento l'avversario, senza dover in ogni caso tentare l'uso del mezzo meno incisivo, oppure come si constata nel regime giuridico delle perdite collaterali, articolo 51, § 5, lettera b, del Protocollo aggiuntivo I 1977 – di quanto non lo siano i diritti umani, con il loro principio di necessità, strettamente interpretato.

3. A seconda della funzione che in concreto esercita, il militare dovrebbe dunque orientarsi tra corpi di norme e tra considerazioni giuridiche di volta in volta leggermente o magari anche cospicuamente diverse. Non sempre tale esercizio, già difficile per il giureconsulto, può essere congeniale al soldato, ove si badi anche al fatto che egli non si trova

nelle condizioni di uno studioso a tavolino, bensì nel bel mezzo di mutevoli e di pericolose situazioni reali. Quali possono essere tali situazioni? Ve ne sono diversi esempi. Primo: il posto di blocco. Il militare può qui trovarsi confrontato con un attacco militare, con vetture militarmente segnalate, con carri armati, con fuoco d'artiglieria. In questo caso classico, egli si trova nel suo campo di competenza tradizionale, quello delle ostilità. Lo stesso militare può però anche trovarsi in una situazione ambigua: una vettura piomba su di lui, senza che egli sappia bene se si tratti di un attacco militare di stampo guerrigliero o di una vettura di persone civili, che non riescono a governare il mezzo. Stando all'interpretazione dei fatti – necessariamente intempestiva –, la reazione e i principi giuridici applicabili sono diversi. Secondo: le manifestazioni di protesta nel territorio occupato. Può in questo campo risultare difficile distinguere nettamente fra insurrezioni e azioni di resistenza, sottostanti al diritto delle ostilità armate, e disordine pubblico, pertinente invece al diritto del mantenimento dell'ordine. Terzo: le azioni per la liberazione di prigionieri di guerra. Una delle parti in conflitto può, mediante truppe specializzate, tentare di far liberare forzosamente membri del proprio esercito detenuti in territorio ostile quali prigionieri di guerra. Ora, durante questa azione, può capitare che la popolazione locale insorga spontaneamente contro le truppe straniere e che tenti di ostacolare la liberazione dei prigionieri. In questa situazione, le truppe in missione si vedono coinvolte in una azione che almeno in parte, in quanto coinvolge la popolazione locale, può concernere la categoria del mantenimento dell'ordine anziché la condotta delle ostilità. Quarto: una parte belligerante in un conflitto armato – poniamo che si tratti degli insorti – si finanzia tramite transazioni e traffici di stupefacenti o con altre forme di criminalità organizzata; la polizia non è in grado di intervenire, data l'alta tensione bellica che regna nella regione controllata dagli insorti. L'esercito sarà, in questo caso specifico, chiamato a svolgere una doppia azione, al contempo bellica e di polizia. Quinto: delle forze ONU di mantenimento della pace, schierate in un territorio dopo la fine delle ostilità attive, si trovano confrontate da un canto con attacchi sporadici delle previe parti belligeranti e dall'altro con livelli di criminalità organizzata molto elevati. In che modo queste forze potranno usare le armi? Come interagiranno il loro mandato, le *rules of engagement*, il diritto umanitario, i diritti umani, il diritto internazionale penale? Affinché queste situazioni, or ora descritte, diventino più palpabili e concrete, aggiungo in allegato a questo testo le domande di un esercizio che proposi qualche mese fa a militari (ad alti gradi di comando) dell'esercito svizzero.

4. Ora, è pur facilmente evidente che il diritto delle ostilità e quello dell'ordine non differiscono nel senso di una scissione netta e permanente tra i due ambiti, e neanche perché non si possano reciprocamente sovraporre e accavallare. Innanzitutto, vi è del diritto di mantenimento dell'ordine nel diritto umanitario e vi è viceversa del diritto umanitario di stampo bellico nei diritti umani. L'articolo 42 della Convenzione III di Ginevra del 1949 relativa ai prigionieri di guerra illustra la prima alternativa. Esso tratta dell'uso della forza contro un prigioniero che tenta di evadere. L'uso della forza viene disciplinato in questo contesto da regole e da idiomi appartenenti ai diritti umani e al mantenimento dell'ordine. La necessità di una sommazione prima di aprire il fuoco sul fuggiasco ne è un emblema caratteristico. L'interpretazione che la Corte Europea dei Diritti Umani conferisce all'articolo 2 della Convenzione, per il controllo della quale è istituita, offre un esempio della seconda ipotesi. Trattandosi di una operazione militare nel contesto di un conflitto armato non internazionale, la Corte interpreta il diritto alla vita, di cui all'articolo 2 menzionato, come implicante una serie di doveri positivi dello Stato. Esso deve meticolosamente preparare l'operazione bellica affinché riesca a limitare i danni collaterali, a beneficio della popolazione civile; altrimenti la Corte non riterrà soddisfatta l'esigenza di necessità, richiesta per poter accettare la limitazione del diritto alla vita. Ora, per apprezzare il carattere opportuno e adeguato della preparazione che anticipa l'attacco bellico, la Corte consulta l'articolo 57 del Protocollo aggiuntivo I del 1977, che appunto tratta delle misure di precauzione nell'attacco (caso *Issaieva*). Seppure la Corte non abbia il potere di applicare direttamente quell'articolo 57, se ne ispira nell'interpretazione dell'articolo 2 della Convenzione Europea dei Diritti Umani, quasi a vedervi una specie di rinvio operato dal giudice e atto a consolidarsi tramite la sua giurisprudenza.

Per altro, il diritto di ostilità e quello dell'ordine possono anche trovare applicazione contemporanea, differendo solamente in relazione alla funzione concreta considerata di volta in volta. L'esempio precedentemente enunciato, relativo a una operazione di liberazione di prigionieri di guerra detenuti in territorio ostile, lo illustra. Alla stessa maniera, in un conflitto armato non internazionale o in un territorio occupato, possono contemporaneamente verificarsi sia delle operazioni belliche (combattute secondo il diritto delle ostilità) sia la cattura di persone poste sotto il controllo di quella stessa unità militare che ancora combatte (qui si applica il diritto umanitario ma anche, se vi fosse necessità, si ricorre ai diritti umani). Vi sono poi casi nei quali il diritto umanitario rinvia più o meno apertamente ai diritti umani, per esempio nella definizione degli elementi necessari a un processo penale equo. I diritti umani – che, con-

trariamente al diritto umanitario, sono arricchiti da una fitta e prolungata giurisprudenza – giovano in questo caso al diritto umanitario tramite la loro funzione integrativa.

5. In quelle situazioni infine nelle quali possa verificarsi una tensione, una sfasatura o proprio una non conformità fra il modello del mantenimento dell'ordine e quello della condotta delle ostilità, come si potranno sciogliere i grovigli? Va innanzitutto notato che il diritto internazionale non è ancora sufficientemente evoluto a questo proposito. È del resto difficile che lo sia, non fosse altro perché le situazioni concrete nei vari teatri della guerra moderna si evolvono e mutano ad un ritmo assai affannoso. L'incertezza del diritto in questo campo è causa di grave preoccupazione. Va infatti tenuto presente che una operazione militare suppone che i suoi diversi componenti abbiano le idee chiare su tutto quello che definisce i loro poteri e doveri. È altresì impossibile imporre a forze militari distinzioni complicate e proporre loro regole insicure. I militari non sono giuristi, che una vita di acume e di studio spendono su tali problemi, né possono maneggiare regole complesse e intricate in situazioni che al momento critico sono generalmente di grande urgenza. Rimane tuttavia possibile indicare genericamente in quali situazioni dovrebbe prevalere il modello delle ostilità piuttosto che quello dell'ordine. Si tratta di criteri aperti e generali, che vanno integrati in una crescita organica della prassi e della giurisprudenza. In altre parole: si tratta di criteri che la prassi e la giurisprudenza potrebbero annoverare fra quelli che permetterebbero loro di conferire man mano più precisione al diritto applicabile.

6. Sembra dover esserci una predominanza del diritto delle ostilità quando: (a) vi è un conflitto armato e l'azione in considerazione abbia luogo in quel preciso contesto (nesso causale e funzionale); (b) vi sia un uso della forza contro combattenti, obiettivi militari o persone civili partecipanti direttamente alle ostilità; (c) vi sia assenza di controllo sulle persone contro le quali la violenza è utilizzata (sicché, per esempio, la possibilità di un arresto non esiste); (d) e in generale quando vi sia un grado di violenza elevato, ossia veri e propri combattimenti di carattere tipicamente bellico. Vi è viceversa una predominanza del diritto dell'ordine: (a) parzialmente nei casi di persone detenute, sulle quali vengano esercitati adunque un controllo e una potestà (applicazione parallela di regole di diritto umanitario e di diritti umani, i secondi inte-

grando le regole del diritto umanitario); (b) in caso di disordine pubblico, con manifestazioni e violenza non organizzata; (c) in caso di attacchi provenienti da persone o da fonti indeterminate, specialmente afferenti alla criminalità.

7. Il diritto internazionale è ancora ben lungi dal fornire una risposta articolata e adeguata al problema dal quale qui abbiamo preso le mosse e che abbiamo tentato di abbozzare. Dalla parte dei giuristi vi è la necessità di sviluppare il diritto tenendo conto della mentalità e dei bisogni delle forze militari. Non sarebbe utile mantenere vecchie abitudini e riflessi, che non rispecchiano né echeggiano le situazioni attuali, ma che pure ci sono: *quod fieri non debet, factum valet*. Sarebbe altrettanto inutile abbandonarsi a costruzioni puramente umanitarie, ispirate a un progressismo astratto, da tavolino, che non sarebbero poi prese sul serio da coloro che in fin dei conti devono applicare quelle regole, cioè le forze armate. Dalla parte dei militari, però, vi è d'altro canto la necessità di una aperta e premurosa collaborazione con i giuristi, come pure di uno sforzo di flessibilità e di mobilità mentale per far fronte a nuove situazioni fin qui sconosciute. Nei prossimi anni non si eviterà una parziale rielaborazione del diritto applicabile alle forze armate e alle situazioni belliche, quasi-belliche e post-belliche. Sarà importante tenere attentamente d'occhio i fenomeni da regolamentare e stare attenti a non dissolvere il diritto specialmente disegnato per regolare i conflitti armati – il diritto umanitario –, in una massa galattica eccessivamente complessa, che la discrediti nella cerchia dei militari. In altre parole, si deve prevedere un lavorìo potenzialmente erculeo e certamente esteso nel tempo. Il rispetto della specificità di ciascuna delle parti del diritto internazionale applicabile, quello dei diritti umani e quello umanitario, pur garantendo una proficua collaborazione fra di esse, in una parola la ricerca di un equilibrio realistico sul terreno, anzichè mere luminose costruzioni di elevato ingegno, funge da stella polare per gli sforzi che dovranno essere intrapresi negli anni che spaziano davanti a noi.

Allegato/Quesiti allegati:

CASE STUDIES·

CASE 1:

Turfy is a country facing an insurgency. The insurgents' group is called the Party for the Liberation of Turfy (PLT). It is well organised, under responsible command and it wants secession. It already succeeded in controlling the southern part of the country. Despite the fact that armed clashes between the security forces/army of T., on one side, and the PLT, on the other side, are very violent, the Government of T. refuses to admit the existence of a non international armed conflict. It considers members of the PLT as mere terrorists.

The "fight against terrorism" of the Government of T. takes different forms. For example, on 2 May 2011, the armed forces of T. dropped a 10-ton bomb on a PLT's headquarter in the southern part of T. (under the control of the insurgents). This attack killed 50 insurgents as well as more than a hundred civilians since the headquarter was situated in the middle of a densely populated village.

On 10 April 2011, a suspicious convoy arrived at a checkpoint manned by security forces of T. Although the checkpoint was clearly indicated, the convoy arrived at high speed and did not stop when ordered to do so. In panic, the security forces fired at the convoy, killing 10 persons. After an investigation conducted by a local NGO, it appeared that the persons killed were not members of the PLT but civilians trying to escape insurgents attacking their neighbouring village.

In your view, was force used excessively in the two abovementioned attacks. If yes, how force should have been used. To answer this question, you have to determine first which use of force regime is applicable in each case (conduct of hostilities or law enforcement).

State T. is a party to the European Convention on Human Rights, to the Geneva Conventions and to their Additional Protocols.

· Redatti da Gloria Gaggioli, collaboratrice del CICR.

CASE 2:

State A. is engaged in an international armed conflict with State B. State A captured enemy combatants and interned them in the Fulina camp as prisoners of war on its own territory. On 6 June 2010, five prisoners of war tried to escape.

States A and B are parties to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. State A is a party to the European Convention on Human Rights.

- Can State A use force to prevent the prisoners of war to escape?
- What legal regime would you apply for the use of force in such a situation?
- Concretely, what would you do? Which kind of weapons would you use? Which precautions would you take? Etc.

CASE 3:

On April 28th, around 6:30 p.m, a protest demonstration against the U.S. occupation in al-Falluja began. Approximately 150 people gathered in front of the Ba`th Party headquarters on the main street, where U.S. troops in al-Falluja were based. Initially, the protest was peaceful and no one had guns. Participants in the demonstration chanted slogans like "God is great! Muhammad is his prophet!" They also chanted a slogan heard often at protests around Iraq: "No to Saddam! No to the U.S.!" There had been regular shooting in al-Falluja, even shots at U.S. troops, but this was "not usual." After some attempts by the US army to disperse the crowd (with a loudspeaker), the crowd became more aggressive and started to throw rocks at the US buildings. Some participants in the demonstration had weapons and shooting from the crowd started. It is not clear whether demonstrators shot in the air or against US buildings/personnel.

- Can force be used to contain riots?
- What legal regime would you apply for the use of force in such a situation?
- Concretely, what would you do? Which kind of weapons would you use? Which precautions would you take? Etc.

CASE 4:

A. and B. are two neighbouring countries fighting one another because of a long-lasting territorial dispute. After a successful attack on 3 March 2010, the army of B. captured more than a 100 combatants of A. Since then, these combatants were detained in a prison situated in the middle of a small village, called the Cima, bordering the two countries and controlled by State B.

State A. decided to mount a military operation in order to free the members of their armed forces detained there. After careful planning, the army of A., heavily armed, succeeded in surrounding the Cima village, in controlling the prison after having attacked and killed the guards and in freeing the members of their forces detained. However, A did not expect that the population of the village would react violently to this assault and started rioting and throwing all kinds of heavy objects against A's soldiers. Feeling threatened by the population, the latter fired in the crowd. More than twenty civilians were killed or injured.

Was force used excessively? In order to answer this question you need to identify which legal regime regulated the use of force in the context of the assault against the prison and in the context of the riots. What could have been done to minimise the death toll among the civilian population?

States A and B are parties to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. State A is a party to the European Convention on Human Rights and to International Covenant on Civil and Political Rights.

CASE 5:

Opioma is a country facing an internal armed conflict. The Government is fighting against insurgents wanting to seize power. The insurgents are financing their weapons and military equipment by the trade of opium. They therefore entertain close links with drug-lords. In order to better fight against the insurrection, the Government of Opioma decides to conduct simultaneously a "drug-war", i.e. to target drug cartels.

Thanks to its intelligence services, the Government of Opioma has

succeeded in identifying a house where drug-lords and insurgents meet regularly. This house is situated in the southern part of Opioma, which is under the control of the insurgents. The intelligence services moreover discovered that an important transaction would be operated in this house on 1 June 2011 between the insurgents and drug-lords. The governmental army is considering basically two options:

Option A: to bomb the house on the 1st of June 2011.
Option B: to introduce special forces on this part of the territory controlled by the insurgents and to try to capture the insurgents as well as the drug-lords in order to obtain more information regarding the drug-trade.

You are the legal adviser of the commander in charge of this operation. The commander, who is very much willing to abide by the law, asks you what is the most appropriate option from a legal point of view? In order to answer this question, you have to determine whether this operation would be governed by the conduct of hostilities or by the law enforcement regime.

Opioma is a party to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. It is also a party to the European Convention on Human Rights.

CASE 6:

Titiland is a European democratic and peaceful country. It has got a very efficient army, which often participates in peace operations. One of the peace operations in which Titiland participated took place in Kamingo, a territory placed under UN administration after an internationalized non international armed conflict. Even though the conflict is over, the ethnic hatred, which fostered the conflict, often result in serious acts of violence. Sometimes, the Forces of Titiland – which are there exclusively to maintain the peace according to UN Security Council resolution 1343 – are directly attacked by the former parties to the armed conflict. In addition to the direct attack by the former parties to the conflict, peacekeepers face the challenge of an extremely high rate of criminality: they witness serious crimes committed against the civilian population, such as rapes, killings, lootings. Even their own military equipment (guns, infrared lights, uniforms) are often looted by criminals.

To face these situations of violence, can peacekeepers use force? To what extent? On what depends their ability to use force? If they use force, is such a use of force governed by the law enforcement or the conduct of hostilities regime?

Titiland is a party to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. It is also a party to the European Convention on Human Rights and to the International Covenant on Civil and Political Rights.

LA PROTEZIONE DEL DIRITTO ALLA VITA TRA DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO E TUTELA INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI

Marco PEDRAZZI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le differenze nei livelli di protezione: a) I parametri di riferimento; b) I beneficiari della protezione; c) Necessità e proporzionalità – 3. Il diritto applicabile: a) le ostilità. – 4. Il diritto applicabile: b) altre situazioni. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il diritto alla vita costituisce valore fondante, essenziale, primario tanto per le norme internazionali, pattizie e consuetudinarie, che tutelano i diritti umani quanto per il diritto internazionale umanitario. Ciò è dovuto ad un'ovvia ragione di ordine logico: tanto i diritti umani quanto il diritto umanitario hanno quale obiettivo fondamentale la protezione della persona, sebbene tale obiettivo sia assolutamente dominante nelle norme che tutelano i diritti umani, mentre nel diritto internazionale dei conflitti armati esso deve contemperarsi con l'obiettivo confliggente della protezione dell'interesse dei belligeranti a conseguire risultati utili nella condotta delle operazioni militari. Né vi è bisogno di spiegare perché la vita sia il presupposto primo per il godimento delle diverse forme di protezione della persona predisposte dal diritto.

Proprio per questo motivo la tutela della vita impone allo Stato, in virtù delle norme sui diritti umani, non solo obblighi di astensione, cioè di non compiere azioni tese a o che possono avere per conseguenza la privazione della vita delle persone, ma anche obblighi di fare, tesi a consentire appieno la realizzazione di questo diritto: ambito nel quale il diritto alla vita viene inscindibilmente a legarsi con altri diritti umani, in particolare con taluni diritti economici e sociali, quali i diritti all'alimentazione, a condizioni di vita dignitose, alla salute. Del resto, lo stesso possiamo dire per il diritto umanitario, laddove si pensi a certe

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

norme relative al trattamento dei prigionieri di guerra o dei civili in territorio occupato.

Mi concentrerò peraltro sull'aspetto negativo, cioè del divieto di privazione della vita, in particolare sui limiti posti all'uso della forza potenzialmente letale, perché è qui che emergono più chiaramente possibili divergenze con il diritto internazionale umanitario. E, mentre per ciò che riguarda il DIU, le norme a protezione della vita, pur contenute in varie convenzioni, sono largamente corrispondenti al diritto consuetudinario, relativamente ai diritti umani la valutazione dei limiti in cui la vita risulti protetta da norme consuetudinarie, se non addirittura di *ius cogens*, risulta meno agevole. D'altra parte, la questione della tutela di tale diritto, nelle situazioni di conflitto armato, emerge in modo specifico nel quadro dell'applicazione di convenzioni internazionali sui diritti umani e dunque mi limiterò ad affrontarla in tale ambito e dal punto di vista degli organi competenti a verificare il rispetto da parte degli Stati delle convenzioni stesse. In particolare, mi soffermerò sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, che più di ogni altro tribunale o organo quasi giudiziale ha avuto l'occasione di confrontarsi con il tema.

Nonostante la sua natura fondamentale, per le sue caratteristiche la vita non è oggetto di una protezione assoluta, a differenza di alcuni altri diritti umani, *in primis* quello di non essere sottoposto a tortura, o la libertà di coscienza. Esiste insomma un nucleo connesso alla dignità della persona ed alla sua integrità nella sua sfera più intima che non è suscettibile di legittima compressione in nessuna circostanza, finché la persona è in vita. Mentre la vita stessa in alcune circostanze può essere lecitamente tolta: ciò può essere inevitabile nei conflitti armati, ma anche in tempo di pace.

Le questioni fondamentali che si pongono sono due: 1) quali sono le differenze tra i livelli della protezione offerta dalle norme a tutela dei diritti umani e dal diritto umanitario; 2) qual è il diritto applicabile (quello dei diritti umani o quello umanitario) nelle diverse situazioni (in particolare, nell'ambito delle ostilità attive e in altre ipotesi in cui entrambi possano venire in rilievo), ammesso che i due sistemi normativi non debbano essere contemperati. E questa domanda si pone al di là della troppo facile equazione secondo cui il diritto umanitario prevale in quanto *lex specialis*[1].

[1] Per una chiara enunciazione della tesi della *lex specialis* cfr., in particolare, Corte internazionale di giustizia, parere dell'8 luglio 1996 relativo alla *liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*, in *ICJ Reports*, 1996, par. 25. Cfr. altresì il parere relativo alle *conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato* del 9 luglio 2004, riprodotto in *RDI*, 2004, p. 1069 ss., ai paragrafi 102 ss. In dottrina, sul

È bene però partire da una disamina delle differenze, perché se differenze non vi fossero il problema del diritto applicabile risulterebbe alquanto teorico.

2. Le differenze nei livelli di protezione

a) I parametri di riferimento. Le differenze ci sono e sono di un certo rilievo. La prima differenza di fondo è data dal fatto che le norme delle convenzioni sui diritti umani prevedono limiti alla protezione della vita, a fronte dell'uso della forza da parte dello Stato, che attengono alla tutela di interessi pubblici: questi ultimi sostanzialmente si identificano con la tutela dello stesso diritto alla vita o di altri diritti fondamentali, quali l'integrità personale o la sicurezza, di (altri) singoli o della collettività. Ciò è vero per tutte e tre le motivazioni che giustificano il ricorso alla forza potenzialmente letale da parte dello Stato in base all'art. 2.2 della CEDU, nell'interpretazione che ne è stata data nella giurisprudenza della Corte: "assicurare la difesa di qualsiasi persona dalla violenza illegale", "eseguire un arresto legale o impedire l'evasione di una persona legalmente detenuta", "reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione"[2]. E non è meno vero per il Patto internazionale sui diritti civili e politici o per la Convenzione americana sui diritti umani, per quanto entrambe si limitino ad enunciare il divieto di "privazione arbitraria" della vita[3]: laddove l'arbitrarietà è stata interpre-

rapporto tra diritto internazionale umanitario e norme internazionali a tutela dei diritti umani, si rimanda, fra i tanti, a E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, in *CI*, 1996, p. 473 ss.; T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, in *AJIL*, 2000, p. 239 ss.; G. VENTURINI, *Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza*, in *RIDU*, 2001, p. 49 ss.; H.-P. GASSER, *International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-international Armed Conflict: Joint Venture or Mutual Exclusion?*, in *GYIL*, 2002, p. 149 ss.; H.-J. HEINTZE, *On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law*, in *IRRC*, 2004, p. 789 ss.; J.-M. HENCKAERTS e L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, 3 volumi, Cambridge, 2005, vol. I, p. 299 ss.; M. PÉREZ GONZALEZ, *Diritti umani e diritto umanitario: una scommessa sulla convergenza*, in *DUDI*, 2007, p. 485 ss.; F.J. HAMPSON, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Treaty Body*, in *IRRC*, 2008, p. 549 ss.; R. KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, 2e éd., Bâle/Bruxelles, 2009, p. 126 ss.

[2] Le traduzioni della CEDU sono tratte da R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, 5a ed., Torino, 2010.

[3] Cfr. Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 16 dicembre 1966), art. 6; Convenzione americana sui diritti umani (San José, Costa Rica, 22 novembre

tata dagli organi di controllo sulla base di criteri non del tutto coincidenti ma analoghi a quelli emergenti dalla CEDU e dalla relativa giurisprudenza[4].

Al contrario, nel diritto internazionale umanitario la protezione della vita non si contempera con la tutela di diritti altrui, bensì con la tutela dell'interesse delle parti in conflitto al conseguimento di risultati utili sul piano dello scontro con l'avversario, cioè in ultima analisi alla vittoria su quest'ultimo: tale contemperamento lo si ritrova, in particolare, nella necessità militare, intesa quale principio generale che consente il ricorso alla violenza solo nei limiti necessari a conseguire gli obiettivi del conflitto[5]. Tale principio, ed il contemperamento che esso esprime, si caratterizzano insomma, necessariamente, dati i caratteri di fondo di questo ramo del diritto, per una indifferenza valoriale, nel senso che non conta il fine ultimo dell'uso della forza, visto che qualunque considerazione relativa allo *ius ad bellum* è bandita dal suo ambito.

Né ritengo che l'art. 15 della CEDU, laddove dispone la possibilità di deroga, anche del diritto alla vita, a favore dei criteri stabiliti dal diritto internazionale umanitario, "in caso di guerra", possa essere letto nel senso di precostituire un'eccezione al criterio del perseguimento dell'interesse pubblico che pure lo stesso testo dell'articolo accoglie in pieno ove si riferisce al "pericolo pubblico eccezionale che minacci la vita della nazione": ritengo anzi che difficilmente potrebbe essere valutata compatibile con la Convenzione una deroga introdotta da uno Stato per una situazione bellica da esso stesso provocata attraverso lo scatenamento di una guerra di aggressione, cioè attraverso un comportamento che viene a minare i fondamenti stessi su cui la Convenzione si regge. A

1969), art. 4. Per una ricostruzione storico-comparativa della redazione dell'art. 2 della CEDU e dell'art. 6 del Patto si rinvia a C.K. BOYLE, *The Concept of Arbitrary Deprivation of Life*, in B.G. RAMCHARAN (ed.), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, p. 221 ss., a p. 226 ss. Per un esame delle due norme e della relativa giurisprudenza cfr. altresì, rispettivamente, C. RUSSO e A. BLASI, *Art. 2*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 35 ss.; M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2a ed., Kehl, 2005, p. 120 ss.

[4] Cfr., ad esempio, Comitato dei diritti umani, comunicazione n. 45/1979, *Guerrero* c. *Colombia*, constatazioni del 31 marzo 1982, par. 13 (cfr. UN Doc. Supp.No. 40 (A/37/40)); Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 24 novembre 2011 nel caso *Familia Barrios* c. *Venezuela*, par. 49. Le sentenze della Corte sono reperibili sul sito *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*.

[5] Cfr. per tutti, da ultimo, G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, in I.F. DEKKER and E. HEY (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, *Volume 41, 2010*, The Hague, 2011, p. 45 ss.

maggior ragione tale ragionamento non dovrebbe poter trovare spazio nelle altre convenzioni, in particolare il Patto e la Convenzione americana, nelle quali la guerra non viene neppure menzionata tra i motivi di deroga (pur essendo per definizione una situazione di pubblica emergenza) né si contempla una possibilità di derogare al diritto alla vita, che rimane tutelato, anche in tempo di guerra, dal divieto di privazione arbitraria[6].

È anche vero che all'atto pratico questa differenza valoriale tra i due sistemi normativi non ha dato luogo fino ad oggi a conseguenze di rilievo: ma ciò dipende principalmente dal fatto che gli organi di controllo in materia di diritti umani non hanno avuto sino ad oggi sostanzialmente occasione di occuparsi, anche per propria scelta interpretativa[7], di privazioni della vita dei combattenti o civili avversari in situazioni di conflitto armato internazionale, se si eccettuano taluni casi concernenti territori occupati o persone sottoposte al potere dell'avversario[8]. Ma anche se dovesse mutare radicalmente l'orientamento seguito dalla Corte europea nel caso *Banković*, il che finora non è avvenuto, la tutela dei diritti umani continuerà prevalentemente a confrontarsi con il DIU in situazioni di conflitto armato interno. In tali situazioni, va ricordato, gli organi di controllo si occupano solo del comportamento di una parte in conflitto, cioè dello Stato. E per quanto ciò possa essere criticabile, è prevedibile che gli stessi organi, altamente restii ad avventurarsi in valutazioni politiche decisamente sensibili, continuino, come hanno fatto sinora, più o meno esplicitamente, a prestare fede alle ragioni avanzate dal governo (l'esigenza di "reprimere un'insurrezione", secondo la lettera dell'art. 2.2 c)

[6] Su questo tema si confrontano, a dire il vero, tesi opposte. Qualche spunto è offerto dai Commenti generali n. 6 (par. 2) e n. 14 del Comitato dei diritti umani sull'art. 6, rispettivamente del 30 aprile 1982 e del 9 novembre 1984 (la documentazione del Comitato è reperibile dalla pagina web *http://tb.ohchr.org/default.aspx*). Per qualche considerazione ulteriore e per alcune indicazioni bibliografiche si rinvia a M. PEDRAZZI, *Il limite dei diritti umani fondamentali nella condotta delle ostilità*, in M.L. PICCHIO FORLATI (a cura di), *Controllo degli armamenti e lotta al terrorismo tra Nazioni Unite, Nato e Unione europea*, Padova, 2007, p. 363 ss., a p. 380 ss.

[7] Cfr. Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), decisione sulla ricevibilità nel caso *Banković* (ric. n. 52207/99), 12 dicembre 2001. La giurisprudenza della Corte può essere consultata sul sito *http://www.echr.coe.int*. Per un esame della nozione di giurisdizione statale quale limite del campo di applicazione delle convenzioni sui diritti umani, nozione la cui interpretazione sta alla base della ricordata pronuncia, cfr. per tutti P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

[8] Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte europea *Issa e altri* c. *Turchia* (ric. n. 31821/96) del 19 ottobre 2004, par. 65 ss. e *Al-Skeini e altri* c. *Regno Unito* (Grande Camera, ric. n. 55721/07) del 15 giugno 2011. Quest'ultima sentenza, in particolare, costituisce un indubbio passo avanti rispetto alla decisione *Banković*, pur mantenendo alcune ambiguità e non costituendo un punto di svolta radicale.

della CEDU, al fine di proteggere la vita e la sicurezza della popolazione), quali che possano essere quelle dei ribelli, anche eventualmente collegate a gravi violazioni dei loro diritti umani[9]. Piuttosto, essi si addentrano nel valutare le modalità dell'uso della forza alla luce dei criteri su cui tra poco ci soffermeremo. Dunque, nei limiti in cui il ricorso alla forza da parte dello Stato è in sé giustificato e ciò che conta sono i metodi, le modalità con cui la forza è utilizzata, ci si colloca su un terreno sul quale il confronto con la disciplina del DIU risulta sicuramente più agevole.

b) I beneficiari della protezione. Ma esiste un'altra fondamentale differenza ed attiene ai beneficiari della protezione: le norme sui diritti umani tutelano in modo uguale e indifferenziato la vita di ogni individuo, le norme di diritto umanitario tutelano di volta in volta, e in modo differenziato, la vita delle diverse "categorie protette". La differenza certamente più rilevante, nell'ambito del DIU, è quella, in relazione alla condotta delle operazioni militari, tra la categoria dei combattenti e quella dei civili. Il civile non può mai essere oggetto di attacco. Il combattente per definizione può essere attaccato: soltanto quando si trova fuori combattimento per detenzione, ferite, malattia o per resa la sua protezione è assimilabile a quella del civile. A sua volta, il civile viene assimilato al combattente, dal punto di vista della perdita della protezione dagli attacchi, se e nei limiti in cui partecipi direttamente alle ostilità[10]. Nei conflitti armati non internazionali non vi sono tecnicamente "combattenti", ma la regola è la stessa: non beneficiano di protezione tutte le persone che partecipano direttamente alle ostilità.

Il combattente, che non sia fuori combattimento, e il civile che partecipa direttamente alle ostilità sono protetti solamente, nei conflitti armati internazionali e, almeno in una certa misura, anche in quelli non internazionali, dalle norme che proibiscono l'uso di determinate armi o di determinati metodi di combattimento quale la perfidia nonché dal principio generale che vieta l'uso di armi atte a causare mali superflui o sofferenze inutili. È vero, secondo il preambolo della Dichiarazione di S. Pietroburgo del 1868, dovrebbero essere anche bandite le armi che "rendono

[9] Si veda a titolo di esempio il ragionamento della Corte europea nella sentenza del 24 febbraio 2005 nel caso *Isayeva* c. *Russia* (ric. n. 57950/00), par. 180.

[10] Sul concetto di partecipazione diretta alle ostilità cfr. il documento *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, adottato dall'Assemblea del Comitato internazionale della Croce Rossa il 26 febbraio 2009 (riprodotto in *IRRC*, 2008, p. 991 ss.). Dell'ampio dibattito cui ha dato luogo non è possibile dare conto in questa sede.

inevitabile la morte", solo scopo legittimo del conflitto essendo "l'indebolimento delle forze militari del nemico" e a tal fine il "mettere fuori combattimento il maggior numero possibile di uomini"[11]; ma sarebbe travisare la realtà del DIU il ritenere che tali precetti, del resto non enunciati nel testo di alcun trattato, costituiscano un freno effettivo alle possibilità di uccidere il nemico. I civili, d'altro canto, sono protetti dal principio di distinzione, dal correlato divieto di attacchi indiscriminati, dai principi di proporzionalità e di precauzione.

c) Necessità e proporzionalità. Veniamo alla terza differenza, che opera sul piano delle modalità di uso della forza. Nelle norme sui diritti umani la regola principale, così come enunciata nella CEDU e confermata nella giurisprudenza[12], è quella secondo cui il ricorso alla forza (potenzialmente letale) è consentito solo se "reso assolutamente necessario" per raggiungere uno degli obiettivi considerati sopra. E' dunque adottato un criterio di necessità e proporzionalità molto severo, che si giustifica alla luce dell'importanza fondamentale che la tutela del diritto alla vita riveste nelle convenzioni sui diritti umani. Anche il DIU contempla, come detto sopra, criteri di necessità e proporzionalità, che si esprimono nel divieto relativo alle armi che causano "sofferenze inutili", per ciò che attiene alla tutela dei combattenti; e nel criterio di proporzionalità in relazione alla protezione della vita dei civili a fronte di attacchi diretti contro combattenti e obiettivi militari, che si esprime sostanzialmente nella messa al bando di quegli attacchi che siano tali da provocare perdite incidentali fra i civili che risultino sproporzionate rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto[13]. Ora, anche ammettendo che il riferimento ai diversi parametri di necessità e proporzionalità dei diritti umani e del diritto umanitario non produca, nel concreto, differenze di rilievo, e tralasciando il diverso trattamento dei combattenti e dei civili, su cui già ci siamo soffermati, la regola della CEDU, analoga a quella accolta dalla prassi degli altri organi di controllo, si caratterizza indubitabilmente per una maggiore severità[14].

[11] Le traduzioni sono tratte da E. GREPPI, G. VENTURINI, *Codice di diritto internazionale umanitario*, 3a ed., Torino, 2010.

[12] Si veda, quale esempio paradigmatico, la sentenza della Corte europea (Grande Camera) nel caso *Mc Cann* c. *Regno Unito* (ric. n. 18984/91) del 5 settembre 1995, par. 147 ss.

[13] Cfr. art. 51, par. 5 lett. b) del Primo Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra (Ginevra, 8 giugno 1977).

[14] Sulla differenza tra le valutazioni di proporzionalità proprie delle norme a tutela dei diritti umani e del DIU, cfr., tra gli altri, R. HASSENFLUG, *Comment*, in *GYIL*, 2002, p. 78 ss., a p. 81; R. WATKIN, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights*

3. Il diritto applicabile: a) le ostilità

Nelle situazioni di ostilità, di scontri armati in corso, qual è il diritto applicabile? Qui la pretesa che il DIU debba prevalere in quanto *lex specialis* è sensata, in quanto tale sistema giuridico è specificamente diretto a regolare situazioni di conflitto, mentre è indubbio che le norme in materia di diritti umani a protezione del diritto alla vita siano specificamente pensate per situazioni di pace. Ma se ci situiamo nella prospettiva di una convenzione sui diritti umani e dell'organo chiamato ad applicarla, la risposta può essere diversa. E come sappiamo è diversa la risposta che viene data dai diversi organi. Da un lato viene sollevato un problema di competenza dell'organo: come è noto, in contrapposizione al diverso atteggiamento precedentemente tenuto dalla Commissione interamericana[15], la Corte ha affermato di non essere competente ad applicare il DIU, ma di poterlo utilizzare, in situazioni di conflitto armato, al fine di interpretare la Convenzione americana[16]. La Commissione africana ha fatto applicazione del DIU in quanto principi generali del diritto riconosciuti dagli Stati africani[17]. Nell'ambito della Corte europea, invece, il problema è stato affrontato in termini di scelta del diritto applicabile alla luce delle disposizioni della CEDU. Dato che l'art. 15 della CEDU consente allo Stato parte, "in caso di guerra", di derogare anche all'art. 2, per l'ipotesi di "decesso risultante da legittimi atti di guerra", cioè da atti conformi al DIU, in assenza della adozione di deroghe da parte dello Stato interessato la Corte, in particolare in una serie di casi russi inaugurata

Norms in Contemporary Armed Conflicts, in *AJIL*, 2004, p. 1 ss., a p. 32 s.; C. DROEGE, *Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law*, in *IRRC*, 2008, p. 501 ss., a p. 525 ss. Quali esempi della prassi degli altri organi di controllo cfr. ancora le constatazioni del Comitato dei diritti umani nel caso *Guerrero* c. *Colombia* cit. nonché le Osservazioni conclusive dello stesso Comitato sul rapporto di Israele, CCPR/CO/78/ISR del 21 agosto 2003, par. 15, in relazione alla pratica delle eliminazioni mirate.

[15] Cfr. Commissione interamericana dei diritti umani, rapporto n. 55/97 del 18 novembre 1997 nel caso *Abella* c. *Argentina*, reperibile sul sito *http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm, par.* 161 e Rapporto sul terrorismo e i diritti umani del 22 ottobre 2002 (OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr.), consultabile sul sito http://www.cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm, par. 61.

[16] Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 4 febbraio 2000 sulle eccezioni preliminari nel caso *Las Palmeras* c. *Colombia*, par. 32 ss.; sentenza del 25 novembre 2000 nel caso *Bámaca Velásquez* c. *Guatemala*, par. 209; sentenza del 15 settembre 2005 nel caso del *"Massacro di Mapiripán"* c. *Colombia*, par. 114-115.

[17] Cfr. Commissione africana dei diritti umani e dei popoli, decisione del maggio 2003 nel caso *R.D. Congo/Burundi, Ruanda e Uganda*, comunicazione n. 227/99, par. 70 (reperibile alla pagina web *http://www.achpr.org/english/Decison_Communication/Burundi/Comm.227-99.pdf*).

nel 2005 e che continua tuttora, applica il "normal legal background", cioè il *background* risultante dall'art. 2.2 della Convenzione[18].

La lettura della Corte mi pare formalmente corretta: i legittimi atti di guerra di cui all'art. 15.2 sono sicuramente riferibili a situazioni di conflitto armato interno e non solo di conflitto armato internazionale, come è stato sostenuto da alcuni commentatori, che relegherebbero i conflitti interni nel quadro della clausola di cui all'art. 2.2 lett. c) relativa alla repressione di un'insurrezione[19]. In realtà non vi è alcuna incompatibilità tra le due clausole: l'art. 15.2 consente allo Stato impegnato in un conflitto interno di derogare alla norma più severa di cui all'art. 2.2 c) che altrimenti verrebbe ad applicarsi. Tale interpretazione è l'unica compatibile con l'attuale evoluzione del DIU, che vede quest'ultimo operare pienamente con le sue valutazioni nell'ambito dei conflitti interni così come di quelli internazionali. Naturalmente la questione può porsi diversamente nell'ambito delle altre convenzioni sui diritti umani, quali il Patto e la Convenzione americana, che si limitano a stabilire il divieto di "privazione arbitraria" della vita ed escludono qualunque facoltà di deroga del diritto alla vita, o anche la Carta africana, che analogamente dispone in merito al diritto alla vita ma nulla dispone in merito a possibili

[18] Così la sentenza nel caso *Isayeva* c. *Russia* cit., par. 191. Cfr. ancora sentenza del 24 febbraio 2005 nei casi riuniti *Isayeva, Yusupova e Bazayeva* c. *Russia* (ricorsi n. 57947/00, 57948/00 e 57949/00); sentenza del 4 settembre 2008 nel caso *Mezhidov* c. *Russia* (ric. n. 67326/01); sentenza del 5 aprile 2011 nei casi riuniti *Kerimova e altri* c. *Russia* (ricorsi n. 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 e 5684/05); sentenza del 5 aprile 2011 nel caso *Khamzayev e altri* c. *Russia* (ric. n. 1503/02). In dottrina cfr., fra gli altri, W. ABRESCH, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, in *EJIL*, 2005, p. 741 ss.; D. KAYE, *Khashiyev & Akayeva v. Russia. App. nos. 57942/00 & 57945/00; Isayeva, Yusupova & Bazayeva v. Russia. App. nos. 57947/00, 57948/00, & 57949/00; Isayeva v. Russia. App. no. 57950/00; European Court of Human Rights, February 24, 2005*, in *AJIL*, 2005, p. 873 ss.; L. PISCIOTTA, *La tutela dei diritti umani in tempo di conflitti armati non internazionali: la giurisprudenza di due corti a confronto*, in *RDI*, 2006, p. 736 ss.; B. BOWRING, *Fragmentation,* Lex Specialis *and the Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *JCSL*, 2009, p. 485 ss.; J. CHEVALIER-WATTS, *Has Human Rights Law Become* Lex Specialis *for the European Court of Human Rights in Right to Life Cases Arising from Internal Armed Conflicts?*, in *IJHR*, 2010, p. 584 ss.; M. PEDRAZZI, *La jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al derecho a la vida en operaciones militares o antiterroristas*, in M. PÉREZ GONZÀLEZ (dir), *Lucha contra el terrorismo, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, Valencia, 2012, p. 263 ss.

[19] Cfr., in particolare, L. DOSWALD-BECK, *The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers?*, in *IRRC*, 2006, p. 881 ss., a p. 883 s.

deroghe[20]: tali strumenti ben potrebbero essere interpretati nel senso di "delegare" al DIU, in situazioni di conflitto armato, la valutazione della arbitrarietà[21].

Tornando alla CEDU, non vi è di per sé scandalo che un organo di controllo in materia di rispetto dei diritti umani possa eventualmente applicare ad atti di guerra valutazioni più severe di quelle discendenti dal DIU: non ritengo che questo possa pregiudicare l'integrità di questo o la sua efficacia. Non sarebbe il solo caso in cui sussistono più livelli di tutela concentrici. La stessa situazione interessa tra l'altro i rapporti tra *ius in bello* e *ius ad bellum*: è ben possibile infatti che operazioni belliche perfettamente conformi al DIU costituiscano invece una palese violazione dello *ius ad bellum*. Ciò che è importante è che rimanga chiaro che i comportamenti individuali verranno giudicati soltanto sulla base delle norme incriminatrici, che, sul piano internazionale, attengono in parte rilevante, ma non esclusiva, a violazioni gravi del DIU. Ma naturalmente sarebbe preferibile per tutti che le regole di condotta relativamente ad ogni singola operazione fossero chiare ed univoche.

Il problema principale è un altro: esso è dato dal fatto che, come dicevo sopra, il DIU è specificamente elaborato per regolare l'uso della forza in situazioni di conflitto, le sue norme rispondono ad una logica specifica che tiene conto delle caratteristiche tipiche di tali situazioni. Risulta dunque difficile ignorarle, in particolare nel valutare la conformità o meno al diritto di una privazione della vita conseguente all'uso delle armi. E per sapere quale diritto un organo effettivamente applichi non ci si può limitare a considerare ciò che dice di applicare, ma bisogna constatare ciò che davvero applica nei fatti. Ora, la Corte europea dice di limitarsi ad applicare l'art. 2.2 della Convenzione e ignora completamente il DIU, ma poi in qualche modo lo richiama, rifacendosi sia alla distinzione tra combattenti e civili, sia ai criteri del DIU, laddove si riferisce alla necessità di "scelta di mezzi e metodi di una operazione di sicurezza

[20] Cfr. Patto internazionale sui diritti civili e politici, artt. 4 e 6; Convenzione americana sui diritti umani, artt. 4 e 27; Carta Africana dei diritti umani e dei popoli (Nairobi, 27 giugno 1981), art. 4.

[21] È questa in effetti la linea seguita dalla Commissione interamericana dei diritti umani in particolare nel caso *Abella* cit., par. 157 ss.: più in generale, sull'atteggiamento degli altri organi di controllo in relazione al rilievo del DIU si rinvia alle note 15-17, *supra*. Cfr. peraltro, in relazione al Patto, F. POCAR, *Human Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights and Armed Conflicts*, in L.C. VORAH et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, 2003, p. 729 ss., alle pp. 733-737.

tali da eliminare o comunque ridurre al minimo le perdite tra i civili"[22]. Sarebbe eccessivo dire che la Corte applichi il DIU: ad esempio, nel caso *Khatsiyeva* del 2007 essa si interroga sul possibile pericolo rappresentato da persone armate, per quanto di armi leggere, che erano rimaste vittime di un attacco da parte di un elicottero militare, non sul loro status[23]; ma si può quantomeno affermare che la Corte utilizza il DIU nell'interpretare le norme della CEDU, sulla scia di quanto afferma di fare la Corte interamericana[24]. E se consideriamo le circostanze concrete su cui la Corte si è pronunciata, difficilmente si sarebbe giunti a risultati differenti, quantomeno nella grande maggioranza dei casi, sulla base dell'applicazione del solo diritto umanitario.

D'altra parte, è vero che la disciplina dei diritti umani può valere ad integrare le previsioni del DIU, senza alterare i parametri che secondo quest'ultimo regolano l'uso della forza: ciò vale per l'obbligo a carico dello Stato, che risulta chiaramente dalla giurisprudenza della Corte europea, così come dalla prassi degli altri organi di controllo, di garantire che si effettui un'indagine indipendente e imparziale su ogni decesso in relazione al quale la responsabilità dello Stato sia chiamata in causa[25]. Tale obbligo deve essere rispettato anche in caso di decessi che si verifichino nel corso di operazioni militari, per quanto possa essere improbabile che una parte in conflitto consenta che indagini effettivamente indipendenti si compiano, specialmente a conflitto ancora in corso. Delle dif-

[22] Cfr. già, in tal senso, tra le altre, la sentenza *Ergi* c. *Turchia* del 27 giugno 1998, relativa alle operazioni militari condotte nell'est del Paese contro gli indipendentisti curdi, al par. 79.

[23] Cfr. sentenza dell'11 dicembre 2007, *Khatsiyeva e altri* c. *Russia* (ric. n. 5108/02), par. 134 ss.

[24] Cfr., in senso analogo, C. DROEGE, *Elective Affinities* cit., p. 531 ss.; M.C. VITUCCI, *Interazione fra diritti umani e diritto umanitario nella risposta al terrorismo*, in P. GARGIULO e M.C. VITUCCI (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Napoli, 2009, p. 317 ss., a p. 326; C. TOMUSCHAT, *Human Rights and International Humanitarian Law*, in *EJIL*, 2010, p. 15 ss., a p. 20.

[25] Nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea relativa a situazioni di aperto conflitto cfr. ad esempio la sentenza nel caso *Isayeva* c. *Russia* cit., par. 209 ss. Per quanto riguarda il Comitato dei diritti umani, cfr. il Commento generale n. 31 del 29 marzo 2004, par. 15 ss., e le constatazioni del 2 aprile 2009 in relazione alla comunicazione n. 1447/2006, *Amirov* c. *Federazione russa*, par. 11.2 ss. Molto avanzata è altresì, in tema di obblighi di indagine a fronte di morti riconducibili allo Stato, anche in tempo di conflitto armato, la giurisprudenza della Corte interamericana: cfr. in particolare la sentenza nel caso del *"Massacro di Mapiripán"* c. *Colombia* cit., par. 223 ss. In dottrina, cfr. L. DOSWALD-BECK, *The Right to Life in Armed Conflict* cit., p. 887 ss.; C. DROEGE, *Elective Affinities* cit., p. 540 ss. Più in generale, ma in relazione alla sola CEDU, J. CHEVALIER-WATTS, *Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?*, in *EJIL*, 2010, p. 701 ss.

ficoltà derivanti dalla situazione di conflitto, specialmente in pendenza dei combattimenti, occorrerà peraltro tenere conto nel valutare la scelta delle modalità e dei tempi di svolgimento delle indagini[26].

4. Il diritto applicabile: b) altre situazioni

Dunque, in situazioni di ostilità in corso possiamo concludere che sostanzialmente si verifica una convergenza tra le valutazioni delle convenzioni sui diritti umani e quelle del DIU, anche se eventuali divergenze non sono da escludere, e che le prime possono utilmente integrare le seconde. Che accade nelle altre situazioni, cioè in situazioni ove avvengano privazioni della vita, ma al di fuori delle aree di combattimento, al di fuori degli scontri tra due opposte forze o gruppi armati? È intorno a queste situazioni, in particolare, che ruota il dibattito sulle "eliminazioni mirate".

Innanzitutto è chiaro che, se non ci troviamo nell'ambito di un conflitto armato, né di una occupazione bellica, cioè di quelle situazioni che per definizione sono regolate dal DIU, l'unico parametro applicabile, questioni di "giurisdizione" permettendo[27], risulta quello delle norme sui diritti umani. È questa l'unica lettura ammissibile, ad esempio, dell'operazione che ha portato all'uccisione di Osama Bin Laden[28]. Naturalmente la questione principale risulta proprio quella della qualificazione di una certa situazione quale situazione di conflitto armato oppure di pace.

Se l'eliminazione mirata avviene al di là delle linee nemiche, in territorio interessato da un conflitto armato ma al di fuori della zona dei

[26] Cfr. a questo proposito il Rapporto del Relatore speciale, P. ALSTON, sulle *Extrajudicial, summary or arbitrary executions*, UN Doc. E/CN.4/2006/53 dell'8 marzo 2006, par. 33 ss. e la sentenza della Corte europea nel caso *Al-Skeini e altri* c. *Regno Unito* cit., par. 164: "It is clear that where the death to be investigated under Article 2 occurs in circumstances of generalised violence, armed conflict or insurgency, obstacles may be placed in the way of investigators and … concrete constraints may compel the use of less effective measures of investigation or may cause an investigation to be delayed … Nonetheless, the obligation under Article 2 to safeguard life entails that, even in difficult security conditions, all reasonable steps must be taken to ensure that an effective, independent investigation is conducted into alleged breaches of the right to life …".

[27] Cfr. *supra*, nota 7.

[28] Per una panoramica sulle diverse letture possibili cfr., tra gli altri, E. GREPPI, *L'uccisione di Osama Bin Laden e il diritto internazionale: prime osservazioni*, reperibile sul sito *http://www.sidi-isil.it/html/frameset.htm*; A.P.V. ROGERS e D. MCGOLDRICK, *Assassination and Targeted Killing – The Killing of Osama Bin Laden*, in *ICLQ*, 2011, p. 778 ss.; E. SOMMARIO, *Killing Osama Bin Laden: Legal Implications*, in *ITPCM International Commentary*, luglio 2011, p. 4 ss.

combattimenti, la convergenza tra le valutazioni effettuate sulla base delle norme sui diritti umani e quelle di DIU risulta più problematica: il *targeted killing* può risultare conforme al DIU se ha quale obiettivo un combattente o un civile che partecipa direttamente alle ostilità e se è attuato nel rispetto dei principi di distinzione, di proporzionalità e di precauzione; più difficile appare la sua giustificazione alla luce del criterio dell'assoluta necessità dell'uso della forza letale proprio delle norme sui diritti umani, ammesso che siano applicabili alla fattispecie. Se l'eliminazione mirata avviene in territorio occupato o comunque sotto il controllo delle forze che la eseguono o nei confronti di persone sottoposte in qualche modo al loro controllo e in presenza della valida alternativa della cattura, vi è sicuramente convergenza se il combattente "targeted" si trova fuori combattimento, perché in tal caso tanto le norme sui diritti umani quanto il DIU tutelano la vita in modo analogo. Al di fuori di quest'ultima ipotesi, la situazione dovrebbe essere comunque retta dalle norme in tema di tutela dei diritti umani, come sostanzialmente riconosciuto dalla Corte suprema israeliana nella sua sentenza del 2006 sui *targeted killings*, perché in questo caso sono tali norme e non quelle del DIU che contengono indicazioni più specifiche e più mirate[29]: quelle di cui parliamo sono fattispecie che rientrano perfettamente nell'ambito delle situazioni di mantenimento dell'ordine per le quali le norme sui diritti umani sono state concepite, mentre si discostano dalle situazioni di scontro armato tra opposte forze o fazioni che stanno alla base della disciplina del DIU relativa agli attacchi. E non vi è dubbio che gli organi di controllo sui diritti umani, ove chiamati ad occuparsi di eliminazioni mirate nelle circostanze appena menzionate, applicherebbero le norme delle relative convenzioni[30]. Naturalmente questa soluzione non elimina le zone grigie, nelle quali la scelta dei criteri da applicare può risultare difficile.

[29] Cfr. Israel Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, sentenza del 13 dicembre 2006 nel caso *The Public Committee against Torture in Israel et al.* c. *The Government of Israel et al.*, causa n. 769/02, reperibile sul sito elyon1.court.gov.il. In dottrina cfr., tra i tanti, G. BARTOLINI, *Le eliminazioni mirate di appartenenti a gruppi terroristici al vaglio della Corte suprema di Israele*, in *DUDI*, 2007, p. 623 ss.; N. MELZER, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, 2008; M. SASSÓLI e L.M. OLSON, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts*, in *IRRC*, 2008, p. 599 ss. Si veda inoltre il Rapporto del Relatore speciale, P. ALSTON, sulle *Extrajudicial, summary or arbitrary executions*, UN Doc. A/HRC/14/24/Add. 6 del 28 maggio 2010, *Study on targeted killings*.

[30] Così del resto il Comitato dei diritti umani in relazione alla prassi israeliana delle eliminazioni mirate nei territori occupati, Osservazioni conclusive sul rapporto di Israele cit., par. 15.

5. Considerazioni conclusive

La contemporanea applicazione di diritti umani e DIU comporta dunque che nelle situazioni in cui siano in corso le operazioni militari le previsioni delle convenzioni sui diritti umani debbano in qualche modo cedere o integrarsi con le previsioni del DIU, completandole con l'obbligo di inchiesta indipendente e imparziale; nelle situazioni in cui invece lo Stato eserciti un controllo sufficiente, tale da permettergli di ricorrere agli strumenti del mantenimento dell'ordine piuttosto che a quelli dello scontro armato, la tutela del DIU in materia di protezione della vita dei combattenti e dei civili (limitatamente ai danni incidentali) deve cedere di fronte alla tutela derivante dalle norme sui diritti umani[31]. Ma vorrei aggiungere che tale preferenza per i diritti umani si attaglia anche perfettamente al criterio della necessità militare interpretata in tutta la sua forza espansiva[32], così come alla solenne enunciazione del preambolo della Dichiarazione di S. Pietroburgo prima ricordata, che ne costituisce una chiara applicazione: se l'obiettivo ultimo del conflitto è quello di mettere fuori combattimento il maggior numero possibile di combattenti avversari, possibilmente non usando metodi che ne rendano inevitabile la morte, la cattura, con le metodologie classiche del *law enforcement*, laddove è possibile, deve essere preferita all'annientamento fisico. Ciò conferma che, almeno nella maggior parte dei casi, l'applicazione dei due sistemi normativi può procedere in modo coordinato al fine di produrre risultati convergenti nella protezione della vita.

[31] Cfr., tra gli altri, M. SASSÓLI e L.M. OLSON, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law where it Matters* cit., p. 613 ss. e C. DROEGE, *Elective Affinities* cit., p. 534 ss.

[32] Sul legame tra principio di necessità e principio di umanità cfr. ancora G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict* cit., p. 50.

DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO E DIRITTI UMANI: UNA PROSPETTIVA DI GENERE

Gabriella VENTURINI*

SOMMARIO: 1. Definire genere. – 2. Il genere dei diritti. – 3. La protezione speciale della donna. – 4. Il divieto di discriminazione in base al sesso (e altro). – 5. La repressione dei crimini di genere (e oltre). – 6. Uguaglianza delle opportunità ed equilibri di genere. – 7. *Gender Mainstreaming*.

1. Definire genere

Il concetto di genere è stato oggetto di elaborazione teorica inizialmente, e soprattutto, nel campo delle scienze psicologiche e sociali, ove esso è per lo più inteso come ruolo sociale assunto dalle differenze sessuali: "It refers to the constellations of characteristics and behaviours which come to be differentially associated with and expected of men and women in a particular society, our notions of masculinity and femininity"[1]. Mentre il sesso è determinato dalle caratteristiche biologiche dell'individuo, il genere è determinato dai rapporti sociali e presenta uno spiccato aspetto relazionale[2]. Questa distinzione, tuttavia, si attenua nella scienza politica, dove sembra prevalere un'accezione di genere ampia, comprendente sia gli aspetti biologico-sessuali, sia quelli socio-culturali[3].

Nel diritto internazionale il termine è diffusamente impiegato dai documenti delle Nazioni Unite, dove è normalmente riferito alla condi-

* Professore ordinario di diritto internazionale nell'Università di Milano.

[1] Così V. BURR, *Gender and Social Psychology*, London, 1998, p. 11.

[2] In questo senso D. OTTO, *Lost in Translation: re-scripting the sexed subjects of international human rights law*, in A. Orford (ed.), *International Law and its Others*, Cambridge, 2006, pp. 318-356, spec. p. 354, e K. VAN MARLE, E. BONTHUYS, *Feminist Theories and Concepts*, in E. Bonthuys, C. Albertyn (eds.) *Gender, Law and Justice*, Cape Town, 2007, pp. 15-50, spec. pp. 21-26.

[3] Si veda in proposito A. JONES, *Gender Inclusive. Essays on violence, men and feminist international relations*, London and New York, 2009, pp. 139-140 e la dottrina ivi citata.

zione della donna[4]. Sarebbe però arduo trovarne una definizione. Valga come esempio il rapporto della presidenza della Quarta conferenza mondiale sulle donne di Pechino (4-15 Settembre 1995) che porta in allegato la seguente dichiarazione: "… the word 'gender' as used in the Platform for Action was intended to be interpreted and understood as it was in ordinary, generally accepted usage"[5]. Forse per la natura non vincolante del documento, non sembra siano stati sollevati particolari problemi d'interpretazione.

Ben più accesa è stata la discussione sulla definizione di genere nel negoziato per lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, nel corso del quale le posizioni di quegli stati (e organizzazioni non governative) che caldeggiavano l'introduzione del termine in una pluralità di disposizioni dello Statuto (dal divieto di discriminazione alla composizione della Corte) si sono confrontate con le resistenze di quelli che temevano un implicito riconoscimento dell'orientamento sessuale come compreso nel concetto di genere. Il compromesso è stato raggiunto attraverso la formulazione dell'art. 7.3: "For the purpose of this Statute, it is understood that the term 'gender' refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term 'gender' does not indicate any meaning different from the above." L'interpretazione convenuta dai negoziatori esclude che il termine si estenda all'identità e all'orientamento sessuale[6]. La definizione peraltro va letta alla luce dell'art. 21.3 sulla legge applicabile, il quale dispone che: "The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as *gender* as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or *other status*." (corsivi aggiunti). Poiché l'espressione "other status" si presta a interpretazioni inclusive dell'identità e dell'orientamento sessuale nella nozione di genere (*infra*

[4] È emblematica al riguardo la Dichiarazione di Vienna sui diritti umani: v. *World Conference on Human Rights*, Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23 del 12 luglio 1993, paragrafi 18, 38, 42.

[5] United Nations, Report of the Fourth World Conference on Women, Annex IV, Statement by the President of the Conference on the commonly understood meaning of the term "Gender", A/CONF.177/20/Rev.1.

[6] Si vedano in proposito S. KOUVO, *The United Nations and Gender Mainstreaming: Limits and Possibilities*, in D. Buss, A. Manji (eds.) *International Law: Modern Feminist Approaches*, Oxford, 2005, pp. 237-252, spec. pp. 248-249, e V. OOSTERVELD, *The Definition of "Gender" in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?* in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, 2005, pp. 56-84, spec. pp. 63-65.

par. 4) la questione rimane aperta. Di fatto, nel diritto internazionale le questioni di genere sono sinora largamente coincise con la tematica della condizione femminile lasciando in ombra le relazioni fra genere, sesso, identità e orientamento sessuale[7].

2. Il genere dei diritti

I diritti umani nascono nei sistemi giuridici degli stati e vi nascono di genere maschile. La Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 luglio 1776 proclama: "… all *men* are created *equal* …" (corsivi aggiunti). Essa si riferisce dunque esplicitamente all'*uomo*, e implicitamente all'uomo *bianco, adulto e libero*. Non era intesa, infatti, applicarsi ai nativi americani; agli schiavi; alle donne; ai servi a contratto (*indentured servants*), o alle persone di razza asiatica[8]. Analogamente, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* della Rivoluzione francese del 26 agosto 1789 tanto ignora la donna che nel 1791 Olympe de Gouges, intellettuale francese, presentò (senza esito) all'Assemblea nazionale una *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* nella quale i diritti erano declinati al femminile[9].

Non è questa la sede per ripercorrere le fasi attraverso le quali la donna è stata riconosciuta destinataria a pieno titolo dei diritti negli ordinamenti interni[10]. Si osserverà invece che i diritti umani assumono un genere neutro quando vengono incorporati negli strumenti internazionali contemporanei. La Dichiarazione universale del 1948 e i due Patti del 1966 riferiscono gli obblighi degli stati e i corrispettivi diritti a "all human beings" ("tous les êtres humains"; "todos los seres

[7] In questo senso A. PANTAZIS, E. BONTHUYS, *Gender and sexual orientation*, in Bonthuys, Albertyn, *Gender, Law and Justice*, cit., pp. 120-157, spec. pp. 127-135.

[8] Si vedano J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2nd ed., Ithaca, 2003, pp. 233-237; H. ZINN, *A People's History of the United States*, New York, 2005, pp. 70-75.

[9] La Dichiarazione è riprodotta e commentata da E. KINGDOM, *Gendering Rights,* in A.-J. Arnaud, E. Kingdom (eds.) *Women's Rights and the Rights of Men*, Glasgow/Aberdeen, 1990, pp. 99-107.

[10] Un'articolata indagine sui diversi ambiti nei quali i diritti della donna si sono affermati storicamente è svolta dai saggi contenuti nel volume di L.C. MCCLAIN, J.L. GROSSMANN, *Gender Equality. Dimensions of Women's Equal Citizenship*, Cambridge, 2009. Si veda inoltre A. FACCHI, *Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualidad y autonomia*, in *Derechos y Libertades*, n. 25, 2011, pp. 55-86, spec. pp. 64-70.

humanos") [11], "all individuals" ("tous les individus", "todos los individuos")[12], "everyone" ("toute personne", "toda persona")[13]. Essi sono il frutto di una visione liberale, inclusiva e universalista, che sarà in seguito temperata dall'individuazione di talune categorie meritevoli di specifica tutela in quanto particolarmente esposte a violazioni dei propri diritti[14], ma verrà anche fatta oggetto di una critica di fondo da parte delle teorie che si ispirano al relativismo culturale[15].

Il pensiero femminista, da parte sua, ha avanzato una critica radicale al sistema internazionale dei diritti umani sostenendo che la sua struttura è ontologicamente funzionale agli interessi maschili, riducendo la donna a un ruolo riproduttivo e materno sulla base di distinzioni fra diritti politici, civili, economici, sociali, culturali e collettivi, nonché fra la sfera pubblica e qualla privata, che risultano estranee alle esperienze e alle esigenze femminili[16]. Queste teorie derivano dalla ricostruzione del diritto internazionale nel suo insieme come diritto maschile, poiché prodotto da fonti attivate da soggetti (gli stati) tradizionalmente a composizione patriarcale[17]. La dottrina femminista del terzo mondo ha invece rivendicato l'importanza degli aspetti economici e culturali,

[11] Dichiarazione universale dei diritti umani, 10 dicembre 1948, A/RES/217(III)A, art. 1.

[12] Patto internazionale sui diritti civili e politici del 13 dicembre 1966 (in *International Legal Materials*, Vol. 6, 1967, p. 368 ss.) art. 2.1.

[13] Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 13 dicembre 1966 (*ibid*., p. 360 ss.) art. 7.

[14] La Dichiarazione di Vienna sui diritti umani del 1993 (*supra* n. 4) menziona in proposito le donne, i bambini e le bambine, le minoranze, i popoli indigeni, le persone con disabilità, i rifugiati, i lavoratori migranti, le persone estremamente povere e socialmente escluse.

[15] Su questi temi si vedano M. FREEMAN, *Human Rights. An Interdisciplinary Approach*, Oxford, 2002, pp. 101-130 e DONNELLY, *Universal Human Rights*, cit., pp. 204-224.

[16] H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, *Feminist Approaches to International Law,* in *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 613-645, spec. pp. 634-643; C. ROMANY, *Women as Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law*, in Harvard Human Rights Journal, Vol. 6, 1993, pp. 87-125, spec. pp. 98-99; S. WRIGHT, *Human Rights and Women's Rights: an Analysis of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Torture,* in K.E. MAHONEY, P. MAHONEY, *Human Rights in the Twenty-fist Century*, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 75-88, spec. p. 77; H. CHARLESWORTH, *What are "Women's International Human Rights"?*, in R.J. Cook, (ed.) *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Philadelphia, 1994, pp. 58-84, spec. pp. 60-68.

[17] Su questi argomenti si vedano ampiamente H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*, Manchester, 2000.

contestando le percezioni occidentali sia dei diritti, sia della condizione della donna[18].

Il genere maschile del diritto dei conflitti armati appare ancora più evidente. Esso, infatti, nasce per disciplinare un'attività che è sempre stata prerogativa dell'uomo: la guerra, dalla quale le donne sono state tradizionalmente escluse (almeno come soggetti attivi). Oltre a ciò, la letteratura femminista ha messo ampiamente in evidenza il carattere sessista delle istituzioni militari e l'estraneità della distinzione fra conflitti armati internazionali e conflitti armati non internazionali rispetto all'esperienza femminile della guerra[19].

Nelle considerazioni che seguono, la prospettiva di genere nel diritto internazionale dei diritti umani e nel diritto internazionale umanitario sarà affrontata alla luce di alcuni principi generali e tendenze desumibili dallo sviluppo della pertinente normativa: la protezione speciale della donna; il divieto di discriminazione in base al sesso; la repressione dei crimini di genere; l'uguaglianza delle opportunità e gli equilibri di genere; infine, *gender mainstreaming*.

3. La protezione speciale della donna

L'approccio più comune al genere valorizza l'esigenza di tutela della donna. Nel campo dei diritti umani esso risale alle convenzioni d'anteguerra promosse dall'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) sulla maternità, sul lavoro notturno delle donne e sul lavoro delle donne nelle miniere sotterranee[20]. I trattati sui diritti umani riprendono e sviluppano gli obblighi di protezione speciale. Basti pensare all'art. 10.2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: "*Special protection* should be accorded to *mothers* during a reasonable period before and after childbirth." (corsivi aggiunti). Una prospettiva di genere mostra come nelle convenzioni richiamate la donna sia bensì protetta,

[18] Si veda in proposito K. ENGLE, *International Human Rights and Feminism: When Discourses Keep Meeting*, in Buss, Manji, *International Law*, cit., pp. 47-66, spec. pp. 59-65.

[19] C. CHINKIN, *Women and Peace: Militarism and Oppression,* e J. GARDAM, *The Law of Armed Conflict: a Feminist Perspective,* in Mahoney and Mahoney, *Human Rights*, cit., pp. 405-418, 419-436, spec. pp. 408, 430.

[20] Convention concerning the Employment of Women before and after Childbirth (28.11.1919); Convention concerning Employment of Women during the Night (28.11.1919); Convention concerning the Employment of Women on Underground Work in Mines of all Kinds (21.06.1935). Testo e status in *http://www.ilo.org/ilolex*. Su dette convenzioni si vedano Charlesworth, Chinkin, Wright, *Feminist Approaches,* cit., p. 631.

non tanto però come essere umano quanto nel suo ruolo materno e lavorativo. Nei sistemi nazionali l'approccio protettivo è tipico delle legislazioni dei paesi islamici, che non ammettono il concetto di uguaglianza, affermando invece (sulla base dell'uguale dignità e valore della persona umana) la reciproca complementarità fra uomo e donna[21].

Nel diritto internazionale umanitario è inquadrabile in una prospettiva di genere la tradizionale distinzione fra "diritto dell'Aja" (relativo alla disciplina della condotta delle ostilità) e "diritto di Ginevra" (sulla protezione delle vittime della guerra). Mentre, infatti, la disciplina sulla condotta delle ostilità è dominata dal principio di necessità militare, espressione del potere di decisione dell'uomo/combattente, le norme sulla protezione delle vittime della guerra considerano ampiamente la condizione della donna/vittima[22].

Il testo normativo nazionale più importante del diciannovesimo secolo in tema di diritto dei conflitti armati, ossia il Codice Lieber del 24 aprile 1863, prevede una protezione speciale delle donne (e dei bambini) in caso di evacuazione dei civili prima di un bombardamento e nei territori occupati (articoli 19, 37)[23]. Nella successiva codificazione del diritto internazionale umanitario la condizione femminile è ignorata fino al 1929, quando la Convenzione di Ginevra sui prigionieri di guerra stabilisce che "Women shall be treated with *all consideration due to their sex*." (art. 3, corsivo aggiunto). La connotazione di genere di tale disposizione risulta evidente: l'espressione appare infatti ispirata da dalla diversa considerazione sociale del sesso/ruolo della donna in guerra rispetto a quello dell'uomo/combattente.

Diverse disposizioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 mettono in luce questi aspetti. L'art. 27 della Convenzione IV sulla protezione dei civili stabilisce che "Women shall be *especially protected* against any *attack on their honour*, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault." (corsivi aggiunti). L'art. 97 della stessa convenzione prescrive che le donne internate possono essere perquisite solo da altre donne. È chiaro che tali disposizioni sono volte a proteggere non tanto la donna come persona, quanto i valori (onore, pudore) che a essa sono collegati dall'ambiente sociale. Altre disposizioni di diritto internazionale umanitario, ponendo in evidenza il ruolo riproduttivo, ma-

[21] S. S. ALI, *Gender and Human Rights in Islam and International Law. Equal Before Allah, Unequal before Man?*, The Hague/London/Boston, 2000, pp. 92-137.

[22] GARDAM, *The Law of Armed Conflict*, cit., p. 424.

[23] Il testo, al pari di quelli delle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e dei due Protocolli addizionali dell'8 giugno 1977, è in *http://www.icrc.org/ihl.nsf/-INTRO?OpenView*.

terno e di prestatrice di cure proprio della donna, proteggono in realtà non la sua persona bensì altri soggetti (il feto, il bambino, la famiglia). Ne è un esempio l'art. 76 del Protocollo I del 1977: "1. Women shall be the object of special respect and *shall be protected* in particular against rape, forced prostitution and any other form of indecent assault. 2. *Pregnant women* and *mothers having dependent infants* who are arrested, detained or interned for reasons related to the armed conflict, shall have their cases considered with the utmost priority. 3. To the maximum extent feasible, the Parties to the conflict shall endeavour to avoid the pronouncement of the death penalty on *pregnant women or mothers having dependent infants*, for an offence related to the armed conflict. The death penalty for such offences shall not be executed on such women." (corsivi aggiunti)[24].

All'approccio protettivo si ricollega la rappresentazione della donna quale soggetto vulnerabile. Nella categoria sono fatti rientrare anche bambini, persone anziane e disabili, ma solo le donne vi sono incluse in base al loro sesso[25]. In verità, gli uomini sono più esposti ai rischi della guerra rispetto alle donne: infatti, essi subiscono ferite e muoiono in numero superiore sia partecipando direttamente ai combattimenti, sia come vittime collaterali. Al contrario, in occasione di un conflitto armato le donne assumono nuovi ruoli e responsabilità (che però normalmente perdono quando le ostilità hanno termine)[26]. Per altro verso, esse sosten-

[24] Si può notare che non sono previsti privilegi per le donne con familiari anziani o disabili a carico. Queste persone sono state evidentemente considerate meno meritevoli di tutela rispetto ai bambini/e, che hanno la funzione di ripristinare l'equilibrio demografico compromesso dal conflitto. Si vedano in proposito H. DURHAM, *International Humanitarian Law and the Protection of Women*, in H. Durham, T. Gurd, (eds.) *Listening to the Silences: Women and War*, Leiden, 2005, pp. 95-107, spec. pp. 98-101; H. DURHAM, K. O'BYRNE, *The dialogue of difference: gender perspectives on international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, n. 877, 2010, pp. 31-52. La prospettiva di protezione rimane alla base del codice di condotta sulla condizione della donna nei conflitti armati del Comitato internazionale della Croce Rossa, che intenzionalmente esclude dal suo campo di applicazione la più ampia questione di genere: *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict*, An ICRC Guidance Document, Geneva, 2004, p. 7.

[25] Si veda in proposito J. GARDAM, *Women and Armed Conflict: The Response of International Humanitarian Law*, in Durham, Gurd, *Listening to the Silences*, cit., pp. 109-123, spec. pp. 112-113.

[26] In questo senso si vedano M. HAERI, N. PUECHGUIRBAL, *From helplessness to agency: examining the plurality of women's experiences in armed conflict*, in *International Review of the Red Cross*, cit., pp. 103-122, spec. p. 107. L'ambivalenza degli effetti del conflitto armato sulla condizione della donna è messa in evidenza nello studio di C. Lindsey per il Comitato Internazionale della Croce Rossa, *Women facing war*, Geneva, 2001, pp. 28-32.

gono il peso maggiore delle privazioni derivanti dalla guerra. La morte o la scomparsa degli uomini delle loro famiglie le pone generalmente in condizione d'inferiorità e impotenza, esponendole ad abusi e violazioni dei loro diritti comprese le più gravi forme di crimini sessuali. Sovente sono costrette a spostarsi per sfuggire ai pericoli del conflitto, venendo così a trovarsi lontane dai luoghi dove sono abituate a muoversi e dalle comunità che normalmente offrono loro sostegno[27]. Ciò nonostante, la rappresentazione della donna quale soggetto debole non rende conto della sua capacità di reazione alle situazioni di emergenza e di pericolo, manifestando dunque una percezione di genere legata a modelli maschili.

4. Il divieto di discriminazione in base al sesso (e altro)

Negli strumenti internazionali sui diritti umani alla prospettiva della speciale protezione della donna si giustappone il fondamentale principio di non discriminazione, che stabilisce la piena uguaglianza dei diritti di uomini e donne[28].

La Dichiarazione universale del 1948 enuncia il principio di non discriminazione in base al sesso sia nel Preambolo ("equal rights of men and women") sia nell'art. 2: "Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, *without distinction of any kind, such as* race, colour, *sex*, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth *or other status*" (*toute autre situation, cualquier otra condición*). (corsivi aggiunti). Nei primi strumenti convenzionali sui diritti umani il principio rimane espresso in termini sostanzialmente analoghi, facendo riferimento al sesso e a "other status"[29]. In segui-

[27] Si vedano al riguardo CHINKIN, *Women and Peace*, cit., p. 410; I. BOTTIGLIERO, *Crimes against Women during War: International Legal Protection and Remedies*, in A. Di Stefano, (ed.) *Gender issues and international legal standards*, Firenze, 2009, pp. 25-46, spec. pp. 25-27; DURHAM, O'BYRNE, *The dialogue of difference*, cit., pp. 43-44; HAERI, PUECHGUIRBAL, *From helplessness to agency*, cit., p. 113.

[28] Nel Preambolo della Carta delle Nazioni Unite si riafferma la fiducia " … in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the *equal rights* of *men* and *women* and of *nations large* and *small*" (corsivi aggiunti). Forse inconsapevolmente, il duplice e parallelo accostamento riconosce una situazione caratterizzata dalla preminenza così degli uomini nei confronti delle donne, come degli stati grandi nei confronti degli stati piccoli. Ancora una volta il linguaggio rispecchia il genere (CHINKIN, *Women and Peace*, cit., p. 408).

[29] Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 26; Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, art. 2.2; Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (in *United Nations Treaty Series*, Vol. 213, p. 222 ss.), art. 14.

to, però, la formula viene specificata con riferimento a "any other social condition" (*cualquier otra condición social*)[30].

A differenza dell'approccio protettivo della donna, che tende a perpetuare i ruoli, il principio di non discriminazione ha una vocazione innovatrice che ha consentito agli organi di controllo dei trattati sui diritti umani di interpretare il principio di non discriminazione in base al sesso come comprensivo dell'identità e dell'orientamento sessuale delle persone[31]. La stessa Corte europea dei diritti umani ha in diversi casi accertato la violazione dell'art. 14 della Convenzione attraverso misure statali discriminatorie dell'orientamento sessuale[32]. Si tratta di un orientamento che trova oggi espressione nell'art. 21.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul *sesso*, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le *tendenze sessuali*." (corsivi aggiunti)[33].

Non è, tuttavia, risolta la tensione di fondo fra il divieto di discriminazione e alcuni dei principali diritti riconosciuti dagli strumenti internazionali contemporanei, quali il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di religione, lo stesso diritto al matrimonio. Poiché è proprio nelle famiglie, nelle confessioni religiose, nelle legislazioni matrimonlali che si perpetuano le discriminazioni nei confronti della donna e delle persone aventi identità o orientamento sessuale divergenti rispetto ai modelli prevalenti, accade che proprio il pieno godimento di quei diritti da parte dei loro destinatari ostcoli o addirittura impedisca la

[30] Convenzione americana sui diritti umani del 22 novembre 1969 (in *International Legal Materials*, Vol. 9, 1970, p. 673 ss.) art. 1.

[31] Si vedano la comunicazione del Comitato sui diritti umani n. 488/1992 del 31 marzo 1992, Toonen c. Australia, in *Report of the Human Rights Committee*, Vol. II, *GAOR* Forty-ninth Session, Suppl. No 40 (A/49/40) p. 235 par. 8.7 e il commento generale del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali n. 15 (2002) del 26 novembre 2002, *The right to water*, in ESCOR 2003, Suppl. n. 2, E/2003/22(2003) p. 125 par. 13. Ulteriore prassi è richiamata da Oosterveld, *The Definition of "Gender"*, cit., p. 78 e n. 137. Si veda anche DONNELLY, *Universal Human Rights*, cit., pp 225-241.

[32] Si vedano, fra le più recenti, le sentenze del 2 gennaio 2010, Kozak c. Polonia (n. 13102/02); del 28 settembre 2010, J. M. c. Regno Unito (n. 37060/06); del 21 ottobre 2010, Alekseyev c. Russia (nn. 4916/07, 25924/08 e 14599/09). A sua volta, la Corte interamericana dei diritti umani ha di fronte il suo primo caso di discriminazione in base all'orientamento sessuale (Atala Riffo e Figlie c. Cile, in *http://www.corteidh.or.cr/-docs/asuntos/atala.pdf*).

[33] *GUCE* n. 2000/C 364/01 del 18.12.2000.

parità sostanziale[34]. Altrettanto palese è l'antinomia fra il principio di non discriminazione e l'autodeterminazione dei popoli, laddove questa conduca alla negazione dei diritti della donna[35] e fra non discriminazione e tutela della diversità culturale, nella misura in cui essa giustifichi pratiche crudeli o degradanti nei confronti delle donne, in molti casi avallate dalle donne stesse[36]. La prevalenza del principio di non discriminazione potrebbe essere assicurata dalla sua appartenenza al *ius cogens*, che è stata affermata dalla Corte interamericana dei diritti umani[37]. Ma questa gerarchia è tutt'altro che pacificamente condivisa[38].

Per superare queste difficoltà i trattati sui diritti umani fanno ampio ricorso alla previsione di azioni positive, ivi comprese misure speciali di natura temporanea per raggiungere l'uguaglianza di fatto. Queste si differenziano dalle misure di protezione speciale in quanto intendono correggere una situazione discriminatoria, anziché riconoscerla meritevole di tutela. Emblematica al riguardo è la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna (CEDAW) del 18 dicembre 1979[39]. Accogliendo pienamente la prospettiva della non discriminazione, la CEDAW impone agli Stati una serie di obblighi positivi "To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women." (art. 5.*a*)[40].

[34] In questo senso si vedano Charlesworth, CHINKIN, WRIGHT, *Feminist Approaches,* cit., pp. 635-636; M. WARING, *The Exclusion of Women from "Work" and Opportunity*, in Mahoney and Mahoney, *Human Rights*, cit., pp. 109-117, spec. pp. 114-115; International Law Association, The Hague Conference (2010) Committee on Feminism and International Law, Final Report: *Women and Migration*, p. 8 e la giurisprudenza ivi citata (*http://www.ila-hq.org/en/committees/)*.

[35] CHARLESWORTH, *What are "Women's International Human Rights?"*, cit., p. 76 richiama in proposito l'esempio del regime talebano in Afghanistan.

[36] Si vedano in proposito FREEMAN, *Human Rights*, cit., p. 106; D.E. ANKER, *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, pp. 133-154, spec. pp. 143-149, con particolare riferimento alle mutilazioni genitali femminili.

[37] *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03, September 17, 2003, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 18 (2003), par. 5 del dispositivo.

[38] Segnatamente essa è contestata dai paesi islamici: si veda in proposito ALI, *Gender and Human Rights*, cit., pp. 232, 245.

[39] A/RES/ 34/180 del 18 dicembre 1979, in *General Assembly Official Records*, Suppl. n. 46, p. 193 ss.

[40] Sulle azioni positive nella CEDAW si vedano R.J. COOK, *State Accountability under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*,

La CEDAW, tuttavia, è criticata dalla dottrina femminista in quanto la completa uguaglianza della donna rispetto all'uomo presuppone l'accoglimento degli standard maschili come validi per tutte le persone e la rinuncia alle specificità dell'esperienza femminile[41]. Inoltre, la CEDAW è il trattato internazionale con il più alto numero di riserve, molte delle quali concernenti proprio la parità tra uomo e donna, in particolare nei rapporti familiari e matrimoniali; sicché, nonostante la quasi universalità della convenzione, la sua disciplina ne risulta inevitabilmente indebolita[42]. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie del 18 dicembre 1990, un altro testo fortemente ispirato al principio di non discriminazione, conta soltanto una quarantina di stati parti, tra i quali nessuno stato occidentale[43]. La prospettiva di genere suscita dunque qualche dubbio circa l'effettiva l'idoneità del principio di non discriminazione ad esplicare effetti determinanti sull'affermazione universale dei diritti umani.

Nel diritto internazionale umanitario il principio di non discriminazione in base al sesso è contemplato dalle disposizioni fondamentali delle Convenzioni di Ginevra e dei loro Protocolli addizionali, le quali peraltro precisano che il divieto riguarda le distinzioni di carattere sfavorevole[44]. Di conseguenza, sono compatibili con il principio i trattamenti

in Cook, *Human Rights of Women*, cit., pp. 229-256, spec. pp. 239-241; L. MURA, *I diritti delle donne e la tutela della diversità nel diritto internazionale*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, pp. 47-84, spec. pp. 55-58; E. BONTHUYS, W. DOMINGO, *Constitutional and International Law Context*, in Bonthuys, Albertyn, *Gender, Law and Justice*, cit., pp. 51-81, spec. pp. 59-64; P. DEGANI, *Condizione femminile e Nazioni Unite. Recenti sviluppi della politica internazionale per i diritti umani delle donne*, Padova, 2010, pp. 118-123.

[41] In questo senso WRIGHT, *Human Rights and Women's Rights*, cit., p. 79; D. OTTO, *Disconcerting "Masculinities": Reinventing the Gendered Subject(s) of International Human Rights Law*, in Buss, Manji, *International Law*, cit., pp. 105-129, spec. pp. 116-120; EAD., *Lost in Translation*, cit., pp. 338-339;

[42] Sulle riserve alla CEDAW si vedano in particolare W.A. SCHABAS, *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Convention on the Rights of the Child*, in *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 3, 1979, pp. 79-112, spec. pp. 84-86; R.J. COOK, *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 30, 1990, pp. 643-716, spec. pp. 673-707; CHARLESWORTH, CHINKIN, WRIGHT, *Feminist Approaches*, cit., p. 632; WRIGHT, *Human Rights and Women's Rights*, cit., pp. 83-85; Ali, *Gender and Human Rights*, cit., p. 239.

[43] A/RES/45/158 del 18 dicembre 1990, in *General Assembly Official Records*, Suppl. n. 49, p. 262 ss. Si veda al riguardo ILA Committee on Feminism and International Law, *Women and Migration*, cit., pp. 8-10.

[44] Secondo l'art. Art. 12 comune alle Convenzioni I e II i feriti, malati e naufraghi "shall be treated humanely and cared for by the Parties to the conflict in whose power they may be, *without any adverse distinction* founded on *sex*, race, nationality, religion,

più vantaggiosi determinati dall'esigenza di tutelare soggetti vulnerabili. Ma la lettura delle disposizioni convenzionali in una prospettiva di genere rivela aspetti contraddittori. Un esempio è offerto dall'art. 88 della terza Convenzione, che prevede una duplice parità di trattamento per le prigioniere di guerra: esse non devono essere oggetto di pene più gravi di quelle che sarebbero comminate per lo stesso reato a una donna, e in nessun caso più gravi di quelle comminate a un uomo, appartenenti alle forze armate dello stato cattore. In questo caso, il principio di non discriminazione opera bensì nell'ambito dello stesso sesso, ma non impedisce un trattamento svantaggioso dell'altro.

Di fatto, la qualificazione della donna come soggetto vulnerabile presenta un latente contrasto con il divieto di distinzioni sfavorevoli in base al sesso. Si pensi alla disposizione secondo cui le donne internate possono essere perquisite solo da altre donne e le donne incinte o madri di bambini in tenera età godono di un trattamento più vantaggioso in caso di detenzione e comminazione delle pene (*supra* par. 3). La mancata previsione di un analogo privilegio maschile circa la visita personale ignora che per molti uomini l'essere perquisiti da una donna è percepito come un trattamento degradante. E se l'uomo per natura non svolge un ruolo riproduttivo, certo non è oggi da escludere che possa assumersi compiti di cura della famiglia. Sembra che il diritto internazionale umanitario risenta di una codificazione ormai risalente, mentre la sua elaborazione giurisprudenziale è relativamente recente e per lo più limitata all'aspetto penale (*infra* par. 5).

Nel Protocollo I del 1977 la disciplina della condotta delle ostilità è espressa in termini neutri rispetto al genere: sia il fondamentale principio di distinzione, sia il divieto di attacchi indiscriminati sono riferiti all'insieme della popolazione civile (e dei beni civili)[45]. La medesima

political opinions, or *any other similar criteria*." (corsivi aggiunti). L'art. 3 comune alle quattro Convenzioni, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali, dispone che le persone che non prendono parte attiva alle ostilità, compresi i combattenti che si arrendono, i feriti e i prigionieri "shall in all circumstances be treated humanely, *without any adverse distinction* founded on race, colour, religion or faith, *sex*, birth or wealth, or *any other similar criteria*." (corsivi aggiunti). L'espressione "any other similar criteria" fu introdotta per rendere il divieto il più possibile onnicomprensivo (F. SIORDET, *Article 12* e J.-P. SCHOENHOLZER, *Article 3*, in *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *Commentaire sous la direction de J.S. Pictet*, Genève, 1952, pp. 152, 59). I due Protocolli addizionali del 1977 unificano il linguaggio vietando ogni distinzione sfavorevole "founded on race, colour, sex, language, religion or belief, political or other opinion, national or social origin, wealth, birth or other status, or on any other similar criteria" (Protocollo I, art. 9.1; Protocollo II, art. 2.1).

[45] Protocollo I, articoli 48, 51.

considerazione può applicarsi alle regole sull'uso delle armi, che sono essenzialmente rivolte ai combattenti e indirettamente proteggono i civili. In una prospettiva di genere vengono poste in evidenza le conseguenze nefaste per la popolazione femminile dell'impiego delle mine antipersona, delle bombe a grappolo e della proliferazione delle armi di piccolo calibro[46]. E si tratta, purtroppo, di materie sulle quali norme consuetudinarie specifiche non si sono ancora consolidate.

5. La repressione dei crimini di genere (e oltre)

Nel corso dell'ultimo ventennio la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali ha in più occasioni qualificato la violenza sessuale come crimine internazionale individuale. Lo stupro, la schiavitù sessuale, i matrimoni forzati, ma anche l'omicidio, la tortura, gli oltraggi alla dignità personale, la persecuzione, l'avere causato gravi danni fisici o mentali sono stati considerati elementi del crimine di genocidio, dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità[47].

Tutti i casi attualmente pendenti davanti alla Corte penale internazionale comprendono situazioni di stupro o altra violenza sessuale. Nello Statuto di Roma l'art 7.1.*h*) elenca fra i crimini contro l'umanità la persecuzione "against any identifiable group or collectivity on political, ra-

[46] In questo senso DURHAM, *International Humanitarian Law*, cit., pp. 103-105.

[47] Per la prima volta nel 1998 il Tribunale per il Ruanda ha qualificato la violenza sessuale (nella specie, lo stupro delle donne Tutsi) come un elemento del crimine di genocidio (Procuratore c. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, paragrafi 706-707). Lo sterminio degli uomini serbo-bosniaci a Srebrenica è stato valutato in termini di genere dal Tribunale per l'ex Jugoslavia (Procuratore c. Radislav Krstic, IT-98-33-T paragrafi 544-598, su cui si veda OOSTERVELD, *The Definition of "Gender"*, cit., p. 72). Anche il Tribunale per la Sierra Leone ha affrontato aspetti di genere con riferimento alla condizione delle donne rapite, costrette a sposare combattenti e da questi ripetutamente sottoposte ad abusi e violenze durante il conflitto (Procuratore c. Brima, Kamara e Kanu, SCSL-2004-16-A paragrafi 200-202 su cui si vedano J. GONG-GERSHOWITZ, *Forced Marriage: A "New" Crime Against Humanity?* in *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 8, 2009, pp. 53-76, spec. pp. 67-75; A.-G. TACHOU-SIPOWO, *The Security Council on women in war: between peacebuilding and humanitarian protection*, in *International Review of the Red Cross*, cit., pp. 197-219, spec. pp. 207-212; S. SIVAKUMARAN, *Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations of armed conflict*, *ibid*., pp. 259-277, spec. pp. 273-274). Una rassegna delle pertinenti sentenze dei tribunali per l'ex Jugoslavia, per il Ruanda e per la Sierra Leone è contenuta nel documento redatto da UN Department of Peacekeeping Operations, Review of sexual violence elements of the judgments of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and the Special Court for Sierra Leone (SCSL) in the light of the Security Council Resolution 1820, United Nations, New York, 2010, pp. 29-64.

cial, national, ethnic, cultural, religious, *gender* as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as *impermissible under international law*, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court." (corsivi aggiunti). L'art. 42.9 stabilisce che nella condotta delle indagini il Procuratore nomini "advisers with legal expertise on specific issues, including, but not limited to, *sexual and gender violence* and violence against children"[48]. Ai sensi dell'art. 54.1.*b*) durante lo svolgimento delle indagini il Procuratore è altresì tenuto a "respect the interests and personal circumstances of victims and witnesses, including age, *gender* as defined in article 7, paragraph 3, and health, and take into account *the nature of the crime*, in particular where it involves *sexual violence*, *gender violence* or violence against children". (corsivi aggiunti). Nell'adottare le misure di protezione e di sostegno previste a favore delle vittime e dei testimoni dei crimini di violenza sessuale e di genere "The Court … shall have regard to all relevant factors, including age, *gender* as defined in article 7, paragraph 3, and health, and the nature of the crime, in particular, but not limited to, where the crime involves *sexual or gender violence* or violence against children." (art. 68.1; corsivi aggiunti)[49].

Dalle disposizioni richiamate appare chiaro che la violenza di genere è intesa come distinta rispetto alla violenza sessuale. L'aspetto di genere qualifica il crimine nella misura in cui esso è bensì compiuto allo scopo di colpire le vittime a causa del loro sesso, ma collegandolo anche ad altri elementi (come l'appartenenza etnica) oggetto di valutazione sociale[50]. Dunque lo Statuto di Roma supera la concezione della violenza sessuale come diretta esclusivamente nei confronti della donna, criminalizzandone le diverse forme (descritte analiticamente dagli *Elements of Crimes*) in termini neutrali quanto al genere. Del resto, la prassi recente mostra come anche le donne possano compiere crimini di genere quando sono messe di fronte alle stesse situazioni e opportunità criminali degli uomini. Il ruolo svolto dalle donne durante il genocidio ruandese ne fornisce crudeli esempi[51]. Nel carcere di Abu Ghraib torture e trattamenti

[48] Analoga previsione è contenuta nell'art. 15.4 dello statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone.

[49] Su tali disposizioni si veda BOTTIGLIERO, *Crimes against Women*, cit., pp. 34-41.

[50] Con riferimento ai crimini di massa nei quali il genere riveste un aspetto preminente è stato coniato il termine di *gendercide* (JONES, *Gender Inclusive*, cit., pp. 230-254).

[51] Si vedano i casi richiamati da JONES, *op. ult. cit*., pp. 215-217. Il 24 giugno 2011 il Tribunale internazionale per il Ruanda ha giudicato colpevole di genocidio e di cospirazione per commettere genocidio (oltre a crimini contro l'umanità e violazioni gravi dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra) Pauline Nyiramasuhuko, ex ministro

inumani sono stati inflitti a uomini da parte di donne, usando in tal modo il genere per fiaccare e umiliare i prigionieri di sesso maschile e di religione musulmana[52].

La condanna dei colpevoli e le misure protettive delle vittime nel corso delle indagini e dei processi, d'altronde, non riparano che in parte i traumi subiti dalle vittime della violenza sessuale e di genere. L'aiuto e l'assistenza di cui hanno bisogno dovrebbero essere prestati loro soprattutto attraverso la solidarietà e il sostegno delle comunità in cui vivono le quali, viceversa, nelle migliori delle ipotesi negano o ignorano la violenza, nelle peggiori colpevolizzano e stigmatizzano la persona che la ha subita[53]. Rimane in questo campo molto spazio per lo sviluppo del diritto e della cooperazione internazionale.

6. Uguaglianza delle opportunità ed equilibri di genere

Sebbene nel mondo occidentale si siano ormai affermate le pari opportunità di tutte le persone nell'accesso all'istruzione e alla sfera delle funzioni pubbliche, nel diritto internazionale tale principio non è espresso modo particolarmente deciso. La CEDAW prevede quasi di sfuggita l'obiettivo dell'uguaglianza delle opportunità a sostegno delle misure positive (art. 4) e della rappresentanza governativa a livello internazionale e nelle organizzazioni intergovernative (art. 8)[54]. In realtà, le dinamiche delle organizzazioni internazionali sono ancora largamente dominate da uomini. A questo proposito viene sovente segnalata l'insufficiente presenza femminile negli organi delle Nazioni Unite e in special modo negli organi dei diritti umani, che dovrebbero invece perseguire una composizione equilibrata quanto al genere[55]. Per questo è da giudicare in modo negativo la composizione esclusivamente femminile del Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna. Ma le candidature sono presentate dagli stati, dunque dipendono

della famiglia e dello sviluppo femminile del governo ruandese (Procuratore c. Nyiramasuhuko et al., ICTR-98-42-T).

[52] DURHAM, O'BYRNE, *The dialogue of difference*, cit., pp. 39-40.

[53] DURHAM, O'BYRNE, *op. ult. cit*., pp. 47-51; V. NIKOLIC-RISTANOVIC, *Sexual Violence, International law and Restorative Justice*, in Buss, Manji, *International Law*, cit., pp. 273-293, spec. pp. 284-290; SIVAKUMARAN, *Lost in translation*, cit., pp. 263-266.

[54] Sul contensto normative delle pari opportunità nell'accesso all'istruzione v. N. SINGH, *Right to education and Equality of Opportunity for Men and Women*, in Di Stefano, *Gender Issues*, cit., pp. 111-133, spec. pp. 117-119.

[55] Così CHINKIN, CHARLESWORTH e WRIGHT, *Feminist Approaches to International Law*, cit., p. 624; WARING, *The Exclusion of Women*, cit., p. 116.

dalla politica di genere adottata da ciascuno di essi. E questa tende ancora nella maggioranza dei casi a marginalizzare la donna[56]. La Corte penale internazionale è l'organizzazione la cui composizione risulta più equilibrata in termini di genere[57]. Tuttavia le donne rimangono una minoranza nelle posizioni burocratiche apicali; inoltre, solo una percentuale minore degli avvocati abilitati a patrocinare davanti alla Corte sono donne[58].

L'uguaglianza delle opportunità richiama altresì la posizione delle donne e delle minoranze sessuali nelle forze armate. In relazione a queste ultime le situazioni sono differenziate, ma per lo più connotate negativamente. Solo di recente negli Stati Uniti è stata abrogata la politica nota come "don't ask don't tell" che impediva alle persone dichiaratamente gay e lesbiche di servire nelle forze armate[59]. Per quanto riguarda le donne, molti stati oggi ammettono la loro presenza nelle forze armate, e, in numero minore, la loro partecipazione alle operazioni di combattimento[60]. La prassi recente ha anzi visto sempre più spesso le donne assumere la qualità di combattenti sia nei conflitti armati internazionali, sia non internazionali. In una prospettiva di genere si può osservare che nel diritto internazionale umanitario la normativa sui prigionieri di guerra considera la speciale posizione delle donne nelle disposizioni di tipo "protettivo"[61], ma non garantisce loro, ad esempio, pari opportunità nella rappresentanza presso le autorità della potenza detentrice[62].

Le donne partecipano intensamente anche alle lotte dei gruppi arma-

[56] Si rileva come il Comitato della CEDAW risulti nel complesso penalizzato rispetto agli altri organi di controllo sui diritti umani: in questo senso BONTHUYS, DOMINGO, *Constitutional and International Law Context*, cit., p. 63; OTTO, *Lost in Translation*, cit., p. 120.

[57] L'art. 36.8.a.*iii*) dello Statuto di Roma prevede "A fair representation of female and male judges." Oggi, sia fra i giudici, sia nel personale degli organi della Corte, entrambi i sessi sono presenti approssimativamente per il 50%.

[58] A tale proposito è stata avviata dalla Corte una campagna per aumentare il numero delle donne africane abilitate al patrocinio: si veda ICC/ASP/9/30 e *www.iccwomen.org/*.

[59] *Don't Ask, Don't Tell Repeal Act* of 2010 (H.R. 2965, S. 4023). Sulle origini e sulla dimensione normativa di tale politica si vedano M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, pp. 84-87.

[60] Si vedano in proposito HAERI, PUECHGUIRBAL, *From helplessness to agency*, cit., pp. 110-111. Secondo la dottrina femminista, tuttavia, permane nell'ambito delle istituzioni militari una latente ostilità alla presenza femminile; inoltre, i processi decisionali sono ancora saldamente controllati da uomini e il contributo femminile tende ad appiattirsi sulle posizioni maschili e sulle priorità da essi designate (Gardam, *The Law of Armed Conflict*, cit., p. 420).

[61] Convenzione III di Ginevra, articoli 14, 25, 29, 97.

[62] Convenzione III di Ginevra, art. 79.

ti non statali[63]. Ma nelle guerre di liberazione il ruolo femminile è sacrificato all'obiettivo politico, normalmente stabilito da uomini e solitamente volto a conseguire una struttura statale a carattere non meno patriarcale rispetto a quella dello stato contro il quale si lotta[64]. Al termine delle ostilità, mentre da un lato le donne perdono la parità conquistata nel conflitto, dall'altro esse devono affrontare gravi difficoltà di reinserimento nelle proprie comunità di origine. Pari opportunità ed equilibri di genere rimangono, dunque, politiche nazionali di stampo soprattutto occidentale. Nel diritto internazionale dei diritti umani e soprattutto nel diritto internazionale umanitario esse non hanno sinora trovato affermazione universale.

7. Gender Mainstreaming

"Mainstreaming a gender perspective is the process of assessing the implications for women and men of any planned action, including legislation, policies or programmes, in all areas and at all levels. It is a strategy for making women's as well as men's concerns and experiences an integral dimension of the design, implementation, monitoring and evaluation of policies and programmes in all political, economic and societal spheres so that women and men benefit equally and inequality is not perpetuated. The ultimate goal is to achieve gender equality". Questa definizione, formulata nel 1997 dal Comitato economico e sociale delle Nazioni Unite[65] ha reso l'espressione *gender mainstreaming* un *mantra* che da allora veicola la dottrina onusiana dell'uguaglianza di genere[66].

Il Consiglio di sicurezza ha adottato una concezione di *gender mainstreaming* che copre i conflitti armati, la condizione dei rifugiati, i negoziati di pace, il *peacekeeping* e il *peacebuilding*. Nella risoluzione 1325 l'enfasi è posta soprattutto sull'inclusione della donna nei processi decisionali, sull'adozione di misure che mettano le donne in grado di assumere responsabilità di gestione ad ogni livello, sulla prevenzione e la repressione della violenza contro le donne e le adolescenti[67]. A

[63] Si veda al riguardo LINDSEY, *Women facing war*, cit., pp. 23-27.

[64] *Supra* par. 3 e n. 35. Si vedano inoltre CHINKIN, *Women and Peace*, cit., p. 413 e Gardam, *The Law of Armed Conflict*, cit., pp. 430-431.

[65] General Assembly, Fifty-second Session, Report of the Economic and Social Council for 1997, A/52/3 del 18 settembre 1997 p. 27.

[66] Si vedano FREEMAN, *Human Rights*, cit., p. 128; S. KOUVO, *The United Nations and Gender Mainstreaming: Limits and Possibilities*, in Buss, Manji, *International Law*, cit., pp. 237-252; DEGANI, *Condizione femminil*e, cit., p. 177-183.

[67] S/RES/1325 (2000) del 31 ottobre 2000, sulla quale si vedano GARDAM, *Women*

quest'ultimo proposito è stato osservato che la risoluzione pecca di parzialità, poiché ignora o quanto meno sottovaluta la violenza sessuale contro gli uomini e gli adolescenti[68]. Le risoluzioni successive, incentrate soprattutto sul *gender mainstreaming* nelle operazioni di *peacekeeping* e nei processi di ristabilimento della pace[69], hanno in parte corretto l'approccio riconducendo la condanna delle violenze sessuali al più ampio contesto della protezione delle persone civili. La situazione delle donne e delle adolescenti è comunque sempre messa in maggiore evidenza, insieme con quella dei bambini, in quanto si tratta di categorie più esposte al rischio della violenza sessuale.

Gender mainstreaming nel *peacekeping* significa valutare l'operazione nel suo complesso in una prospettiva di genere, tenendo conto dei ruoli di donne e uomini nelle comunità interessate, delle conseguenze sugli uni e sulle altre delle azioni intraprese e anche addestrando in modo appropriato il personale militare e civile delle missioni internazionali. La partecipazione a esse delle donne è vista come un elemento essenziale[70]. *Gender mainstreaming* nei processi di ristabilimento della pace è una strategia volta a integrare le esperienze di donne e uomini nelle politiche e nei piani economici e sociali per conseguire dalla loro esecuzione benefici equilibrati o riequilibranti. L'attuazione di tali politiche è naturalmente lasciata alla buona volontà degli stati, i quali però sino a oggi non sembrano avere adottato a tal fine azioni particolarmente incisive[71].

and Armed Conflict, cit., pp. 109-110; A. BARROW, *UN Security Council Resolutions 1325 and 1820: constructing gender in armed conflict and international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, cit., pp. 221-234.

[68] Così SIVAKUMARAN, *Lost in translation*, cit., p. 269.

[69] S/RES/1820 (2008) del 19 giugno 2008; S/RES/1888 (2009) del 15 settembre 2009.

[70] Un esempio di integrazione della prospettiva di genere nel *peacekeeping* delle Nazioni Unite è offerto dalla partecipazione (a partire dal marzo 2010) di un numero elevato di agenti di polizia donne alla United Nations Mission in Darfur (UNAMID) in qualità di consigliere per le situazioni di violenza di genere e per la protezione dei bambini. In ottica analoga le forze armate svedesi hanno istituito *gender advisers* operanti sia nel contesto interno, sia nelle operazioni all'estero (v. *International Humanitarian Law and Gender*, Report Summary, International Expert Meeting: "Gender Perspectives on International Humanitarian Law", 2007, in *http://www.humanrights.gov.se/*). Sulla prospettiva di genere nell'organizzazione delle operazioni legate alla bonifica dei territori dalle mine anti-persona e alla riabilitazione delle vittime v. *Gender Guidelines for Mine Action Programmes, United Nations*, March 2010, lead author Gabriele Russo. Sulla tematica di genere in relazione alle attività delle compagnie militari private si veda A.F. VRDOLJAK, *Women and Private Military and Security Companies*, in F. Francioni, N. Ronzitti, *War by Contract, Human Rights, Humanitarian Law, and Private Military Companies*, Oxford, 2011, pp. 280-298, spec. pp. 295-297.

[71] Di basso profilo appare la scelta dell'Unione europea di adeguarsi alla risoluzione 1325 attraverso un semplice promemoria sulla prospettiva di genere nelle operazioni

8. Considerazioni conclusive

La prospettiva di genere consente di apprezzare l'evoluzione sia del diritto internazionale dei diritti umani, sia del diritto internazionale umanitario in termini di tutela, non discriminazione, repressione dei crimini di genere, uguaglianza delle opportunità e *gender mainstreaming*. Il progresso è più sensibile nel campo dei diritti umani, dove l'ottica della speciale protezione della donna è ormai affiancata (e forse sarà presto superata) dalla valorizzazione delle pari opportunità per tutte le persone e da una lettura principio di non discriminazione che ne estende la portata alle differenze di identità e di orientamento sessuale[72]. Al confronto, il diritto internazionale umanitario appare ancora in prevalenza legato alle esigenze di tutela della donna e di repressione delle violazioni, che d'altra parte dipendono dalla specifica natura delle situazioni alle quali esso si applica. La violenza sessuale e di genere è la costante conseguenza dei conflitti armati e, purtroppo, anche del *peacekeeping*. Si avverte comunque la necessità di una revisione delle pertinenti disposizioni del diritto internazionale umanitario, se non in sede convenzionale almeno a livello interpretativo, per promuovere l'effettiva protezione di tutte le categorie vulnerabili, l'efficace repressione dei crimini di genere e un'adeguata assistenza alle vittime della violenza di genere. Sotto quest'ultimo profilo, le disposizioni sulla riabilitazione delle vittime contenute nelle convenzioni sulle mine anti-persona e sulle bombe a grappolo potrebbero offrire un'utile paradigma.

Gender mainstreaming potrebbe costituire il *trait d'union* per integrare la prospettiva di genere nel diritto internazionale dei diritti umani e nel diritto internazionale umanitario. A tale scopo si rivela essenziale il lavoro degli organi delle Nazioni Unite, in particolare del Consiglio di sicurezza. Esso non potrebbe tuttavia essere coronato da successo senza

condotte nell'ambito della politica europea di sicurezza e difesa (Consiglio dell'Unione Europea, *Check list to ensure gender mainstreaming and implementation of UNSCR 1325 in the planning and conduct of ESDP Operations*, 12068/06 del 27 luglio 2006 *http://www.eulex-kosovo.eu/*). Positiva invece la presenza di *gender advisers* nelle missioni EULEX in Kosovo e EUPOL nella Repubblica Democratica del Congo e in Afghanistan (Consiglio dell'Unione Europea, *ESDP Presidency Report on ESDP*, Doc. 10748/09 del 27 luglio 2006).

[72] È significativo in proposito il recente rapporto dell'Alto Commissario della Nazioni Unite per i diritti umani *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity* nel quale, per la prima volta a conoscenza di chi scrive, tale organo affronta in maniera esplicita e sistematica la discriminazione e la violenza legate all'orientamento o all'identità sessuale delle persone (A/HRC/19/41 del 17 novembre 2011).

una convinta adesione degli stati a politiche di genere imperniate sulla non discriminazione e le pari opportunità. Ma la varietà di atteggiamenti dei membri della comunità internazionale non offre prospettive molto incoraggianti a questo proposito.

Bibliografia

Ali, Shaheen Sardar, *Gender and Human Rights in Islam and International Law. Equal Before Allah, Unequal before Man?*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000.

Anker, Deborah E., *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, pp. 133-154.

Arnaud, André-Jean and Kingdom, Elizabeth (eds.) *Women's Rights and the Rights of Men*, Aberdeen University Press, Glasgow/Aberdeen, 1990.

Barrow, Amy *UN Security Council Resolutions 1325 and 1820: constructing gender in armed conflict and international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No 877, 2010, pp. 221-234.

Bonthuys, Elsje and Albertyn, Catherine (eds.) *Gender, Law and Justice*, Juta & Company, South Africa, 2007.

Burr, Vivien, *Gender and Social Psychology*, Routledge, London, 1998.

Buss, Doris and Manji, Ambreena (Eds.) *International Law: Modern Feminist Approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

Charlesworth, Hilary and Chinkin, Christine *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*, Manchester University Press, Manchester, 2000.

Cook, Rebecca J. *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 30, 1990, pp. 643-709.

Cook, Rebecca J. (ed.) *Human Rights of Women: National and International Perspectives* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.

Degani, Paola *Condizione femminile e Nazioni Unite. Recenti sviluppi della politica internazionale per i diritti umani delle donne*, CLEUP, Padova, 2010.

Di Stefano, Adriana (ed.) *Gender issues and international legal standards*, ED.IT Firenze, 2009.

Donnelly, Jack *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2nd edn., Cornell University Press, Ithaca, 2003.

Durham, Helen and Gurd, Tracey (eds.) *Listening to the Silences: Woman and War*, Koninklijke Brill, Leiden, 2005.

Durham, Helen and O'Byrne, Katie *The dialogue of difference: gender perspectives on international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No 877, 2010, pp. 31-52.

Facchi, Alessandra *Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualidad y autonomia*, in *Derechos y Libertades*, n. 25, 2011, pp. 55-86, spec. pp. 64-70.

Francioni, Francesco and Ronzitti, Natalino *War by Contract, Human Rights, Humanitarian, Law, and Private Military Companies*, Oxford, 2011, pp. 280-298.

Freeman, Michael *Human Rights. An Interdisciplinary Approach*, Blackwell Publishing Ltd., Oxford, 2002.

Gong-Gershowitz, Jennifer *Forced Marriage: A "New" Crime Against Humanity?* in Northwestern University Journal of International Human Rights, Vol. 8, 2009, pp. 53-65.

Haeri, Medina and Puechguirbal, Nadine *From helplessness to agency: examining the plurality of women's experiences in armed conflict*, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No 877, 2010, pp. 103-122.

International Committee of the Red Cross, *Addressing the needs of women affected by armed conflict: an ICRC guidance document*, ICRC, Geneva, 2004.

International Law Association, The Hague Conference (2010) Committee on Feminism and International Law, Final Report: *Women and Migration*, *http://www.ila-hq.org/en/committees/.*

Lindsey, Charlotte, *Women Facing War*, ICRC, Geneva, 2001.

Jones, Adam *Gender Inclusive: essays on violence, men and feminist international relations*, Routledge, London and New York, 2009.

Mahoney, Kathleen E. and Mahoney, Paul *Human Rights in the Twenty-fist Century*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993.

McClain, Linda C. and Grossman, Joanna L. (eds.), *Gender Equality: Dimensions of Women's Equal Citizenship,* Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Mura, Loredana *I diritti delle donne e la tutela della diversità nel diritto internazionale*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1/2000, pp. 47-84.

Oosterveld, Valerie *The Definition of "Gender" in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?* in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, 2005, pp. 56-84.

Orford, Anne *International Law and Its Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Pictet, Jean S. (sous la direction de) *Commentaire, La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952.

Romany, Celina *Women as Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law*, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 6, 1993, pp. 87-125.

Schabas, William A., *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Convention on the Rights of the Child*, in *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 3, 1979, pp. 79-112.

Sivakumaran, Sandesh *Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations of armed conflict*, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No 877, 2010, pp. 259-277.

Tachou-Sipowo, Alain-Guy *The Security Council on women in war:*

between peacebuilding and humanitarian protection, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No 877, 2010, pp. 197-219.

UN Department of Peacekeeping Operations, Review of sexual violence elements of the judgments of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and the Special Court for Sierra Leone (SCSL) in the light of the Security Council Resolution 1820, United Nations, New York, 2010.

Winkler, Matteo M, Strazio Gabriele *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, pp. 84-87.

Zinn, Howard *A People's History of the United States*, New York, 2005

OCCUPAZIONE MILITARE
E TUTELA DELLA PROPRIETÁ PRIVATA

Noemi CORSO*

SOMMARIO: 1. Premessa e piano del lavoro. – 2. Norme che limitano l'azione di *governo* dell'occupante: il rafforzamento della tutela della proprietà privata nella prassi sul divieto di confisca. – 3. *Segue*: … e nella prassi sull'*erosione* del principio di conservazione dello *status quo*: il potere di confisca preventiva. – 4. *Segue*: il potere decisorio sul titolo della proprietà privata *abbandonata*. – 5. Eccezioni al divieto di confisca e indebolimento della protezione della proprietà privata nella prassi relativa al potere di requisizione: un sacrificio solo apparente? – 6. Norme sulla condotta delle ostilità ed emersione del nucleo essenziale della proprietà privata: il divieto di saccheggio e il divieto di distruzione arbitraria dei beni. – 7. Conclusioni.

1. Premessa e piano del lavoro

La tutela della proprietà privata da parte delle Potenze occupanti attiene a uno dei profili più classici del diritto dell'occupazione militare; il tema, tuttavia, non è mai stato "attualizzato" e approfondito nella prospettiva dei diritti fondamentali dei civili soggetti al potere di controllo militare straniero[1].

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo.

[1] La copiosa letteratura in materia di occupazione militare ha sempre analizzato il tema della proprietà privata nella prospettiva dei poteri e delle facoltà dell'occupante sul territorio straniero controllato o, più in generale, degli aspetti economici del regime. Si v., oltre alla dottrina che verrà citata nel prosieguo, P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public,* Genève, 1954, pp. 482-492; G. SCHWARZENBERGER, *The Protection of Private Property in the Law of Belligerent Occupation* in *Indian Journal of International Law* 1960, pp. 193-224; H.P. GASSER, *Protection of the Civilian Population*, in D. FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, *2nd ed.*, Oxford, 2008, pp. 290-297. Pochi lavori invece affrontano il tema quale diritto fondamentale dei civili. Si v. L.G. LOUCAIDES, *The Protection of the Right to Property in Occupied Territories* in *International and Comparative Law Quarterly* 2004, p. 677 ss.; S. VITÉ, *The Interrelation of the Law of Occupation and Economic, Social and Cultural Rights: the Examples of Food, Health and Property* in *International Review of the Red Cross (IRRC)* 2008, pp. 629 ss.; L. BRILMAYER - G. CHEPIGA, *Ownership or Use? Civilian Property Interests in International Humanitarian Law* in *Harvard International Law Journal* 2008, p. 413 ss.

Ciò è in parte spiegabile se si pone mente, anzitutto, al problema ormai noto della *esiguità* della prassi relativa alle occupazioni[2]. La dottrina, infatti, è spesso portata ad analizzare questo istituto introducendo – come è stato efficacemente detto – un "elemento di artificialità nella scelta della prassi"[3], e cioè limitando l'esame alle situazioni di fatto nelle quali uno stato di occupazione è formalmente riconosciuto.

A questo aspetto più generale si affianca, poi, quale motivo particolare, il percorso travagliato che il diritto di proprietà privata ha dovuto attraversare per essere incluso e riconosciuto a pieno titolo all'interno dei trattati internazionali sui diritti umani[4]. Si potrebbe sostenere, in un certo senso, che questo "peccato originale" si sia riflesso nella precedenza accordata dalla dottrina, ogni qualvolta si sia interrogata sull'applicazione di questi trattati a casi di occupazione, a quei diritti più intimamente connessi alla tutela della *persona* umana (es. il diritto alla vita)[5].

Malgrado ciò, un'indagine sul regime della proprietà privata in contesti di occupazione appare particolarmente interessante per tre ragioni di fondo.

[2] Tale fenomeno è riconducibile, almeno in parte, alla generale tendenza degli Stati a non riconoscere mai il proprio *status* di Potenza occupante o, al più, ad ammetterne uno *sui generis*, con la conseguenza che gli stessi Stati o non applicano le relative norme giuridiche, o le interpretano in modo piuttosto "liberale". E. BENVENISTI, *The International Law of Occupation,* Princeton, 1993, p. 212.

[3] M. PERTILE, *L'adozione di misure contro il terrorismo nei territori occupati: i poteri e gli obblighi delle Potenze occupanti* in P. GARGIULO - M.C. VITUCCI (a cura di) *La tutela dei diritti umani nella* lotta *e nella* guerra *al terrorismo*, Napoli, 2009, pp. 295-315, 296.

[4] Il diritto di proprietà privata, che affonda le sue radici nel modello borghese - rivoluzionario affermatosi dopo il 1789, è stato per lungo tempo al centro di un acceso dibattito politico e filosofico. La contrapposizione fra la concezione individualistica dei beni, di matrice liberale da un lato, e quella collettivistica, di matrice socialista dall'altro, ne ha reso infatti difficile l'inquadramento tra i diritti fondamentali della persona umana e, di conseguenza, scarna e generica la sua formalizzazione nei primi strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. Si v. T.R.G. VAN BANNING, *The Human Right to Property*, Antwerpen/Oxford/New York, 2002, pp. 33-79; C. KRAUSE, *The Right to Property* in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.) *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook, 2nd revised edition,* Dordrecht/Boston/London, 2001, pp. 191-209. Sulle resistenze alla codificazione di una norma a tutela del diritto di proprietà durante la complessa negoziazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, inserita poi nell'art. 1 del I Prot. addizionale del 1952, si v. L. CONDORELLI, *Premier Protocole Additionnel, Article 1*, in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (dir.) *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article,* Paris, 1999, pp. 971-997.

[5] Si v. R. KOLB - G. GAGGIOLI, *A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights* in *IYHR* 2007, vol. 37, p. 115 ss.; L. DOSWALD-BECK, *The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All The Answers?* in *IRRC* 2006, p. 881 ss.

Anzitutto, per la moltiplicazione dei *modelli* di occupazione militare emersi nella prassi internazionale contemporanea, al di là di un loro espresso riconoscimento formale. La storia di questo istituto, infatti, ha mostrato come esso sia essenzialmente una "questione di fatto"[6], e come la sua natura *flessibile* – proprio perché modellata sui fatti – gli abbia consentito nel tempo di trovare applicazione in contesti profondamente diversi rispetto all'originario modello di riferimento[7]. Ciò spiega perché l'interventismo crescente che ha segnato l'attività degli Stati e delle Organizzazioni internazionali dalla fine della c.d. guerra fredda ha determinato un aumento esponenziale delle forme di controllo militare su territori altrui, non sempre qualificate come occupazione, che si discostano dalla concezione *classica* dell'*occupatio bellica* corrispondente alla lettera dell'art. 42 del Regolamento relativo alle leggi e agli usi della guerra terrestre annesso alla Convenzione dell'Aja del 1907 (di seguito RA)[8]. Quest'ultima nozione, invero, legata ancora all'esistenza delle ostilità e all'effettività dei combattimenti, risulta ormai inglobata in un modello più ampio di occupazione, ricomprendente al suo interno i diversi *tipi* di cui è stata testimone la prassi: dapprima, quella relativa al periodo fra le due guerre mondiali, le cui tracce si rinvengono espressamente nella codificazione di talune norme della IV Convenzione di Ginevra del 1949 relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra (di seguito IV CG)[9], che rimandano a casi di occupazioni miste, di occupazioni paci-

[6] Dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel qualificare l'occupazione un mero "fatto" cui il diritto ricollega certe conseguenze, senza mostrare più preoccupazione verso quegli approcci speculativi che, soprattutto nel XIX secolo, avevano cercato di risolvere le questioni teoriche sulla sovranità territoriale e sullo *status* dell'occupante, su cui v. C. CURTI GIALDINO, *Occupazione bellica* (voce) in *Enciclopedia del diritto,* vol. XXIX, Milano, 1979, p. 722 ss.

[7] O. DEBBASCH, *L'occupation militaire: pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national,* Paris, 1962, p. 1.

[8] Secondo l'art. 42 RA un territorio è occupato allorché *"se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie"*, e *"l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer"*. La definizione riposa su una realtà oggettiva, coincidente con la sottomissione *de facto* di un territorio e della sua popolazione all'autorità dell'armata nemica, nel momento in cui le ostilità attive, iniziate con l'invasione, hanno definitivamente termine. Sulle origini della norma e sulla nozione di occupazione v. E. BENVENISTI, *The Origins of the Concept of Belligerent Occupation*, in *Law and History Review* 2008, p. 621 ss.

[9] Si v. l'art. 2, par. 2 IV CG, che sgancia la definizione di occupazione dallo stato di guerra formalmente riconosciuto, e ne riconosce la configurabilità a prescindere dall'esistenza di un conflitto armato; l'art. 6, che ammette che l'occupazione possa proseguire anche *dopo* la fine generale delle operazioni militari, *"sempre che la Potenza occupante eserciti le funzioni di governo sul territorio"*; infine, l'art. 47 che, nel vietare alcune fattispecie potenzialmente in grado di comprimere i diritti fondamentali delle *persone protette* in tempo di occupazione, prende in considerazione anche l'ipotesi che la PO

fiche su accordo delle Parti o, ancora, a casi di occupazioni di territori neutri o alleati[10]. Successivamente, la prassi contemporanea che, a dato normativo invariato, ha invece registrato casi di occupazioni prolungate nel tempo o concernenti territori dallo *status* giuridico controverso[11]; casi di occupazioni frutto di un espresso (ma fittizio) *invito* del Governo ospite, che ha portato truppe straniere ad assumere importanti funzioni di amministrazione all'interno del Paese[12]; o, infine, di occupazioni *trasformative*, in cui il Consiglio di Sicurezza, con mandato *derogatorio* del regime, ha espressamente autorizzato l'armata occupante a consolidare la pace e procedere alla *ricostruzione* liberal-democratica dello Stato occupato[13].

resti in carica in virtù di un "accordo" fra la stessa e le autorità del territorio occupato. Sul tema v. R. KOLB, *Etudes sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé* in *African Yearbook of International Law* 2002, vol. 10, p. 267 ss.

[10] Lo studio della giurisprudenza dell'epoca conferma, tra l'altro, che le nuove tipologie di occupazione, malgrado le differenze *formali* con il modello delineato dall'art. 42, ricadono *sostanzialmente* nell'ambito applicativo materiale del Regolamento dell'Aja, che resta quindi il *minimum standard* di riferimento. Si v., in relazione all'occupazione armistiziale, Corte Cass. it., *Ruocco v. Fiore,* sentenza del 28 febbraio 1947, in *Annual Digest of Reports and Public International Law Cases* (*AD*) 1947, vol.14, p. 248, sull'occupazione di Trieste dopo il 1943, nonostante la parziale *deroga* del RA seguita all'accordo di armistizio; in relazione all'occupazione pacifica, Corte militare dell'Armata Belga, *In re Boulanger*, sentenza del 19 aprile 1923, in *AD* 1923-24, vol. 2, p. 442, relativa all'occupazione alleata del territorio tedesco del *Rinheland*, che ritiene applicabile il RA sia a un'occupazione *"based solely on force and on disregard of treaties"*, che a un'occupazione *"carried out in virtue of a treaty"*; e *Auditeur Militaire v. Reinhardt and others*, sentenza del 27 gennaio 1923, *ibidem*, case n. 239, p. 441; in relazione all'occupazione senza resistenza armata, Corte Suprema di Vittoria, *Anglo-Czechoslovak and Prague Credit Bank v. Janssen,* in *AD* 1943-45, vol. 12, case n. 11, p. 47, sull'occupazione della Boemia e della Moravia, secondo cui le regole del RA vanno osservate *"so far as concerned the consequences flowing from the occupant's control"*.

[11] Come gli episodi del Sahara Occidentale, della Cisgiordania e della striscia di Gaza, o di Cipro del nord, su cui v. A. ROBERTS, *What is a Military Occupation?* in *BYIL* 1984, p. 249 ss.

[12] Come avvenuto in Cambogia, a seguito dell'invasione vietnamita del 1978, "richiesta dal popolo" per estromettere il regime dei Khmer rossi, e durata undici anni; in Afghanistan, con l'intervento dell'Unione Sovietica nel dicembre del 1979, formalmente richiesto per difendere il popolo afghano, e, con buona approssimazione, a Panama, invasa nel 1989 dalle forze americane per rovesciare il generale Noriega che aveva a sua volta destituito il Presidente legittimo Endara. Su tali episodi v. T. FRANCK, *Recourse to force*, Cambridge, 2002.

[13] Questo termine è stato coniato in relazione all'occupazione dell'Iraq, le cui profonde finalità trasformative hanno sollevato la questione del potere del Consiglio di Sicurezza di derogare al regime generale di occupazione. Si v. D.J. SCHEFFER, *Beyond Occupation Law* in *AJIL* 2003, p. 842 ss.; M. ZWANENBURG, *Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and The Law of Occupation* in *IRRC* 2004, p. 745 ss.; M. STA-

La seconda ragione che ci spinge ad affrontare il tema in oggetto è data, invece, dal consolidarsi della relazione tra il diritto internazionale umanitario e le norme internazionali sui diritti umani. I diversi momenti che hanno segnato l'evoluzione del rapporto esistente fra questi due sistemi normativi confermano, infatti, che essi non sono più separati l'uno dall'altro e che, in ragione del rafforzamento del valore dei "diritti umani" nella società internazionale, tendono ormai a completarsi a vicenda secondo una logica di mutua cooperazione e progressiva interpenetrazione che supera il criterio della stretta *specialità*[14], affermato e "perfezionato" a più riprese dalla Corte internazionale di giustizia (di seguito CIG)[15].

Terza e ultima ragione, infine, l'emersione nella prassi internazionale degli organi di tutela dei diritti umani della natura complessa e controversa del diritto di proprietà privata, definita anche *mista* o *duale*[16]. Accanto alla concezione classica della proprietà privata, di matrice liberale, che identifica tale diritto nel diritto di ciascuno all'indisturbato godimento dei propri beni, è emersa infatti quella che potremmo definire la "anima sociale" della proprietà privata, coincidente invece con il diritto di possedere i beni minimi necessari per godere di uno *standard* di vita di-

RITA, *L'occupation de l'Iraq: le Conseil de Securité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes,* in *RGDIP* 2004, p. 883 ss.; R. KOLB, *Occupation in Iraq since 2003 and the Powers of the UN Security Council* in *IRRC* 2008, p. 29 ss.

[14] A. ORAKHELASHVILI, *The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?* in *EJIL* 2008, p. 161 ss.

[15] Corte internazionale di giustizia (CIG), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion,* 8 luglio 1996, par. 25; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, 9 luglio 2004, par. 106; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgement,* 19 dicembre 2005, par. 220. Il tema è stato oggetto di studio della Commissione di Diritto Internazionale nell'ambito dei lavori sulla *frammentazione*, in *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi*, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, par. 103 ss. Sulla incidenza del valore dei *diritti umani* nei diversi settori materiali dell'ordinamento internazionale v. invece P. De Sena, *Diritti dell'uomo (diritto internazionale)* in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 1868 ss.

[16] C. KRAUSE, *The Right to Property, cit.,* p. 191, nt. 4. Sul tema, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, 6ième éd., 2003, p. 446; L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia,* vol. I, Teoria del diritto, Roma-Bari, 2007, p. 769 ss., che distingue fra *proprietà come diritto civile fondamentale*, ossia diritto di acquisire e disporre dei beni di proprietà, come tale universale (quanto ai titolari) e indisponibile; e *proprietà come diritto reale patrimoniale*, ossia diritto di proprietà su beni determinati, come tale singolare e disponibile.

gnitoso[17]. Tale complessità, peraltro, è a sua volta da mettersi in relazione a due linee di tendenza più generali: per un verso, la crescente consapevolezza della indivisibilità e interdipendenza di tutti i diritti umani; la crescente consapevolezza, cioè, che questa interconnessione viva anche all'interno di singoli diritti che, come il diritto di proprietà, presentano aspetti sia civili che economico-sociali, e possiedono una propria vocazione a supportare la protezione di *altri* diritti umani. Per altro verso, l'affermazione del macrovalore della dignità umana[18], ossia di quel concetto fondamentale, trasversalmente declinabile in molteplici diritti umani, che si ricollega all'idea del cd. nucleo essenziale dei diritti, che nel caso della proprietà privata coincide per l'appunto con il diritto di ciascuno a non essere arbitrariamente privati dei beni primari – si pensi alla casa, al cibo o ai medicinali – essenziali alla sopravvivenza[19].

Premesse dunque le ragioni che ci inducono ad analizzare il tema della proprietà privata in contesti di occupazione, il presente lavoro si pone l'obiettivo di verificare se nella prassi più recente si sono registrati dei mutamenti nell'interpretazione e nell'applicazione di un regime concepito per un modello di occupazione *classica* che, come detto, non esaurisce più in sé la fenomenologia dell'istituto; se, insomma, tale prassi abbia "risentito" dell'influenza del valore dei diritti umani e abbia, se del caso, dato vita a nuove norme consuetudinarie. Nel far ciò, utilizze-

[17] Si v. l'art. XXIII della Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo del 2 maggio 1948: "*Every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps to maintain the dignity of the individual and of the home"*. In modo analogo, una delle versioni provvisorie dell'attuale art. 17 della Dichiarazione Universale (UN. Doc. E/CN.4/95, *Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights*, 21 maggio 1948, p. 8, art. 14): *"Every one has the right to own such property as meets the essential needs of decent living, that helps to maintain the dignity of the individual and of the home, and shall not be arbitrarily deprived of it"*. Tali esempi confermano la consapevolezza della natura "mista" del diritto di proprietà privata, e della sua vocazione a supportare la protezione di *altri* diritti umani. Sul punto, A. EIDE, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights"* in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.), *cit.*, p. 17.

[18] Sul tema si v. D. KRETZMER - E. KLEIN (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague/London/New York, 2002. In senso critico, C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights,* in *EJIL* 2008, p. 655 ss.

[19] L. FERRAJOLI, *Principia Juris,cit.*, pp. 777-779, definisce questi beni *sociali* in quanto "oggetto di diritti sociali dalla cui prestazione a carico della sfera pubblica dipende parimenti la sopravvivenza delle persone", e li include nella più ampia categoria dei c.d. *beni fondamentali*, ossia di quei beni che sono oggetto di diritti fondamentali: "alimenti e farmaci essenziali alla sopravvivenza non sono beni ontologicamente fondamentali, ma sono di solito beni patrimoniali… prodotti o quanto meno distribuiti per opera dell'uomo", che divengono "beni fondamentali solo grazie alle norme… che dispongono i diritti sociali alla salute e alla sopravvivenza dei quali essi sono oggetto".

remo il metodo classico di rilevamento della consuetudine, accertando se la ripetizione uniforme e generalizzata di certi comportamenti sia (o sia stata) altresì accompagnata dalla convinzione della loro obbligatorietà giuridica[20]. Tuttavia, con riguardo all'elemento della *generalità* della prassi, va osservato che nel caso dell'occupazione militare l'interprete incontra due diverse difficoltà, entrambe legate in un certo senso alla posizione di *prevalenza* "storica e giuridica insieme"[21] che la Potenza occupante (di seguito PO) assume nella logica del rapporto giuridico che si instaura con il paese occupato: l'inevitabile tendenza degli occupanti a interpretare a loro vantaggio le norme sull'occupazione, da una parte; la difficoltà di reperire la prassi degli Stati occupati e degli Stati terzi, dall'altra[22]. Se questo è vero, però, dal nostro punto di vista non è irragionevole presumere che una nuova o diversa norma consuetudinaria sia in via formazione tutte le volte in cui la prassi dimostra che gli stessi occupanti interpretano le norme "a loro svantaggio", nel senso che si *autolimitano* accettando l'applicazione di parametri *nuovi* che restringono la portata della loro azione di governo proprio in quei casi in cui essa si presenta per definizione più ampia.

Ebbene, vale la pena anticipare che la trasformazione subita dal regime della proprietà privata si presenta articolata e non univoca, nel senso che non può semplicemente concludersi che la relativa tutela ne risulta rafforzata. E ciò perché le novità emerse nella prassi sono grosso modo riconducibili a due differenti orientamenti da cui discende un quadro complessivo piuttosto eterogeneo. Da una parte, il maggiore *interventismo* delle Potenze occupanti, ravvisabile soprattutto nel prolungamento di alcune occupazioni, o nel carattere intrinsecamente trasformativo di altre, ha prodotto un inevitabile ampliamento dei loro poteri in certi settori, e tali spinte *governative*, sebbene non sconfessino l'interpretazione data alla norma che pone il divieto per l'occupante di sottoporre la proprietà privata a confisca, possono tuttavia determinare una significativa compressione del godimento del diritto di proprietà. Dall'altra parte, invece, l'emersione anche nella prassi delle occupazioni di un c.d. nucleo essenziale del diritto di proprietà, e dell'idea che anche tale diritto sia idoneo a tutelare la dignità dell'essere umano, ha generato un complessi-

[20] B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VIII ed., Napoli, 2010, p. 35 ss.; L. CONDORELLI, *Consuetudine internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, 1989, p. 490 ss.; O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, 2009, p. 149 ss. Sul ruolo della prassi si v. *La pratique et le droit international. Acte du Colloque de Genève de la Société française pour le droit international*, Paris, 2004.

[21] F. CAPOTORTI, *L'occupazione nel diritto di guerra,* Napoli, 1949, p. 148.

[22] *Ibidem,* p. 178 ss., 181.

vo rafforzamento della sua tutela. L'esigenza, cioè, di salvaguardare i bisogni primari della popolazione, cui sono collegati i beni essenziali alla sua sopravvivenza, rappresenta un nuovo limite al modo in cui la PO conduce le ostilità, nel senso che ne comprime le esigenze di sicurezza perfino in contesti di ostilità attive in cui la clausola della necessità militare si fa fisiologicamente più blanda.

Muovendo allora da questi due differenti orientamenti, tratteremo le novità della prassi distinguendo fra le norme che limitano l'azione di *governo* dell'occupante, e che si applicano durante la fase dell'amministrazione effettiva del territorio e dell'esercizio *stabile* delle funzioni di governo, fra le quali rientrano il principio dell'immunità della proprietà privata dalla confisca, comprese le sue eccezioni (parr. 2 e 5), e il principio generale di conservazione dello *status quo*, applicabile anche al settore della vita economica e sociale del Paese occupato (parr. 3 e 4); e le norme che, invece, limitano il modo in cui la PO conduce le ostilità[23], e che vengono in rilievo quando la stessa ricorre alla forza militare[24], ossia i principi dell'immunità della proprietà privata rispettivamente dal saccheggio e dalla distruzione illecita e arbitraria (par. 6).

[23] Si rammenti che l'eventuale uso della forza bellica da parte della PO, o al momento dell'invasione per assumere il controllo del territorio, o in un momento successivo per arginare fenomeni di resistenza locali o minacce terroristiche, può tradursi in mera azione di polizia e di mantenimento dell'ordine, oppure, se raggiunge una certa soglia di violenza e l'avversario che si combatte possiede un certo grado di "organizzazione" interna, in conflitto armato. La distinzione, non sempre agevole (R. KOLB - S. VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruxelles, 2009, p. 345 ss.), comporta importanti conseguenze in tema di diritto applicabile all'occupazione: le norme, più stringenti, sui diritti umani, nell'un caso (M. SASSOLI, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers* in *EJIL* 2005, p. 661 ss., 665); il diritto dei conflitti armati, nell'altro. Nell'ipotesi, poi, che i combattimenti raggiungano la *soglia* del conflitto armato, altra questione da risolvere è il *tipo* di regolamentazione da applicare, e cioè quella relativa ai conflitti armati internazionali o non internazionali, a seconda dello *status* delle forze armate "resistenti": se appartenenti allo Stato occupato o a uno Stato terzo, oppure se formate da gruppi di opposizione non statali (A. CASSESE, *International Law, 2nd ed.*, Oxford, 2005, p. 420; Corte suprema d'Israele (CSI) 7015/02, *Ajuri v. IDF Commander of IDF Forces in the West Bank*, par. 1; CSI 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel*, 13 Dicembre 2006, par. 21).

[24] Questa distinzione riecheggia quella fra *occupational phase* e *wake-of-battle phase* avanzata da M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley, 1959, p. 214.

2. Norme che limitano l'azione di governo dell'occupante: il rafforzamento della tutela della proprietà privata nella prassi sul divieto di confisca

Procediamo, a questo punto, con l'analisi delle norme sull'occupazione poste a tutela della proprietà privata che dettano limiti all'azione di *governo* dell'occupante.

Anzitutto, la prassi si è evoluta verso un rafforzamento del diritto alla proprietà privata sotto il profilo del divieto assoluto[25] per la PO, sancito all'art. 46.2 RA, di sottoporre la medesima a confisca (*"La propriété privée ne peut pas être confisquée"*).

Oggetto di protezione assoluta, in particolare, è la proprietà intesa quale titolarità sul bene, ossia quale stabile e definitivo rapporto tra la persona e la cosa. Sono infatti da considerarsi vietate, oggi, non solo le misure dell'occupante in grado di comportare un definitivo trasferimento del titolo, ma tutte le misure che, sebbene non dirette a incidere formalmente su di esso, impediscano di fatto al proprietario qualunque possibilità futura di godimento del bene. Il punto d'inizio della evoluzione normativa è dato dalla sentenza del Tribunale di Norimberga nel caso *Krupp*, in cui i giudici hanno respinto l'interpretazione restrittiva della norma, e hanno incluso nel divieto in esame sia le forme di *"definite transfer of title"*, sia gli atti *«taken over in a manner which prevents the rightful owner from using it and deprive him from lawfully exercising his prerogative as owner"*[26].

Il rafforzamento della protezione consiste, quindi, nella estensione del divieto di confisca a tutte le azioni dell'occupante che determinano una perdita definitiva del titolo, o che integrano una forma di appropriazione dei beni tale da ostacolare in modo permanente il proprietario nell'utilizzo dei medesimi, o nell'esercizio delle sue prerogative legittime[27].

[25] Secondo la dottrina il carattere *assoluto* della norma deriva dalla assenza al suo interno della c.d. *escape clause,* la clausola cioè che consentirebbe all'occupante di invocare la necessità militare al fine di superare eventuali limiti al suo potere di azione. Secondo G. VON GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory,* Minneapolis, 1957, p. 224: *"if such clause is* not *included in an article of the regulations, the prohibition contained in that article is* absolute*"*. Sottolinea tale aspetto anche la CIG, *Legal Consequences, cit.,* par. 135.

[26] Tribunale Militare di Norimberga (USA), *Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven others (Krupp Trial),* sentenza 17 novembre 1947 - 30 giugno 1948, in United Nations War Crimes Commission (ed.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, London (*LRTWC*) 1949, vol. X, case n. 58, p. 69 ss., 137.

[27] M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare, cit.*, p. 293, nt. 78.

La soluzione interpretativa del Tribunale interalleato ha poi trovato conferma nella giurisprudenza successiva.

In primo luogo, la Corte europea dei diritti umani, nelle procedure individuali relative alla vicenda dell'occupazione turca di Cipro del Nord, ha riconosciuto la violazione del diritto di proprietà privata derivante dalla continuativa presenza delle truppe militari turche sul territorio cipriota; circostanza questa che, protraendosi dal 1974, ha impedito ai proprietari di accedere alle terre situate nella parte settentrionale dell'isola, causando la perdita di controllo sulle medesime, e traducendosi di fatto in una misura avente carattere materialmente espropriativo[28].

A ben vedere, la ragion d'essere della regola riposa sul principio di *provvisorietà*[29] che regge l'intera disciplina dell'occupazione; l'interpretazione data all'art. 46.2 RA riflette, cioè, l'evoluzione che tale principio ha subito nel corso del tempo. Secondo una prassi ormai consolidata, infatti, la provvisorietà del regime, da criterio meramente temporale, originariamente legato alla convinzione che l'occupazione non dovesse durare "qu'un laps de temps réduit"[30], si è progressivamente trasformata in criterio *giuridico* atto, in ultima istanza, a qualificare come illecita l'adozione, da parte dell'occupante, di provvedimenti destinati a durare oltre il periodo stesso dell'occupazione[31]. Illecito, insomma, è il potenziale carattere "permanente" della misura di appropriazione del bene, sul presupposto imprescindibile che la stessa sia stata adottata, almeno for-

[28] Corte europea dei diritti umani (CtEDU), *Loizidou v. Turkey*, application n. 15318/89, *Merits*, sentenza del 18 dicembre 1996, par. 63: *"As a consequence of the fact that the applicant has been refused access to the land since 1974, she has effectively lost all control over, as well as all possibilities, to use and enjoy her property. Such interference falls in the meaning of... that provision as an interference with the peaceful enjoyment of possessions"*. Si v. anche CtEDU, *Demades v. Turkey*, application n. 16219/90, sentenza del 31 luglio 2003, par. 46, e *Michaelidou Developments Ltd et al. v. Turkey*, application n. 16163/90, sentenza del 31 luglio 2003, par. 31, e *Chyprus v. Turkey*, application n. 25781/94, *Merits*, sentenza del 10 maggio 2001, parr. 178-189.

[29] Risale alla seconda metà del XVIII secolo il riconoscimento dell'*autonomia* giuridica e del carattere non acquisitivo della occupazione bellica, non in grado cioè di trasferire all'occupante il titolo di *sovranità* che resta in capo allo Stato occupato. Per una delle prime applicazioni giurisprudenziali del principio v. Corte Permanente di Arbitrato, *Affaire de la Dette publique ottomane*, sentenza del 18 aprile 1925, in *Reports of International Arbitral Awards* (*RIAA*), vol. I, p. 529 ss.

[30] R. KOLB, *Études sur l'occupation, cit.*, p. 270.

[31] A. ROBERTS, *Prolonged Military Occupation: the Israeli-Occupied Territories 1967-1988* in E. PLAYFAIR (ed.), *The International Law and the Administration of Occupied Territories – Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*, Oxford, 1992, p. 25 ss. Sull'applicazione del criterio al fine di escludere il potere della PO di emanare un atto che privi in modo *permanente* i civili della loro libertà di movimento, v. CSI 2150/07, *Ali Hussein Mahmoud Abu Safiyeh v. Ministero f Defence*, sentenza del 29 dicembre 2009.

malmente, per rispondere a particolari esigenze militari o di sicurezza. Ricadrebbe, dunque, nel divieto di confisca ogni atto d'impossessamento che si traducesse nei fatti in una forma di espropriazione.

Anche l'analisi della giurisprudenza nazionale conferma la nostra conclusione.

Della questione ha avuto modo di interessarsi anzitutto la Corte suprema israeliana, in relazione alla prassi delle colonie, realizzatasi da principio sulla base di ordinanze di requisizione di terreni privati, fondate sulla pretesa esistenza di urgenti necessità militari dell'occupante[32]. Inizialmente la Corte ha mantenuto un atteggiamento di chiusura e ha rigettato i ricorsi di privati che, allontanati dalle loro terre, contestavano la validità dei relativi provvedimenti dell'autorità militare israeliana, emessi, a loro giudizio, sulla base di esclusive ragioni politiche, e non anche militari; e lo ha sempre fatto trincerandosi dietro l'argomento formale (e pregiudiziale) della sua *incompetenza* a sindacare le azioni poste in essere dalle autorità militari per ragioni di sicurezza[33].

A partire però dalla sentenza relativa alle colonie di *Beit-El* e di *Bekaot* del 1978, sebbene ancora di segno negativo (le colonie vennero infatti considerate legittime), l'attenzione inizia a spostarsi dal tema "non giustiziabile" della sicurezza dell'occupante, al tema della natura intrinsecamente "permanente" della politica delle colonie. In quell'occasione i ricorrenti, oltre a denunciare (come di consueto) il carattere eminentemente politico degli insediamenti, lamentarono di essere stati colpiti, non tanto da un'ordinanza di requisizione temporanea, e come tale legittima[34], quanto piuttosto da un provvedimento illegale di confisca, tradottosi in ultimo nella definitiva appropriazione delle loro terre da parte del

[32] Ci riferiamo alla politica dei *settlements* realizzata da Israele nel decennio fra il 1968 e il 1979, in forza della quale il proprietario del terreno colpito dall'ordinanza di requisizione aveva diritto a ricevere un indennizzo, e manteneva la titolarità del bene per tutto il tempo di efficacia della misura. Ove intendesse impugnare l'atto, disponeva di una settimana di tempo (a decorrere dall'entrata in vigore del medesimo) per presentare ricorso a un Comitato di appello delle Forze di Difesa israeliane e, in caso di rigetto, di un'altra settimana per ricorrere alla Corte Suprema. Si v. D. KRETZMER, *The Occupation of Justice. The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, New York, 2003, p. 80 ss.

[33] CSI 302/72, *Helou v. Government of Israel* (*Rafiah Approach Case*), in *IYHR* 1975, vol 5, p. 384 (su cui v. in senso critico Y. DINSTEIN, *The Judgement in the Rafiah Approach Case* in *Tel Aviv University Law Review* 1973, p. 934 ss., 941); CSI 834/78, *Salame v. Minister of Defence*, in *IYHR* 1980, vol. 10, p. 330: *"The decision where the camp has to be is a pure military decision, in which that court can not interfere, as long as it hasn't been proven that it was influenced by improper considerations or from bad faith"*.

[34] Sulle condizioni di legittimità del potere di requisizione della PO, si v. *infra* par. 5.

governo d'Israele[35]. Si introduce, a ben vedere, l'ulteriore e diversa questione teorica della possibilità di conciliare la creazione di una colonia di civili, quale misura di sicurezza dalla durata non ben identificata (né identificabile a priori), con il limite dell'uso temporaneo imposto all'occupante nel momento stesso in cui, per ragioni di sicurezza, si appropri di un bene privato.

La questione viene definitivamente risolta in una pronuncia di poco successiva, in cui la Corte suprema dichiara nulla un'ordinanza diretta alla requisizione di 500 ettari di terreno per consentire la creazione della colonia di *Elon Moreh.* La Corte, infatti, muta il precedente orientamento, e afferma la sua competenza a sindacare le misure di sicurezza dell'occupante qualora ragioni di carattere politico appaiano dominanti, al fine di stabilire *"the legitimacy of the action by relating the action to the dominant objective"*. Nel caso in esame, l'assoluta predominanza delle considerazioni politiche viene ravvisata proprio nella circostanza che *"no military government may create in its area facts for its military needs that are designed* ab initio *to exist even after the end of the military rule in that area, when the fate of the territory after the termination of military rule is still not known"*[36].

La Corte, quindi, non nega che considerazioni di sicurezza possano legittimamente consentire l'appropriazione di terreni appartenenti a privati, finanche mediante la creazione di una colonia. Ciò che i giudici negano, piuttosto, è l'idea che la necessità militare possa giustificare un'azione dell'occupante che, a prescindere dalle originarie intenzioni per le quali venga posta in essere, sia concepita fin dall'inizio come destinata a durare nel tempo, finendo in tal modo col tradursi *"in the permanent denial of possession, the main content of ownership"*.

La posizione descritta sembra coincidere con quella assunta, in tempi più recenti, dalla CIG nel parere sulle conseguenze giuridiche della creazione, da parte di Israele, di una barriera di separazione quale misura di sicurezza contro le minacce terroristiche provenienti dai territori palestinesi occupati. Anche in questo caso, infatti, la Corte non contesta il diritto di Israele di difendere sé e il suo popolo dagli attacchi dei terroristi, quanto la modalità concreta con cui l'occupante ha cercato, nel tem-

[35] CSI 606-610/78, *Oyyeb et al. v. Mister of Defence et al.* (*Beth El case*) in *The Palestine Yearbook of International Law* 1985, vol. II, p. 134 ss.

[36] CSI 390/70, *Mustafa Dweikat et al. v. The Government of Israel et al.* (*Elon Moreh case*) in *The Palestine Yearbook of International Law* 1984, vol. I, p. 134 ss., 150. Questa, tuttavia, è l'ultima pronuncia avente a oggetto un atto di requisizione di terre private finalizzato alla creazione di colonie, o all'ampliamento di quelle già esistenti. A partire da essa, il Governo ha aggirato l'ostacolo intraprendendo la prassi della preventiva dichiarazione delle terre come *State land* (v. *sub.* nt. 57).

po, di realizzare tale diritto. La costruzione del muro, e il regime a esso associato, creano secondo i giudici dell'Aja *"a* fait accompli *on the ground that could well become permanent"*[37].

Anche la CIG, dunque, collega l'illiceità di una misura di sicurezza (in questo caso la barriera) al rischio concreto che la medesima, a causa delle modalità di attuazione prescelte, possa produrre l'effetto di cristallizzare di fatto, rendendole in tal modo permanenti, le misure adottate in precedenza dall'occupante. Requisire dei terreni privati al fine di costruire un muro di sicurezza sembra difficilmente conciliabile con il preteso carattere di temporaneità che, come vedremo, caratterizza il potere di disposizione dei beni privati conferito alla PO dal Regolamento dell'Aja. La permanente alterazione delle terre sarebbe, dunque, un'interferenza nel godimento dei diritti di proprietà privata destinata a tradursi in una *definitiva* perdita del titolo, contraria all'art. 46.2 RA, e qualificabile piuttosto come una forma di espropriazione di fatto[38].

3. Segue: *… e nella prassi sull'*erosione *del principio di conservazione dello* status quo*: il potere di confisca preventiva*

Il suindicato rafforzamento della tutela della proprietà privata è tanto più interessante, poi, se lo si mette in relazione alla tendenza delle potenze occupanti, soprattutto nelle occupazioni prolungate e nelle occupazioni trasformative, a esercitare ampi poteri di governo e ad erodere, così, il principio generale di conservazione dello *status quo*, sancito all'art. 43 RA. Tale tendenza, infatti, pur incidendo in modo significativo sul diritto individuale di proprietà, non sembra allo stato né smentire l'interpretazione estensiva del divieto di confisca, né dar vita a norme consuetudinarie di segno diverso.

Anzitutto, è d'obbligo rammentare che la portata applicativa dell'art. 43 RA, a tenor del quale l'occupante *"prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays"*, ha subito nel tempo una progressiva dilata-

[37] CIG, *Legal Consequences, cit.,* par. 121.

[38] INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Israel's Separation Barrier. Challenges to the Rule of Law and Human Rights*, disponibile on line, all'indirizzo *www.icj.org/-IMG/pdf/Israel_s_Separation_Barrier-2.pdf*, p. 40.

zione. L'autonomia giuridica dei due obblighi prescritti nella norma[39], vale a dire l'obbligo positivo di ripristinare, nei limiti del possibile, lo *status quo ante*, e l'obbligo negativo di astenersi dal modificare la legislazione locale preesistente, salvo il caso di "impedimento assoluto", ha indotto la dottrina e la prassi dominante a ritenere che l'eventuale esercizio del potere normativo[40] da parte della PO si estenda tendenzialmente a *tutti* i settori della vita associata, e non sia viceversa designato al mero ripristino dell'ordine e della vita pubblica. La ripetuta interpretazione estensiva di quest'ultima nozione, infatti, comprensiva non solo del concetto di "sicurezza" ma anche delle "fonctions sociales et des transactions ordinaires qui constituent la vie de tous les jours"[41], ha permesso di stabilire che la PO non deve limitarsi a garantire la sicurezza sua e delle sue forze armate, ma deve, più in generale, assicurare il "benessere" della popolazione locale. La clausola di deroga del *"sauf empêchement absolu"* non coincide più, dunque, con la nozione di stretta necessità militare, ma con una necessità *strumentale* al perseguimento delle più ampie finalità protettive sottese al regime.

Del resto, anche la lettura del complementare[42] art. 64.2 IV CG conferma tale assunto. Nell'esplicitare in maniera più dettagliata le condizioni che possono giustificare l'eventuale esercizio del potere normativo da parte della PO, tale norma contempla, in aggiunta alle tradizionali necessità di garantire la propria sicurezza e quella delle sue truppe, nonché la regolare amministrazione del territorio, la diversa esigenza di assicurare, e/o di non ostacolare, il rispetto delle obbligazioni umanitarie derivanti dalla Convenzione medesima. La preoccupazione umanitaria diviene dunque espressamente, e ancor prima dell'emersione e del consolidamento delle istanze proprie dei movimenti di tutela internazionale dei diritti dell'uomo, uno dei titoli legittimi per derogare al principio di conservazione e di "continuità legislativa" sancito all'art. 43, così confermandosi come il controvalore che orienta, insieme al criterio della neces-

[39] Segnala l'autonomia giuridica dei due obblighi, Y. DINSTEIN, *The Israel Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Article 43 of the Hague Regulations* in *IYHR* 1995, vol. 25, p. 1 ss.

[40] Ci riferiamo a un concetto ampio di "potere normativo", che ricomprende sia il potere di assoggettare la popolazione a nuove leggi, che il potere di abrogare, modificare o sospendere quelle ancora in vigore nel paese all'inizio dell'occupazione.

[41] Si rinvia all'interpretazione dell'espressione francese originale *vie publique* riprodotta da E.H. SCHWENK, *Legislative Power of the Military Occupant under Art. 43, Hague Regulations* in *Yale Law Journal* 1945, vol. 54, p. 393 ss., 398. La prassi dominante ritiene inadeguata la traduzione inglese *safety*, meglio espressa dal concetto *civil life*. Si v. *Grahame v. Director of Public Prosecutions* in *AD* 1947, vol. 14, p. 228.

[42] J. PICTET, *Commentaire à la IV Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, 1956, p. 359.

sità militare, la generale azione di governo dell'occupante; e ciò, come vedremo, anche nell'ambito della tutela della proprietà privata.

Questo rilievo ha trovato riscontro in più occasioni nella prassi. Anzitutto, nella giurisprudenza che ha ammesso l'estensione dei poteri legislativi della PO nel settore economico, ove giustificata dall'obiettivo di "preservare" il livello di vita goduto in precedenza dalla popolazione locale; e si inseriscono in questa direzione tutte quelle pronunce che hanno ritenuto legittimi, malgrado la loro ampiezza, gli atti dell'occupante relativi al controllo dei prezzi, o alla distribuzione di prodotti *indispensabili* alla sopravvivenza degli abitanti, solo perché destinati a soddisfare i bisogni primari del popolo[43]. Nonché nella giurisprudenza che ha affermato il potere (implicito) della PO di procedere a espropriazioni per pubblica utilità, nei limiti in cui tale potere sia esercitato sulla base della normativa locale preesistente, persegua un fine di pubblico interesse e si risolva in un beneficio concreto per la popolazione del territorio[44].

La stessa logica giustificatrice è emersa, inoltre, nell'esperienza delle occupazioni alleate, con l'affermazione del principio secondo cui alla PO è "assolutamente proibito" emanare atti legislativi, nuovi o di modifica della normativa locale preesistente, che si traducano in (o si ispirino a) principi contrari ai diritti e alle libertà fondamentali dell'uomo[45]; nonché del principio che riconosce in capo all'occupante il potere (dovere) di apportare cambiamenti definitivi all'ordinamento giuridico del paese occupato, nella misura in cui tale ordinamento costituisca "di per sé" una

[43] Si v. Corte di Appello di Bruxelles, *City of Malines v. Société Centrale pour l'Exploitation du Gaz,* sentenza del 25 luglio 1925, in *AD* 1925-1926, vol. 3, case n. 362, p. 475, in relazione alla fornitura di gas; Corte di Appello di Aegean, *L. v. N.* (*Olive Oil case*), sentenza n. 41 del 1948, in *AD* 1948, vol. 15, case n. 186, p. 563 ss., alla distribuzione di olio d'oliva; Corte di Appello di Liège, *Bochart v. Committee of Supplies of Corneaux,* sentenza del 28 febbraio 1920, in *AD* 1919-1922, vol. 1, case n. 327, p. 462, alla regolamentazione dei prezzi dei vegetali non ancora raccolti; CSI 256/72 *Electric Corporation for Jerusalem District v. Minister of Defence* (*Electricity Co. No. 1*), in *IYHR* 1975, vol. 5, p. 381, alla fornitura di corrente elettrica nella città di Hebron.

[44] Sulle condizioni che legittimano la PO a espropriare beni privati per pubblica utilità, v. CSI 393/82, *Jam'iat Ascan case*, *cit.,* p. 311. In dottrina, v. E.H. FEILCHENFELD, *The International Economic Law of Belligerent Occupation,* Washington, 1942, p. 50.

[45] Il Tribunale Militare di Norimberga (USA), *Krupp Trial, cit.*, p. 135, discostandosi dalla prassi precedente (Corte Suprema polacca, *Marjamoff and others v. Wloclawek* (*Communal District of*), sentenza del 5 dicembre 1928, in *AD* 1923-1924, vol. 2, case n. 243, p. 444 ss., che ammetteva solo cambiamenti procedurali alla normativa sull'espropriazione in vigore), dichiara l'invalidità delle leggi tedesche di riforma delle procedure di espropriazione, e l'inefficacia di tutte le transazioni private concluse sulla loro base, perché fondate su un principio di discriminazione razziale.

minaccia permanente al mantenimento e alla sicurezza delle truppe e, soprattutto, alla sopravvivenza stessa della popolazione[46].

Ebbene, la progressiva dilatazione subita dalla clausola di deroga di cui all'art. 43 RA sembra spingere alla conclusione che la prassi si è evoluta nel senso di *affievolire* la portata del principio di conservazione. L'esigenza di rispettare gli obblighi umanitari, con il loro "potenziale di alterazione stabile dello *status quo*"[47], sembra difficilmente conciliabile con la natura di mero amministratore di fatto che l'occupante assume allorché prende possesso e controllo del territorio; e lo è, in particolar modo, nel contesto delle occupazioni prolungate in cui l'applicazione del principio non può tradursi in un congelamento della situazione di fatto esistente, o in un ostacolo alla normale ripresa della vita pubblica[48]. Lo attesta una certa giurisprudenza della Corte Suprema israeliana, definita per l'appunto dell'*occupante benevolo*[49], che, muovendo da un'interpretazione piuttosto lata dell'obbligo gravante sulla PO, ha talvolta autorizzato forme di intervento più profonde nella vita del paese occupato[50].

Questo fenomeno, poi, è ancora più evidente nel contesto delle occupazioni trasformative in cui la PO, in forza di un mandato vincolante del Consiglio di Sicurezza, è espressamente autorizzata a perseguire radicali obiettivi di riforma del territorio controllato. Tuttavia, come già anticipato, le tendenze *governative* di questi occupanti, malgrado la loro propensione a estendere ulteriormente i loro (già ampi) poteri di azione, sulla base di un uso non sempre lineare dei concetti di "sicurezza" e di "benessere" della popolazione, non sconfessano il rafforzamento registrato dalla tutela della proprietà privata sotto il profilo del divieto di confisca.

[46] Si rinvia alla prassi degli Alleati che hanno eliminato l'apparato giuridico-istituzionale delle Potenze dell'Asse, autore di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani (su cui v. M.S. MCDOUGAL - F. FELICIANO, *The International Law of War – Transnational Coercion and World Public Order*, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 770), nonché ai poteri esercitati dagli occupanti in Iraq nel tentativo di destituire il governo dittatoriale di Saddam Hussein e di ricostruire il Paese in chiave liberal-democratica.

[47] S. SILINGARDI, *Occupazione bellica e obblighi delle Potenze occupanti nel campo economico,* in *RDI* 2006, p. 978 ss., 992.

[48] R. LEURQUIN, *The German Occupation in Belgium and Artiche 43 of the Hague Convention of the 18 October 1907,* in *International Law Notes* 1916, vol. 1, p. 55; Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights,* in *IYHR* 1978, p. 104 ss., 112.

[49] D. KRETZMER, *The Occupation of Justice, cit.,* pp. 57-72.

[50] CSI 337/71 *Christian Society for The Holy Places v. Minister of Defence*, *cit.,* 515 ss.

Ciò emerge, in particolare, dalla prassi relativa al c.d. potere di confisca preventiva messo a punto dalla *Coalition Provitional Authority* (CPA) nel periodo di "ufficiale" esistenza di un *formale* stato di occupazione in Iraq[51]. Nel perseguimento, infatti, del loro programma di de-Baatificazione della società irachena[52] gli occupanti hanno adoperato alcune "presunzioni" per appropriarsi in via preventiva dei beni privati, e hanno predisposto dei meccanismi procedurali *ad hoc* per consentire ai singoli "spossessati" di contestare la fondatezza dell'appropriazione (e della correlata presunzione) in un momento successivo rispetto alla effettiva adozione della misura.

In questa ipotesi, il rafforzamento della tutela risulta apprezzabile per due distinte ragioni.

Anzitutto, per il tentativo con cui le forze di occupazione hanno *ristretto* la nozione di proprietà privata, qualificando come *pubblici* i beni appartenenti ai capi e a tutte le persone "vicine" al partito *Ba'ath*, sul mero presupposto che tali beni fossero stati acquistati a un prezzo più basso del loro valore di mercato[53]. Questa manovra sottende, invero, la consapevolezza degli occupanti della natura speculare della proprietà privata rispetto alla proprietà pubblica (tanto più estesa è l'una, tanto più ristretta è l'altra), e soprattutto la consapevolezza della protezione più stringente di cui gode la prima. Il Regolamento dell'Aja, infatti, tutela in modo meno rigoroso la proprietà di Stato, attribuendo alla PO il potere, da una parte, di amministrare e di disporre dei beni immobili entro i limiti riconosciuti all'usufruttuario, incluso l'obbligo di salvaguardarne la destinazione economica e il capitale (art. 55 RA); e dall'altra parte, di appropriarsi dei beni mobili suscettibili di uso militare diretto, senza alcun obbligo di restituzione o di indennizzo nel caso di utilizzo anche temporaneo (art. 53.1 RA), obbligo contemplato invece per i beni privati (art. 53.2 RA). Tuttavia, poiché il Regolamento non fornisce una definizione

[51] Sulla fine dell'occupazione in Iraq, si v. L. CONDORELLI, *Vicariati in materia di sicurezza collettiva: note brevi sulla risoluzione 1546(2004) del Consiglio di Sicurezza,* in *Scritti in onore di Giorgio Badiali*, Roma, 2007, p. 75 ss.; A. ROBERTS, *The End of Occupation: Iraq 2004* in *ICLQ* 2005, p. 27 ss.

[52] CPA, *Order n. 1, De-Ba'athification of Iraqi Society*, 16 Maggio 2003, che ha previsto lo smembramento del partito *Ba'ath* attraverso l'eliminazione delle sue strutture, e la rimozione degli alti funzionari dai loro posti di autorità e responsabilità in Iraq; CPA, *Order n. 2*, *Dissolution of Entities*, 23 Maggio 2003, che ha proceduto alla dissoluzione delle c.d. *entità*; CPA, *Order 5, Establishment of the Iraqi De-baathification Council*, 25 Maggio 2003, che ha istituito il *De-baathification Council*.

[53] CPA, *Order n. 4, Management of Property and Assets of the Iraqi Baath Party*, 25 Maggio 2003, sez. 1, su cui v. M.N. SCHMITT - C.H.B. GARRAWAY, *Occupation Policy in Iraq and International Law* in *International Peacekeeping Yearbook* 2004, p. 27 ss., 52.

di proprietà *appartenant en propre à l'État*[54], né un *test* specifico atto a individuare, in caso di dubbio, la natura pubblica o privata di un determinato bene, lo sviluppo della prassi ha consentito di osservare che, ai fini di tale accertamento, il diritto internazionale non richiede criteri formali, che si fondino cioè sull'esibizione di titoli, prediligendo piuttosto criteri di tipo sostanziale, quali la "funzione" del bene[55], o – criterio prevalente – il "controllo" dello Stato[56].

Ebbene, questa lacuna iniziale, unita al carattere indeterminato e generico di tali criteri, ha fatto sì che le potenze occupanti, quando ciò appariva utile al perseguimento dei loro interessi o dei loro specifici programmi di azione, si orientassero verso la *dilatazione* del concetto di proprietà pubblica, per l'ovvia ragione di potere così liberamente procedere alla sua confisca, senza l'ulteriore obbligo di corrispondere alcuna forma di indennizzo[57]. Si pone dunque in linea con tale tendenza

[54] Così la versione francese ufficiale dell'art. 53.1 RA; *"strictly the property of the State"*, quella inglese.

[55] Sul criterio della *funzione* si v. Tribunale Arbitrale Misto, *Cession of Vessels and Tugs for Navigation on the Danube,* sentenza del 2 agosto 1921, in *RIAA*, vol. I, p. 97 ss., e Corte Permanente di Arbitrato, *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, sentenza del 24-27 luglio 1956, Réclamation n. 8, in *RIAA*, vol. XII, p. 155 ss.

[56] Il *test* della *funzione* è stato sostituito dal criterio della *gestione* o del *controllo* del bene da parte dello Stato durante la Seconda Guerra mondiale, come conferma la prassi degli Alleati nel perseguimento dei loro programmi di smantellamento dei regimi totalitari (su cui v. il Proclama del Governo Militare Alleato del 1943 n. 6, art. 1, par. 2, citato da G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, vol. II - The law of armed conflict*, London, 1968, p. 265, nt. 28), e le misure speciali adottate in Giappone dal Comando Supremo USA, relative all'epurazione del regime dei militari, alla dissoluzione delle famiglie *Zaibatsu* e alla riforma della terra (su cui v. N. ANDO, *Occupation and Private Property in International Law: an Evaluation on US Practice in Japan,* Oxford, 1991, pp. 168-184).

[57] Su tale prassi si v. la sentenza della CSI 574/82, *Al Nawar v. Minister of Defence et al.,* in *IYHR* 1986, vol. 16, p. 321 ss., 326, relativa alla titolarità di un'impresa di materiale plastico confiscata a un privato dalle Forze di Difesa israeliane durante l'operazione *Peace for Galilee* del 1982 perché *acquistata* dall'OLP (si v. A. CASSESE, *Powers and Duties of an Occupant in relation to Land and Natural Resources* in E. PLAYFAIR (ed.), *The International Law and the Administration of Occupied Territories, cit.,* p. 419 ss., 437), e il *Military Order Governmental Property* del 1967 n. 59, con cui il governo israeliano, al fine di creare degli insediamenti coloniali, si è appropriato delle terre private del *West Bank* e della Striscia di Gaza dopo averle dichiarate *state lands*, all'uopo disponendo la nomina di un "custode" con il potere di prenderne possesso, di amministrarle, e di certificarne fino a prova contraria la natura pubblica, con conseguente inversione dell'onere probatorio a carico del privato (su tale prassi e sui diversi *tipi* di ricorsi concernenti la proprietà privata nei territori palestinesi occupati, v. E. BENVENISTI - E. ZAMIR, *Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement* in *AJIL* 1995, p. 295 ss.). In relazione all'occupazione turca di Cipro del Nord, si v. invece l'art. 159.1, lett. b) e c) della Costituzione della Repubblica turca di Cipro del nord (RTCN) del 1985, che prevede che tutte le proprietà greche cipriote trovate "abbandonate"

l'operazione della CPA volta a estendere la nozione di *state assets* a tutti i beni di proprietà privata *presuntivamente* controllati dal partito *Ba'ath*, che palesa così la consapevolezza dei più stringenti limiti che la stessa avrebbe incontrato nella gestione di tali beni se non avesse fatto ricorso a questo tipo di "strategia".

A ciò si aggiunga, poi, quale ulteriore ragione a conferma del rafforzamento della tutela della proprietà, la circostanza che la CPA ha completato la prassi appena descritta predisponendo delle misure di gestione di tali *presunti* beni pubblici che andavano ben al di là dei poteri che il regime ordinariamente riconosce all'occupante. L'Autorità Provvisoria, infatti, si è espressamente arrogata *"on behalf and for the benefit of the people of Iraq"*[58] un potere di confisca preventiva in ossequio al quale le persone titolari dei beni "sospettati" dovevano prontamente informare del loro possesso le *"local coalition authorities"* e, immediatamente dopo, *"turn them over, as directed by those authorities"*[59], pena la successiva applicazione della sanzione dell'*eviction*[60]. Unico rimedio all'operatività di tale presunzione ("relativa"), la possibilità di adire il *Confiscation Appeal Tribunal* appositamente istituito per comporre le eventuali *"disputes arising in relation to seizure action taken pursuant to this Order"*, sul presupposto però che il titolare del bene fosse in grado di provare che *"that property or assets were purchased by the person for full value or that the property is not Ba'ath Party property or assets"*[61]. In linea con la logica dell'ordinanza, infine, una volta ottenuto il controllo di tali beni, gli occupanti hanno continuato ad amministrarli per il "benessere del popolo iracheno", disponendone la successiva assegnazione a favore dei membri della Forza multinazionale presente sul territorio, o dell'ufficio di governo della Coalizione, affinché li utilizzassero per l'erogazione di servizi *sociali* di varia natura[62].

Ebbene, pur aderendo alla logica che ha eroso il principio di conservazione del regime e ha esteso la portata applicativa della clausola di de-

alla data della proclamazione dello Stato turco di Cipro, o che *"should have been in the possession or control of the public even though their ownership had not yet been determined"*, saranno considerate proprietà dello Stato *"notwithstanding the fact that they are not so registered in the books of the Land Registry Office; and the Land Registry Office records shall be amended accordingly"* (su tale norma v. la giurisprudenza citata alla nt. 63).

[58] CPA, *Order n. 4, cit.*, sez. 3, par. 1.

[59] *Ibidem*, par. 3.

[60] CPA, *Order n. 6, Eviction of Persons Illegally Occupying Public Buildings*, 8 giugno 2003, sez. 1, par. 1.

[61] CPA, *Order n. 4, cit.*, sez. 4, parr. 1 e 2.

[62] CPA, *Order n. 9, Management and Use of Iraqi Public Property*, 27 Giugno 2004.

roga di cui all'art. 43, riteniamo che entrambi i profili analizzati non smentiscono l'interpretazione data al divieto di confisca della proprietà privata. Per un verso, sembra ancora incerto l'avvenuto ampliamento della norma nella direzione (desiderata dagli occupanti) della *dilatazione* della nozione di proprietà pubblica ai beni privati *controllati* dallo Stato, in considerazione dell'assenza sia di indicazioni analoghe nella giurisprudenza nazionale e internazionale[63], che di significativi elementi di acquiescenza da parte degli Stati terzi, probabilmente consci dei rischi connessi all'applicazione di criteri così flessibili da piegare le maglie del sistema a vantaggio esclusivo della PO. Per altro verso, invece, il carattere ancora incerto e frammentato della prassi sul potere di confisca preventiva, riscontratasi finora solo in seno all'occupazione dell'Iraq, e l'assenza di precedenti analoghi nella prassi legislativa o giudiziaria di passate occupazioni, induce fortemente a dubitare che a essa corrisponda già una norma di diritto internazionale consuetudinario.

4. Segue: *il potere decisorio sul titolo della proprietà privata* abbandonata

La stessa logica *benevola* fa da sfondo, infine, al trattamento riservato da alcuni occupanti alla c.d. proprietà privata *abbandonata*. Anche qui, però, l'affievolimento del principio di conservazione non tradisce il suindicato rafforzamento del diritto di proprietà privata sotto il profilo della protezione da ogni forma di confisca della titolarità dei beni.

Il fenomeno dell'*abandoned property* è particolarmente avvertito in contesti di occupazione, di norma nelle fasi immediatamente successive allo scoppio del conflitto[64], e la prassi ammette, già dalla prima metà del

[63] La CtEDU ad es. ha escluso nel caso *Loizidou v. Turkey*, *cit.,* parr. 44-46, che l'art. 159 della Costituzione turco cipriota, che ha esteso la nozione di proprietà pubblica ai beni abbandonati a causa dell'intervento militare del 1974 e dalla titolarità dubbia, avesse *legal validity* e potesse determinare una legittima perdita del titolo di proprietà della ricorrente. Questa posizione, poi, ha trovato conferma in una sentenza della Corte Costituzionale della RTCN, *National Unity Party v. TRCN Assembly of the Republic*, del 21 giugno 2006 (il testo originale è in turco; una sintesi in inglese è rinvenibile in *International Law in Domestic Court*, case n. 499/2006) la quale, segnando un significativo cambiamento rispetto alla posizione della Turchia e della stessa RTCN, ha offerto una lettura della norma orientata secondo gli *standard* internazionali di tutela della proprietà privata: *"International law recognizes the power of the occupant to take possession of, and to administer, the private property of absent individuals… The administration of the property does not sever the legal tie between absentees and their property"* (par. 32).

[64] Sul tema della proprietà *abbandonata* per motivi non dipendenti dalla volontà del titolare, e sull'eventuale diritto alla sua restituzione, v. S. LECKIE (ed.), *Returning Home:*

1900, che la PO possa "custodire" detta proprietà fino al ritorno del titolare, temporaneamente assente, cui spetta il diritto alla sua restituzione o, in caso di impossibilità oggettiva, il riconoscimento di un equo e giusto indennizzo[65].

Questo assunto è confermato dalla legislazione adottata sia dall'autorità militare israeliana, che dalla Repubblica turca di Cipro del Nord (RTCN); in contesti, quindi, nei quali la soluzione dei *property claims* rappresenta notoriamente, in forme e per motivazioni diverse, un punto nevralgico dei relativi processi di pacificazione.

Nel primo caso, si registra l'emanazione da parte del Governo militare israeliano di speciali ordinanze che, definendo i beni privati *abbandonati* come i beni di chi ha "lasciato" il territorio, e rispetto ai quali non risulta presente nessun legittimo possessore, procedono alla loro consegna a un custode appositamente istituito, affinchè li *"custodisca, conservi e gestisca"* fino al loro eventuale rilascio nel caso di *ritorno* del legittimo titolare[66]. La circostanza, poi, che la lunga durata di tale occupazione abbia di fatto trasformato nel tempo tale custodia in una confisca "permanente", non fa venir meno la regola generale – peraltro ribadita dalla stessa Assemblea generale delle Nazioni unite – secondo cui i rifugiati palestinesi *"are entitled to their property and to the income derived therefrom, in conformity with the principles of equity and justice"*[67].

Analoghe conclusioni emergono dallo studio della prassi relativa alle proprietà immobiliari abbandonate nel nord di Cipro dai greci ciprioti costretti a trasferirsi al sud dell'isola dopo l'intervento militare del 1974. Si segnala, a tal proposito, l'emanazione, *ex* art. 159.4 della Costituzione della RTCN[68] – e sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte europea

Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons, New York, 2008.

[65] Si v. Trib. di Venezia, *Mazzoni c. Finanze dello Stato,* in *Foro it.* 1927, parte I, p. 960 ss., 974: "… lo Stato … nei riguardi delle cose di proprietà privata …, *identificate e restituite,* ha agito quale rappresentante del *dominus* della cosa, onde … ha assunto l'obbligo di riservare la cosa alla legittima disponibilità dell'avente diritto". In dottrina, M. GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare, cit.,* p. 308.

[66] *Military Order* n. 58/1967, *Abandoned Property* (*Private Property*), West Bank, completato dall'*Order* n. 150/1967 (*Additional Provisions*); *Military Order* n. 42/1967, *Abandoned Property* (*Private Property*) Gaza Strip, sostituito dal successivo *Order* n. 421 del 1972.

[67] UN. Doc. A/RES/61/115, *Palestine refugees' properties and their revenues*, 15 gennaio 2007, par. 1, successivamente riaffermata in UN. Doc. A/RES/63/94, 18 dicembre 2008.

[68] Art. 159.4 Cost. RTCN: *"In the event of any person coming forward and claiming legal rights in connection with the immovable properties ... the necessary procedure and conditions to be complied with by such persons for proving their rights and the basis on which compensation shall be paid to them, shall be regulated by law"*.

dei diritti umani che aveva censurato una precedente legislazione[69] – della c.d. *Law for the Compensation, Exchange and Restitution of Immovable Properties* (n. 67/2005). Tale legge, modificando il meccanismo di garanzia creato in precedenza, ha istituito la *Immovable Property Commission* competente a decidere delle forme di riparazione spettanti ai titolari spossessati, e ha inserito fra i rimedi possibili, oltre allo scambio di proprietà (fra il nord e il sud dell'isola) e alla compensazione pecuniaria – cui corrisponderebbe in ogni caso la perdita definitiva del titolo – anche quello (da preferire) della *restituzione* del bene.

Proprio la previsione della restituzione tra le forme di riparazione conferma che gli eventuali poteri *lato sensu* di custodia esercitati dagli occupanti sulle proprietà private abbandonate non recidono mai il legame giuridico esistente fra gli assenti e le loro proprietà[70].

Tuttavia, nella esperienza dell'occupazione *trasformativa* irachena questo obbligo positivo della PO di custodire la proprietà abbandonata nell'*interesse* del proprietario subisce una decisiva dilatazione. Si registra, infatti, la tendenza degli occupanti ad attribuirsi un potere che potremmo definire di *adjudicate*; un potere, cioè, decisorio in ordine alla *titolarità* dei beni abbandonati.

La problematica, in particolare, si è posta perché la politica autoritaria del precedente regime aveva costretto parte della popolazione ad abbandonare le proprietà, sicchè, dopo lo scoppio del conflitto nel 2003 e la susseguente caduta di Saddam, la situazione si è inevitabilmente esasperata con il ritorno in massa dei *forced displaced*; tale regime, inoltre, aveva consentito l'appropriazione dei beni privati – realizzata nelle diverse forme della confisca, del sequestro o dell'esproprio – su basi fondamentalmente inique, giustificate o sui principi di discriminazione razziale cui si ispirava la legislazione (pre)vigente, o sulla presunta opposizione al regime dei loro titolari. La CPA, allora, nel tentativo di fronteggiare tale stato di disordine, e di prevenire (e comporre) le possibili con-

[69] CtEDU, *Xenides-Arestis v. Turkey,* application n. 46347/99, *Merits*, sentenza del 22 dicembre 2005, parr. 37-40, e *Just satisfaction*, sentenza del 7 dicembre 2007, par. 37, in cui la Corte ha individuato una *violazione strutturale* dell'art. 1 I Prot. CEDU nell'assenza, all'interno della legislazione turco-cipriota sulla proprietà del 30 giugno 2003 n. 49, di un meccanismo di riparazione a favore dei cittadini greci-ciprioti profughi e spossessati che contemplasse, accanto alla compensazione pecuniaria, la restituzione dei beni; lacuna che rendeva tale "rimedio interno" non effettivo né idoneo a soddisfare la condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni *ex* art. 35.1 CEDU.

[70] CtEDU, *Xenides-Arestis v. Turkey,* application n. 46347/99, *Decision as to the Admissibility,* sentenza del 14 marzo 2005, p. 45. É da segnalare, tra le modifiche introdotte con la nuova legge adottata sulla scorta delle indicazioni rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, l'inserimento di due membri *stranieri* all'interno della Commissione al fine di garantirne l'imparzialità e la trasparenza dell'operato.

troversie che sarebbero sorte sulla titolarità dei beni, generando ulteriori forme di instabilità e di violenza all'interno del territorio, si è data il potere di *"collecting real property claims and promptly resolving such claims on a voluntary basis in a fair and judicious manner"*. E a tal fine ha istituito la *Iraqi Property Reconciliation Facility*[71], poi sostituita dalla *Iraq Property Claims Commission*[72]: organi di natura para-giurisdizionale operanti sotto la sua esclusiva autorità[73], sostanzialmente competenti a riunire e decidere tali ricorsi[74] secondo una procedura che ha subito nel tempo alcune modifiche[75].

Si assiste dunque alla propensione della PO, in tal caso autorizzata dal Consiglio di sicurezza a perseguire finalità di trasformazione del tessuto politico-economico del Paese occupato, ad ampliare le proprie funzioni di governo sul territorio, sfruttando nuovamente l'intrinseca potenzialità espansiva dell'esigenza di garantire il "benessere" del popolo iracheno.

Occorre allora chiedersi se tale tendenza abbia determinato un mutamento della disciplina tale da affievolire la tutela della proprietà privata, e se una nuova norma, che autorizzi l'occupante a decidere anche sul *titolo* della stessa, sia sorta.

Riteniamo francamente di no. Ammettere che la PO, sia pure animata da spirito umanitario e di ricostruzione, possa incidere sulla titolarità dei beni privati, non solo svuoterebbe di significato la copiosa prassi fin qui analizzata, che configura come assoluta la protezione del titolo; richiederebbe, inoltre, nella sostanza all'occupante, di comportarsi come

[71] CPA, *Regulation n. 4, Establishment of the Iraqi Property Reconciliation Facility*, 25 Giugno 2003, sez. 1, par. 1.

[72] CPA, *Regulation n. 8, Delegation of Authority Regarding an Iraq Property Claims Commission*, 14 gennaio 2004.

[73] CPA, *Regulation n. 4, cit.,* sez. 1.2: *"The IPRF shall operate under the authority of the Administrator and shall terminate operation at such time as the Administrator shall determine"*; CPA, *Regulation n. 8, cit.,* sez. 2, let. *b*): *"Representatives of the CPA shall be given the opportunity to advise and assist in the claims resolution process"*.

[74] CPA, *Regulation n. 4, cit.,* sez. 4, par. 2, lett. *c*): *"The regional IPRF offices shall … provide a voluntary dispute resolution and reconciliation facility that individuals may use to resolve their disputes"*; in modo identico, CPA *Regulation n. 8, cit.,* sez. 1.

[75] Lo Statuto della Commissione, e la relativa composizione, sono stati successivamente emendati dalla *Regulation n. 12, Iraq Property Claims Commission*, 23 giugno 2004, in ragione della fine *ufficiale* dell'occupazione e del passaggio di consegne dalla CPA all'*Iraqi Interim Government*. Tra l'altro, l'Assemblea Nazionale irachena *ad interim* ha sostituito la *IPCC* con la *Commission for the Resolution of Real Property Disputes*, il cui Statuto è stato approvato il 9 gennaio 2006, e sul cui funzionamento v. P. VAN DER AUWERAERT, *Property Restitution in Iraq* in *Presentation at the Symposium on Post-Conflict Property Restitution*, Arlington, 6-7 settembre 2007, su *www.internal-displacement.org/countries/iraq*.

ciò che non è, ossia come il sovrano del territorio che occupa. Del resto, il fallimento della prassi irachena, come si desume dal complessivo atteggiamento assunto dalla popolazione irachena, ci induce a ritenere che la PO non possa spingersi oltre tale limite, arrogandosi il potere di decidere a chi spetti il *titolo* di proprietà. Ci pare, infatti, che i noti fenomeni di resistenza locale possano essere interpretati come diretti contro le modalità di azione prescelte dagli occupanti, nel loro tentativo di "promuovere" modelli esterni di tipo liberal-democratico, e la conseguente compressione del diritto di autodeterminazione del popolo iracheno[76].

Allo stato attuale della prassi e dell'evoluzione del diritto internazionale, dunque, crediamo che la PO – specie nei contesti di occupazioni prolungate, o di occupazioni che si inseriscono in più ampi processi di pacificazione post-conflittuale – possa al più introdurre quei cambiamenti che risultino "assolutamente necessari" per adeguare l'ordinamento giuridico del paese occupato a uno *standard* minimo di tutela della proprietà privata; cambiamenti che possono financo comportare, come nel caso della gestione della proprietà abbandonata a Cipro del Nord, la creazione di una procedura che ammetta il rimedio della compensazione – cui corrisponde quindi la perdita definitiva del titolo – solo quando la restituzione del bene sia materialmente impossibile. E ci sembra che questa ipotesi venga in qualche misura avallata dalla stessa Corte europea dei diritti umani che, pur pronunciandosi a favore della efficacia e dell'adeguatezza del rimedio creato dalla RTCN con la *Property Law* del 2005, non manca di ribadire che *"this is not to say that the applicants in these cases have lost their ownership in any formal sense; the Court would eschew any notion that military occupation should be regarded as a form of adverse possession by which title can be legally transferred to the invading power"*[77].

[76] A. ROBERTS, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights* in *AJIL* 2006, p. 580 ss., 615; M. STARITA, *L'occupation de l'Iraq, cit.,* p. 910.

[77] CtEDU, *Takis Demopoulos et al. v. Turkey,* applications ns. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 14163/04, 19993/04, 21819/04, GC, *Decision as to the Admissibility,* sentenza del 10 marzo 2010, par. 112.

5. *Eccezioni al divieto di confisca e indebolimento della protezione della proprietà privata nella prassi relativa al potere di requisizione: un sacrificio solo apparente?*

Contrariamente a quanto finora osservato, invece, si assiste a un affievolimento della protezione della proprietà privata se si guarda alle eccezioni al divieto di confisca, e in particolar modo alla facoltà di requisizione dei beni privati, che attribuisce all'occupante l'*eccezionale* potere di interferire temporaneamente nel godimento (e non quindi nella titolarità) del diritto di proprietà dei singoli[78].

Al potere di requisizione è dedicato l'art. 52 RA che disciplina per l'appunto il diritto della PO di richiedere agli abitanti delle prestazioni in natura, a condizione che soddisfi alcuni criteri *formali* di legittimità: la preventiva autorizzazione del comandante del luogo occupato e l'immediato pagamento in contanti o, in caso d'impossibilità, il rilascio di una ricevuta che comprovi l'esecuzione delle prestazioni e rinvii il pagamento al più presto possibile[79]. La norma prescrive, poi, quali criteri *sostanziali*, che le requisizioni siano *"proporzionate alle risorse del paese"* occupato, e dirette in modo esclusivo a soddisfare i *"bisogni dell'esercito di occupazione"*.

Va subito rilevato che, ai fini della qualificazione del diritto che l'esercizio di tale prerogativa conferisce all'occupante, la prassi più risalente considerava fondamentale la distinzione fra beni mobili e immobili. Si riteneva, infatti, che le requisizioni "legittime", rispettose cioè dei requisiti contenuti all'art. 52, trasferissero all'occupante la piena proprietà dei soli beni mobili, dei quali quindi avrebbe potuto liberamente dispor-

[78] Sulla natura giuridica della requisizione, si v. TAM greco-turco, *Polyxene Plessa v. Turkish Government,* sentenza del 9 febbraio 1928, in *AD* 1927-1928, vol. 4, case n. 382, che la ritiene una manifestazione unilaterale di volontà della PO fondata sulle necessità della guerra. Il Trib. Arbitrale Speciale tedesco-rumeno, *David Goldenberg et fils v. État allemand,* sentenza del 27 settembre 1928, in *RIAA*, vol. II, p. 909, la considera invece una forma *sui generis* di espropriazione per pubblica utilità.

[79] A parte qualche rara eccezione (Corte Distrettuale di Utrecht, *Van Dijkhuizen v. Van Velsen,* sentenza del 28 maggio 1947, citata in *AD* 1946, vol. 13, p. 380), la prassi risalente considerava indispensabile il rilascio della ricevuta (Corte di Cass. francese, *Blum v. Société d'Injection rapide et de Conservation des Bois*, sentenza del 7 dicembre 1955, in *AD* 1955, vol. 22, p. 1007 ss.; Corte di Appello di Singapore, *N. V. De Bataafsche Petroleum Maatschappli & Ors. v. The War Damage Commission*, sentenza del 13 aprile 1956, in *AJIL* 1957, p. 802 ss.; Corte Cass. pen. olandese, *In re Hinrichsen,* sentenza del 6 febbraio 1950, in *AD* 1949, vol. 16, case n. 179, p. 486) e ritenenva che, in ogni caso, il pagamento dovesse avvenire in tempi *ragionevoli* (TAM greco-tedesco, *Karmatzucas v. Germany*, sentenza del 23 agosto 1926, in *AD* 1925-1926, vol. 3, case n. 365, p. 478).

re[80]. L'espressa previsione dell'obbligo di pagare "in contanti" il privato, in uno con la natura tendenzialmente "consumabile" dei beni requisibili[81], giustificava l'idea che l'appropriazione fosse immediata e il trasferimento del titolo definitivo[82].

Riguardo ai beni immobili, invece, la prassi concordava sulla natura di mera facoltà d'uso *temporanea* della requisizione, che obbligava l'occupante a versare al proprietario del bene una somma di denaro a titolo di indennizzo. Tale regola ha trovato poi ampia conferma nella prassi della Corte Suprema d'Israele che, in più occasioni, ha dichiarato la validità degli ordini di requisizione temporanea di immobili privati, incluse le terre, così confortando le conclusioni già raggiunte sul divieto di impossessarsi in modo *permanente* dei beni dei singoli[83].

Ebbene, di fronte a un potere di compressione come quello in esame, non stupisce che le sempre più marcate tendenze *governative* degli occupanti si siano indirizzate verso un ampliamento delle eccezioni al divieto di confisca, e un aumento dei loro poteri di interferenza nel godimento del diritto di proprietà, ravvisabile soprattutto nella mitigazione dell'accertamento del presupposto *sostanziale* di adozione della misura

[80] Corte Cass. it., *De Riard v. Medoro,* sentenza dell'11 marzo 1950, in *AD* 1950, vol. 17, case n. 141, p. 426 ss.

[81] F. CAPOTORTI, *L'occupazione nel diritto di guerra, cit.*, p. 128, in relazione ai beni "consumabili", usa l'espressione "requisizioni espropriative".

[82] Si v. TAM anglo-tedesco, *Tesdorpf v. German State,* sentenza del 25 aprile 1923 in *AD* 1919-1922, vol. 1, case n. 339, p. 475 ss., che fonda tale conclusione sulla natura deperibile dei beni, *"which cannot be used without being consumed"*; Suprema Corte di Giustizia cecoslovacca, *Sale of Requisitioned Object (Czechoslovakia)*, sentenza del 12 settembre 1922, in *AD* 1919-1922, vol. 1, case n. 340, p. 477. Viceversa, una requisizione "illegittima", attribuendo all'occupante il mero possesso del bene mobile, non privava il legittimo proprietario del suo titolo, e questi conservava il diritto di recuperarlo presso terzi se integro (si v. Corte di Cass. francese, *Soubrouillard v. Kilbourg,* sentenza del 6 giugno 1948, in *AD* 1948, vol. 15, case n. 180, p. 551; Corte Distrettuale di Leeuwarden, *Beekman v. Van der Ploeg,* sentenza dell'11 luglio 1946, in *AD* 1946, vol. 13, case n. 162, p. 379; Corte di primo grado di Mons, *Thiriez v. Descamps,* sentenza del 14 luglio 1948, in *AD* 1948, vol. 15, case n. 205, p. 608; Tribunale civile di Rouen, *Play v. Ruffin,* sentenza del 13 maggio 1946, in *AD* 1946, vol. 13, case n. 160, p. 378) o, in caso contrario, di essere ricompensato per la sua eventuale perdita (si v. A.D. McNair - A.D. Watts, *The Legal Effects of War,* Cambridge, 1966, pp. 413-417).

[83] Si v. CSI 834-967/78, *Al-Salam Salame v. Minister of Defence,* e CSI 258/79, *Amira v. Minister of Defence,* entrambe in *IYHR* 1980, vol. 10, p. 330 ss.; CSI 401/88, *Abu Ryan v. Commander of the IDF Forces in the Judea and Samaria Region*, e CSI 290/89, *Goha v. Military Commander of the Judea and Samaria Region,* in *IYHR* 1993, rispettivamente pp. 296 e 323 ss.

(il criterio dei *"bisogni dell'esercito di occupazione"*), da sempre invece oggetto di interpretazione restrittiva[84].

Questo indebolimento della protezione della proprietà privata si registra in particolare nel contesto delle occupazioni prolungate, in cui gli occupanti sempre più spesso si limitano a verificare se la misura di requisizione risponda a un *generale* criterio di necessità militare o di sicurezza, e soprattutto tendono – come già segnalato – a interpretare con una certa *flessibilità* il principio di conservazione del regime tutte le volte in cui ciò risulti giustificato dall'esigenza di salvaguardare il *benessere* del popolo. Tale atteggiamento si riscontra in un preciso orientamento giurisprudenziale della Corte suprema israeliana la quale, ammettendo un'interpretazione più estensiva del criterio dei *"bisogni dell'esercito di occupazione"*, tende a dichiarare valide le misure di requisizione dei beni destinate a durare *oltre* il periodo stesso dell'occupazione, o perché finalizzate a soddisfare i bisogni della popolazione locale, come nel caso della realizzazione di opere di pubblica utilità[85]; o perché giustificate dalla necessità di offrire adeguata protezione ad *altri* diritti umani eventualmente entrati in conflitto con il diritto di proprietà privata. Così emerge in alcune pronunce aventi a oggetto atti di requisizione di terreni privati destinati all'allargamento o alla pavimentazione di strade che consentano ad altri individui di godere in maniera sicura e indisturbata della propria libertà di religione o di movimento; pronunce in cui la Corte decide effettuando un giudizio di bilanciamento fra la compressione subita dal diritto di proprietà dei ricorrenti e il sacrificio che, invece, verrebbe richiesto a tali diritti nel caso di mancata adozione degli atti[86].

[84] La maggiore specificità di questa formula rispetto al generico riferimento alle "necessità della guerra" contenuto in altre disposizioni del RA (G. SCHWARZENBERGER, *International Law*, *cit.,* p. 245) ha fatto sì che la stessa fosse interpretata in modo più stringente. Si v. TAM anglo-tedesco, *Ralli Brothers v. German Government*, sentenza del 12 dicembre 1923-20 febbraio 1924, in *AD* 1923-1924, vol. 2, case n. 244, p. 446 ss.; Corte di Appello di Bologna, *Maltoni v. Companini,* sentenza del 4 maggio 1947, in *AD* 1948, vol. 15, case n. 210, p. 614 ss.; Corte di Appello di Liège, *Delville v. Servais,* sentenza del 19 ottobre 1945, in *AD* 1943-1945, vol. 12, case n. 157, p. 448 ss.; Corte Speciale di Cass. olandese, *In re Fiebig,* sentenza del 9 dicembre 1950, in *AD* 1949, vol. 16, case n. 180, p. 487 ss.

[85] CSI 202/81, *Tabib et al. v. Minister of Defence* in *IYHR* 1983, vol 13, p. 364; CSI 393/82, *Jam'iat Ascan case, cit.,* p. 301 ss.; CSI 401/88, *Abu Ryan v. Commander of the IDF Forces in the Judea and Samaria Region*.

[86] CSI 10356/02, *Hess et al. v. IDF Commander in the West Bank*, sentenza del 9 maggio 2004, e CSI 1890/03, *Bethlehem Municipality v. The State of Israel – The Ministry of Defence,* sentenza del 3 febbraio 2005, entrambe in *IYHR* 2006, vol. 36, rispettivamente p. 308 ss., e p. 321 ss.; CSI 2717/96 *Wafa v. Minister of* Defence, non pubblicata.

Se questo è vero, però, una prospettiva più ampia ci consente di *leggere* in modo differente la prassi appena descritta, e di formulare alcune riflessioni di carattere più generale. Questo affievolimento della protezione della proprietà privata si inserisce, a ben vedere, in un contesto che sembra andare oltre la tutela del *singolo* diritto (di proprietà), e ne giustifica il sacrificio in nome della difesa del *metavalore* "diritti umani", ormai penetrato nel sistema del diritto internazionale umanitario. Ci sembra, insomma, che la prassi sul potere di requisizione si stia complessivamente evolvendo verso la valorizzazione del principio del rispetto dei diritti fondamentali degli individui; e, soprattutto, che ciò sia frutto della decisiva influenza che il valore della tutela della persona umana ha progressivamente esercitato sul regime di occupazione in generale, e sui poteri dell'occupante in particolare.

Questa evoluzione è in effetti riscontrabile nella suindicata dilatazione del concetto di *benessere* della popolazione locale, comprensivo di *tutti* i diritti umani di cui la stessa popolazione gode ed è titolare; e, in modo ancor più evidente, nella ormai diffusa tendenza della prassi a verificare in ultima istanza la legittimità delle misure di requisizione dell'occupante "in concreto", vale a dire in relazione al loro specifico modo di incidere sul godimento dei diritti fondamentali degli individui.

Ciò vale, in particolare, per la giurisprudenza della Corte Suprema israeliana da sempre restia ad ammettere la *judicial review* sulla discrezionalità tecnica del governo nella valutazione delle esigenze militari. La Corte, infatti, si riconosce ormai un proprio "angolo di competenza" valutando *ex post* il giudizio di bilanciamento effettuato dall'occupante prima di adottare una misura fra le considerazioni sulla sicurezza, da un lato, e le considerazioni umanitarie, dall'altro. In altri termini, l'accertamento meno rigoroso del presupposto giustificativo della restrizione del diritto di proprietà, ossia l'astratto fine della necessità militare, appare sempre più spesso "compensato" dalla verifica del rispetto, da parte della PO, dei diritti fondamentali delle persone soggette al suo potere, e del principio di *proporzionalità* che deve guidarne l'azione[87].

Questo nuovo orientamento emerge nella vicenda del muro palestinese, su cui, come noto, la Corte suprema si è in più occasioni pronunciata, valutando *inter alia* la legittimità delle ordinanze di requisizione emesse a tal fine dall'autorità militare israeliana[88]; e in un caso relativo

[87] Questa giurisprudenza è ormai costante. Si v. per tutte, CSI 7015/02, *Ajuri v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*; CSI 4764/04, *Physicians for Human Rights v. The Commander of IDF Forces in Gaza*, sentenza del 30 maggio 2004.

[88] CSI 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel* (*Beit Sourik case*), sentenza del 30 giugno 2004; CSI 940/04, *Abu Tir et al. V. Military Commander of*

alla violazione del diritto di proprietà di alcuni agricoltori palestinesi ai quali, per ragioni legate alla "loro stessa sicurezza", viene negato l'accesso alle proprie terre e, di conseguenza, alla loro principale fonte di sostentamento[89]. Ebbene, in entrambe le fattispecie la Corte non contesta "in astratto" la sussistenza delle esigenze di sicurezza invocate dalla PO, la cui esatta portata rimette alla *expertise* del Comandante militare dell'area interessata; essa piuttosto, recuperando il suo ruolo di garante nella successiva fase dell'applicazione della misura, sposta l'attenzione sulle modalità di azione prescelte e sulle concrete ricadute che tali azioni producono sui diritti fondamentali degli individui, e ne valuta la legittimità utilizzando il principio di *proporzionalità*, un principio cioè tipico del giudizio di bilanciamento effettuato dai meccanismi di controllo istituiti dai sistemi convenzionali di protezione dei diritti umani. Applicando infatti il *test* trifasico nel quale si scompone tale principio, la Corte non si preoccupa solo di verificare che sussista una razionale preordinazione fra la misura adottata e lo scopo di sicurezza perseguito (c.d. *rational means test*); tale misura deve altresì essere la meno lesiva tra quelle astrattamente possibili (c.d. *least injurious means test*), e soprattutto *proporzionata* al sacrificio richiesto alla popolazione locale in termini di diminuzione del godimento dei diritti fondamentali di cui è titolare (c.d. *proportionate means test*).

Accanto a questo orientamento, poi, l'accresciuta importanza del valore "diritti umani" si riscontra nella evoluzione che ha subito il diverso criterio/limite della *proporzionalità* delle requisizioni rispetto alle risorse del paese occupato, e in particolare nella maggiore preoccupazione mostrata dalla prassi, in tempi piuttosto recenti, verso la proporzionalità degli "effetti" di tali requisizioni. Tale valutazione, invero, è sempre più spesso realizzata non tanto (o non solo) in relazione alla *singola* misura limitativa del godimento della proprietà privata, quanto in relazione all'impatto *complessivo* che tali misure di appropriazione determinano in generale sulla popolazione; con la conseguenza che, la legittimità di singoli atti non ne esclude l'illiceità ove sia il loro effetto cumulativo a tradursi, in ultima istanza, nella *spoliazione* totale o parziale dei beni di proprietà privata.

Tale prospettiva emerge dalla prassi dell'*Eritrea-Ethiopia Claims Commission* (EECC), e in particolare dalle decisioni con cui ha condanna-

the Judea and Samaria Region et al., sentenza del 24 novembre 2004, in *IYHR* 2007, vol. 37, p. 333 ss.; CSI 7957/04, *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel* (*Alfei Menashe case*), sentenza del 21 settembre 2005.

[89] CSI 9593/04, *Rashed Morar v. IDF Commander in Judaea and Samaria*, sentenza del 26 giugno 2006.

to l'Etiopia per avere creato e agevolato *"a cumulative network of economic measures, some lawful and others not, that collectively resulted in the loss of all or most of the…immovable property of non-residents Eritreans"*[90]; e anche dal rapporto adottato dalla Comissione di inchiesta delle Nazioni unite sulle violazioni dei diritti umani e di diritto umanitario commesse da Israele nel contesto delle operazioni militari condotte nella Striscia di Gaza. In questo documento, infatti, l'impatto delle misure di "blocco umanitario" adottate da Israele nei confronti della popolazione civile, aventi a oggetto beni essenziali alla sopravvivenza, risulta valutato in modo complessivo, e non individuale[91]; e nel giudizio di legittimità degli atti della PO un ruolo nuovo (e decisivo) sembra assunto proprio dai diritti umani che ne risultano "colpiti", anche solo in via indiretta, diventando in tal modo metro di valutazione della proporzionalità degli atti medesimi. La Commissione, invero, giunge alla conclusione che il governo israeliano non ha adempiuto ai propri doveri *"as an occupying power in relation to the Gaza Strip"*[92] solo dopo avere verificato in concreto gli effetti negativi che le restrizioni hanno causato *"to the full enjoyment of a range of social, economic and civil rights"*[93].

La prassi sul potere di requisizione registra, dunque, una certa tendenza degli occupanti ad ampliare i propri poteri di compressione del diritto di proprietà privata, che si caratterizza per il maggiore sacrificio richiesto ai singoli in termini di godimento del diritto medesimo. Tuttavia, come già anticipato, ci sembra che l'indebolimento della protezione possa essere interpretato alla luce del "metavalore" dei diritti umani che, in maniera sempre più decisiva, sta penetrando e influenzando il regime delle occupazioni contemporanee, soprattutto di quelle prolungate o tra-

[90] EECC, *Loss of Property in Ethiopia Owned by Non-Residents, Eritrea's Claim 24*, Partial Award, 19 dicembre 2005, par. 27 ss.

[91] UN. Doc. A/HRC/12/48, *United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, Report: Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories,* 15 settembre 2009, parr. 1213-1329 (su cui v. G. BARTOLINI, *Il "Rapporto Goldstone" sull'operazione "Piombo Fuso" a Gaza* in *DUDI* 2010, p. 224 ss.). Sull'illecito blocco umanitario ancora esistente a Gaza, v. UN.Doc. A/HRC/16/72, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Richard Falk*, 11 gennaio 2011, parr. 23-25.

[92] UN. Doc. A/HRC/12/48, *cit.*, par. 1307. Su tali operazioni militari la Corte Suprema, nelle cause riunite 210/09 *Physicians for Human Rights and others v. Prime Minister of Israel and others*, e 248/09, *Gisha Legal Centre for Freedom of Movement and others v. Minister of Defence*, sentenza del 19 gennaio 2009, pur negando l'esistenza di un *formale* stato di occupazione, ha comunque ritenuto Israele "vincolato" al rispetto delle obbligazioni umanitarie assunte nei confronti della popolazione. Si v. anche CSI 9132/07, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v. Prime Minister*, sentenza del 30 gennaio 2008.

[93] UN. Doc. A/HRC/12/48, *cit.*, par. 1213.

sformative in cui l'esercito occupante funziona "as a long-term (albeit temporary) peacetime government"[94]. Con la conseguenza che la PO, muovendosi secondo la logica propria del "tempo di pace", può financo arrivare a comprimere in modo *duraturo* il singolo diritto se ciò risponda a un beneficio concreto per la popolazione stanziata sul territorio, o sia il risultato di un giudizio di bilanciamento con altri diritti fondamentali. E poiché tale prassi è altresì testimone della tendenza rara (e nuova) degli occupanti a interpretare *contra se* le norme sull'occupazione (v. *supra* par. 1), crediamo che essa confermi ormai il valore dei diritti umani quale sicuro *limite* all'esercizio dei loro poteri di governo sul territorio occupato.

6. Norme sulla condotta delle ostilità ed emersione del nucleo essenziale della proprietà privata: il divieto di saccheggio e il divieto di distruzione arbitraria dei beni

Dopo avere analizzato nei paragrafi precedenti l'evoluzione delle norme che limitano l'azione di *governo* dell'occupante, passiamo adesso all'esame delle norme che limitano il modo in cui la PO conduce le ostilità, e cioè il divieto di saccheggio e il divieto di distruzione dei beni non giustificata da assoluta necessità militare. In questo diverso settore, la tendenza evolutiva della prassi sembra più unitaria, e conferma il complessivo rafforzamento della tutela della proprietà privata, anche in ragione della garanzia "rafforzata" che tali divieti offrono per la loro inclusione tra i crimini di guerra[95].

Il primo divieto, contenuto all'art. 47 RA (*"le pillage est formellement interdit"*), sancisce una regola consuetudinaria di diritto bellico che rafforza il principio dell'immunità della proprietà privata dalla confisca, e fa sorgere in capo all'occupante, secondo una formula nota nel liguaggio dei diritti umani, non solo l'obbligo di punire e reprimere gli atti di saccheggio da *chiunque* commessi sul territorio, ma anche quello di prevenirne l'eventuale realizzazione[96].

[94] V. LOWE, *International Law,* Oxford, 2007, p. 150.

[95] Si v. art. 147 IV CG; artt. 2, lett. *d*) e 3, lett. *e*) Statuto del Tribunale penale per la *ex*-Jugoslavia (TPEJ), e artt. 8.2, lett. *a*) iv), e 8.2, lett. *b*) xvi) Statuto Corte penale internazionale.

[96] Secondo la CIG (*Armed Activities, cit.,* par. 248), questo dovere di *prevenzione* rientra nel generale obbligo della PO di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza nel territorio occupato. Si v. anche EECC, *Central Front Eritrea's Claims 2,4,6,7,8 & 22,* Partial Award, 28 aprile 2004, par. 67; Amnesty International, *Iraq: Looting, Lawlessness and Humanitarian Consequences,* AI Index: MDE14/085/2003, su *www.amnesty.org*.

In questa ipotesi, il rafforzamento della protezione risulta apprezzabile in relazione alla estensione che ha subito l'ambito di applicazione del crimine di saccheggio, sotto il duplice profilo della dilatazione della nozione di *pillage*, e del *quantum* di violazione necessaria per la configurazione del crimine.

Sotto il primo profilo, il divieto, originariamente concepito per sanzionare i soli atti *individuali* di saccheggio realizzati dai soldati per il perseguimento del loro immediato ed esclusivo vantaggio personale[97], ha subito una prima significativa estensione a seguito delle pratiche generalizzate e sistematiche di *spoliazione* che hanno caratterizzato l'azione degli occupanti durante la Seconda Guerra Mondiale. Come conferma la giurisprudenza di Norimberga, la formulazione particolarmente ampia e la natura *assoluta* della proibizione[98] hanno permesso di ampliarne la portata applicativa sino a ricomprendere le diverse forme di saccheggio collettivo e organizzato che hanno segnato la prassi di quel periodo storico, facendo così venire meno la distinzione fra il crimine di *pillage* in senso stretto, e il crimine di *plunder* (o saccheggio in senso ampio)[99]. In alcuni casi, anzi, la sistematicità della politica governativa degli occupanti nella realizzazione del crimine, lungi dall'escluderne la punibilità, ha *a fortiori* giustificato la necessità di sanzionare un atto che già di per sé, ove compiuto in modo isolato, risultava vietato dal diritto internazionale[100].

Questa stessa nozione di *pillage* ha poi trovato conferma nella giurisprudenza consolidata del Tribunale penale internazionale per la *ex*-Jugoslavia (TPEJ) che, a partire dalla sentenza relativa al caso *Čelebići*, ha confermato la equivalenza dei termini *pillage* e *plunder*[101], e ha dichiarato la portata generale del divieto di *appropriazione ingiustificata* di beni privati, estendendolo sia agli atti di *"looting committed by indivi-*

[97] Il TPEJ, in *Čelebići* (case n. IT-96-21-T), *Trial Judgement*, 16 novembre 1998, par. 591, ritiene che in questa accezione più ristretta il saccheggio implichi sempre *"an element of violence"*.

[98] E.H. FEILCHENFELD, *The International Economic Law of Belligerent Occupation, cit.,* p. 30, par. 121.

[99] Tribunale Militare di Norimberga (USA), *Trial of Carl Krauch and Twenty-two others (The I.G. Farben Trial),* sentenza 14 agosto 1947 - 29 luglio 1948, in *LRTWC* 1949, vol. X, case n. 57, p. 1 ss., 46; Tribunale Militare di Norimberga (USA), *Trial of Friedrich Flick and Five others (The Flick Trial),* 20 aprile 1947 - 22 dicembre 1947, in *LRTWC* 1949, vol. IX, case n. 48, p. 1 ss., 21.

[100] Corte Speciale di Cass. olandese, *In re Esau*, sentenza del 21 febbraio 1949, in *AD* 1949, vol. 16, case n. 177, p. 482 ss., 489.

[101] TPEJ, *Čelebići, Trial Judgement*, *cit.*, par. 591: *"the offence of plunder…should be understood to embrace all forms of unlawful appropriation of property in armed conflict… including those acts traditionally described as* pillage*"*.

dual soldiers for their private gain", che alle forme di *"organized seizure of property undertaken within the framework of a systematic economic exploitation of occupied territory"*[102].

L'estensione della tutela della proprietà privata si rileva, inoltre, in relazione al secondo profilo del *quantum* di violazione necessaria per la configurazione del crimine di saccheggio. Si ridimensiona, cioè, il criterio che si fonda sul mero *valore* economico del bene[103] ai fini dell'interpretazione dell'elemento della "grave conseguenza per la vittima" richiesto per lo *status* di crimine di guerra, e vi si affianca il diverso parametro della reiterazione dell'atto e, soprattutto, dell'*impatto complessivo* che esso genera in concreto sul livello di vita della popolazione colpita. Valgono, dunque, anche in questa ipotesi, le osservazioni già effettuate sulla influenza esercitata dal valore dei diritti umani sul regime di occupazione, identificabile in particolare nella emersione del criterio dell'*overall effect* ai fini della valutazione "in concreto" dell'azione dell'occupante, e delle modalità con cui quest'ultimo, anche nella condotta delle ostilità, incide sul godimento dei diritti fondamentali degli individui.

In tal senso la giurisprudenza del TPEJ, per garantire una maggiore tutela ai diritti di proprietà individuale, ha stabilito che le appropriazioni *"tak(ing) place vis-à-vis a large number of people"*, sebbene non idonee a determinare gravi conseguenze economiche per il *singolo* soggetto leso, dovranno comunque essere considerate *gravi infrazioni* in ragione dell'*"overall effect on the civilian population and the multitude of offences committed"*[104]. Il medesimo ragionamento è stato ripreso anche dalla EECC, la quale ha riconosciuto una politica di *legalized looting* nell'effetto cumulativo di una serie di atti discriminatori, non vietati nella loro individualità, che l'Etiopia aveva emanato al fine di impedire agli

[102] TPEJ, *Čelebići, Trial Judgement*, *cit.,* par. 590, successivamente confermato nei casi *Jelisić* (case n. IT-95-10-T), *Trial Judgement,* sentenza 14 dicembre 1999, par. 48; *Blaškić* (case n. IT-95-14-T)*, Trial Judgement*, sentenza 3 marzo 2000, par. 184; *Kordić & Čerkez* (case IT-95-14/2-T), *Trial Judgement*, sentenza 26 febbraio 2001, par. 352; *Simić* (case n. IT-95-9-T), *Trial Judgement,* 17 ottobre 2003, par. 99; *Naletilić and Martinović* (case IT-98-34-T), *Trial Judgement*, sentenza del 31 marzo 2003, par. 612.

[103] TPEJ, *Čelebići, Trial Judgement*, *cit.,* par. 1154, ritiene che la gravità dell'infrazione sia legata al *"sufficient monetary value"* del bene sottratto. Si v. anche TPEJ, *Kordić & Čerkez, Trial Judgement, cit.,* par. 352.

[104] TPEJ, *Naletilić and Martinović, Trial Judgement, cit.,* par. 614, affianca per la prima volta il diverso criterio quantitativo secondo cui la gravità dell'infrazione può altresì derivare *"from the reiteration of the acts and from their overall impact"*. In modo analogo, TPEJ, *Simić, Trial Judgement, cit.,* par. 101; *Kordić & Čerkez* (case IT-95-14/2-T)*, Appeal Judgement,* sentenza del 17 dicembre 2004, parr. 82-84.

eritrei l'adozione di misure necessarie a preservare le loro proprietà prima di abbandonare il territorio[105].

In ultimo, si segnala il rafforzamento della tutela della proprietà privata in relazione alla interpretazione particolarmente restrittiva che viene data al secondo dei divieti indicati, ovvero al divieto di distruzione dei beni non resa *"assolutamente necessaria dalle operazioni militari"*, contemplato all'art. 53 IV CG. Peraltro, è nel contesto di tale prassi che emerge quella che abbiamo definito la "anima sociale" della proprietà privata, e l'idea della sua idoneità a tutelare la dignità dell'essere umano. Questi due profili, come vedremo, appaiono correlati.

Per comprendere tali sviluppi è bene procedere a una rapida lettura dell'art. 53 IV CG, che completa la protezione della proprietà privata offerta dal Regolamento dell'Aja, prescrivendo un divieto di carattere generale, limitato ai soli territori occupati[106], e contenente una clausola di deroga tendenzialmente oggetto di interpretazione restrittiva[107]. La formulazione specifica della "assoluta necessità delle operazioni militari", infatti, da ricostruirsi "with a view to fighting"[108], richiede all'occupante la prova più rigorosa della sussistenza di una razionale preordinazione fra l'attacco che intende compiere e l'esecuzione di una *specifica* operazione militare; e della natura *assoluta* e materialmente indispensabile di tale connessione, che non può insomma risolversi nel mero perseguimento di un generico vantaggio strategico-militare.

[105] EECC, *Civilians Claims, Eritrea's Claims 15,16,23 & 27-32,* Partial Award, 17 dicembre 2004, par. 123 ss., 129. Si v. H. VAN HOUTTE, *The Eritrea-Ethiopia Claims Commission and International Law,* in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar,* Milano, 2009, p. 382 ss., 395.

[106] L'art. 53 corrisponde alla riformulazione, in termini più specifici, della regola di condotta delle ostilità contenuta all'art. 23(*g*) RA che sancisce l'immunità della proprietà dalla distruzione, salvo il caso in cui sia *"imperiosamente imposta dalle necessità della guerra"*, e che si applica però durante l'ipotesi del conflitto armato. Questo aspetto, unito alla tendenza manifestata da alcuni occupanti a invocare la meno stringente disposizione del Regolamento dell'Aja pure in presenza di forme di violenza che non raggiungono la soglia richiesta per l'esistenza di un conflitto armato, ha sollevato la questione teorica, tendenzialmente risolta in senso negativo, di una possibile applicazione congiunta delle norme. Si v. Corte Speciale di Cass. olandese, *In re Fiebig, cit.,* p. 489; CIG, *Legal Consequences, cit.,* par. 124, su cui v. però le osservazioni critiche di D. KRETZMER, *The Advisory Opinion: the Light Treatment of International Humanitarian Law* in *AJIL* 2005, p. 88 ss., 95.

[107] J. PICTET, *Commentaire, cit.*, p. 325; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 305.

[108] Si v. l'interpretazione dell'art. 53 resa da J. MOREILLON - J. PICTET in una lettera del 25 novembre 1981, citata da M.B. CARROLL, *The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: an Analysis of its Legality in International Law* in *Michigan Journal of International Law* 1990, p. 1195 ss., 1210.

La norma, che in ossequio allo spirito umanitario della Convenzione mira a "préserver les individus dans la possession de biens nécéssaires à leur existence"[109], è stata poi *completata* dalla successiva redazione dell'art. 54.2 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977[110], che accorda una protezione speciale ai beni *"indispensabili per la sopravvivenza della popolazione civile"*. Quest'ultimo, in particolare, ha introdotto un ulteriore limite alla modalità di conduzione delle ostilità dell'occupante e, al generale divieto di cui all'art. 53, ha affiancato quello più stringente di non attaccare, distruggere o mettere fuori uso i beni che, come le derrate alimentari, i raccolti, il bestiame o le riserve di acqua potabile, sono *essenziali* alla sussistenza della popolazione *"quale che sia lo scopo perseguito"*[111]. Dunque, quanto più un bene è collegato ai bisogni vitali di una popolazione, tanto più si restringe la libertà dell'occupante di disporne o di farne oggetto di appropriazione e/o di distruzione, finanche in presenza di scopi militari legittimi, se ciò rischi di comportare un abbassamento della soglia *minima* vitale di sopravvivenza. L'occupante non può, insomma, interferire nel godimento della proprietà privata se tale interferenza, pur giustificata da esigenze di sicurezza, comprima in modo arbitrario il diritto di sopravvivenza dei civili sul territorio.

Ebbene, la prassi applicativa dell'art. 53 conferma il rafforzamento della tutela della proprietà privata sia sotto il profilo della interpretazione particolarmente restrittiva della clausola di deroga della "assoluta necessità delle operazioni militari", che non lascia spazio né a forme di distruzioni preventive, giustificate cioè dall'astratto fine della deterrenza**,** né a forme di distruzioni realizzate a mero titolo punitivo-deterrente; che sotto il profilo della conferma del regime privilegiato di garanzia di cui gode, per il suo spiccato carattere *umanitario*, la categoria dei beni essenziali alla esistenza della popolazione.

[109] J. PICTET, *Commentaire, cit.,* p. 323.

[110] Si v. C. PILLOUD - J. PICTET, *Commentaire à l'article 54 du Protocole I*, in Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, 1986, pp. 676-677.

[111] Non muovono in senso contrario le deroghe al divieto contenute nell'art. 54.3, che ne escludono l'applicazione *"se i beni sono utilizzati dalla Parte avversaria per la sussistenza dei soli membri delle proprie forze armate o come appoggio diretto ad un'azione militare"*, in quanto è comunque previsto che, in nessun caso sarà possibile intraprendere contro questi beni *"azioni da cui ci si potrebbe attendere che lascino alla popolazione civile alimenti e acqua in misura talmente scarsa che essa sarebbe ridotta alla fame o costretta a spostarsi"*.

Quanto alle misure di carattere preventivo, ci riferiamo anzitutto alla nota vicenda del muro israeliano, la cui realizzazione è stata considerata illecita dalla CIG anche a causa della distruzione delle terre a esso adiacenti, e dei beni necessari alla sopravvivenza della popolazione palestinese, inclusi *"fruit and olive trees, water walls, citrus grows, hothouses"*[112]. Si tratta, infatti, di distruzioni che, come già osservato, non possono considerarsi né imposte dall'esigenza di portare a termine un'operazione militare in senso stretto, né "assolutamente" necessarie al raggiungimento del dichiarato obiettivo di sicurezza.

Anche la giurisprudenza della Corte suprema israeliana, poi, registra una certa inclinazione a rendere più stringente il giudizio di *ragionevolezza* che deve precedere la decisione della PO di distruggere i beni privati. Si segnala, a tal proposito, una pronuncia in cui la Corte, muovendo in senso contrario al proprio consolidato orientamento[113], rigetta e dispone la riformulazione di un ordine militare di abbattere una piantagione privata di alberi situata nei pressi della abitazione del Ministro di Difesa israeliano[114]. In particolare, bilanciando il diritto alla vita del Ministro e il diritto di proprietà della ricorrente alla luce del *test* trifasico di proporzionalità, la Corte ritiene che la misura in concreto prescelta (ossia il taglio di 60 alberi a 30 centimetri dal suolo) non sia la meno lesiva tra quelle astrattamente possibili, e giudica invece più opportuno il taglio di quei rami che di fatto riducono la visuale e possono essere fonte di pericolo per la vita del Ministro. La decisione, inoltre, conferma la maggiore tutela che deve accordarsi ai beni indispensabili alla sopravvivenza degli individui nella parte in cui la Corte, precisando che *"the trees are dry, have not been cultivated for years ... are not serving as any livelihood for the petitioner and her family"*[115], lascia intendere che, in caso contrario, tali beni avrebbero ricevuto una protezione, se non superiore, quantomeno differente.

Che l'art. 53 IV CG non copra nemmeno gli atti di distruzione compiuti dalla PO a titolo punitivo-deterrente si evince, invece, dalle reazioni

[112] CIG , *Legal Consequences, cit.*, parr. 133-134.

[113] Sulla tendenza della Corte a non rigettare gli ordini di demolizione dei beni la cui ubicazione sia solo *potenzialmente* pericolosa per la sicurezza all'interno dei territori, v. CSI 4112/90, *The Association for Civil Rights in Israel v. Commander of the Southern District*; CSI 24/91 *Timraz et al. v. Commander of IDF Forces in the Gaza Strip*, entrambe in *IYHR* 1993, vol. 23, p. 333 ss. e p. 337 ss.

[114] CSI 7862/04, *Abu Daher v. IDF Commander of Judea and Samaria,* in *IYHR* 2007, vol. 37, p. 339 ss.

[115] *Ibidem*, p. 345.

alla pratica delle *demolizioni*[116] posta in essere dal governo israeliano ogni qualvolta abbia anche solo il *motivo di sospettare* che case o terreni privati costituiscano la base di lancio di un attacco terroristico, o la residenza abituale del sospetto terrorista[117]. Riguardo alla indicata prassi, è stato osservato in dottrina che la scelta aprioristica di adottare una politica di governo diretta a distruggere abitazioni private, essenziali peraltro alla sopravvivenza dell'individuo, al solo scopo di prevenire *futuri* attacchi terroristici, sposta troppo indietro il baricentro applicativo del criterio della "assoluta necessità delle operazioni militari" che, come già osservato, mal si concilia con l'astratto fine della deterrenza, rispondendo piuttosto a esigenze concrete e contestuali, immediate, definite e vincolanti. E poi perché, anche ammettendo la legittimità del fine perseguito, tali atti di distruzione si traducono, il più delle volte, in sanzioni o rappresaglie verso chi non è neppure a conoscenza degli illeciti *collegati* con la propria casa[118].

Alcuni rilievi fortemente critici sono stati formulati pure dal Comitato Speciale delle Nazioni unite per investigare sulle pratiche israeliane lesive dei diritti umani del popolo palestinese, e dal Relatore speciale sulla situazione dei diritti umani nei territori palestinesi occupati[119], non-

[116] La pratica delle demolizioni è attuata attraverso le due distinte misure del *sealing off* e della *destruction*: la prima, meno severa poiché reversibile, consiste nel blocco completo dell'abitazione, o di parti di essa, impedendone il godimento per tutta la durata di esecuzione della misura, cui non segue comunque il pagamento di alcuna forma di indennizzo; la seconda, invece, più grave perché irreversibile, comporta la distruzione totale dell'immobile. In questa sede, faremo riferimento alle sole *distruzioni*, in quanto il *sealing off* altro non è che un'ulteriore ipotesi di confisca permanente realizzata a titolo punitivo-deterrente. Sul tema v. Y. DINSTEIN, *The Israel Supreme Court and The Law of Belligerent Occupation: Demolitions and Sealing Off of Houses* in *IYHR* 1999, vol. 29, p. 285 ss.; B. FARRELL, *Israeli Demoliton of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119* in *Brooklyn Journal of International Law* 2003, p. 871 ss.; D. KRETZMER, *The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflict,* in *GYIL* 2004, p. 393 ss., 412-423. In giurisprudenza, v. CSI 361/82, *Khamri v. Commander of the Judea and Samaria Region*, in *IYHR* 1987, vol. 17, p. 314; CSI 358/88, *The Association for Civil Rights in Israel et al. v. Commanding Officer of the Central District et al.,* in *IYHR* 1993, vol. 23, p. 294 ss.

[117] Si v. *Defence (Emergency) Regulations*, art. 119: *"A military commander may, by order, direct the forfeiture to the government of any house…from which he has reason to suspect that any firearm has been illegally discharged…and when any house…is forfeited as aforesaid, the military commander may destroy the house… or anything in or on the house"*, citato da M. SHAMGAR, *The Observance of International Law in the Administered Territories* in *IYHR* 1971, vol. 1, p. 262 ss., 276.

[118] Sull'idea che le demolizioni violano anche l'art. 33 IV CG sul divieto assoluto di pene collettive, v. S. DARCY, *Punitive House Demolitions, the Prohibition of Collective Punishment and the Supreme Court of Israel* in *Penn State Law Review* 2003, p. 477 ss.

[119] UN. Doc. A/58/311, *Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People and Other Arabs of the*

ché da alcune organizzazioni non governative[120], le quali condannano la pratica delle demolizioni ritenendo che la loro esecuzione violi proprio l'art. 53 IV CG. Di particolare interesse è poi il *General Comment* n. 7 del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali sul diritto a un alloggio adeguato[121], nel quale è espressamente affermato che *"forced eviction and house demolition as a punitive measure are also inconsistent with ... the obligations enshrined in the Geneva Conventions of 1949 ... concerning prohibitions on ... the destruction of private property"*[122].

In questo senso, quindi, il divieto di distruzione di beni indispensabili alla sopravvivenza della popolazione nei territori occupati non è del tutto estraneo al regime di protezione dei diritti umani[123], e in particolare del diritto di ciascuno a possedere un alloggio adeguato dove vivere *"in security, peace and dignity"*[124]. In effetti, il diritto all'abitazione rientra fra le condizioni fondamentali per la realizzazione del più ampio diritto a

Occupied Territories, 22 agosto 2003, parr. 44-50, 100 (viii); UN.Doc. E/CN.4/2002/32, *Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine. Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Mr. John Dugard, on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967*, 6 marzo 2002, parr. 29-32. Da ultimo, v. UN.Doc. A/HRC/16/72, *cit*, parr. 15-19.

[120] AMNESTY INTERNATIONAL, *Israel and the Occupied Territories. Under the Rubble: House Demolition and Destruction of Land and Property,* AI Index: MDE 15/033/2004, maggio 2004, pp. 116-117, su *www.amnesty.org*; B'TSELEM, *Israel's Policy of House Demolition and Destruction of Agricultural Land in Gaza Strip*, febbraio 2002, su *www.btselem.org*. Sulla distruzione di case a titolo di rappresaglia durante le prime fasi dell'occupazione irachena, v. AMNESTY INTERNATIONAL, *Iraq: Amnesty International Seeks Clarification on House Demolitions by US Troops in Iraq*, AI Index: MDE 14/177/2003, 20 novembre 2003.

[121] CESCR, *General Comment* n. 7, *The Right to Adequate Housing - art. 11.1 of the Covenant: forced evictions*, 20 maggio 1997.

[122] *Ibidem*, par. 12. Sulla definizione di *forced eviction* si v. il par. 3: *"the permanent or temporary removal against their will of individuals, families and/or communities from the homes and/or land which they occupy, without the provision of, and access to, appropriate forms of legal or other protection"*.

[123] Il tema è stato affrontato dal Comitato per i diritti umani (UN. Doc. CCPR/CO/78/ISR, *Observations finales du Comité des Droits de l'Homme, Israel,* 21 agosto 2003, par. 16), secondo il quale le demolizioni sono contrarie al diritto di scegliere liberamente la propria residenza (art. 12), al diritto alla vita privata (art. 17), al diritto a un equo e giusto processo (art. 26) nonché al diritto alla sicurezza della propria persona (art. 9). E dal Comitato contro la Tortura (CAT/C/XXVII/Concl.5, 23 novembre 2001, parr. 6.j e 7.g), che ha dichiarato che la pratica delle demolizioni può, a certe condizioni, equivalere a un trattamento crudele, disumano e degradante, come tale contrario all'art. 16 della Convenzione Onu contro la Tortura del 1984.

[124] CESCR, *General Comment* n. 4, *The right to adequate housing (art. 11.1)*, 13 dicembre 1991, par. 7.

un adeguato livello di vita[125], il cui godimento presuppone per l'appunto che l'individuo *possieda* i mezzi minimi necessari per condurre una esistenza dignitosa. Ecco che emerge, in questo modo, la c.d. dimensione *sociale* del diritto di proprietà privata, che mostra così la propria idoneità a tutelare la dignità dell'essere umano, diventando strumento per il pieno godimento di altri diritti fondamentali. Di conseguenza, ogni qualvolta la distruzione della proprietà si riveli "assolutamente necessaria", l'occupante vedrà ulteriormente limitato il proprio modo di condurre le operazioni militari nel territorio, dovendo altresì rispondere – come conferma il rapporto delle Nazioni unite sugli attacchi *on the foundations of civilian life* commessi a Gaza[126] – delle violazioni del diritto dei civili a un adeguato livello di vita.

Questo dato induce, allora, a formulare una considerazione di carattere più generale, e ad affermare che, almeno su questo specifico aspetto, la tutela della proprietà privata nel diritto internazionale umanitario e nel sistema internazionali di protezione dei diritti umani converga. E, soprattutto, che tale *convergenza* sembra realizzarsi proprio nel nocciolo duro del diritto di proprietà, coincidente per l'appunto con il diritto di ciascuno a non essere arbitrariamente privato, neppure in contesti di emergenza e di ostilità attive, dei beni *primari* indispensabili per sopravvivere.

A questo proposito, infine, crediamo interessante dare conto della evoluzione subita dalla prassi sul crimine di persecuzione quale ulteriore conferma della garanzia rafforzata di cui godono tali beni in regime di occupazione[127]. Ci riferiamo, in particolare, alla giurisprudenza del TPEJ il quale, recuperando una suddivisione semplicemente abbozzata dal Tribunale militare di Norimberga fra beni *industriali* e beni *personali*, ha ammesso, contrariamente a quest'ultimo[128], la configurabilità del crimine

[125] Con riferimento ai territori palestinesi occupati, v. UN. Doc. E/CN.4/2003/5/Add. 1, *Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, Mr. Miloon Kothari, Addendum, Visit to the Occupied Palestinian Territories*, 12 giugno 2002.

[126] UN. Doc. A/HRC/12/48, *United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, cit.,* par. 1003, 1319-1320.

[127] Secondo l'art. 7.2 lett. *(g)* dello Statuto della Corte penale internazionale, il crimine di persecuzione – rientrante fra i crimini contro l'umanità ai sensi dell'art. 7.1 lett. *(h)* del medesimo Statuto – consiste nella *"privazione intenzionale e grave dei diritti fondamentali in contrasto con il diritto internazionale per motivi di identità del gruppo o della collettività".* Si v. A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary,* 3 vols., Oxford, 2002.

[128] Tribunale Militare di Norimberga (USA), *The Flick Trial, cit.,* p. 26 e pp. 48-51: *"the atrocities and offences listed there in … are all offences against the person. Property is not mentioned. Under the doctrine of ejusdem generis the catch-all words* other persecutions *must be deemed to include only such as affect the life and liberty of the op-*

anche in relazione alla violazione di *certi* diritti di proprietà. Dopo aver affermato, infatti, nella sentenza *Tadić*, che *"the crime of persecution encompasses a variety of acts ... that violate an individual's right to the equal enjoyment of his basic rights"* [129], il Tribunale ha espressamente riconosciuto che l'elemento materiale del crimine, purché sorretto da un intento discriminatorio, può consistere in un qualunque atto inumano che sia talmente grave da tradursi nel diniego manifesto e flagrante di un diritto fondamentale dell'uomo; e ha precisato che pure la violazione della proprietà privata può costituire una forma di persecuzione a condizione che *"the ultimate aim of persecution is… the widespread or systematic, discriminatory, destruction of individuals' homes and means of livelihood"*[130]. Nel caso *Kupreskić*, ad esempio, interrogandosi se *"certain property or economic rights can be considered so fundamental that their denial is capable of constituting persecution"*, il Tribunale ha dichiarato che *"the comprehensive destruction of homes ... constitutes a destruction of the livelihood of a certain population ... and, if committed on discriminatory grounds, it may constitute persecution"*[131].

Ebbene, l'evoluzione che ha contraddistinto la prassi appena descritta, sebbene si riferisca a un'ipotesi delittuosa tipica, contiene in sé i segnali dell'ampliamento di tutela che sta investendo la categoria dei beni necessari alla esistenza stessa della persona umana; e con essi, inoltre, il rischio concreto che la PO, come si evince ancora dal rapporto Onu sulla operazione *Piombo Fuso* a Gaza, possa essere altresì dichiarata responsabile per la commissione del crimine di persecuzione[132].

pressed peoples. Compulsory taking of industrial property, however reprehensible, is not in that category".

[129] TPEJ, *Tadić* (case n. IT-94-1-T)*, Trial Judgement*, 7 maggio 1997, par. 710, rinvia ai lavori della Commissione di Diritto Internazionale sulla rielaborazione dei principi enunciati a Norimberga, e sulla redazione di un progetto di codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità. Nel *draft* del 1991 (UN. Doc. A/46/10) la Commissione ha affermato che costituisce *persecuzione* sottoporre*"individui o gruppi di individui a un tipo di vita nella quale il godimento di alcuni dei loro diritti fondamentali è ripetutamente e costantemente violato"*.

[130] TPEJ, *Kordić e Čerkez, Trial Judgement, cit.*, par. 205.

[131] TPEJ, *Kupreskić* (case n. IT-95-16-T), *Trail Judgement*, sentenza del 14 gennaio 2000, parr. 630-631. Si v. pure, *Blaškić, Trial Judgement, cit.,* parr. 220-234, confermata nella sentenza di Appello del 29 luglio 2004, parr. 132-149; *Simić, Trial Judgement, cit.,* parr. 98-103.

[132] UN. Doc. A/HRC/12/48, *United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, cit.,* parr. 1326-1329.

7. Conclusioni

Lo studio condotto sulla tutela della proprietà privata nella prospettiva dei civili soggetti al controllo militare dell'occupante straniero ci consente a questo punto di trarre qualche breve osservazione conclusiva.

Anzitutto, riteniamo che i mutamenti registrati nella disciplina della proprietà privata, per quanto articolati ed eterogenei, hanno investito l'istituto dell'occupazione militare nel suo complesso, vale a dire *tutte* le tipologie di occupazione manifestatesi nel corso della storia, anche se alcuni di questi cambiamenti risultano inevitabilmente condizionati dalle caratteristiche proprie di *certi* modelli di occupazione, e dalle specifiche esigenze di tutela che essi pongono.

Si è visto, in particolare, che durante la fase dell'amministrazione effettiva del territorio, l'evoluzione delle norme che pongono limiti all'esercizio delle funzioni di governo della PO conferma il rafforzamento della protezione della proprietà privata sotto il profilo del divieto di confisca, da intendersi sia come perdita definitiva del titolo, che come forma di compressione *permanente* del godimento dei beni. Questa regola, tra l'altro, sembra resistere anche alla prassi contemporanea in cui il maggior interventismo delle Potenze occupanti si è tradotto in alcune tendenze piuttosto espansive, come il potere di confisca preventiva e il potere di decisione sul *titolo* della proprietà privata abbandonata, che, tuttavia, non sembrano aver dato vita a norme consuetudinarie di segno diverso.

Nell'esaminare, poi, fra le eccezioni al divieto di confisca, la prassi sul potere di requisizione dei beni che consente all'occupante di limitarne a certe condizioni il godimento, è emerso un affievolimento della tutela della proprietà privata, legato sia alla tendenza a effettuare un accertamento meno rigoroso del presupposto giustificativo di adozione della misura requisitiva, vale a dire l'astratto fine della necessità militare; sia alla tendenza a interpretare con una certa flessibilità il principio di conservazione del regime tutte le volte in cui, specie nelle occupazioni prolungate, ciò risultasse necessario per il *benessere* della popolazione locale. Tuttavia, in una prospettiva più ampia che supera la tutela del singolo diritto di proprietà, si è altresì osservato che questo indebolimento della protezione è in qualche misura giustificato dall'influenza esercitata dal valore dei "diritti umani" sul regime dell'occupazione in generale, e sui poteri dell'occupante in particolare, nonché dalla esigenza di offrire adeguata tutela a *tutti* i diritti fondamentali delle persone soggette al controllo militare straniero. E questo si riscontra tanto nella tendenza a "compensare" il carattere intrinsecamente debole del controllo sulla sussisten-

za della necessità militare con la verifica del rispetto da parte della PO dei diritti fondamentali della popolazione, che si pongono quindi quale criterio di legittimità "in concreto" dell'azione dell'occupante; quanto nel crescente utilizzo del principio di *proporzionalità*, tipico del controllo esercitato dagli organi convenzionali di tutela dei diritti umani, per giudicare del bilanciamento degli interessi che deve precedere ogni scelta dell'occupante.

Nell'analizzare, invece, le norme che limitano il modo in cui la PO conduce le ostilità, la tendenza evolutiva della prassi sembra più unitaria, e conferma il rafforzamento della tutela della proprietà privata tramite l'estensione dell'ambito di applicazione del crimine di saccheggio e, soprattutto, tramite l'interpretazione particolarmente restrittiva del divieto di distruzione dei beni, che non lascia spazio applicativo a forme di distruzioni preventive o punitivo-deterrenti. Inoltre la prassi più recente, in linea peraltro con il regime rafforzato di garanzia di cui gode la categoria dei beni *vitali* alla sopravvivenza stessa dell'individuo, attesta che lo *standard* di tutela della proprietà privata in contesti di emergenza si condensa ormai sul contenuto minimo e intangibile del diritto medesimo, coincidente in sostanza con il diritto di ciascuno a non essere arbitrariamente privato dei beni essenziali alla propria esistenza.

Questo rilievo induce, allora, a fare un'ultima riflessione sulle possibili "intersezioni" che si realizzano fra il diritto umanitario e il sistema internazionale di tutela dei diritti umani, anche in relazione alla segnalata natura *mista* del diritto di proprietà privata.

Crediamo infatti che, nei contesti delle occupazioni prolungate o trasformative, in cui l'esercito occupante funziona come un ente di governo più stabile, il diritto di proprietà privata emerga nella sua natura di diritto *civile* all'indisturbato godimento dei propri beni, e sia – utilizzando la tripartizione enucleata dalla CIG – "exclusively matter(s) of international humanitarian law"[133], purché, con questa affermazione, si includano anche i mutamenti subiti dal regime in forza del consolidarsi del valore dei diritti umani nella società internazionale. Ciò vuol dire che l'occupante, agendo nel rispetto dei poteri conferitigli dalle norme sull'occupazione, può finanche espropriare il bene per ragioni di pubblica utilità, se ciò risponde a un beneficio concreto per la popolazione stanziata sul territorio, o sia il frutto di un giudizio di bilanciamento con altri diritti fondamentali; viceversa, se la sua azione non risulta complessivamente finalizzata alla protezione dei diritti umani, potrà al più comprimerne *temporanea-*

[133] CIG, *Legal Consequences, cit.*, par. 106.

mente il godimento, scontando tutti i limiti insiti nella sua natura di ente non sovrano.

Nei contesti di ostilità attive, invece, in cui diventa prioritaria "la lotta alla sopravvivenza", riteniamo che venga fuori l'anima *sociale* del diritto di proprietà privata, ossia il diritto di possedere i beni necessari per uno *standard* di vita minimo dignitoso, come tale precondizione e strumento al pieno godimento di *altri* diritti fondamentali, quale il diritto dei civili a un adeguato livello di vita. E poiché tale diritto vincola il modo in cui l'occupante conduce le ostilità e, al tempo stesso, risulta tutelato dai trattati internazionali sui diritti umani, assistiamo in questo caso alla *convergenza* fra i due sistemi normativi, che si realizza proprio nel nucleo essenziale del diritto di proprietà privata, stavolta "matter(s) of both these branches of international law".

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'INTERAZIONE TRA DIRITTO UMANITARIO E TUTELA DEI DIRITTI UMANI: STRUMENTO PER LA RISOLUZIONE DELLE ANTINOMIE O MERO ARGOMENTO RETORICO?

Marco PERTILE·

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Tre tesi sul criterio di proporzionalità. – 3. La diversa concezione della proporzionalità nelle norme a tutela dei diritti umani e nel diritto umanitario. – 4. L'interazione tra norme a tutela dei diritti umani e diritto umanitario. – 5. La proporzionalità nella *Interpretive Guidance* del Comitato internazionale di Croce Rossa sul concetto di diretta partecipazione alle ostilità. – 6. La proporzionalità nella giurisprudenza dell'Alta corte israeliana relativa ai Territori palestinesi occupati. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

L'idea guida di questo lavoro nasce da una precomprensione, da un'intuizione secondo cui la proporzionalità sarebbe al contempo sia un concetto molto variabile nel significato che assume in diversi settori del diritto internazionale, sia un concetto mimetico, in grado di trasferirsi con facilità da un corpo giuridico all'altro[1]. L'osservazione è favorita dal fatto che il ricorso alla proporzionalità è sempre più frequente nell'esperienza del diritto internazionale e in quella degli ordinamenti interni. In alcune occasioni, per motivi che approfondiremo in seguito, la proporzionalità sembra essere utilizzata come una formula matematica in grado, con apparente facilità, di regolare questioni complesse e di contemperare interessi contrapposti.

Chi affronta il tema della proporzionalità nel diritto internazionale nota però come sia difficile ricondurre a una categoria unitaria i significati che il termine "proporzionalità" assume nei diversi ambiti materiali

· Ricercatore in Diritto internazionale, Università degli Studi di Trento; Marie Curie Fellow, Graduate Institute for International and Development Studies, Ginevra.

[1] In questo senso, N. LUBELL, *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict*, in *International Review of the Red Cross*, 2005, pp. 744-746.

di tale ordinamento. Si pensi al ruolo crescente della proporzionalità nel diritto umanitario, nelle norme a tutela dei diritti umani, nello *ius ad bellum*, nel diritto delle contromisure, nel diritto del commercio internazionale[2]. Sembra poco credibile ritenere che in questi gruppi di norme, utilizzati e amministrati da comunità umane e istituzioni almeno in parte diverse, esista una concezione unitaria del criterio di proporzionalità. Come è stato dimostrato, esisterebbero invece molteplici concezioni della proporzionalità che presentano sia elementi di autonomia, sia dei "tratti comuni"[3].

La conseguenza di questo assunto mi porta però a formulare un interrogativo cruciale. Posto che il termine "proporzionalità" non identifica un concetto unitario nella lingua del diritto internazionale, cosa può accadere se, magari sfruttando l'identità del *nomen iuris*, le diverse categorie sottese allo stesso nome cominciano a circolare da un corpo giuridico all'altro? La proporzionalità può diventare allora non solo un criterio interpretativo o integrativo di singole norme, ma anche uno strumento per regolare (surrettiziamente) l'interazione tra diversi gruppi di norme. Il trapianto di una concezione della proporzionalità che è tipica di un settore del diritto internazionale in un altro gruppo di norme che è ispirato, anche solo parzialmente, da finalità e interessi diversi ha delle conseguenze sull'interazione tra i due corpi giuridici.

In questo saggio analizzerò come ciò possa accadere nella relazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani. Muovendo dal presupposto dell'attitudine mimetica e della natura multiforme del concetto di proporzionalità, l'obiettivo di questo lavoro consiste nel verificare se l'interazione tra diritto umanitario e diritti umani avvenga anche attraverso il trasferimento della proporzionalità da un gruppo di norme all'altro.

Il piano dell'indagine si articola come segue. In primo luogo riassumerò per sommi capi alcune caratteristiche teoriche fondamentali del criterio di proporzionalità per come emergono anche dalla riflessione degli studiosi della teoria generale e del diritto costituzionale (paragrafo 2). In seguito descriverò i diversi significati e le funzioni che sono abitualmente attribuiti al criterio di proporzionalità nel diritto umanitario e nelle norme a tutela dei diritti umani (paragrafo 3). In terzo luogo, illustrerò il dibattito in materia d'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela

[2] Per una visione d'insieme sulle diverse dimensioni della proporzionalità nel diritto internazionale, v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; T.M. FRANCK, *Proportionality in International Law*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, pp. 230-242.

[3] CANNIZZARO, *Il principio*, cit., pp. 429-454.

dei diritti umani (paragrafo 4). Partendo da questi primi tre paragrafi teorici, affronterò infine due casi in cui l'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani si è retta sul trasferimento nel primo gruppo di norme del concetto di proporzionalità che è solitamente utilizzato nel secondo gruppo di norme. Il primo caso riguarda la *Interpretive Guidance* del Comitato internazionale di Croce Rossa sul concetto di partecipazione diretta alle ostilità e in particolare la sezione IX di tale documento (paragrafo 5). Il secondo caso descrive alcune tendenze in tema di proporzionalità che emergono dall'analisi della giurisprudenza dell'Alta Corte israeliana relativa alla condotta dell'esercito nei Territori palestinesi occupati (paragrafo 6). Seguono alcune brevi considerazioni conclusive (paragrafo 7).

2. Tre tesi sul criterio di proporzionalità

Prima di intraprendere la descrizione del ruolo svolto dalla proporzionalità nel diritto umanitario e nelle norme a tutela dei diritti umani, vorrei proporre alcune tesi generali sulla natura e sul contenuto del criterio di proporzionalità. Ho già affermato nelle considerazioni introduttive che la proporzionalità è un concetto molto usato che può assumere connotati diversi in diversi corpi giuridici. Poiché il discorso che condurrò in seguito evidenzierà queste caratteristiche di polisemanticità, vorrei però descriverne preliminarmente i tratti unificanti. Per farlo mi pare inevitabile uscire brevemente dai percorsi abituali del diritto internazionale e utilizzare anche alcuni contributi della teoria generale del diritto e del diritto costituzionale. Riassumendo in modo imperfetto un dibattito vastissimo, ho individuato le caratteristiche comuni alle diverse accezioni della proporzionalità. Esse si esprimono a mio parere nelle tre tesi che seguono:

- la proporzionalità è un meta-principio o un postulato;
- il ricorso alla proporzionalità ha un forte valore retorico;
- la definizione del contenuto della proporzionalità è legata al contesto istituzionale.

La prima tesi riguarda sia la natura della proporzionalità, sia la funzione da essa svolta in un sistema giuridico. Sostenere che la proporzionalità è un meta-principio o un postulato significa innanzitutto collocarla

tra le norme secondarie di un ordinamento[4]. Non si tratta ovviamente di una norma primaria che pone una qualsivoglia regola di condotta, ma di una norma di secondo grado che serve a fornire una struttura integrativa o interpretativa di una norma primaria avente particolari caratteristiche[5]. La proporzionalità, in altri termini, detta un criterio interpretativo o integrativo di altre norme. Dipende poi dal grado di adesione a una concezione positivista del diritto e dalle opzioni culturali dell'interprete ritenere che la funzione della proporzionalità debba essere ricondotta all'interpretazione o all'attività creativa del diritto, ma in entrambi i casi ciò che conta è il fatto che la proporzionalità mira a fornire un criterio dirimente quando, di fronte a norme primarie di tipo aperto, è richiesto un bilanciamento di interessi contrapposti. La proporzionalità rappresenta dunque un criterio attraverso cui svolgere un'operazione di bilanciamento che riempia di contenuto una norma primaria quando essa non dirima *ex ante*, in modo predeterminato, l'equilibrio degli interessi contrapposti che in essa sono racchiusi[6]. Per questo la proporzionalità può essere considerata una norma di secondo grado, proprio in considerazione della sua natura servente rispetto all'attività integrativa o interpretativa di una norma primaria[7]. Si tratta peraltro, come meglio vedremo nel paragrafo successivo, di una norma di secondo grado che prevede in primo luogo una struttura argomentativa per la soluzione del conflitto, ma che è povera di indicazioni materiali su come il conflitto debba essere risolto.

Ricondurre la proporzionalità a una dimensione interpretativa o integrativa comporta però un importante corollario: essendo la proporzionalità un criterio inerente ad alcune norme primarie, non è necessario interrogarsi ogni volta sul problema del fondamento giuridico del ricorso a tale criterio. È la stessa norma primaria, con il proprio rinvio alla proporzionalità, a fornire una base giuridica adeguata[8].

[4] H. AVILA, *Theory of Legal Principles*, Dordrecht, 2007, pp. 91-96.

[5] Secondo ALEXY, la proporzionalità è una conseguenza logica della natura dei principi come requisiti di ottimizzazione. La proporzionalità può essere dedotta per implicazione dalla natura stessa dei principi costituzionali. V. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002, pp. 66-69.

[6] CANNIZZARO, *Il principio*, cit., p. 431.

[7] H. AVILA, *Theory*, cit., pp. 91-96. Secondo AVILA, la proporzionalità non può essere considerata né una regola, né un principio perché non prescrive un comportamento. Si tratta, invece, di un meta-principio perché la sua funzione consiste nello strutturare l'applicazione di una norma o di un principio primari. Cfr., invece, R. ALEXY, *The Construction of Constitutional Rights*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, p. 24, che definisce la proporzionalità come un principio.

[8] Da questo punto di vista l'importanza di considerare la proporzionalità un principio generale dell'ordinamento internazionale deve essere relativizzata. La normatività

È importante però chiarire che non tutti i casi di bilanciamento devono essere risolti attraverso il criterio di proporzionalità. Esistono molti altri criteri integrativi o interpretativi che permettono di ricondurre a unità gli interessi contrapposti sottesi a una norma. Si pensi, ad esempio, al divieto di eccessi[9], all'equità o, ancora, al criterio di ragionevolezza[10]. Non sempre le operazioni interpretative o integrative che normalmente sono ricondotte all'idea di proporzionalità hanno lo stesso significato in norme diverse e in diverse esperienze giuridiche. Per questo motivo, ricondurre la proporzionalità alla logica dell'interpretazione (o dell'integrazione) ci esorta anche a fare attenzione al testo della norma in cui l'esigenza di proporzionalità si colloca. Se la proporzionalità è un criterio interpretativo o integrativo al pari di altri, il testo della norma diventa molto importante e non va ignorato. Non è possibile imporre al testo un'idea autonoma di proporzionalità perché la proporzionalità trova la sua ragion d'essere nell'interpretazione o nell'integrazione di una norma che ne prevede e autorizza l'operatività.

La seconda tesi è piuttosto semplice e consiste nel ricordare come la proporzionalità sia un concetto, e un termine, con un forte valore retorico[11]. Ciò dipende primariamente dal fatto che il significato del concetto di proporzionalità sottende un'idea di giustizia, nella forma della "giusta proporzione" tra due elementi. L'obiettivo della proporzionalità è proprio il soddisfacimento dell'equilibrio appropriato tra interessi contrapposti e comunque meritevoli di tutela. Ovviamente è evidente che nella maggior parte dei casi tale equilibrio è legato alle percezioni soggettive di ciascuno e non è definibile in astratto. È interessante però notare che il termine proporzionalità non si limita a evocare un'esigenza di giustizia, ma tende al contempo a oggettivarla. La proporzione non evoca soltanto la ricerca di un equilibrio, ma rinvia a un'operazione matematica e logica[12]. Si è detto che le norme che contemplano in sé un rinvio alla proporzionalità sono norme aperte che non predeterminano in modo chiaro l'equilibrio tra gli interessi contrapposti. Si tratta di norme incomplete

della proporzionalità deriva non tanto dall'appartenenza della stessa al novero dei principi generali, ma dalle singole norme che a essa rinviano.

[9] Nella "proporzionalità" che limita i danni collaterali nel diritto umanitario si introduce in primo luogo un divieto di danni eccessivi rispetto al vantaggio militare anticipato. V. *infra*, par. 3.

[10] AVILA, *Theory,* cit., pp. 98-123.

[11] G. NOLTE, *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law,* in *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, pp. 245-249; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, pp. 469-475.

[12] NOLTE, *Thin or Thick*, cit., p. 245.

che prendono forma solo attraverso l'elaborazione di una regola di giudizio da parte di un decisore. L'effetto principale di questa "apertura" è un'attribuzione di discrezionalità all'interprete che, in ultima analisi, sarà chiamato a determinare i pesi reciproci degli interessi contrapposti. Il termine proporzionalità trasmette allora l'idea che esista una procedura per ottenere la "giusta proporzione", una procedura prevedibile e certa. Concepire l'interprete come uno scienziato il cui compito consiste nell'individuare una soluzione preesistente attraverso il ricorso a una struttura argomentativa può essere rassicurante. La persuasività del diritto è legata anche a queste apparenze e la retorica permette di mascherare l'ampiezza di un'attribuzione di funzioni che si pone al confine tra l'attività interpretativa e quella creativa del diritto. In questa prospettiva il forte valore retorico del criterio di proporzionalità può spiegarne il successo e la sempre più ampia diffusione. È altrettanto vero però che pretendere che un conflitto tra diritti o tra istanze sociali possa essere risolto con la precisione di un'operazione matematica è fondamentalmente mistificatorio.

La terza tesi, infine, afferma che la definizione del contenuto di una norma in base al criterio di proporzionalità dipende fortemente dal contesto istituzionale in cui quella norma viene applicata e interpretata[13]. Si tratta di un'osservazione piuttosto intuitiva. Posto che non esiste una regola aurea che consenta di definire in astratto cosa sia la proporzionalità, il significato della stessa non può che dipendere dall'applicazione delle norme nel tempo e dal ripetersi del momento interpretativo e applicativo. Se è possibile raccogliere qualche indicazione su cosa sia la "giusta proporzione", il giusto equilibrio tra gli interessi contemplati da una norma, ciò avverrà non tanto e non solo attraverso l'interpretazione del testo, ma anche – in modo rilevante – dalla cristallizzazione delle prassi giudiziali e applicative. Quest'operazione di attribuzione incrementale di significato a una clausola polisemantica è molto più efficace in un contesto istituzionale che disponga di un decisore forte e facilmente attivabile. Nei sistemi a tutela dei diritti umani, la presenza di un organo di controllo che amministra un vasto contenzioso consente di monitorare nel tempo la coerenza interpretativa della "giurisprudenza" nell'attribuzione di significato alla proporzionalità. La definizione progressiva del significato è invece difficile nel diritto umanitario, dove non sempre esiste un decisore terzo predeterminato. L'applicazione della proporzionalità è legata alla condotta delle ostilità e spesso lo scrutinio sul rispetto del "giusto equilibrio" si realizza soltanto nella prassi statale attraverso le reazioni

[13] FRANCK, *Proportionality*, cit., pp. 241-242 ; AVILA, *Theory*, cit., pp. 96-98.

dei terzi. Per accertare la violazione del diritto umanitario esistono anche commissioni d'inchiesta, strumenti di accertamento dei fatti, corti statali e tribunali internazionali, ma il controllo di un organo terzo sul rispetto della proporzionalità avviene solo episodicamente[14]. A fronte di condotte militari che *prima facie* integrino una violazione del criterio di proporzionalità è sempre possibile osservare la reazione della comunità internazionale nel suo complesso, ma ciò fornisce risultati meno precisi rispetto all'analisi della giurisprudenza di una corte nel tempo. Non intendo sostenere che la prassi concernente il diritto umanitario non possa fornire indicazioni sul contenuto della proporzionalità. Ritengo però che la "giurisprudenza" dei sistemi a tutela dei diritti umani garantisca maggiore prevedibilità.

3. La diversa concezione della proporzionalità nelle norme a tutela dei diritti umani e nel diritto umanitario

Per comprendere le diverse accezioni che il concetto di proporzionalità assume nel diritto umanitario e nella tutela dei diritti umani è necessario considerare le caratteristiche e le finalità di questi due corpi normativi.

Per quanto riguarda la tutela dei diritti umani, è noto che uno dei problemi più complessi in questa materia risiede nella soluzione delle antinomie che si creano tra posizioni giuridiche potenzialmente confliggenti. A fronte dell'impossibilità di garantire una tutela assoluta a tutte le istanze sociali, le Corti raramente determinano in modo chiaro l'esi-

[14] Alcune indicazioni sul contenuto della proporzionalità nel diritto umanitario si possono ricavare dalla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali (cfr. i casi seguenti del Tribunale penale internazionale per la *ex*-Iugoslavia: *Prosecutor c. Galić*, sentenza di appello, 30 novembre 2006, IT-98-29-A, paragrafi 131, 137, 190; *Prosecutor c. Martić*, sentenza di appello, 8 ottobre 2008, IT-95-11-A, par. 250; *Prosecutor c. Dragomir Milošević*, sentenza di appello, 12 novembre 2009, IT-98-29/1-A, paragrafi 54, 264; *Prosecutor c. Kupreškić et al.*, sentenza di primo grado, 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, paragrafi 513, 524, 535), dai rapporti adottati dalle commissioni d'inchiesta (v., ad esempio: *Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1*, Doc. A/HRC/3/2, 23 novembre 2006, reperibile su: *www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/specialsession/A.HRC.3.2.pdf*; *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, Doc. A/HRC/12/48, 25 settembre 2009, reperibile su: *www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/-docs/12session/A-HRC-12-48.pdf*) e, naturalmente, dalla prassi statale.

stenza di una gerarchia di valori per la soluzione dei conflitti[15]. L'idea che esistano diritti assoluti e casi di automatica prevalenza di un'istanza giuridicamente tutelata rispetto ad un'altra è sempre meno diffusa nella giurisprudenza a tutela dei diritti umani. Il fondamento teorico di questa posizione rimanda alla tesi secondo cui i diritti stessi dovrebbero essere concepiti come principi che devono confrontarsi ed essere bilanciati con altri principi[16]. Per questa ragione, la soluzione dei casi sottoposti alle giurisdizioni internazionali e nazionali si risolve spesso in una questione di bilanciamento tra istanze diverse che ricevono, ciascuna, una tutela soltanto parziale[17]. L'idea che il bilanciamento costituisca il momento risolutivo nell'accertamento giudiziale della violazione dei diritti è ormai comunemente accettata nel costituzionalismo e nella tutela internazionale dei diritti umani[18].

È necessario però ricordare che di per sé il bilanciamento esprime soltanto la necessità che due o più istanze giuridicamente significative e contrapposte debbano contemperarsi senza che si giunga a un giudizio di prevalenza netta a favore di una tra esse. Il bilanciamento non è una vera e propria tecnica, ma esprime semmai un'aspirazione e un modo di essere della tutela giuridica. È chiaro che per garantire un livello minimo di prevedibilità e di autorevolezza alla propria decisione circa il contemperamento degli interessi contrapposti, una Corte deve poter produrre un argomento più persuasivo rispetto alla mera affermazione che tali interessi devono essere "bilanciati". Una volta accertato che due o più istanze contrapposte devono essere contemperate, la domanda fondamentale è: come? Con quali pesi reciproci e con quale livello concreto di prote-

[15] TSAKYRAKIS, *Proportionality,* cit., 2009, pp. 487-493; A. STONE SWEET, J. MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008-2009, p. 87.

[16] ALEXY, *The Construction*, cit., pp. 21-26.

[17] Il bilanciamento è talvolta definito "proportionality stricto sensu". Sulla dottrina del bilanciamento, v. A. BARAK, *Proportionality and Principled Balancing*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, pp. 7-14.

[18] Paradigmatica in questo senso è la giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani, dove il ricorso al bilanciamento ha assunto un ruolo determinante, esplicitamente rivendicato in molteplici occasioni dai giudici europei. Altrettanto significative sono le giurisprudenze delle corti costituzionali e supreme europee e nordamericane. Cfr. STONE SWEET, MATTHEWS, *Proportionality Balancing,* cit., pp. 73-79; M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limit of the Proportionality Requirement*, in PAVLAKOS (a cura di), Law, *Rights and Discourse – The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, 2007, pp. 133-141; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 464-490. La nostra epoca è stata definita "the age of balancing" da: T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *The Yale Law Journal*, 1987, pp. 943-1005.

zione? È proprio con riguardo a questi interrogativi che la proporzionalità opera nella tutela dei diritti umani come una struttura argomentativa che dovrebbe rendere persuasiva l'operazione di bilanciamento. Dal punto di vista retorico il bilanciamento trova nel principio di proporzionalità una procedura decisionale in grado di conferire oggettività al contemperamento d'istanze contrapposte. Il criterio di proporzionalità rende prevedibile la tecnica argomentativa che le corti seguiranno nel dirimere i conflitti e può fornire alle parti in giudizio delle indicazioni su come presentare le loro pretese[19].

Nella tutela dei diritti umani, in base a un modello importato dal diritto amministrativo tedesco e ampiamente circolato nell'ordinamento internazionale e negli ordinamenti statali, la concettualizzazione più comune del principio di proporzionalità si risolve in un *test* articolato in tre o quattro fasi[20]. Tipicamente lo scrutinio verte sull'attività delle autorità statali che comprime un diritto per tutelare un altro diritto o un controinteresse meritevole. L'analisi mira ad accertare che le misure adottate integrino tre o quattro requisiti fondamentali.

Il primo livello di analisi, un livello eventuale che talvolta è dato per scontato, consiste nel verificare la *legittimazione* dell'azione statale. Si tratta di capire se le autorità amministrative, nel limitare il diritto tutelato, esercitassero effettivamente una loro prerogativa. Il secondo livello riguarda il controllo sull'*idoneità* delle misure restrittive a perseguire il fine formalmente enunciato. Si tratta di verificare se le misure restrittive siano razionalmente efficienti nel perseguimento del fine che esse stesse si prefiggono. Il terzo livello riguarda la *necessità* o la minore lesività dell'azione statale, nel senso di verificare che tra tutte le misure causalmente efficienti rispetto al fine perseguito, quelle adottate siano le meno lesive del diritto tutelato. Il quarto livello, infine, riguarda l'analisi della *proporzionalità in senso stretto*. Quando i requisiti previsti dagli altri livelli di analisi del *test* di proporzionalità sono integrati, al giudice non resta che valutare se l'equilibrio complessivo degli interessi tutelati sia adeguato. Se, in altri termini, l'effetto dell'adozione delle misure restrittive non determini una compressione spropositata di uno dei diritti o degli interessi coinvolti nell'esercizio dell'azione statale. Da questo punto di vista la valutazione della proporzionalità in senso stretto sembra avvicinarsi molto a un mero giudizio di ragionevolezza della misura adottata dalle autorità statali.

La concezione e la funzione della proporzionalità nel diritto umani-

[19] STONE SWEET, MATTHEWS, *Proportionality Balancing*, cit., pp. 87-89.
[20] *Ibidem*, pp. 75-76.

tario sono diverse[21]. In tale corpo giuridico, il principio di proporzionalità è primariamente legato all'articolo 51(5) lett.b del Protocollo I aggiuntivo che regola uno degli aspetti più importanti del *targeting*[22]. La disposizione indica la necessità di bilanciare, nel preventivo rispetto del principio di distinzione, il vantaggio militare anticipato da un attacco contro obiettivi militari con i "danni collaterali" prevedibili. In altri termini, la decisione di colpire un obiettivo militare nella consapevolezza che l'attacco determinerà anche danni ai civili o a beni civili è ammissibile a condizione che i danni che è possibile attendersi non siano eccessivi rispetto al vantaggio militare previsto. Per una serie di ragioni, si tratta di una delle disposizioni più controverse del diritto umanitario. Deve essere in primo luogo sottolineato che, nonostante nella prassi si faccia comunemente riferimento a questa norma identificandola con il criterio della proporzionalità, la disposizione che la sancisce non menziona il termine "proporzionalità" e in termini letterali sembra limitarsi a prevedere un divieto di attacchi qualora i danni collaterali prevedibili siano *eccessivi*[23]. È poi evidente che il *test* fa riferimento alla percezione soggettiva dell'individuo che compie l'attacco con riguardo sia al vantaggio milita-

[21] Sulla proporzionalità nel diritto umanitario, v.: J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge 2004, p. 85 ss. ; G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare*, Milano, 1988, pp. 123-160; CANNIZZARO, *Il principio*, cit., pp. 297-326; R.J. BARBER, *The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in the Armed Conflict in Afghanistan*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2010, pp. 474-484; A. ZIMMERMANN, *The Second Lebanon War: Jus ad Bellum, Jus in Bello and the Issue of Proportionality*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, pp. 129-140.

[22] L'articolo 51(5) lett. B del *Protocollo I aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali* (d'ora in poi: Protocollo I) recita: "Seront, entre autres, considérés comme effectués sans discrimination les types d'attaques suivants: (…) b) les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu". L'articolo 57(2) del Protocollo I ribadisce il medesimo principio con riferimento alle misure precauzionali da adottarsi prima di un attacco: "En ce qui concerne les attaques, les précautions suivantes doivent être prises: a) ceux qui préparent ou décident une attaque doivent: (…) iii) s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu".

[23] F. KALSHOVEN, *The Diplomatic Conference on Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva 1974-1977*, in ID., *Reflections on the Law of War*, Leiden-Boston, 2007, pp. 219-220.

re atteso sia ai danni collaterali previsti[24]. Anche a prescindere dagli importantissimi problemi probatori derivanti dalla scelta di soggettivare l'analisi del rapporto tra vantaggio militare e danni collaterali[25], la fondamentale ambiguità di questa disposizione riguarda la stessa natura del *test* proposto per il bilanciamento. In questo caso il *test* di proporzionalità richiede di determinare la quantità di distruzione di vite e di beni civili che è lecito considerare accettabili in relazione al vantaggio derivante dalla distruzione degli obiettivi militari che si intende colpire. Si tratta però di comprendere se sia possibile stabilire l'esistenza di una comune unità di misura che consenta di ammettere il paragone tra due entità molto diverse – anche eticamente – come il vantaggio militare e la sofferenza dei civili.

Assieme al principio di distinzione, la proporzionalità è collegata da diversi punti di vista a uno dei cardini del diritto umanitario in termini etici e giuridici: la ritualizzazione dell'omicidio del combattente. Uno dei presupposti del diritto umanitario, ma ancora prima della stessa concezione della guerra nelle società occidentali, è che l'uccisione del combattente in un contesto bellico è priva di disvalore, mentre l'assassinio di chi non partecipa alle ostilità resta un tabù sociale e, in termini giuridici, un crimine[26]. Tra i molti elementi dubbi in materia, si può effettivamente sostenere che il criterio di proporzionalità nel diritto umanitario non interessa gli attacchi contro i combattenti in quanto tali. Nonostante esista la tendenza a considerare impropri anche attacchi sproporzionati a prescindere dal coinvolgimento dei civili o di beni civili, il rispetto del criterio di proporzionalità non pone l'obbligo di ridurre al minimo indispensabile la distruzione degli obiettivi militari[27]. L'uccisione del combattente o, in generale, l'attacco contro obiettivi militari sono però scriminati anche se comportano dei "danni collaterali" sui civili, a patto che tali danni non siano "eccessivi". Il significato della proporzionalità nel diritto umanita-

[24] A. CASSESE, *Means of Warfare: The Traditional and the New Law*, in ID., *The Human Dimension of International Law – Selected Papers*, Oxford, 2008, p. 230.

[25] A. CASSESE, *The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare*, in ID., *The Human Dimension*, cit., p. 187.

[26] J. KEEGAN, *A History of Warfare,* New York, 1994, pp. 3-12.

[27] J. HOLLAND, *Military Objective and Collateral Damage: Their Relationship and Dynamics*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2004, pp. 66-67. Esistono senza dubbio delle norme puntuali del diritto umanitario che impongono di limitare la violenza contro i combattenti, ma non si è affermata una funzione generale limitativa della necessità militare. Nell'interpretazione prevalente il principio che impone di limitare le sofferenze inutili dei combattenti non avrebbe un contenuto generale autonomo, ma sarebbe semplicemente ricognitivo delle singole norme che limitano il ricorso a determinati mezzi e metodi di guerra. Cfr. GARDAM, *Necessity*, cit., pp. 67-75. Su questo tema, v. *infra*, paragrafo 5.

rio si colloca proprio nella definizione del contenuto di questa relazione. È noto a ogni operatore e a ogni specialista del diritto umanitario che si tratta di un'operazione argomentativa al limite del possibile che è stata considerata da alcuni critici del tutto impraticabile e, in quanto tale, priva di significato[28]. Concretamente, restano senza risposta interrogativi cruciali. Non è chiaro, ad esempio, quale sia il livello di diligenza richiesto a un comandante militare nel pianificare un attacco. In termini ancora più concreti ci si può chiedere anche fino a che punto quel comandante sia obbligato a tollerare delle perdite tra i propri effettivi per rispettare il criterio di proporzionalità[29].

Nel diritto umanitario, le difficoltà nel determinare il contenuto del *test* di proporzionalità tendono ad appiattirne il significato verso un mero divieto di eccessi. È chiaro che non sono possibili analisi troppo raffinate del rapporto tra due grandezze scarsamente paragonabili. Solo le violazioni clamorose sembrano rientrare con chiarezza nell'ambito di applicazione della norma[30]. Così, ad esempio, le perdite derivanti da attacchi

[28] In questo senso A. CASSESE, *The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare*, in ID., *The Human Dimension*, cit., p. 174, citando R. BAXTER.

[29] Sul tema v. N. NEUMAN, *Applying the Rule of Proportionality: Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2004, pp. 79-112. Come dimostrato dalla prassi recente, la relazione di proporzionalità assume connotati di complessità ancora maggiore nel caso dei conflitti asimmetrici e della condotta delle ostilità in contesti urbani. Fino a che punto è possibile valutare la relazione di proporzionalità quando, anche a prescindere dall'adozione delle necessarie misure di precauzione, il teatro stesso in cui si svolgono le operazioni rischia di rendere impossibile la stessa distinzione tra civili e partecipanti alle ostilità? Esistono situazioni in cui il doveroso rispetto del principio di distinzione espone chi si difende da un attacco a morte certa. Per la resistenza in un territorio occupato, ad esempio, distinguersi dai civili e collocare le proprie installazioni militari in luoghi isolati può comportare l'assunzione di un rischio di annientamento che si approssima alla certezza. In questi casi l'incentivo alla violazione del diritto umanitario è altissimo. Se però perde di senso il principio di distinzione anche il rispetto del principio di proporzionalità da parte dell'attaccante diventa impraticabile. Su questo punto v. M. PERTILE, *Le violazioni del diritto umanitario commesse da Hamas durente l'operazione Piombo fuso*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 338-344.

[30] S. OETER, *Methods and Means of Combat*, in D. FLECK (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, 2008, p. 206: "Humanitarian law (…) is dependent on a an inherent sense and respect for humanity, whose impulse is to avoid attacks causing catastrophical collateral damage when the objective is only of marginal importance; in other words which shuns blatant dis-proportionality"; G. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, Cambridge, 2010, p. 274. In questo senso, si veda anche l'articolo 8 lett.b iv) della Statuto della Corte penale internazionale che fa riferimento a perdite o a danni manifestamente eccessivi: "Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens l'environnement naturel

male pianificati in cui non sia stato compiuto alcun tentativo di acquisire le informazioni rilevanti per minimizzare l'impatto sui civili dovranno ritenersi eccessive[31]. Allo stesso modo lo saranno le perdite derivanti da una politica di attacco che intenda ridurre a zero, a scapito dei civili, le probabilità di perdite tra i combattenti[32]. Oltre a queste non sono molte le indicazioni concrete che si possono trarre dalla disposizione in oggetto e dalla prassi applicativa. Tra queste il fatto che il giudizio di proporzionalità richiede un attento scrutinio in merito sia alla scelta degli obiettivi, sia ai mezzi e ai metodi utilizzati per colpirli[33]. Alcuni obiettivi militari potranno semplicemente dover essere tralasciati se i danni derivanti dall'attacco appariranno eccessivi[34]. Allo stesso tempo una certa cura dovrà essere posta nella scelta dei mezzi e dei metodi più adatti a contemperare la riduzione del danno collaterale e l'ottenimento del vantaggio militare perseguito[35].

Riassumendo le differenze tra la proporzionalità presente nel diritto umanitario e quella tipica delle norme a tutela dei diritti umani si può dire che nel primo caso la relazione di proporzionalità mira a esprimere un rapporto di equilibrio tra due grandezze difficilmente paragonabili, mentre nel secondo caso, attraverso un *test* articolato su più livelli di analisi, essa mira a determinare quale sia il grado di ingerenza ammissibile delle autorità statali nel godimento di un diritto. La diversità dei due *test* è molto netta sia dal punto di vista ontologico, sia dal punto di vista funzionale. Sottese allo stesso *nomen iuris* sembrano esistere due diverse strutture argomentative. Assimilare la proporzionalità del diritto umanitario alla proporzionalità dei diritti umani è dunque molto difficile. Si tratta di corpi giuridici diversi che spesso seguono logiche diverse sia dal punto di vista sostanziale (in questo aspetto, non in ogni aspetto), sia dal punto di vista istituzionale, nel senso degli attori coinvolti nell'appli-

qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu".

[31] KALSHOVEN, *The Diplomatic*, cit., p. 221.

[32] A.P.V. ROGERS, *Zero-Casualty Warfare*, in *International Review of the Red Cross*, 2000, pp. 165-181.

[33] G. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, Cambridge, 2010, p. 275.

[34] L'articolo 57(b) del Protocollo I recita: "une attaque doit être annulée ou interrompue lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale ou que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu".

[35] Secondo OETER, *Methods*, cit., p. 206, il livello di diligenza richiesto è però molto basso: "What is required is no more than a sincere effort to cope with the problem of collateral damage, and a proper application of common sense".

cazione della proporzionalità. È necessario quindi trattare con molta attenzione i casi in cui la proporzionalità, per come è intesa in uno dei due gruppi normativi, tenda a trasferirsi nell'altro gruppo di norme.

Questi presupposti mi portano a ritenere che il trapianto nel diritto umanitario dell'idea di proporzionalità che è tipica delle norme a tutela dei diritti umani possa incidere sulla relazione tra i due gruppi di norme, derogando ai tradizionali criteri d'interazione che sono stati descritti dalla dottrina e sono emersi nella prassi. La tesi secondo cui la proporzionalità tenderebbe a trasferirsi da un gruppo giuridico all'altro sarebbe a mio avviso dimostrata dai due esempi pratici che approfondiremo in seguito. Prima di passare alla descrizione dei casi pratici è però fondamentale descrivere in termini generali l'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani.

4. L'interazione tra norme a tutela dei diritti umani e diritto umanitario

La relazione tra norme a tutela dei diritti umani e diritto umanitario interessa gli specialisti di queste materie da più di trent'anni[36]. Il tema è complesso perché i due corpi normativi presentano sia punti di contatto sia differenze che possono generare antinomie. In questa sede, basti ricordare che, pur condividendo finalità protettive simili, il diritto umanitario e le norme a tutela dei diritti umani sono gruppi di norme distinti soprattutto dal punto di vista funzionale. Mentre una delle funzioni principali del diritto umanitario è la produzione di regole di condotta per situazioni belliche che richiedono l'assunzione di decisioni in tempi rapidi, le norme a tutela dei diritti umani svolgono una funzione fondamentale nello scrutinio giurisdizionale (condotto *ex post*) delle attività delle autorità statali. Da un lato, le norme internazionali a tutela dei diritti umani pongono regole di condotta per le autorità statali che sono precisate nel loro significato nel momento dell'accertamento della violazione e dell'attribuzione della responsabilità. Dall'altro, il diritto umanitario, pur

[36] Tra i contributi più risalenti, v. S. MCBRIDE, *Human Rights in Armed Conflict: The Inter-Relationship between the Humanitarian Laws and the Law of Human Rights*, in *The Military Law and Law of War Review*, 1970, p. 373; G.I.A.D. DRAPER, *The Relationship between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflict*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, 1971, p. 191; A. MIGLIAZZA, *L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1972-III, p. 143; R. R. BAXTER, *Human Rights in War*, in *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 31, 1977, p. 4; Y. DINSTEIN, *The International Law of Inter-State Wars and Human Rights*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, 1977, p. 139.

potendo diventare in alcune circostanze un diritto della responsabilità (individuale e statale), realizza la propria funzione primaria nella regolazione della condotta delle ostilità. Si tratta dunque in quest'ultimo caso di un corpo giuridico che si rivolge in primo luogo ai combattenti e che trova un elemento di prassi fondamentale nei manuali militari[37].

Nel dibattito riguardante l'interazione tra i due gruppi di norme sembra essere fuori discussione, sulla base della lettera dei principali trattati e di una prassi virtualmente univoca, che le norme a tutela dei diritti umani siano applicabili anche in situazioni di conflitto armato[38]. La

[37] Sulle differenze tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani, v. Tribunale penale per la *ex*-Iugoslavia, *Prosecutor c. Kunarac et al.*, sentenza di primo grado, 22 febbraio 2001, IT-96-23, paragrafi 470-471. Cfr. F. LATTANZI, *La frontière entre droit international humanitaire et droits de l'homme*, in E. DECAUX, A. DIENG, M. SOW (a cura di), *From Human Rights to International Criminal Law: Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama*, Leiden, 2007, pp. 525-529; C. DROEGE, *The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, in *Israel Law Review*, 2007, pp. 348-355.

[38] L'argomento della contestuale applicabilità dei due gruppi di norme si fonda in primo luogo sul contenuto dei principali trattati a tutela dei diritti umani: le norme sull'ambito di applicazione di tali strumenti hanno portata generale e non escludono l'applicabilità in tempo di guerra. Si afferma inoltre che le clausole di deroga contenute in alcuni di essi, che permettono di sospendere alcuni diritti in circostanze eccezionali, menzionano lo stato di guerra o fanno riferimento ad esso, dimostrando in tal modo implicitamente l'applicabilità delle norme a tutela dei diritti umani durante i conflitti armati (v. articolo 15(1) della Convenzione europea per i diritti umani; articolo 4(1) del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici; articolo 27(1) della Convenzione americana sui diritti umani). Cfr. H.J. HEINTZE, *On the Relationship between Human Rights Protection and International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, pp. 790-792; F. POCAR, *Human Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights and Armed Conflicts*, in L.C. VORAH, F. POCAR, Y. FEATHERSTONE, O. FOURMY. C. GRAHAM, J. HOCKING, N. ROBSON (a cura di), *Man's Inhumanity to Man – Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003, pp. 729-730; DROEGE, *The Interplay,* cit., pp. 318-320. Oltre che dalle decisioni della Corte internazionale di Giustizia che saranno citate in seguito nel corso di questo paragrafo, l'applicabilità delle norme a tutela dei diritti umani durante i conflitti armati è confermata dalla giurisprudenza delle Corti regionali e statali, nonché dalla prassi degli organismi di monitoraggio. V. P. ALSTON, *The Competence of the UN Human Rights Council and its Special Procedures in relation to Armed Conflicts: Extrajudicial Executions in the 'War on Terror'*, in *European Journal of International Law*, 2008 pp. 191-197. Nella prassi statale l'argomento secondo cui l'applicabilità del diritto umanitario ad una determinata situazione di conflitto escluderebbe in radice e interamente l'applicabilità delle norme internazionali a tutela dei diritti umani è sostenuto da Stati Uniti (Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Third periodic reports of States parties due in 2003, United States, 28 novembre 2005*, UN Doc. CCPR/C/USA/3, pp. 109-112, reperibile su: *http://www2.ohchr.org/english/*) e Israele (Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant,*

tesi della contestuale applicabilità presuppone però il superamento di due problemi teorici che attengono, rispettivamente, all'ambito di applicazione territoriale e all'ambito di applicazione materiale dei due gruppi di norme.

Dal primo punto di vista è importante ricordare come la diversità funzionale tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani tenda a riverberarsi anche sotto il profilo dell'ambito di applicazione territoriale. Mentre le attività degli Stati che sono limitate dai diritti umani attengono tradizionalmente all'esercizio della sovranità interna e si realizzano in primo luogo entro i limiti del territorio, al contrario le attività belliche che costituiscono l'oggetto principale del diritto umanitario hanno spesso natura transnazionale[39]. Per discutere dell'interazione tra i due gruppi di norme in termini generali è dunque importante ammettere che le norme a tutela dei diritti umani vincolino le autorità statali anche al di fuori della loro giurisdizione territoriale. Nonostante l'opinione contraria di alcuni Stati, l'orientamento dei sistemi regionali e globali di tutela dei diritti umani tende ad affermare che l'applicazione di tali norme dipende non soltanto dalla giurisdizione territoriale, ma anche dal controllo effettivo sul territorio e sulla vittima della violazione[40]. Rimangono da chiarire al-

Second Periodic Report, Addendum, 4 dicembre 2001, UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2, p. 5, reperibile su: *http://www2.ohchr.org/english/*).

[39] Nei conflitti armati internazionali è facile comprendere come l'interesse principale dei belligeranti risieda nel portare la guerra il più possibile al di fuori dei confini del territorio statale. Alcune situazioni specifiche come l'occupazione militare hanno poi per definizione natura extraterritoriale. Anche i conflitti armati non-internazionali, che tradizionalmente si svolgono all'interno del territorio di uno Stato, possono comunque avere una dimensione transfrontaliera, come nel caso dei c.d. conflitti armati transnazionali. Su quest'ultimo punto, v. L. ZEGVELD, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, 2002, p. 136.

[40] V. ad esempio: Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Lopez Burgos c. Uruguay*, Comunicazione n. R.12/52, UN Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) (1981), paragrafi 12.1-12.2; Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, Commento generale n. 31, *Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), par. 10; Commissione interamericana per i diritti umani, *Rapporto n. 86/99, Caso n. 11.589, A. Alejandre et al. c. Republic of Cuba*, 29 Settembre 1999 paragrafi 23-25. Un approccio simile, ma collegato al controllo effettivo del territorio o all'esercizio di poteri publici emerge dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: *Issa et al. c. Turchia*, ricorso n. 31821/96, sentenza del 6 Novembre 2004, paragrafi 69-71; *Öcalan c. Turchia*, ricorso n. 46221/99, sentenza del 12 marzo 2003, par. 93; *Al-Skeini et al. c. Regno Unito*, ricorso n. 55721/07, sentenza del 7 luglio 2011, paragrafi 149-150. Tra gli Stati che hanno espresso una posizione negativa rispetto all'applicabilità extraterritoriale dei trattati a tutela dei diritti umani, v. la posizione degli Stati Uniti (Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Summary record of the 1405th meeting: United States of America*, 24 aprile 1995, UN Doc. CCPR/CS/SR.1405, reperibile su: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf) e quella di Israele (Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Consideration of reports submitted by*

cuni aspetti importanti, soprattutto per quanto riguarda le condizioni di applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi e dei diritti economici e sociali, ma l'applicazione extraterritoriale dei diritti umani è ormai un dato acquisito[41].

Sotto il secondo profilo, poiché in molti casi i due gruppi di norme dettano discipline solo parzialmente simili o diverse, ma applicabili alle stesse attività materiali, è necessario comprendere sulla base di quali criteri siano risolvibili i problemi di coordinamento e le antinomie. Il dibattito sui criteri d'interazione è stato orientato dalla giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia che ha affrontato la materia in tre occasioni. Nel parere sulla liceità dell'uso delle armi nucleari, con riguardo alla questione dell'uso della forza letale in contesti bellici, la Corte ha in primo luogo specificato che le due discipline sono contestualmente applicabili e che non esiste quindi una divisione netta tra diritto di pace e diritto di guerra[42]. Essa ha quindi chiarito che il concetto di privazione arbitraria della vita, tipico del diritto alla vita nelle norme a tutela dei diritti umani, deve essere determinato attraverso l'applicazione del diritto umanitario[43]. Quest'ultimo gruppo di norme prevarrebbe in questo caso in forza del principio di specialità. L'uso della forza letale contro un combattente o contro un civile che prenda parte alle ostilità, essendo consentito dal diritto umanitario, non potrebbe costituire una privazione arbitraria della vita in base alle norme a tutela dei diritti umani. Succes-

States parties under article 40 of the Covenant, Second Periodic Report, Addendum, 4 dicembre 2001, UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2, p. 5; Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali, *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel*, 12 aprile 1998, UN Doc. E/C.12/1/Add.27, par. 8).

[41] L'attuazione degli obblighi positivi – con cui lo Stato si obbliga a garantire i diritti umani nei rapporti orizzontali tra privati o attraverso un programma di azione progressivo – richiede un grado di controllo del territorio e di legittimazione nei confronti della popolazione ivi stanziata incompatibili con forme di presenza episodica degli agenti di uno Stato sul territorio di un altro Stato. Secondo MILANOVIC, il criterio più efficiente per superare le incongruenze della "giurisprudenza" internazionale in materia di applicazione extraterritoriale dei diritti umani consiste nel ritenere sussistente il dovere di rispettare gli obblighi negativi in ogni caso di azione extraterritoriale delle autorità statali e di subordinare, invece, l'applicazione extraterritoriale degli obblighi positivi al controllo effettivo del territorio. V. M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2011, pp. 209-228. Sull'attuazione dei diritti economici e sociali nelle situazioni di occupazione, v. S. VITÉ, *The Interrelation of the Law of Occupation and Economic, Social and Cultural Rights: the Examples of Food, Health and Property*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, p. 629 ss.

[42] Corte internazionale di Giustizia, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, in *C.I.J. Recueil*, 1996, pp. 239-240, paragrafi 24-25.

[43] Ivi, p. 240, par. 25.

sivamente, nel parere sulla costruzione di un muro nel Territorio palestinese occupato, la Corte ha chiarito che nell'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani sono possibili tre situazioni:

> certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international[44].

Nel caso Repubblica democratica del Congo c. Uganda, infine, la Corte ha riaffermato la propria giurisprudenza nell'ambito, questa volta, della giurisdizione contenziosa. Essa ha accertato la sussistenza di violazioni contestuali e indipendenti del diritto umanitario e delle norme a tutela dei diritti umani durante il conflitto armato nella Repubblica democratica del Congo[45].

Tentando di razionalizzare le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte, si può dire che la relazione tra i due corpi normativi sembra essere retta in alcuni casi dal criterio di specialità, mentre in altri casi prevarrebbe una forma d'integrazione tra le due discipline che potrebbe essere definita come criterio della complementarità[46]. Il principio di specialità dovrebbe portare alla prevalenza della disciplina specifica (diritto umanitario) in caso di contrasto con la disciplina generale (norme a tutela dei diritti umani). Mentre le norme a tutela dei diritti umani, fatta salva la possibilità di deroga in casi di emergenza prevista dai principali trattati, sono applicabili in ogni contesto della vita, le norme del diritto umanitario sono applicabili solo se si verifica il presupposto di fatto dell'esistenza di un conflitto armato[47]. Per questo le norme

[44] Corte internazionale di Giustizia, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Conséquences juridiques de 1'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, in *C.I.J. Recueil*, 2004, p. 178, par. 106.

[45] Corte internazionale di Giustizia, sentenza del 19 dicembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, in *C.I.J. Recueil*, 2005, pp. 242-245, paragrafi 216-220.

[46] H.P. GASSER, *International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflict: Joint Venture or Mutual Exclusion?*, in *German Yearbook of International Law*, 2002, p. 162; DROEGE, *The Interplay*, cit., pp. 340-344.

[47] M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, International Law Commission, 58esima sessione, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, p. 58. KOSKENNIEMI motiva le ragioni della specialità del diritto umanitario in relazione alle circostanze di fatto che delimitano l'ambito di applicazione delle norme: "However desirable it might be to discard the differences between peace and armed conflict, the exception that war continues

del secondo tipo si pongono in una relazione di specialità rispetto a quelle del primo tipo, che possono essere definite "generali"[48]. È chiaro però che in questo caso il criterio di coordinamento non può consistere in una relazione di specialità da intendersi in modo assoluto, nel senso dell'automatica cedevolezza di un gruppo di norme nel suo complesso in tutte le situazioni in cui l'altro gruppo di norme sia formalmente applicabile[49]. Si è già detto che la tesi secondo cui le due discipline sarebbero contestualmente applicabili è dimostrata sia dalla lettera dei trattati a tutela dei diritti umani, sia dalla prassi applicativa. Il criterio di specialità, e in generale il tema dell'interazione, devono allora essere declinati non rispetto ai due corpi giuridici in quanto tali, ma rispetto alle singole norme di volta in volta applicabili e rispetto alle singole fattispecie che vengono concretamente in rilievo[50]. La ricerca delle forme d'interazione non può essere risolta in astratto, ma deve essere valutata in base alle indicazioni normative fornite dalle due discipline nei diversi contesti e in base alla *ratio* perseguita dalle stesse in relazione alle singole fattispecie.

Riprendendo e sviluppando la posizione della Corte, si possono descrivere tre tipologie d'interazione. In una prima serie d'ipotesi, il diritto umanitario prevede chiaramente un modello normativo alternativo rispet-

to be to the normality of peace could not be simply overlooked when determining what standards should be used to judge behaviour in those (exceptional) circumstances".

[48] Sul principio della *lex specialis* come criterio di coordinamento tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani, v. KOSKENNIEMI, *Fragmentation,* cit., pp. 30-114; C. MCCARTHY, *Legal Conclusion or Interpretative Process?* Lex Specialis *and the Applicability of International Human Rights Standards*, in R. ARNOLD, N. QUÉNIVET (a cura di), *International Humanitarian Law and Human Rights Law – Towards a New Merger in International Law*, Leiden, Boston, 2008, p. 101 ss. L'esatta portata di tale principio e la natura dei criteri di collegamento tra i due corpi giuridici è oggetto di discussione in dottrina. Secondo SASSOLI e OLSON, il principio di specialità deve essere declinato di volta in volta rispetto alle singole fattispecie, senza presupporre la specialità del diritto umanitario (M. SASSOLI, L.M. OLSON, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, *passim*). In alcune circostanze sarebbero invece le norme a tutela dei diritti umani a porsi in una relazione di specialità rispetto a quest'ultimo. In senso simile, cfr. anche KRIEGER, *A Conflict*, cit., pp. 268-275. Secondo altri autori i reali criteri d'interazione tra le due discipline sarebbero invece diversi. V. in questo senso KOLB che preferisce fare riferimento a forme di coordinamento per subordinazione, per rinvio e per fusione (KOLB, *Human Rights*, cit., paragrafi 35-43). V. anche LATTANZI, che analizza il coordinamento tra le due discipline sulla base del concetto di *juridiction* (LATTANZI, *La frontière*, cit., p. 519 ss.).

[49] Così, criticando la posizione degli Stati Uniti in materia, ALSTON, *The Competence*, cit., pp. 185-191.

[50] Y. DINSTEIN, *The Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, 2009, p. 88; così anche SASSOLI, OLSON, *The Relationship,* cit., p. 604; ALSTON, *The Competence*, cit., pp. 191-197.

to alle norme a tutela dei diritti umani. In tal caso il criterio di specialità porta a escludere l'applicabilità delle seconde a favore del primo. Si pensi al caso sopra menzionato dell'uso della forza letale in un conflitto armato. Per la privazione della vita la logica del diritto umanitario s'ispira all'appartenenza dell'individuo oggetto della forza letale alla categoria dei combattenti, mentre le norme a tutela dei diritti umani prevedono uno scrutinio tassativo del ricorrere di circostanze eccezionali di pericolo imminente. L'uso della forza letale nel rispetto delle norme a tutela dei diritti umani deve sempre essere l'*extrema ratio* e deve essere calibrato al minimo indispensabile per la tutela dell'incolumità altrui[51]. Nel diritto umanitario il ricorso alla forza letale contro i combattenti è la norma, uno degli obiettivi primari delle ostilità, e non è sottoposto a un vincolo di proporzionalità. Un altro esempio riguarda l'internamento o l'assegnazione a residenza forzata delle persone protette in base alla Convenzione di Ginevra[52]. L'articolo 42 della Quarta Convenzione per la protezione delle persone civili in tempo di guerra formula in modo piuttosto vago i presupposti per l'adozione di tali misure fortemente restrittive della libertà personale, facendo riferimento a situazioni di assoluta necessità e a "la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent". Si tratta evidentemente di una deroga alle norme a tutela dei diritti umani che si giustifica in relazione alle particolari circostanze di fatto che si verificano in un conflitto armato[53].

In una seconda serie d'ipotesi, il diritto umanitario regola determinate fattispecie dettando una disciplina di principio che ammette l'integrazione da parte delle norme a tutela dei diritti umani sulla base di un rinvio esplicito o implicito[54]. In queste ultime circostanze è il diritto umanitario che, dettando una normativa apparentemente incompleta, si apre all'integrazione da parte delle norme a tutela dei diritti umani. Queste ultime non alterano gli obiettivi del quadro normativo, ma vi s'inseriscono nel perseguimento della medesima *ratio*. Un caso di rinvio

[51] H. KRIEGER, *A Conflict of Norms: The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2006, pp. 280-281.

[52] D'ora innanzi: Quarta Convenzione.

[53] Se i presupposti dell'internamento e dell'assegnazione a residenza forzata costituiscono una disciplina derogatoria rispetto alle norme a tutela dei diritti umani, si può invece ritenere che queste ultime regolino in modo complementare al diritto umanitario altri aspetti relativi alla restrizione della libertà personale come le condizioni di detenzione e la verifica nel tempo della misura adottata. Cfr. J. PEJIĆ, *Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and other Situations of Violence*, in *International Review of the Red Cross*, 2005, p. 375 ss.

[54] R. KOLB, *Human Rights and International Humanitarian Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg, Oxford, 2010, paragrafi 35-37.

esplicito alle norme a tutela dei diritti umani è rinvenibile nell'articolo 72 del Protocollo I che stabilisce esplicitamente che le disposizioni della sezione terza del titolo IV, relativa al trattamento delle persone in potere di una parte in conflitto, devono considerarsi complementari rispetto a "les autres normes applicables du droit international qui régissent la protection des droits fondamentaux de l'homme pendant un conflit armé de caractère international". Per un'ipotesi di rinvio implicito, si pensi ad esempio all'articolo 43 del Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra, annesso a Convenzione internazionale dell' Aja del 1907[55] che prevede che uno degli obblighi più rilevanti della Potenza occupante consista nel dover rispettare "sauf empechement absolu" le leggi in vigore nel territorio occupato[56]. È chiaro che nell'ambito di tali leggi rientrano anche gli obblighi a tutela dei diritti umani fondamentali contratti a livello internazionale o sanciti a livello costituzionale dal precedente sovrano territoriale[57]. Oppure si pensi all'interpretazione di alcune prescrizioni fondamentali dell'articolo 3 comune alle quattro convenzioni di Ginevra come il divieto di "traitements cruels, tortures et supplices" o di "atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants" o la previsione che le sentenze e le esecuzioni debbano essere pronunciate da "un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisé". Sembra del tutto plausibile ritenere che questi concetti debbano essere interpretati come un rinvio alle norme e alle prassi esistenti in materia nella tutela internazionale dei diritti umani[58]. Un altro esempio riguarda il trattamento delle persone protette detenute nel territorio occupato. Anche in questo caso pare appropriato integrare le scarne garanzie previste dall'articolo 76 della Quarta Convenzione attraverso il riferimento alle norme a tutela dei diritti umani rilevanti.

Esistono, infine, alcune fattispecie che sfuggono alla regolazione, anche implicita, del diritto umanitario e che ricadono esclusivamente nell'ambito di applicazione delle norme a tutela dei diritti umani. Si pensi ad esempio agli obblighi previsti dal Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo sul coinvolgimento dei fanciulli nei conflitti armati e, in particolare, all'articolo 1 che obbli-

[55] D'ora in avanti: Regolamento dell'Aja.

[56] L'articolo 43 recita: "L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays".

[57] R. KOLB, S.VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire – Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruxelles, 2009, pp. 306-307.

[58] MILANOVIC, *Lessons from*, cit., p. 391.

ga gli Stati ad adottare tutte le misure possibili affinché i membri delle proprie forze armate che non abbiano compiuto il diciottesimo anno di età non partecipino direttamente alle ostilità[59]. Proprio in questi casi, in cui le norme a tutela dei diritti umani si relazionano con il silenzio del diritto umanitario, è necessaria però una particolare sensibilità giuridica per comprendere se l'apparente lacuna nel diritto umanitario non nasconda in realtà uno spazio di libertà o una precisa scelta normativa. In altre parole, esistono dei casi in cui sembra lecito chiedersi se il diritto umanitario possa prevalere sulle norme a tutela dei diritti umani anche attraverso il silenzio. È possibile che in alcune circostanze il diritto umanitario detti una disciplina meno completa rispetto alle norme a tutela dei diritti umani proprio perché l'equilibrio degli interessi da esso tutelati non ammette l'applicazione di una normativa dettagliata e penetrante. Si pensi al tema dell'applicabilità dei diritti economici e sociali nei territori occupati. Il diritto umanitario, oltre all'obbligo di ristabilire e garantire l'ordine e la vita pubblici, prevede una normativa essenziale e piuttosto vaga che si limita a porre in capo alla Potenza occupante degli obblighi d'assistenza minimi verso la popolazione del territorio occupato, segnatamente in materia sanitaria e nel campo dell'istruzione[60]. Si potrebbe pensare di dover integrare questa apparente lacuna attraverso l'applicazione piena dei diritti economici e sociali per come sono previsti dai principali trattati a tutela dei diritti umani. A ben vedere, però, soprattutto nelle occupazioni di lunga durata una scelta di questo tipo obbligherebbe la Potenza occupante ad attuare politiche di sviluppo del territorio occupato che si porrebbero probabilmente in contrasto con il ruolo di mero amministratore temporaneo previsto per essa dal diritto umanitario[61].

Nel complesso, mi sembra che la relazione tra i due corpi normativi sia retta da un criterio che definirei della "specialità relativa". Il significato della specialità risiede nel fatto che il punto di partenza nella ricerca della relazione d'interazione tra i due gruppi normativi è l'osservazione

[59] Nel caso *République démocratique du Congo c. Ouganda*, citato in precedenza, la Corte internazionale di Giustizia ha accertato la violazione di una serie di obblighi previsti dal Protocollo opzionale (articoli 1, 2, 3(3), 4, 5, 6) assieme ad alcune violazioni del diritto umanitario applicabile. Cfr. *Activités armées*, cit., pp. 244-245, paragrafi 219-220.

[60] V. articoli 55, 56, Quarta Convenzione.

[61] È la questione dell'"occupante benevolente" (*benevolent occupant*), che attraverso una politica di sviluppo del territorio occupato può arrivare nel tempo a svuotare di contenuto le garanzie di conservazione dello *status quo* e di tutela dei diritti delle persone protette previste dal diritto umanitario. Su questo punto, v. D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, Princeton, 2002, pp. 57-72.

del diritto umanitario, nella consapevolezza, però, che questo ammette spesso il rinvio alle norme a tutela dei diritti umani e che esistono delle fattispecie interamente regolate solo da queste ultime. L'idea che questa relazione di specialità sia relativa deriva invece dal fatto che di volta in volta, per le singole fattispecie, è necessario verificare se sia ammissibile l'integrazione tra le due discipline attraverso forme di applicazione complementare. Ovviamente, volendo proporre una generalizzazione, i casi di prevalenza del diritto umanitario in deroga alle norme a tutela dei diritti umani saranno più frequenti in quelle circostanze di fatto, come i conflitti armati internazionali, per cui il diritto umanitario stesso prevede una disciplina dettagliata con elementi di chiara alternatività rispetto alle norme a tutela dei diritti umani. Più ampio sarà il ricorso alle norme a tutela dei diritti umani nei casi in cui il diritto umanitario contempla numerosi rinvii alle norme a tutela dei diritti umani, come nel diritto dell'occupazione militare. Particolarmente complessa, infine, è la questione dei conflitti armati non-internazionali per cui il diritto umanitario detta una disciplina incompleta e controversa in alcuni aspetti[62]. In tal caso si possono percorrere due diverse soluzioni argomentative, tra loro contrapposte almeno in parte. Si può sostenere, da un lato, che le norme che regolano i conflitti armati internazionali siano per larghi tratti applicabili, per via consuetudinaria, anche ai conflitti armati non-internazionali[63]. Alternativamente, si può pensare che la scarna disciplina di diritto umanitario debba essere ampiamente integrata dalle norme a tutela dei diritti umani, facendo valere il grado di controllo del territorio da parte delle autorità statali o la natura tipicamente interna allo Stato dei conflitti armati non internazionali classicamente intesi. In tal senso, si è sostenuto che in quest'ultimo caso potrebbe invertirsi il rapporto di specialità normalmente intercorrente tra i due corpi giuridici in oggetto[64]. Almeno qualora l'autorità di governo controlli il territorio, l'estrema frammentarietà del diritto umanitario applicabile ai conflitti armati non

[62] Il diritto pattizio relativo ai conflitti armati non-internazionali non regola esplicitamente alcuni aspetti fondamentali come la condotta delle ostilità e lo *status* individuale dei partecipanti al conflitto. V., su questo punto, il paragrafo successivo.

[63] È, come è noto, la tesi del Tribunale penale per la *ex*-Iugoslavia a partire dal caso Tadić (*Prosecutor c. Dusko Tadić*, decisione sull'istanza della difesa di appello pregiudiziale sulla giurisdizione, 2 ottobre 1995, IT-94-1-AR72, paragrafi 96-127) e dello Studio del Comitato internazionale di Croce Rossa sul diritto internazionale umanitario consuetudinario (J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005). Secondo SASSOLI, OLSON, *The Relationship*, cit., p. 602, l'analisi dello Studio rivela che le norme del diritto umanitario consuetudinario ugualmente applicabili ai conflitti internazionali e non-internazionali sono circa 136.

[64] SASSOLI, OLSON, *The Relationship*, cit., pp. 608-610; N. LUBELL, *Challenges,* cit., pp. 746-750; KRIEGER, *A Conflict of Norms*, cit., pp. 274-275.

internazionali sarebbe integrata e specificata dalle norme a tutela dei diritti umani.

5. La proporzionalità nella Interpretive Guidance *del Comitato internazionale di Croce Rossa sul concetto di diretta partecipazione alle ostilità*

Il primo esempio in cui ritengo sia ravvisabile un trasferimento di una diversa concezione della proporzionalità dalle norme a tutela dei diritti umani al diritto umanitario riguarda il tentativo di fornire una guida interpretativa per la definizione di uno dei concetti più difficili – e con ricadute pratiche più importanti – del diritto umanitario, il concetto di partecipazione diretta alle ostilità. Come è noto, nel diritto umanitario i civili costituiscono una categoria protetta nel senso che non possono essere oggetto di attacchi diretti. La protezione cessa però qualora siano i civili stessi a partecipare alle ostilità[65]. In tal caso essi potranno essere oggetto di attacchi militari offensivi e difensivi. I testi normativi, la prassi e la dottrina non chiariscono però in modo convincente quali siano le condotte che integrano la partecipazione diretta alle ostilità[66]. Per questo

[65] Si tratta di una regola legata al principio di distinzione, di cui costituisce probabilmente un corollario. Perché la distinzione tra civili e combattenti sia praticabile è necessario determinare con chiarezza per quali individui operi l'effetto scriminante del diritto umanitario verso gli attacchi diretti. La codificazione del concetto di partecipazione diretta alle ostilità è contenuta nell'articolo 51(3) del Protocollo aggiuntivo I e nell'articolo 13(3) del Protocollo aggiuntivo II alle Convenzioni di Ginevra. L'articlo 51(3), per la partecipazione diretta nel caso dei conflitti armati internazionali, recita: "Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation". In modo del tutto simile l'articolo 13(3), applicabile ai conflitti armati non-internazionali, recita: "Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par le présent Titre, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation".

[66] V., tra i tanti, E. TALBOT JENSEN, *Direct Participation in Hostilities: A Concept Broad Enough for Today's Targeting Decisions*, in W.C. BANKS, *New Battlefields, Old Laws: Critical Debates on Asymmetric Warfare*, New York, 2011, pp. 85-105; E. CHRISTENSEN, *The Dilemma of Direct Participation in Hostilities,* in *Journal of Transnational Law & Policy*, 2010, pp. 281-309; G. BARTOLINI, *The Participation of Civilians in Hostilities*, in M.J. MATHESON, D. MOMTAZ (a cura di), *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Leiden, 2010, pp. 321-409; F. MÉGRET, *La diversification des acteurs impliqués dans les conflits armés: vers un dépassement de la « participation directe aux hostilités » ?*, in J-M. SOREL, I. FOUCHARD (a cura di), *Les tiers aux conflits armés et la protection des populations civiles*, Parigi, 2010, pp. 49-81; D. MOMTAZ, *La participation directe des personnes civiles aux hostilités*, in A. FISCHER-LESCANO, H.-P. GASSER, T. MARAUHN, N. RONZITTI (a cura di), *Frieden in Freiheit - Peace in liberty - Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2008, pp. 493-501.

motivo, il Comitato internazionale di Croce Rossa e l'Asser Institut si sono impegnati in una serie d'incontri periodici, grazie anche alla collaborazione di un gruppo di esperti giuridici indipendenti, nel tentativo di colmare quella che era percepita come un'importante lacuna definitoria.

L'obiettivo degli incontri, che si sono succeduti dal 2003 al 2008, era giungere alla redazione di un documento (*Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*)[67] che proponesse alcune raccomandazioni interpretative sul tema della partecipazione diretta dei civili alle ostilità nei conflitti armati internazionali e non-internazionali[68]. Un presupposto metodologico consisteva nella decisione di non estendere l'indagine anche a corpi giuridici diversi dal diritto umanitario e, nello specifico, di non affrontare il tema dell'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani[69]. Secondo gli organizzatori del processo, la trattazione del tema richiedeva un approccio globale che affrontasse anche alcune questioni connesse alla principale. Gli interrogativi che meglio riassumevano l'*iter* dell'indagine erano i seguenti[70]:

- Chi è considerato un civile ai fini del principio di distinzione?
- Quali condotte costituiscono diretta partecipazione alle ostilità?
- Quali modalità regolano la perdita di protezione contro l'attacco diretto?

In modo forse paradossale, il terzo interrogativo, che a prima vista potrebbe sembrare meramente accessorio, fu uno dei problemi di più difficile soluzione nel corso del processo di studio. Nell'impostazione data dagli organizzatori, la discussione intorno al terzo quesito riguardava anche il tema del grado e della tipologia dell'uso della forza che sarebbe consentito utilizzare contro le persone che non hanno titolo alla protezione contro gli attacchi diretti. Si trattava quindi di affrontare il tema dell'uso della violenza bellica sia contro i civili che partecipano alle ostilità, sia contro i combattenti. Il problema principale consisteva nel comprendere se l'uso della forza contro le persone non protette possa essere sottoposto a un limite di natura generale che si sommi alle singole disposizioni del diritto umanitario. Secondo gli organizzatori del processo di studio la risposta doveva essere positiva, mentre un numero considerevo-

[67] N. MELZER, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Ginevra, 2009, reperibile su: *http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf*, d'ora in avanti: "*Interpretive Guidance*".

[68] ICRC, *Overview of the ICRC's Expert Process (2003-2008)*, reperibile su: *http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/overview-of-the-icrcs-expert-process-icrc.pdf*.

[69] *Interpretive Guidance*, cit., p.11.

[70] Ivi, pp. 12-13.

le degli esperti partecipanti riteneva che la risposta corretta dovesse essere recisamente negativa.

L'esito del dibattito nel gruppo di lavoro portò infine alla prevalenza della prima posizione e all'inserimento della sezione IX nell'*Interpretive Guidance*. Tale scelta determinò però un'importante spaccatura nel gruppo di lavoro, tanto che alcuni esperti decisero di ritirare il proprio nome dal documento[71]. L'*Intepretive Guidance* fu infine adottata con la sola firma di Nils Melzer, un consigliere giuridico del Comitato internazionale di Croce Rossa, come documento per cui il Comitato stesso assume piena responsabilità[72].

La versione finale della sezione IX recita:

> In addition to the restraints imposed by international humanitarian law on specific means and methods of warfare, and without prejudice to further restraints that may arise under other applicable branches of international law, the kind and degree of force which is permissible against persons not entitled to protection against direct attack must not exceed what is actually necessary to accomplish a legitimate military purpose in the prevailing circumstances.

La logica della sezione IX parte dal presupposto che, se si escludono le disposizioni specifiche che vietano alcuni mezzi e metodi di guerra, il grado e la tipologia dell'uso della forza nei confronti delle persone non-protette non siano esplicitamente regolati dal diritto umanitario. L'assenza di regolazione non implicherebbe però né un'assoluta discrezionalità da parte dei comandanti militari, né l'esistenza di un diritto incondi-

[71] Le principali critiche alla *Interpretive Guidance* emergono con chiarezza da una serie di quattro articoli pubblicati congiuntamente dopo l'adozione del documento: W. HAYS PARKS, *Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: no Mandate, no Expertise, and Legally Incorrect*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, pp. 769-830; B. BOOTHBY, *"And For Such Time As": the Time Dimension to Direct Participation in Hostilities*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, pp. 741-768; M.N. SCHMITT, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: the Constitutive Elements*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, pp. 697-739; K. WATKIN, *Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, pp. 641-695. Tali critiche sono state affrontate nella stessa sede da N. MELZER, *Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: a Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, pp. 831-916.

[72] *Interpretive Guidance*, cit., p. 10.

zionato di uccidere le persone non protette[73]. Il principio di umanità e il principio di necessità militare, inteso quest'ultimo in senso restrittivo, imporrebbero in ogni circostanza di limitare l'uso della forza a quanto necessario per l'ottenimento di un obiettivo militare legittimo[74].

Due principi fondamentali del diritto umanitario sono dunque considerati come dei parametri interpretativi che consentirebbero di ricavare una regola di condotta generale in assenza di disposizioni specifiche. Il "silenzio" del diritto umanitario non è concepito come uno spazio di libertà, ma dovrebbe essere interpretato alla luce dei principi fondamentali della materia. Questi ultimi potrebbero fornire delle indicazioni normative per regolare ulteriormente la condotta delle ostilità. Resta da chiarire cosa significhi il requisito di necessità nell'uso della forza nei confronti delle persone che sono prive della protezione contro gli attacchi diretti. Come per tutti gli *standards* molto generali, l'applicazione della sezione IX dipende dalle circostanze del caso ed è scarsamente scrutinabile. Il commento alla sezione IX si premura di specificare che: "the absence of an unfettered 'right' to kill does not necessarily imply a legal obligation to capture rather than kill regardless of the circumstances"[75]. La regola di condotta negli attacchi contro le persone non protette sembrerebbe dunque configurare un divieto di eccessi che, da un lato, tempera il diritto incondizionato di uccidere, ma, dall'altro, non impone ai combattenti di assumere rischi ulteriori per catturare (anziché uccidere) gli avversari[76]. Non può però sfuggire ad un osservatore attento che la formulazione proposta dalla sezione IX riprende uno dei *test* della proporzionalità nelle norme a tutela dei diritti umani. Si tratta, come si è visto in precedenza, del requisito di necessità o di minor lesività della misura adottata, probabilmente il livello di analisi più pregnante nella struttura della proporzionalità tripartita[77]. Tra tutte le misure causalmente efficienti rispetto al fine perseguito, la misura proporzionale sarà quella meno lesiva del contro-interesse tutelato.

Secondo il commento proposto dagli estensori della *Interpretive Guidance*, il significato applicativo della sezione IX è evidente in alcuni casi limite[78]. Si pensi a un gruppo di civili che occupa un ponte per impedire che un convoglio militare lo attraversi. Posto che tali civili, secondo l'*Interpretive Guidance,* partecipano direttamente alle ostilità, po-

[73] Ivi, pp. 77-78.
[74] Ivi, p. 79.
[75] *Interpretive Guidance*, cit. p. 78.
[76] Ivi, p. 78, nota 212.
[77] V. *supra*, par. 3.
[78] *Interpretive Guidance*, cit., p. 81.

tranno per ciò solo essere oggetto di un attacco diretto? Oppure ci si chieda come qualificare la posizione di un singolo informatore che, nell'ambito di un conflitto armato, fornisca informazioni a uno dei belligeranti sulla collocazione di un obiettivo militare e lo faccia stando tranquillamente seduto in un bar. Potrà essere colpito anche se sarebbe molto agevole arrestarlo? I problemi di maggior rilievo si pongono nei territori occupati, nei conflitti armati non-internazionali e, in generale, nelle situazioni in cui uno dei belligeranti controlla effettivamente il territorio in cui si svolgono le ostilità. Se in ragione del controllo del territorio si rendono facilmente praticabili anche modalità di neutralizzazione dell'avversario diverse dall'uso della forza letale ci si può chiedere se il comandante militare conservi piena discrezionalità sulla tipologia di attacco. Si tratta di esempi molto problematici che l'*Interpretive Guidance* risolverebbe attraverso l'applicazione della sezione IX[79].

In casi di questo tipo porre un limite di proporzionalità anche all'uso della forza contro le persone non protette sembra una scelta umanamente condivisibile. Non è chiaro, però, se esista una base giuridica adeguata per ricavare in via interpretativa una disposizione come la sezione IX. A prima vista si tratta di un principio non consolidato: l'*Interpretive Guidance* sembra introdurre per la prima volta nel diritto umanitario un criterio generale di proporzionalità nell'attacco diretto contro chi non ha titolo alla protezione[80]. Non si tratterebbe dunque in questo caso della proporzionalità dei danni collaterali, tipica del diritto umanitario, ma di un tipo di proporzionalità che attiene all'attacco ai combattenti o ai civili che prendono parte alle ostilità. Si è detto che gli estensori della *Interpretive Guidance* ritengono che la base giuridica sia ricavabile dai principi di necessità militare e di umanità. Nessun ruolo sarebbe invece da ascrivere alle norme a tutela dei diritti umani, come esplicitato dalla stessa clausola di salvaguardia presente nella sezione IX[81]. Non sarebbe neppure ipotizzabile l'esistenza di un generale principio di proporziona-

[79] Come si è visto nel paragrafo precedente, invece, proprio il controllo del territorio costituirebbe secondo parte della dottrina un elemento di fatto che potrebbe portare all'inversione del rapporto di specialità tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani. Il controllo del territorio renderebbe prevalente l'applicazione di queste ultime anche nei casi riguardanti l'uso della forza letale contro i combattenti. V. SASSOLI, OLSON, *The Relationship*, cit., pp. 608-610. La soluzione per questi casi limite andrebbe quindi ricercata nell'applicazione prevalente delle norme a tutela dei diritti umani, più che in un'applicazione inedita del principio della necessità militare.

[80] HAYS PARKS, *Part IX*, cit., pp. 778-780.

[81] La parte rilevante della sezione IX recita: "(…) without prejudice to further restraints that may arise under other applicable branches of international law (…)". Cfr. *Interpretive Guidance*, cit., p. 11.

lità nel diritto internazionale che si esprimerebbe poi in modo specifico nel diritto umanitario[82]. Il fondamento giuridico andrebbe quindi ricercato esclusivamente nel diritto umanitario.

La principale debolezza di questo argomento risiede però nella pretesa di derivare una regola operativa direttamente dai principi generali di necessità militare e di umanità, secondo una modalità interpretativa o creativa che è estranea al diritto umanitario. Nell'interpretazione prevalente, tali principi del diritto umanitario hanno natura ricognitiva dell'equilibrio degli interessi sancito dalle singole norme. Non si è invece affermata una loro funzione direttamente generatrice di regole di condotta[83]. La dottrina respinge una posizione di questo tipo anche per evitare che la funzione protettiva del diritto umanitario sia svuotata di contenuto da interpretazioni estensive del principio della necessità militare. Da decenni gli interpreti del diritto umanitario rifiutano la dottrina della Kriegsraison che pretendeva di derogare alle regole protettive in ragione delle superiori esigenze della conduzione dello sforzo bellico[84]. Nel caso della sezione IX, seppur per ragioni umanamente comprensibili e con finalità opposte, l'operazione teorica sembra essere la stessa: si deroghe-rebbe all'equilibrio degli interessi stabilito dalla singole disposizioni del diritto umanitario attraverso l'applicazione diretta di un principio generale.

Al riguardo, il commento all'*Interpretive Guidance* afferma che il ruolo dei principi di necessità militare e di umanità avrebbe natura interpretativa. La libertà dei comandanti militari nell'uso della forza contro le persone non protette andrebbe interpretata alla luce dei principi. Mi sembra innegabile però che dove esiste un principio di libertà nell'uso della forza contro le persone non protette, la sezione IX introdurrebbe una regola che impone di limitare l'uso della forza a quanto necessario per l'ottenimento del risultato perseguito, secondo il canone che nella tutela dei diritti umani impone la scelta del mezzo meno lesivo.

Gli elementi di prassi che dovrebbero comprovare il fondamento giuridico della sezione IX sono peraltro fragili. Si tratta, da un lato, di

[82] L'idea, avanzata in una bozza della *Interpretive Guidance*, fu poi abbandonata nella versione definitiva. V. *Revised Draft based on the Fourth Expert Meeting*, Ginevra, 27-28 novembre 2006, pp. 62-64, reperibile su: *www.icrc.org/eng/assets /files/other/2088-02-background-doc. icrc.pdf.*

[83] Cfr. ICRC, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities – Summary Report*, Ginevra, 27-28 novembre 2006, pp. 75-76, reperibile su: *http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/2006-03-report-dph-2006-icrc.pdf*; M. SCHMITT, *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, in *Harvard National Security Journal*, 2010, pp. 40-43.

[84] V. SOLIS, *The Law*, cit., p. 265-269.

alcune generiche affermazioni sulla natura della necessità militare contenute in alcuni manuali militari[85] e, dall'altro, di un riferimento a una decisione di una corte statale, la sentenza dell'Alta Corte israeliana nel caso degli omicidi mirati[86]. È peraltro interessante notare che con riguardo alla prassi degli omicidi mirati la Corte israeliana, pur avendo affermato il principio secondo cui: "a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed"[87], aveva fondato tale affermazione sul diritto interno israeliano e sulla giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani[88].

Gli stessi elementi posti a fondamento della sezione IX confermano dunque che una norma di questo tipo, pur auspicabile, non trova un'adeguata base giuridica nel diritto umanitario. Si tratta a mio avviso di un calco della struttura della proporzionalità tipica dei diritti umani che è stato semplicemente trasferito nel diritto dei conflitti armati[89].

Questa convinzione è confermata anche dai resoconti degli incontri preparatori della *Interpretive Guidance*. Si è detto che un numero considerevole di esperti riteneva che la sezione IX non trovasse un fondamento autonomo nel diritto umanitario. È importante aggiungere che alcuni esperti ritenevano che il fondamento giuridico di tale regola di condotta andasse ricercato nelle norme a tutela dei diritti umani[90]. Alla fine prevalse la tesi secondo cui l'interazione tra tutela dei diritti umani e diritto umanitario si sarebbe collocata al di fuori dell'ambito d'indagine del processo di studio, ma la sezione IX fu inserita ugualmente nel documento.

L'analisi dei resoconti degli incontri permette anche di chiarire che le ragioni dell'inserimento della sezione IX nell'*Interpretive Guidance* sono legate all'equilibrio complessivo del documento. Emerge una logi-

[85] V. *Interpretive Guidance*, p.79, nota 215, che cita documenti provenienti da cinque Stati (Regno Unito, Stati Uniti, Francia, Germania e Svizzera) e dalla NATO.

[86] *Public Committee against Torture v. The Government of Israel et al.*, HCJ 769/02, sentenza del 13 dicembre 2006. Ove non diversamente specificato, le decisioni dell'Alta Corte israeliana citate d'ora in avanti sono reperibili su: *www.icrc.org/ihl-nat.nsf*, oppure su: *http://elyon1.court.gov.il*.

[87] Ivi, par. 40.

[88] In realtà, in una precedente decisione, la Corte suprema israeliana aveva però affermato che: 1) il principio di proporzionalità è un principio generale del diritto internazionale 2) da esso deriva il principio di diritto umanitario secondo cui "Belligerents shall not inflict harm on their adversaries out of proportion with the object of warfare, which is to destroy or weaken the strength of the enemy". V. Alta Corte israeliana (HCJ), *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al.,* HCJ 2056/04, sentenza del 30 giugno 2004, par. 37.

[89] Nello stesso senso: SCHMITT, *The Interpretive Guidance,* cit., pp. 42-43.

[90] ICRC, *Fourth Expert Meeting*, cit., pp. 78 -79.

ca di scambio tra la sezione IX e la scelta di adottare interpretazioni estensive di alcuni elementi fondamentali della partecipazione diretta alle ostilità che mi sembra preoccupante. Si tratta di un effetto distorsivo tipico della proporzionalità che si è manifestato anche nella tutela dei diritti umani e che, citando la dottrina costituzionalistica, potremmo definire come tendenza alla "generosità definitoria"[91]. Si nota nella giurisprudenza come il ricorso alla proporzionalità per la soluzione di una questione giuridica si accompagni spesso a un'interpretazione meno rigorosa delle norme che richiedono il bilanciamento degli interessi. Le corti tendono a utilizzare la struttura argomentativa della proporzionalità senza discutere la dignità degli interessi e dei contro-interessi che sono portati al giudizio di bilanciamento. Ciò accade probabilmente proprio perché si sconta il fatto che il giudizio di proporzionalità potrà compensare eventuali problemi definitori. Si tende quindi a enfatizzare l'importanza del bilanciamento a scapito della precisione interpretativa confidando nella ragionevolezza che si pretende implicita nella proporzionalità.

Nel caso dell'*Interpretive Guidance* è interessante rilevare come alcuni esperti coinvolti nel processo e gli stessi estensori del documento sostenessero che la sezione IX avrebbe rappresentato una forma di compensazione per alcune altre scelte interpretative che avevano tenuto in maggiore considerazione le esigenze della conduzione delle ostilità[92]. In modo particolare, le decisioni più sofferte nel processo di studio riguardarono la definizione della distinzione tra civili e combattenti nei conflitti armati non internazionali sulla base del cosiddetto *membership approach*[93] e la definizione della soglia di lesività delle attività che integrano la partecipazione diretta alle ostilità in modo piuttosto ampio, con riferimento a "any consequence adversely affecting the military operations

[91] TSAKYRAKYS, *Proportionality*, cit., pp. 480-493.

[92] ICRC, *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, Ginevra, 5-6 febbraio 2008, pp. 11-13, reperibile su: *http://www.icrc.org/-eng/assets/files/other/2008-05-report-dph-2008-icrc.pdf.*

[93] Secondo la *Interpretive Guidance* il concetto di civili presuppone l'esistenza un altro *status* individuale anche nei conflitti armati non-internazionali. Le "forze armate" dei gruppi armati organizzati sono però composte solo dagli individui che esercitano una "continuous combat function". V., al riguardo, la raccomandazione II della *Interpretive Guidance,* che recita, nella sua parte rilevante: "(…) In non-international armed conflict, organized armed groups constitute the armed forces of a non-State party to the conflict and consist only of individuals whose continuous function it is to take a direct part in hostilities ("continuous combat function")". Sul punto v. M. BOTHE, *Direct Participation in Hostilities in Non-International Armed Conflict, Expert Paper, Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, L'Aja, 25-26 ottobre 2004, pp. 4-16, reperibile su: *http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/2004-05-expert-paper-dph-icrc.pdf.*

or military capacity of a party to the conflict"[94]. Si tratta di scelte comprensibili che alcuni esperti ritenevano peraltro troppo timide nel tutelare le esigenze legate alla condotta delle ostilità. È chiaro però anche che si tratta di decisioni che riducono in modo sensibile la protezione dei civili che un'interpretazione diversa del diritto umanitario avrebbe potuto garantire. Mi sembra che l'ipotesi di compensare un'interpretazione estensiva del concetto di partecipazione alle ostilità e dei suoi presupposti attraverso l'importazione nel diritto umanitario di un modello di proporzionalità tipico della tutela dei diritti umani sia in primo luogo velleitaria. Come ho sostenuto in precedenza, nel diritto umanitario la proporzionalità fornisce certezze prevalentemente retoriche, poiché non esiste un sistema di attuazione consolidato che consenta la definizione incrementale del contenuto di tale concetto.

È necessario però chiedersi se il ricorso alla proporzionalità oltre a essere inutile in questo contesto, non determini anche un effetto mistificatorio. Mi sembra importante rilevare come, nell'equilibrio complessivo delle scelte che stanno alla base della *Interpretive Guidance*, la presunta funzione protettiva della proporzionalità abbia permesso di trascurare con maggiore facilità il fatto che il diritto umanitario contemplava delle linee argomentative alternative rispetto a quelle che si sono poi affermate nel documento.

Per la questione della condotta delle ostilità nei territori occupati, che rappresentava un importante elemento di preoccupazione per molti degli esperti coinvolti nel processo, mi sembra necessario sottolineare che è lo stesso diritto umanitario, attraverso l'articolo 43 del Regolamento dell'Aja, a chiarire che l'obbligo principale della Potenza occupante è il mantenimento dell'ordine pubblico. Quest'obbligo sembra implicare un importante corollario: il modello per l'uso della forza nei territori occupati s'identifica in primo luogo non tanto con l'uso della forza secondo i canoni dell'azione militare, ma con l'azione di polizia volta al mantenimento dell'ordine pubblico. In un territorio occupato, ove l'azione coercitiva secondo i canoni della tutela dei diritti umani sia possibile, essa si rende obbligatoria. L'articolo 43 da questo punto di vista opera un

[94] *Interpretive Guidance*, cit., p. 47. L'uso di un criterio di questo tipo, che potenzialmente assimila alla partecipazione diretta alle ostilità anche atti non violenti, fu accolto con perplessità da alcuni degli esperti, v. ICRC, *Fourth Expert Meeting*, cit., pp. 41-42. È interessante rilevare che, secondo il commento alla *Interpretive Guidance* (p. 47, nota 97), tali perplessità avrebbero potuto essere diradate proprio attraverso l'applicazione della sezione IX: "the concerns expressed by some experts that the criterion of "adversely affecting" military operations or military capacity was too wide and vague and could be misunderstood to authorize the killing of civilians without any military necessity are addressed below in Section IX".

rinvio implicito alle norme a tutela dei diritti umani che regolano l'azione di polizia. L'occupazione può coesistere anche con la ripresa delle ostilità o con l'insorgere di un conflitto, ma la determinazione dell'esistenza di un conflitto armato nel territorio occupato deve essere svolta in modo rigoroso. Lo stesso articolo 43 impone a mio avviso una definizione geograficamente specifica e temporalmente limitata dell'insorgere di un conflitto e della ripresa delle ostilità nei territori occupati. In tutti i casi in cui l'azione di polizia sia realisticamente possibile essa dovrà essere preferita[95]. Non si tratta però in questo caso di un effetto del trasferimento della proporzionalità delle norme a tutela dei diritti umani nel diritto umanitario, ma di un'applicazione diretta di tali norme in forza di un rinvio operato dal diritto umanitario.

In modo simile, anche nei conflitti armati non-internazionali – altra questione problematica per molti degli esperti che partecipavano al processo – era necessario considerare in modo meno sbrigativo il tema dell'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani. Non è scontato, infatti, che il modello previsto dal diritto umanitario per l'uso della forza letale, che si fonda sulla categorizzazione degli individui che sono oggetto di un attacco, sia applicabile anche nei conflitti armati non-internazionali. In tale contesto, esistono dei dubbi su un presupposto fondamentale della categorizzazione, l'esistenza stessa di una categoria assimilabile a quella dei combattenti[96]. Secondo una parte della dottrina i partecipanti a un conflitto non-internazionale sarebbero in ogni caso dei civili e la possibilità di colpirli dipenderebbe in ultima analisi dalla loro partecipazione diretta alle ostilità[97]. Se a questa considerazione si aggiunge il fatto che esiste una chiara tendenza nella giurisprudenza

[95] La soluzione che propongo è la stessa soluzione cui giunge l'Alta Corte israeliana nel caso riguardante gli omicidi mirati. V. *Public Committee against Torture*, cit., par. 40. La Corte non fornisce però alcuna riflessione sulle ragioni per cui l'applicazione del diritto umanitario dovrebbe essere integrata e, sostanzialmente, sostituita dalle norme a tutela dei diritti umani. A mio avviso, nel caso dei territori occupati, è invece lo stesso diritto umanitario, nel rispetto del principio della *lex specialis,* a rinviare alle norme a tutela dei diritti umani. Cfr. M. MILANOVIĆ, *Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case,* in *International Review of the Red Cross*, 2007, pp. 390-392.

[96] Secondo il Commentario allo Studio sul diritto internazionale umanitario consuetudinario: "While State armed forces are not considered civilians, practice is not clear as to whether members of armed opposition groups are civilians subject to Rule 6 on loss of protection from attack in the event of direct participation or whether members of such groups are liable to attack as such, independently of the operation of Rule 6," in J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK (a cura di), *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, p. 19, citato in LUBELL, *Challenges*, cit., p. 748, nota 49.

[97] Cfr. LUBELL, *Challenges*, cit., p. 750.

internazionale ad applicare le norme a tutela dei diritti umani anche per qualificare l'uso della forza letale nei conflitti armati non-internazionali[98], si può ritenere che il modello di base in questi contesti sia proprio quello dell'uso della forza letale come *extrema ratio* secondo i canoni dell'azione di polizia[99]. Nei conflitti armati non-internazionali si potrebbe dunque realizzare un'inversione del rapporto tra norme a tutela dei diritti umani e diritto umanitario. L'uso della forza secondo i canoni dell'azione di polizia sarebbe sempre obbligatorio se materialmente possibile. Se, invece, ad esempio perché le autorità statali hanno perso completamente il controllo del territorio, l'uso della forza come *extrema ratio* è impraticabile, allora sarà il modello previsto dal diritto umanitario a prevalere.

A prima vista si potrebbe pensare che queste scelte interpretative raggiungano risultati che potrebbero essere garantiti anche dall'applicazione della sezione IX. Ritengo però che esse siano preferibili, sia sul piano del fondamento giuridico, sia perché favoriscono la prevedibilità del diritto. Dal primo punto di vista, esse si fondano non tanto sulla mera trasposizione di un modello giuridico estraneo, ma su un'interpretazione diretta del diritto umanitario e dell'interazione di quest'ultimo con le norme a tutela dei diritti umani. Dal secondo punto di vista esse introducono un *test* più immediatamente comprensibile imponendo di verificare non tanto se la tipologia e il grado della violenza fossero necessari per l'ottenimento dello scopo bellico, quanto piuttosto se l'uso della forza secondo i canoni dell'attività di polizia fosse praticabile nelle circostanze di fatto prevalenti.

6. La proporzionalità nella giurisprudenza dell'Alta corte israeliana relativa ai Territori palestinesi occupati

Il secondo esempio che dimostra il trasferimento nel diritto umanitario di strutture argomentative che sono tipiche dei diritti umani riguarda la giurisprudenza dell'Alta Corte israeliana relativa alla condotta

[98] V. F. HAMPSON, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Treaty Body*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, pp. 560-562 e la "giurisprudenza" citata a nota 43.

[99] Sull'uso della forza letale nell'azione di polizia, v. D. KRETZMER, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, in *European Journal of International Law*, 2005, pp. 176-186; Centre universitaire de Droit international humanitaire, *Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflicts and Situations of Occupation*, Ginevra, 1-2 settembre 2005, pp. 8-18, reperibile su: *http://www.adh-geneva.ch/docs/expert-meetings/2005/3rapport_droit_vie.pdf*.

dell'esercito nei Territori palestinesi occupati[100]. In alcune decisioni recenti, che sono state razionalizzate teoricamente sotto la presidenza del giudice Aharon Barak, l'Alta Corte ha utilizzato spesso la struttura argomentativa della proporzionalità o, comunque, la logica del bilanciamento tra interessi contrapposti. Si tratta di casi che affrontano generalmente uno degli aspetti più delicati nell'occupazione dei Territori palestinesi occupati: la relazione tra i diritti delle persone protette secondo il diritto umanitario e i diritti o gli interessi dei cittadini israeliani.

Le caratteristiche principali della giurisprudenza della Corte in materia sono le seguenti:

- la tendenza ad ammettere l'applicazione contestuale del diritto umanitario e delle norme a tutela dei diritti umani[101];
- la tendenza a non analizzare il problema dei criteri di interazione tra i due corpi giuridici summenzionati[102];
- la tendenza a considerare l'intero quadro giuridico come un corpo di norme unitario in cui prevarrebbe la normazione per principi[103];
- la tendenza a utilizzare il criterio di proporzionalità per contemperare i diritti delle persone protette e gli interessi dei cittadini israeliani[104];

[100] Il problema del trasferimento (*transplant*) della proporzionalità dalla tutela dei diritti umani al diritto umanitario è stato affrontato per la prima volta in relazione alla giurisprudenza israeliana da A. GROSS, *The Construction of a Wall between the Hague and Jerusalem: The Enforcement and Limits of Humanitarian Law and the Structure of Occupation*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, pp. 406-411; V. anche: ID., *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, in *European Journal of International Law*, 2007, pp. 17-18.

[101] *Marab v. The IDF Commander in Judea and Samaria*, HCJ 3239/02, sentenza del 5 febbraio 2003, paragrafi 19-36; *Hamoked v. IDF Commander in the West Bank*, HCJ 3278/02, sentenza del 18 aprile 2002, paragrafi 30-50; *Yassin v. Yoni Ben-David - Commander of the Kziot Military Camp*, HCJ 5591/02, sentenza del 18 dicembre 2002.

[102] Affermando esplicitamente che l'analisi dell'interazione tra i due corpi normativi non è necessaria: *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, sentenza del 15 settembre 2005, par. 27; *Betlehem Municipality and 22 others v. State of Israel*, HCJ 1890/03, sentenza del 3 febbraio 2005, par. 15.

[103] *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, sentenza del 30 giugno 2004, par. 34.

[104] Secondo la Corte, il Comandante militare è obbligato a "ensure the safety of everyone in territory under belligerent occupation under his command without distinguishing between them" e a "protect the constitutional human rights of all the residents in the occupied territory, and to enable them to exercise and realize these rights to the fullest extent possible under the circumstances of time and place", *The Hebron Development Committee v. State of Israel*, HCJ 4661/06, sentenza del 27 giugno 2006, par. 6; V. anche *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ/7957, sentenza del 15 settembre 2005, par. 24. Nel territorio occupato i diritti delle persone protette sono tutelati sia da disposizioni specifiche (ad esempio: articoli 65-78, Quarta Convenzione) sia da un catalogo generale come l'articolo 27, Quarta Convenzione.

- la tendenza a enfatizzare le ragioni della sicurezza a scapito della tutela dei diritti delle persone protette[105];
- la tendenza a trascurare l'esistenza di divieti inderogabili nel diritto umanitario che precluderebbero il ricorso all'analisi della proporzionalità o, comunque, ne altererebbero i risultati[106].

Il quadro giuridico applicabile all'azione dell'esercito nei territori occupati è un quadro giuridico complesso, composto principalmente dal diritto umanitario e dalle norme a tutela dei diritti umani. Il diritto umanitario, e in particolar modo il diritto dell'occupazione bellica, è il corpo giuridico che naturalmente qualifica e regola una situazione di occupazione come quella in atto nei Territori palestinesi[107]. Le norme a tutela dei diritti umani applicabili al caso in oggetto sono invece riconducibili a due fonti diverse: i trattati internazionali che vincolano Israele e possono essere applicati extra-territorialmente[108] e il diritto amministrativo israeliano che regola le condotte dei comandanti militari anche se avvengono al di fuori dei confini dello Stato[109].

Il quadro giuridico utilizzato dalla Corte nelle decisioni relative alla condotta dell'esercito nei Territori palestinesi presenta una certa variabilità. In alcuni casi la Corte sviluppa il proprio argomento all'interno del perimetro del diritto umanitario senza considerare gli altri corpi giuridici. In altri casi l'esame delle fonti è più ricercato e prende in considerazione, oltre al diritto umanitario, le norme a tutela dei diritti umani appartenenti al diritto israeliano e al diritto internazionale. In entrambe le impostazioni esiste però una costante, la tendenza a ignorare o a interpretare in modo distorto alcune norme inderogabili del diritto umanitario. Ciò accade sia in casi recenti in cui l'argomentazione della Corte è condotta aperta-

[105] V. *Muhammad Musa Alrazi et al. v. Commander of IDF Forces – Gaza Strip*, HCJ 7960/04, sentenza del 29 settembre 2004, dove il ricorso di dieci giovani palestinesi per viaggiare da Gaza a Betlemme per motivi di studio venne respinto per motivi che non erano basati su una valutazione individuale del tasso di rischio, ma sul "risk profile" di quella categoria di soggetti. V. anche *Marab v. the Commander of IDF Forces in the West Bank*, HCJ 3239/02, sentenza del 5 febbraio 2003, par. 9, un caso di detenzione amministrativa di migliaia di persone: la decisione sulla detenzione non era basata sul pericolo posto dal singolo individuo e lo scopo della stessa sembrava riconducibile allo *screening* di massa della popolazione.

[106] V. il prosieguo del paragrafo.

[107] *Conséquences juridiques*, cit., par. 78.

[108] Sull'applicazione ai Territori palestinesi dei trattati a tutela dei diritti umani ratificati da Israele, v. *Conséquences juridiques*, cit., paragrafi 106-113. V. anche O. BEN-NAFTALI, Y. SHANY, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, in *Israel Law Review*, 2003-2004, pp. 17-118.

[109] D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, New York, 2002, pp. 25-27.

mente sulla base del criterio di proporzionalità, sia in casi più risalenti in cui il bilanciamento tra istanze contrapposte avviene soltanto in modo implicito. Offrendo argomenti giuridici molto deboli, la Corte dimentica o svuota di contenuto alcuni divieti assoluti che potrebbero precludere il ricorso alla tecnica del bilanciamento o alterarne sensibilmente i risultati.

A prescindere dalle fonti utilizzate, la logica seguita dalla Corte è quella tipica delle corti costituzionali o delle corti che amministrano la tutela dei diritti umani. Il quadro giuridico tende a essere interpretato come composto da principi che devono trovare un contemperamento[110]. Il compito che la Corte riserva a se stessa risiede quindi non tanto nell'accertare la violazione di disposizioni inderogabili, ma nel ricondurre a un compromesso le diverse istanze contrapposte. Secondo la Corte il diritto applicabile nei Territori palestinesi occupati costituirebbe un unico insieme di norme e potrebbe essere riassunto da due principi contrapposti: il principio di umanità e il principio di sicurezza, le esigenze della tutela dei diritti umani della popolazione protetta, da un lato, e le esigenze che rinviano alla necessità militare, dall'altro[111]. In questa giurisprudenza, la necessità militare è essenzialmente concepita come un problema di sicurezza della popolazione israeliana residente nello Stato di Israele e nei territori occupati. Nella narrativa della Corte la funzione principale dell'esercito consiste nel proteggere la popolazione israeliana da un'ondata senza precedenti di attacchi terroristici che mettono a serio rischio la stessa esistenza dello Stato[112]. La risposta dell'esercito deve però rispettare il giusto equilibrio tra i due "poli" dell'umanità e della sicurezza[113].

Per ricondurre a unità il contrasto tra le diverse istanze riconducibili a tali principi la Corte si serve del criterio di proporzionalità e lo fa scrutinando le condotte del comandante militare secondo lo schema classico del diritto amministrativo, utilizzando i tre livelli di analisi che ho descritto in precedenza. La scelta di ricorrere al criterio di proporzionalità è

[110] Cfr., tra le tante, *Yassin, Bil'in Village Council Chairman v. The Government of Israel*, HCJ 8414/05, sentenza del 18 febbraio 2007, par. 30: "The human rights to which the "protected persons" and the Israelis in the *area* are entitled are not absolute. As all human rights, they are relative. They can be restricted. Some of the restrictions stem from the need to consider the rights of others. Some of the restrictions stem from the security interest. The military commander must balance the various considerations, which at times clash with each other".

[111] *Beit Sourik Village Council*, cit., par. 35.

[112] *Ajuri v. IDF Commander*, HCJ 7015/02, sentenza del 3 settembre 2002, par. 41; *Almandi v. The Minister of Defence*, HCJ 3451/02, sentenza del 25 aprile 2002, par. 9; HCJ 9132/07, *Al-Bassiouni v. Prime Minister*, HCJ 9132/07sentenza del 30 gennaio 2008, paragrafi 21-22.

[113] *Beit Sourik Village Council*, cit., par. 34.

peraltro giustificata in base al diritto interno israeliano. È necessario considerare che l'esercito è un'istituzione che fa parte a pieno titolo dell'amministrazione israeliana ed è proprio questo l'argomento giuridico che fonda la giurisdizione della Corte sui fatti che avvengono nei Territori palestinesi occupati[114]. La Corte esercita la propria giurisdizione non in forza di un criterio di collegamento territoriale – è chiaro infatti che la Cisgiordania e la Striscia di Gaza non appartengono al territorio dello Stato di Israele – ma in ragione di un criterio di collegamento di tipo personale. Le azioni dell'esercito, un ente di diritto pubblico israeliano, attivano la giurisdizione della Corte anche se avvengono al di fuori dei confini dello Stato di Israele[115]. È dunque corretto che il quadro giuridico attraverso cui la Corte esamina la condotta dell'esercito comprenda non tanto e non solo il diritto internazionale umanitario applicabile nei territori occupati, ma anche il diritto interno israeliano.

Questa impostazione, che pure, in alcune occasioni, si accompagna a un'analisi molto approfondita delle disposizioni rilevanti, nasconde in realtà un'eccessiva semplificazione delle fonti e del rapporto tra le stesse. Nella giurisprudenza israeliana relativa ai territori occupati tende a prevalere quello che – utilizzando le parole della stessa Corte – potremmo definire il "single tapestry"[116]. Le norme provenienti dal diritto umanitario, dalla tutela dei diritti umani e dal diritto interno israeliano sono considerate come un corpo giuridico unico in cui al principio di proporzionalità spetta il compito di risolvere gli inevitabili conflitti tra istanze contrapposte. Come ho anticipato in precedenza, il problema principale consiste nel fatto che la Corte ignora o disapplica, in modo determinante per l'esito del giudizio, alcune disposizioni inderogabili del diritto umanitario che non possono per la loro stessa natura essere oggetto di alcun giudizio di bilanciamento, nemmeno attraverso il criterio della proporzionalità. La Corte omette di rilevare che l'interazione tra le norme a tu-

[114] La giurisdizione della Corte si fonda sull'articolo 15 lett. d n. 2 della legge fondamentale israeliana sul potere giudiziario (*Basic Law: The Judiciary*). La disposizione rilevante recita: "Without prejudice to the generality of the provisions of subsection (c), the Supreme Court sitting as a High Court of Justice shall be competent (…) to order State and local authorities and the officials and bodies thereof, and other persons carrying out public functions under law, to do or refrain from doing any act in the lawful exercise of their functions or, if they were improperly elected or appointed, to refrain from acting (…)", reperibile su: *http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic8_eng.htm*.

[115] Da questo punto di vista la giurisprudenza israeliana si segnala, talvolta, per un livello di penetrazione nello scrutinio delle scelte militari che sembra essere sconosciuto ad altre esperienze giuridiche. E. BENVENISTI, *National Courts and the War on Terrorism*, in A. BIANCHI (a cura di), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, pp. 318-325.

[116] *Beit Sourik Village Council*, cit., par. 35.

tela dei diritti umani e il diritto umanitario non è possibile se l'applicazione delle prime costituisce una deroga surrettizia ai divieti assoluti posti dal secondo. Nella giurisprudenza israeliana relativa ai territori occupati il problema dell'interazione tra i due corpi giuridici non viene generalmente affrontato e si esaurisce quindi, di fatto, nell'applicazione del principio di proporzionalità[117].

La tendenza a ignorare le norme inderogabili del diritto umanitario si manifesta nella giurisprudenza della Corte già a partire dagli anni Ottanta in alcuni casi relativi alla demolizione delle case dei terroristi e dei familiari dei terroristi[118]. La pratica della demolizione delle case in reazione agli attacchi terroristici si estese per un certo periodo anche alle abitazioni dei terroristi suicidi con effetti pesantissimi sui familiari degli stessi a prescindere dal loro diretto coinvolgimento negli attacchi. Ciononostante, nelle proprie decisioni, la Corte ignorava chiaramente il divieto inderogabile di punizioni collettive previsto dall'articolo 33 della Quarta Convenzione[119]. In un'altra serie di decisioni risalenti, riguardanti la pratica della deportazione di alcuni individui al di fuori del territorio occupato, la Corte non prese seriamente in considerazione l'esistenza del divieto di deportazione della popolazione del territorio occupato al di fuori dello stesso[120]. Utilizzando un argomento poco persuasivo dal punto di vista storico, sistematico e teleologico, la Corte sostenne che il divieto di deportazioni di cui all'articolo 49 (1) della Quarta Convenzione

[117] Fa eccezione il cosiddetto caso degli omicidi mirati, in cui il problema dell'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani è brevemente discusso alla luce del criterio della *lex specialis*, *Public Committee against Torture*, cit., par. 18.

[118] Sulla prassi della demolizione delle case, v.: DINSTEIN, *The Law of Belligerent*, cit., pp. 156-159; 202-207; KRETZMER, *The Occupation*, cit., pp. 145-163.

[119] L'argomento della Corte consisteva nell'affermare che la finalità della demolizione fosse in realtà preventiva – nel senso della prevenzione generale – di ulteriori attacchi. V. *Misun Mahmoud Abu Rara Janimat et al. v. OC Central Command*, HCJ 2006/97, sentenza del 30 marzo 1997, reperibile su: *http://www.hamoked.-org.il/items/4980_eng.pdf*. Oltre a costituire una violazione del divieto di punizioni collettive (articolo 33, Quarta Convenzione) la demolizione delle case dei familiari dei terroristi come misura preventiva è incompatibile con le disposizioni sulla proprietà del diritto dell'occupazione (articolo 46, Regolamento dell'Aja; articolo 53, Quarta Convenzione). In base all'articolo 147 della Quarta Convenzione "la destruction (…) de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire" costituisce un crimine di guerra.

[120] V. *Afu v. IDF Commander of the West Bank*, HCJ 785/87, sentenza del 10 aprile 1988, in *International Legal Materials*, 1990, p. 139. V. anche *Association for Civil Rights in Israel v. Minister of Defence*, HCJ 5973/92, sentenza del 28 gennaio 1993, relativa a un caso in cui 415 persone residenti del territorio occupato furono deportate in Libano in ragione della loro presunta appartenenza alle organizzazioni terroristiche della Jihad islamica e di Hamas.

avrebbe esaurito il suo ambito di applicazione nelle deportazioni collettive senza vietare quelle individuali[121].

La questione più rilevante e più attuale dal nostro punto di vista riguarda però alcuni casi recenti in cui si è posta in modo diretto un'esigenza di bilanciamento tra gli interessi dei coloni che abitano gli insediamenti presenti nei Territori palestinesi e i diritti della popolazione locale. È noto che uno dei problemi principali nella vicenda dell'occupazione israeliana è la presenza nei territori di due comunità sociali che vivono in modo del tutto separato: da un lato, la popolazione palestinese, dall'altro, i cittadini israeliani residenti negli insediamenti[122]. Il tema presenta un problema giuridico derivante dal disequilibrio che interessa la posizione di questi diversi soggetti. Mentre la popolazione palestinese del territorio occupato appartiene alla categoria delle persone protette dal diritto umanitario, i cittadini israeliani, come cittadini della Potenza occupante, non sono titolari di diritti nell'ambito di questo corpo giuridico[123]. La Quarta Convenzione e le altre norme del diritto umanitario applicabili durante l'occupazione non annoverano tra i destinatari della propria tutela i cittadini della Potenza occupante. Al contrario, l'articolo 49 della Quarta Convenzione vieta in modo assoluto il trasferimento della popolazione della Potenza occupante nel territorio occupato[124]. I cittadini della Potenza occupante potrebbero però trovare una protezione giuridica di tipo indiretto nelle norme del diritto umanitario che

[121] Per una critica a questo argomento, v. DINSTEIN, *The Law of Belligerent*, cit., pp. 160-170; KRETZMER, *The Occupation*, cit., pp. 165-169; A. MARGALIT, S. HIBBIN, *Unlawful Presence of Protected Persons in Occupied Territory? An Analysis of Israel's Permit Regime and Expulsions from the West Bank under the Law of Occupation*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2010, pp. 255-260.

[122] In Cisgiordania si trovano 124 insediamenti israeliani e circa 100 *outposts* non riconosciuti dal Governo israeliano. Nella parte orientale di Gerusalemme, annessa da Israele dopo il 1967, si trovano 12 quartieri israeliani. Nel complesso, circa 498.000 coloni abitano in Cisgiordania e 186.646 nei quartieri di Gerusalemme Est (fonte dei dati aggiornati alla fine del 2009 per Gerusalemme: Jerusalem Institute for Israel Studies). I dati non relativi a Gerusalemme sono aggiornati al 2011. V. B'tselem, *Land Expropriation and Statistics*, reperibile su: *http://www.btselem.org/printpdf/51753*.

[123] L'articolo 4(1) della Quarta Convenzione prevede infatti che: "Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante *dont elles ne sont pas ressortissantes*" (corsivo aggiunto).

[124] Non incide sulla portata di questo divieto assoluto l'osservazione secondo cui la posizione degli insediamenti sarebbe stata congelata dagli accordi di Oslo e che gli stessi avrebbero sancito la responsabilità di Israele per la protezione degli insediamenti. In questo senso si pronuncia l'Alta Corte israeliana in *Mara'abe*, cit., par. 20. La Quarta Convenzione prevede chiaramente che i diritti attribuiti alla popolazione del territorio occupato non sono rinunciabili (articoli 7, 8, 47). Cfr. GROSS, *The Construction*, cit., p. 417, nota 125.

contemplano generali esigenze di sicurezza oppure potrebbero essere destinatari delle norme a tutela dei diritti umani previste dal diritto internazionale o dal diritto interno israeliano.

In una serie di casi recenti la Corte ha scelto di argomentare proprio in questo senso, proponendo un'analisi guidata da due interrogativi distinti. A fronte di un determinato provvedimento protettivo dei coloni israeliani avente un effetto limitativo del godimento dei diritti delle persone protette, essa verifica in primo luogo se il Comandante militare abbia il potere di adottarlo[125]. Dopo aver risolto in modo invariabilmente positivo questo primo interrogativo, essa si chiede se le modalità di attuazione del provvedimento esaminato siano compatibili con i tre livelli di analisi del criterio di proporzionalità.

Sulla base di questa struttura argomentativa la giurisprudenza della Corte ha legittimato nel tempo un'ampia tipologia di misure protettive dei coloni e dei cittadini israeliani che comprende la costruzione della barriera nei territori occupati anche per finalità difensive degli insediamenti[126]; la costruzione e la destinazione di infrastrutture stradali (*bypass roads*) all'uso esclusivo o quasi esclusivo dei cittadini israeliani[127]; l'adozione di provvedimenti limitativi della libertà di movimento della popolazione palestinese per la protezione dei coloni[128]; la chiusura dei terreni agricoli di proprietà della popolazione palestinese limitrofi agli insediamenti[129].

Il principale argomento giuridico utilizzato dalla Corte per fondare l'autorità del Comandante militare nell'adottare tali misure è l'articolo 43 del Regolamento dell'Aja. Tale disposizione, che sancisce uno degli obblighi più importanti della Potenza occupante, impone al Comandante

[125] *Mara'abe*, cit., paragrafi 9-29; Yassin, *Bil'in Village Council*, cit., paragrafi 27-28; *The Hebron Development Committee*, cit., p. 7, *Beit Sourik*, cit., paragrafi 26-32.

[126] *Mara'abe*, cit., paragrafi 20-21; *Beit Sourik,* cit., paragrafi 32,34; *Haas v. The Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 10356/02, sentenza del 4 marzo 2004, par. 8.

[127] *Bethlehem Municipality and 22 others v. State of Israel*, HCJ 1890/03, sentenza del 3 febbraio 2005, in cui i diritti dei pellegrini ebrei alla tomba di Rachele vengono bilanciati con la libertà di movimento e il diritto di proprietà della popolazione protetta. La Corte permette la costruzione di una *by-pass road* volta a permettere l'accesso alla tomba in condizioni di sicurezza.

[128] *Sultan v. Commander of IDF Forces in Judea and Samaria*, HCJ 854/03, sentenza del 9 luglio 2003.

[129] *Morar v. IDF Commander in Judea and Samaria*, HCJ, 9593/04, sentenza del 26 giugno 2005, in *Israel Law Report*, 2006, p. 56 ss., par. 20. La Corte afferma che la decisione del Comandante militare di chiudere l'accesso ai palestinesi ad aree di loro proprietà per proteggere gli insediamenti è proporzionale solo per le aree molto vicine agli insediamenti stessi.

militare di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico nel territorio occupato. Secondo la Corte il concetto di sicurezza riguarderebbe la protezione di tutta la popolazione presente a qualunque titolo nel territorio occupato[130]. Il Comandante militare dovrebbe quindi tutelare sia i diritti della popolazione protetta, sia la sicurezza dei cittadini israeliani presenti nel territorio occupato. Le disposizioni del diritto umanitario a tutela della proprietà privata della popolazione protetta che pongono divieti relativi, sottoposti a una clausola di deroga che rinvia alle esigenze connesse alla necessità militare, potrebbero validamente essere derogate anche per finalità connesse alla protezione dei coloni[131]. In questo modo, le requisizioni dei terreni funzionali alla costruzione della barriera di separazione o delle *by pass roads* troverebbero una valida base giuridica. Occasionalmente, la Corte ricorre anche all'applicazione extraterritoriale delle norme a tutela dei diritti umani che, in forza della loro generalità, tutelano sia la popolazione autoctona del territorio occupato, sia i cittadini israeliani presenti in modo permanente o episodico nel Territorio occupato[132].

L'argomentazione proposta dalla Corte conduce nei fatti a un bilanciamento di tipo orizzontale, su un piano di parità formale, tra i diritti della popolazione del territorio occupato e gli interessi o i diritti dei coloni. I primi trovano generalmente fondamento nel diritto umanitario, mentre i secondi sono tutelati attraverso le disposizioni del diritto umanitario che fanno riferimento a esigenze di sicurezza o alla necessità militare. In linea di principio, i diritti della popolazione protetta del territorio occupato e gli interessi dei coloni israeliani si pongono su un piano di parità nel bilanciamento. La qualificazione giuridica delle stesse istanze contrapposte è però cruciale ai fini della successiva applicazione del criterio di proporzionalità[133]. Le posizioni giuridiche della popolazione palestinese sono generalmente ricondotte alla libertà di movimento e al diritto di proprietà, mentre le istanze dei coloni sono concepite come legate alla sicurezza. In due casi particolari, la libertà di movimento e il diritto

[130] *Mara'abe*, cit., par. 18; *Haas*, cit., par. 8; *Yassin, Bil'in Village Chairman,* cit., HCJ, 8414/05, sentenza del 18 febbraio 2007, par. 28, *The Hebron Development*, cit., par. 8.

[131] Si veda l'articolo 52 del Regolamento dell'Aja che per le requisizioni fa riferimento a "les besoins de l'armée d'occupation" e l'articolo 53 Quarta Convenzione che ammette le distruzioni di beni pubblici e privati se "seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires".

[132] *Bethlehem*, cit., paragrafi, 12-17; *Haas*, cit., paragrafi 15-18; *The Hebron Development*, cit., par. 8.

[133] GROSS, *Human Proportions*, cit., p. 7.

di proprietà della popolazione palestinese sono stati bilanciati con il diritto di culto dei coloni o dei pellegrini ebrei[134].

La Corte ammette quasi sempre la liceità delle misure protettive dei coloni e si limita a esercitare una funzione limitativa dei provvedimenti abnormi attraverso la struttura argomentativa della proporzionalità[135]. In alcuni casi l'applicazione del criterio di proporzionalità giustifica la decisione di ordinare la modifica delle modalità di attuazione del provvedimento. In questo modo, ad esempio, le decisioni adottate hanno imposto al Comandante di modificare in alcuni settori il tracciato della Barriera difensiva quando l'equilibrio tra gli interessi di sicurezza e i diritti della popolazione palestinese non è stato ritenuto proporzionale[136]. In un altro caso, la Corte ha ritenuto non proporzionale la decisione di vietare alla popolazione palestinese l'accesso ai propri terreni agricoli per proteggere la stessa popolazione palestinese dagli atti di violenza di alcuni coloni[137]. In una diversa occasione, la Corte ha censurato la destinazione di una strada all'uso esclusivo dei coloni per la tutela di due "insediamenti" di qualche centinaio di individui a scapito della popolazione locale palestinese di alcune decine di migliaia di persone[138]. Se si escludono

[134] *Haas*, cit., paragrafi 14-20; *Bethlehem*, cit., paragrafi 12-17.

[135] Un caso recente costituisce una limitata eccezione: *Abu Safiya v. Minister of Defense, HCJ 2150/07*, sentenza del 5 marzo 2008, paragrafi 15-26. In tal caso la Corte ha sostenuto che il Comandante militare fosse sprovvisto di autorità per l'adozione di un provvedimento di bando totale alla circolazione per la popolazione palestinese su una strada di grande traffico in Cisgiordania. Non si tratta quindi di una mera verifica della proporzionalità del provvedimento, ma di un rilievo di carenza di potere. Allo stesso tempo, però, la Corte ha affermato che lo stesso Comandante militare può adottare provvedimenti di limitazione temporanea della circolazione su tale strada anche al fine di proteggere i pendolari israeliani che se ne servono abitualmente per effettuare tragitti da Israele a Israele con il solo attraversamento della Cisgiordania. In questo modo la platea dei contro-interessi che possono essere bilanciati con i diritti della popolazione protetta si amplia. La popolazione palestinese può sopportare una limitazione dei propri diritti non solo in ragione degli interessi dei coloni e dei pellegrini, ma anche per questioni connesse alla sicurezza dei pendolari israeliani. Sul punto v. G. HARPAZ, Y. SHANY, *The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law*, in *Israel Law Review*, 210, p. 514 ss.

[136] *Beit Sourik*, cit., par. 86. Nella propria giurisprudenza la Corte ammette che la costruzione della barriera possa essere destinata non solo alla protezione degli insediamenti, ma anche alla protezione dei piani di espansione degli stessi. V. sul punto, *Yassin, Bil'in Village Chairman*, cit., par. 42, dove a essere censurata nel giudizio di proporzionalità è solo quella parte del tracciato che mirava a inglobare una porzione di terreno palestinese destinato a ospitare un piano di espansione non ancora approvato ufficialmente. Il settore della barriera relativo alla protezione del piano di espansione ufficialmente approvato è invece considerato compatibile con il giudizio di proporzionalità.

[137] *Morar,* cit., paragrafi 25-26.

[138] Si trattava nel caso di specie di un *outpost* illegale (anche nel diritto amministrativo israeliano) e di un *ex-outpost* poi riconosciuto dal Governo come insediamento civi-

questi casi specifici in cui il criterio di proporzionalità permette di temperare gli effetti sulla popolazione protetta delle misure adottate dal Comandante militare, l'esito del giudizio di proporzionalità è quasi sempre favorevole agli interessi dei cittadini israeliani. Gli interessi della popolazione protetta, anche perché qualificati giuridicamente con quasi esclusivo riferimento alla libertà di movimento e al diritto di proprietà, soccombono nel bilanciamento con le esigenze di sicurezza.

L'interrogativo fondamentale a fronte di una giurisprudenza di questo tipo consiste nel comprendere quale sia il ruolo del divieto di trasferimento della popolazione della Potenza occupante nel territorio occupato di cui all'articolo 49 della Quarta Convenzione. Per ragioni politicamente comprensibili, la Corte non ha affrontato nelle proprie decisioni recenti il tema della liceità degli insediamenti e del trasferimento dei coloni nel Territorio occupato. Nelle rare occasioni in cui ha preso posizione direttamente in materia essa ha affermato che il tema non era oggetto del giudizio o che la questione era ininfluente per la soluzione del caso[139]. Se si considera che la Corte è giunta a bilanciare i diritti delle persone protette con quelli dei coloni e con quelli dei cittadini israeliani episodicamente presenti nel territorio occupato, mi sembra al contrario che il divieto posto dall'articolo 49 non possa essere ignorato e sia rilevante per l'analisi della liceità dei provvedimenti protettivi adottati dal Comandante militare. Non vedo come si possa considerare irrilevante il fatto che su quest'ultimo grava, in ultima analisi, l'obbligo di non alterare l'equilibrio demografico del territorio occupato. Quest'obbligo si sostanzia nel divieto di trasferire la popolazione della Potenza occupante nel territorio occupato e, qualora questo trasferimento sia avvenuto, nell'obbligo di porre termine all'illecito ripristinando la situazione esistente in precedenza[140]. Nei casi in cui venga in oggetto una limitazione dei diritti delle persone protette in ragione delle esigenze dei coloni, la legalità degli insediamenti è dunque rilevante.

Al riguardo si possono proporre almeno due diversi argomenti. Una prima soluzione, più radicale, deriva dall'illiceità del trasferimento dei coloni nel territorio occupato, sancita da un divieto assoluto, la preclusione di ogni forma di bilanciamento tra i diritti delle persone protette e quelli dei coloni. Argomentando dal fatto che i coloni non sono persone

le, ma costruito comunque senza permessi di edificazione. La popolazione totale delle due comunità ammontava a 150 persone circa. *Deir Samit Village Council v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 3969/06, sentenza del 22 ottobre 2009, paragrafi 2, 32.

[139] *Mara'abe*, cit., para. 20

[140] Cfr., *mutatis mutandis*, *Conséquences juridiques*, cit., paragrafi 152-153.

protette dal diritto umanitario e che il loro trasferimento nel territorio occupato è vietato, si potrebbe ritenere che al Comandante militare sia preclusa ogni attività protettiva che incida sul godimento dei diritti delle persone protette. Il concetto di sicurezza di cui all'articolo 43 e le clausole di deroga contenute nelle norme che tutelano la proprietà nel territorio occupato non potrebbero essere riferite ai coloni che non sono persone protette dal diritto umanitario e non hanno titolo a risiedere nel territorio[141]. In realtà il diritto umanitario impone al comandante militare di evacuare i coloni e non di proteggerli. La prima soluzione porta a negare che sia possibile qualsiasi tipo di compressione dei diritti delle persone protette in ragione degli interessi di chi non ha titolo a risiedere nel territorio occupato.

Una seconda soluzione ammette in misura minima la possibilità di bilanciare i diritti della popolazione protetta e la protezione dei coloni, ma richiede che l'operazione di bilanciamento tenga in considerazione l'illiceità degli insediamenti. Il bilanciamento tra i diritti della popolazione protetta sanciti dal diritto umanitario e gli interessi alla sicurezza dei coloni non può essere di tipo orizzontale, ma deve essere compiuto in modo ponderato, tenendo conto della diversa posizione giuridica delle due categorie di individui. La seconda posizione ammette una minima forma di bilanciamento tra interessi dei coloni e diritti della popolazione protetta, ma impone che l'illiceità della presenza dei coloni sia "pesata" nel bilanciamento. Le misure protettive adottate dalle autorità militari israeliane devono essere quantomeno coordinate con l'obbligo di porre fine alla presenza dei coloni nel territorio occupato. La protezione della sicurezza dei coloni in base all'articolo 43 del Regolamento dell'Aja non può legittimare l'adozione di misure protettive che tendano a rendere permanente la presenza dei coloni nel territorio occupato. La limitazione dei diritti delle persone protette al fine di proteggere i coloni illecitamente presenti nel territorio occupato è possibile solo su base temporanea per realizzare contestualmente la loro evacuazione dal territorio occupato. Ne deriva che non è possibile ipotizzare l'attribuzione ai coloni del diritto al godimento dell'intero *bill of rights* del costituzionalismo moderno. La protezione loro fornita deve limitarsi rigorosamente alla protezione del diritto alla vita in vista dell'evacuazione dal territorio. La limitazione dei diritti delle persone protette deve essere sempre ridotta al minimo indispensabile per salvaguardare l'interesse essenziale della vita dei coloni.

[141] Cfr. GROSS, *Human Proportions*, cit. pp. 17-18, 21-22, che dimostra come il concetto di sicurezza utilizzato dalla Corte incorpori in sé i diritti dei coloni e degli altri cittadini israeliani presenti nel Territorio occupato.

Se però le attività di protezione non s'inseriscono in un piano credibile di evacuazione dal territorio occupato la possibilità di limitare i diritti delle persone protette si esaurisce.

Mi sembra che la seconda soluzione sia la più persuasiva. Essa contempera due obblighi derivanti dal diritto umanitario che gravano simultaneamente in capo al Comandante militare: quello di porre fine all'illecita presenza dei coloni nel territorio occupato e quello di garantire nello stesso territorio l'ordine pubblico e la sicurezza. Anche a prescindere dalla possibilità di riferire ai coloni il concetto di "vita pubblica" di cui all'articolo 43, mi pare che sia la stessa idea di "ordine pubblico" a essere incompatibile con gli attacchi all'incolumità dei coloni. È irrealistico pensare che la protezione fornita ai coloni non possa mai comportare una minima compressione dei diritti attribuiti dal diritto umanitario alle persone protette. Tale compressione è ammissibile però solo per la realizzazione di un altro obbligo sancito dal diritto umanitario: l'attuazione di un piano per l'evacuazione dal territorio occupato.

La soluzione che emerge dalla giurisprudenza della Corte è radicalmente diversa. I diritti delle persone protette e gli interessi dei coloni sono bilanciati su un piano di parità formale, ma in realtà i secondi tendono a prevalere per il fatto di essere formulati con riferimento al valore preminente della sicurezza. L'obiettivo delle misure protettive tende a spostarsi dalla protezione della sicurezza dei coloni in quanto singoli individui alla protezione degli insediamenti[142] e, addirittura, dei loro piani di espansione[143]. La staticità inevitabilmente connessa all'obiettivo della protezione degli insediamenti si traduce nell'adozione di misure con una forte attitudine a durare nel tempo e grandemente limitative dei diritti delle persone protette. La giurisprudenza della Corte legittima la requisizione dei terreni per la costruzione di barriere fisiche e di strade dedicate all'uso esclusivo dei coloni. L'obbligo di evacuare i coloni dal territorio occupato non è considerato nel bilanciamento, se ne afferma anzi la totale irrilevanza. In questo quadro l'attribuzione dei diritti umani ai coloni su un piano di parità formale, e in realtà di preminenza sostanziale, rispetto ai diritti delle persone protette perpetua il trasferimento dei coloni stessi nel territorio occupato e configura una violazione del divieto inderogabile posto dall'articolo 49.

[142] GROSS, *The Construction*, cit., pp. 415-418.
[143] V. *supra*, nota 128.

7. Considerazioni conclusive

La proporzionalità è una struttura argomentativa che richiede estrema attenzione e che si presenta in forme diverse nella tutela dei diritti umani e nel diritto umanitario. Sottesi allo stesso *nomen juris* coesistono due concetti diversi che condividono soltanto un lontano legame di parentela. Nella tutela dei diritti umani, la proporzionalità contribuisce a rendere prevedibile l'esercizio della discrezionalità dell'interprete e può fornire alle parti di una controversia uno schema dialettico per la presentazione del proprio argomento. Nel diritto umanitario, essa affronta un compito al limite del possibile, il tentativo di attribuire un contenuto a quello che dovrebbe essere il "giusto" equilibrio tra il vantaggio militare e le perdite tra i civili.

Per comprendere il significato e la funzione della proporzionalità in diversi corpi giuridici è importante riconoscere che esistono vari criteri d'integrazione o d'interpretazione delle norme aperte. La proporzionalità è solo uno tra essi e le norme continuano a dover essere interpretate nella loro individualità. Riconoscere l'esistenza di standard integrativi o interpretativi diversi aiuta però a comprendere come il problema dell'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani non si possa risolvere attraverso il trasferimento di modelli giuridici che sono propri di un gruppo di norme all'altro.

Nel caso della giurisprudenza sui Territori palestinesi occupati, il ricorso al criterio di proporzionalità permette di censurare i provvedimenti illogici o abnormi adottati dall'amministrazione militare israeliana, ma ammette al contempo pesantissime limitazioni dei diritti delle persone protette. Secondo una logica tipica della normazione per principi, il ricorso alla proporzionalità legittima retoricamente quella che in realtà è una violazione di alcuni divieti assoluti del diritto umanitario. Attraverso l'attribuzione di un catalogo ampio di diritti a un gruppo d'individui illecitamente presenti sul territorio si distorce l'equilibrio degli interessi previsto dal diritto umanitario. In questo modo l'interazione tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani viene retta surrettiziamente dalla struttura argomentativa della proporzionalità. Sul piano retorico un argomento di questo tipo ha un indubbio vantaggio poiché è molto difficile riconoscere che possa essere l'erronea attribuzione di diritti individuali a una categoria a determinare la violazione di un corpo giuridico.

Nel caso della *Interpretive Guidance* il ruolo della proporzionalità è parzialmente diverso. L'introduzione nel documento di un riferimento alla proporzionalità nell'uso della forza letale contro i combattenti e i partecipanti alle ostilità dovrebbe bilanciare alcune scelte interpretative

restrittive della protezione fornita ai civili. In assenza di un sistema istituzionale che garantisca la definizione nel tempo del contenuto della proporzionalità, si tratta però, a mio avviso, di una soluzione velleitaria. Oltre a questo, sembra che il potenziale retorico della proporzionalità abbia contribuito a occultare l'esigenza di comprendere pienamente in quella sede il rapporto tra diritto umanitario e norme a tutela dei diritti umani. Per i casi difficili dei territori occupati e dei conflitti armati non-internazionali erano forse disponibili delle linee argomentative più persuasive che sono state tralasciate.

SECONDA SESSIONE

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI. INTRODUZIONE

Angelo DAVÌ·

L'emersione del tema dei diritti umani sulla scena del diritto internazionale privato è un fenomeno relativamente recente ma che è venuto con estrema rapidità ad assumere un'importanza fondamentale, e fino a pochi anni fa non facilmente prevedibile, come elemento di cui tener conto per il raggiungimento dell'obiettivo di una regolamentazione armoniosa delle relazioni interindividuali che presentano contatti con più ordinamenti giuridici o, in particolare, per la determinazione del punto di equilibrio più appropriato tra le contrastanti esigenze di apertura dell'ordinamento del foro agli ordinamenti stranieri, necessaria ad assicurare il rispetto e la continuità internazionale di diritti e situazioni giuridiche legittimamente acquisiti all'estero, e di chiusura nei casi in cui occorra invece proteggere preminenti valori dell'ordine interno. Per molto tempo aveva regnato quasi incontrastata l'idea dell'impossibilità o almeno dell'inutilità di un confronto tra le norme di diritto internazionale privato e i diritti umani, in quanto le prime non avrebbero costituito che il mero strumento tecnico per l'individuazione del diritto applicabile alle relazioni giuridiche sostanziali e non avrebbero quindi partecipato direttamente alla regolamentazione del loro contenuto. Per di più, provvedendo generalmente le norme di diritto internazionale privato a ripartire le varie categorie di rapporti da disciplinare tra i diversi ordinamenti statali sulla base di puri criteri spaziali di localizzazione, come tali avulsi dalla considerazione del contenuto delle norme sostanziali rese per loro tramite applicabili, esse sarebbero state per definizione neutrali riguardo all'assetto degli interessi materiali in gioco.

Questo mito della neutralità sostanziale delle norme di conflitto era destinato a crollare sotto i colpi delle celebri decisioni delle corti costituzionali tedesca e italiana, rese rispettivamente nel 1982 e nel 1987 (ma in

· Professore Ordinario di Diritto internazionale, Facoltà di giurisprudenza, Università di Roma "La Sapienza".

qualche modo preparate da un'altra famosa decisione dei giudici di Karlsruhe, la c.d. *Spanierentscheidung* del 1971), che ammisero la possibilità, fino ad allora per lo più negata, di sottoporle a controllo di costituzionalità ed annullarono, per contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza dei sessi, le disposizioni che nel diritto internazionale privato della famiglia attribuivano prevalenza alla legge nazionale dell'uomo su quella della donna. Le discussioni dottrinali provocate dalla giurisprudenza delle due corti misero in rilievo che il grado di astrazione delle norme di diritto internazionale privato dai valori sociali sottesi alle materie oggetto della loro regolamentazione era molto minore di quanto si fosse fino ad allora creduto, dato che tali norme sono in realtà sempre imbevute dello spirito degli istituti di diritto sostanziale cui si riferiscono. Le disposizioni discriminatici in base al sesso annullate dalle ricordate decisioni riflettevano infatti chiaramente concezioni patriarcali del diritto di famiglia che sul terreno del diritto materiale erano state ormai largamente superate. Comunque, anche a prescindere da questa constatazione, è innegabile che le norme di diritto internazionale privato, in quanto regolatrici, seppure in concorso con altre norme di diverso tipo, della vita giuridica internazionale delle persone, sono capaci di incidere decisivamente sulla permanenza e sulla effettività dei diritti soggettivi e delle altre situazioni giuridiche individuali attraverso le frontiere. Ciò è già ampiamente sufficiente a far sorgere il problema del controllo della loro compatibilità con i diritti fondamentali della persona umana riconosciuti e tutelati sia dalle costituzioni nazionali, sia dalle convenzioni internazionali relative ai diritti dell'uomo. Anche queste ultime, del resto, occupano ormai (direttamente od indirettamente) nella maggior parte degli ordinamenti nazionali una posizione di superiorità gerarchica rispetto alle fonti normative interne di rango legislativo e sono quindi perfettamente idonee a proporsi, al pari delle stesse norme costituzionali, come parametri alla cui stregua deve venire valutata la legittimità delle norme di diritto internazionale privato interferenti con il godimento dei diritti fondamentali da esse tutelati. È anzi interessante ricordare in proposito che in un ordinamento come quello francese, che fino alla recente riforma costituzionale in vigore dal 2010 non ammetteva un controllo successivo di costituzionalità delle leggi ma ove l'art. 55 della Costituzione del 1958 attribuisce già da quell'anno ai trattati regolarmente stipulati un'autorità superiore a quella delle prime, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le altre convenzioni internazionali rilevanti in materia hanno rappresentato per lungo tempo i soli parametri di legittimità delle disposizioni legislative potenzialmente confliggenti con i diritti fondamentali della persona umana. Nella dottrina francese si è consolidato al

riguardo l'uso della nozione di "controllo di convenzionalità" delle leggi interne nello stesso senso in cui noi parliamo di controllo della loro costituzionalità.

Parallelamente all'avvio di questa evoluzione delle idee della dottrina, anche gli organi di controllo del rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – la Corte e la Commissione allora esistente – cominciavano ad essere investiti dei primi ricorsi individuali concernenti decisioni nazionali relative a diversi aspetti della disciplina dei rapporti giuridici tra privati aventi carattere di internazionalità. La giurisprudenza di Strasburgo in materia di diritto internazionale privato costituisce ormai un *corpus* molto consistente ed a sua volta in continua evoluzione.

In anni più recenti un'importanza assai considerevole è stata assunta poi dagli altrettanto rapidi sviluppi del processo di integrazione europea, che hanno determinato il sorgere di una serie ampia e varia di problemi di compatibilità dei sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri dell'Unione con le libertà economiche e di circolazione garantite agli individui dai trattati istitutivi di quest'ultima. Come la dottrina non ha mancato di sottolineare, era d'altronde inevitabile che il diritto internazionale privato e il diritto dell'Unione europea, i quali entrambi hanno ad oggetto, seppure da differenti prospettive, il coordinamento degli ordinamenti giuridici nazionali, finissero, presto o tardi, per incrociare i loro cammini rispettivi. Dal punto di vista sistematico la questione di sapere se tutte le libertà individuali riconosciute dai trattati istitutivi dell'Unione assurgano al rango di diritti fondamentali è certo aperta a discussione. Tuttavia almeno per alcune di esse una risposta affermativa è probabilmente giustificata, dal momento che sia le libertà di circolazione che quelle di carattere economico rappresentano rilevanti estrinsecazioni della personalità umana, come tali protette non di rado a livello costituzionale negli ordinamenti interni degli Stati membri. In ogni caso, in virtù del principio del primato spettante al diritto dell'Unione sulle legislazioni nazionali, le libertà individuali da questo stabilite costituiscono necessariamente dei parametri normativi gerarchicamente superiori ai quali va commisurata la legittimità di eventuali restrizioni suscettibili di essere provocate dall'applicazione di contrastanti regole di diritto internazionale privato presenti negli ordinamenti degli Stati membri. Sotto tale profilo l'impatto del diritto dell'Unione sui sistemi nazionali di conflitto è dunque perfettamente equivalente a quello prodotto dai diritti fondamentali della persona umana tutelati dalle costituzioni interne e dalle convenzioni internazionali. Non va poi dimenticato che i diritti e le libertà fondamentali proclamati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo formano comunque ormai parte integrante anche dell'ordinamento

dell'Unione, la quale è anzi in procinto di aderire direttamente alla stessa convenzione. È quindi tutt'altro che da escludere che negli anni a venire la Corte di giustizia dell'Unione, notoriamente propensa ad accordare quasi sempre priorità all'esigenza del rispetto delle libertà individuali istituite dai trattati, la quale coincide generalmente con quelle dello sviluppo dell'integrazione, sulle contrarie esigenze degli ordinamenti interni degli Stati membri, possa essere indotta a trarre dall'interpretazione delle disposizioni della convenzione conseguenze di più ampia portata di quelle che ne ha ricavato finora la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i cui orientamenti si ispirano invece di solito a criteri di maggior prudenza. Le due recenti decisioni tanto radicalmente innovative emesse dalla Corte di giustizia in tema di diritto al nome nei casi *Garcia Avello* e *Grunkin e Paul* rappresentano significativi indizi in questa direzione.

Fondata sulla triplice base che si è detta – costituzioni interne, convenzioni internazionali e diritto dell'Unione europea – la problematica dei rapporti tra tutela dei diritti umani e diritto internazionale privato si è progressivamente estesa fino a coprire interamente tutti e tre i settori principali in cui quest'ultimo si articola: regolamentazione dei conflitti di leggi in senso stretto nonché, sotto la specie del diritto ad un equo processo, competenza giurisdizionale internazionale e riconoscimento ed esecuzione delle decisioni estere. Più precisamente può dirsi, secondo una bipartizione divenuta ormai frequente nelle analisi dottrinali dedicate all'argomento, che tale problematica permea di sé entrambe le funzioni fondamentali che vengono tradizionalmente assegnate ai sistemi di diritto internazionale privato ed alle quali ho dianzi accennato, e cioè la funzione di apertura dell'ordinamento del foro agli ordinamenti stranieri, volta a garantire la continuità e l'effettività della protezione dei diritti dei singoli nelle situazioni di carattere transnazionale, e quella di chiusura, diretta viceversa a soddisfare esigenze di difesa di essenziali valori giuridici interni. In questa prospettiva è proprio la considerazione della dimensione dei diritti umani che assume sempre più spesso nel caso concreto il ruolo di discrimine per l'attribuzione di prevalenza all'una o all'altra funzione.

Va poi aggiunto che un consistente potenziamento ed ampliamento dell'incidenza dei diritti umani sul modo di essere e di operare dei sistemi di diritto internazionale privato è giunto dal superamento della ristretta concezione che qualificava almeno alcuni dei diritti in questione come semplici diritti di libertà rispetto ai quali sarebbe stato sufficiente imporre agli Stati un puro dovere negativo di astensione dall'interferire nel loro esercizio. Si è infatti definitivamente consolidata la tendenza a riconoscere che anche quei diritti che sono suscettibili di essere così qualificati

richiedono ugualmente, al pari di ogni altro, l'espletamento da parte degli Stati di azioni *positive* finalizzate a creare le condizioni necessarie per assicurarne il pieno godimento. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo l'esistenza di siffatti obblighi di agire in modo positivo è stata affermata a partire dalla nota decisione del 1979 relativa al caso *Marckx*, che ha interpretato l'art. 8 della convenzione come attributivo ai singoli di un diritto avente ad oggetto non già il solo "rispetto" della propria vita privata e familiare da parte del potere pubblico ma anche l'adozione di appropriate misure – non importa se legislative, giudiziarie o di amministrazione – miranti a consentirne un adeguato sviluppo. Nel diritto dell'Unione europea la stessa esigenza trova chiaro fondamento, in riferimento alle libertà economiche e di circolazione previste dai trattati istitutivi, nel principio di "leale cooperazione" tra Unione e Stati membri enunciato dall'art. 4 del Trattato sull'Unione.

Questa combinazione di obblighi di azione positiva e negativa dello Stato, deducibili talvolta dall'analisi del contenuto precettivo di una medesima disposizione e suscettibili non di rado di porsi in un rapporto reciproco di carattere dialettico, è riscontrabile in ciascuno dei tre settori principali del diritto internazionale privato sopra menzionati. Per quanto concerne il diritto internazionale privato in senso stretto, e cioè la materia dei conflitti di leggi, si sta, in particolare, facendo strada un indirizzo favorevole a desumere dal diritto al rispetto della vita privata e familiare oppure dalle libertà di circolazione istituite dal diritto dell'Unione europea la sussistenza, almeno in certi casi, di un obbligo positivo di riconoscere gli *status* personali o familiari costituiti all'estero, sia pure in applicazione di una legge diversa da quella designata come applicabile dalle regole di conflitto di tipo classico dell'ordinamento del foro, anche quando, non traendo tali situazioni origine da un provvedimento giurisdizionale, il loro riconoscimento non possa aver luogo per il tramite delle usuali procedure relative all'attribuzione di efficacia alle decisioni straniere ma richieda il ricorso a tecniche internazionalprivatistiche apposite e specifiche. Si tratta del metodo attualmente denominato dalla letteratura di lingua francese *méthode de la reconnaissance* in contrapposizione alla più tradizionale *méthode des conflits de lois*. Gli obblighi negativi, che finiscono frequentemente per risolversi, all'opposto, in sostanziali divieti di riconoscimento, consistono invece nella proibizione di accordare ingresso nell'ordinamento del foro – o talora anche semplicemente rilevanza (come nel caso di accoglimento del rinvio operato da norme straniere di diritto internazionale privato discriminatrici in base al sesso) – a norme o valori giuridici stranieri atti a determinare la lesione di uno dei diritti fondamentali garantiti. Considerata in questa funzione

antagonista al coordinamento con l'esterno, la protezione dei diritti umani viene così ad assumere un ruolo del tutto corrispondente a quello normalmente ricoperto negli ordinamenti nazionali dalla clausola di ordine pubblico, sia che si collochi relativamente ad essa in posizione di autonomia concettuale e sistematica, sia che entri semplicemente a formare parte integrante del suo contenuto, come avviene, ad esempio, nell'art. 6 della legge di introduzione al codice civile tedesco.

La medesima tensione tra obblighi positivi e negativi si manifesta anche nel settore della competenza giurisdizionale internazionale, ove la realizzazione del diritto ad un processo equo comporta la necessità di attuare un corretto bilanciamento tra le contrapposte esigenze di tutela dell'attore e del convenuto, conferendo all'ambito della giurisdizione dello Stato una estensione che, da una parte, risulti adeguata ad assicurare al primo ragionevoli possibilità di accesso alla giustizia e, dall'altra, non sia di così ampia portata da imporre al secondo l'onere di difendersi davanti ai tribunali di uno Stato estero in mancanza di un sufficiente collegamento della controversia o della persona dello stesso interessato con la sfera sociale dello Stato in questione. La presa di coscienza del valore preminente di siffatte esigenze ha, tra l'altro, contribuito a determinare in diversi paesi europei opportune revisioni di discutibili regole legislative o significativi *revirements* giurisprudenziali. Ricordo, in particolare, tra questi ultimi, il ridimensionamento operato in via interpretativa dal *Bundesgerichtshof* tedesco della portata di un foro notoriamente esorbitante quale il *Gerichtsstand des Vermögens* previsto dal § 23 della *Zivilprozessordnung* e, tra le prime, l'abrogazione dell'art. 126, terzo comma, del codice di procedura civile olandese che attribuiva giurisdizione, senza limiti di materia, al giudice del domicilio dell'attore pur in assenza di domicilio o residenza del convenuto nel paese o di qualsiasi altro elemento sostanziale di contatto del foro con la lite.

La situazione non muta neppure nel campo del riconoscimento delle decisioni straniere. Anzitutto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è ormai nettamente orientata – ed a ragione – ad ammettere l'integrale applicabilità del principio del giusto processo anche ai procedimenti concernenti l'attribuzione di efficacia e l'esecuzione di tali decisioni. Ne deriva che tanto il rifiuto di concedere l'*exequatur*, ove non sia supportato dalla presenza di giustificate ragioni ostative, quanto l'accoglimento della domanda volta ad ottenerlo, qualora la decisione straniera che ne forma oggetto sia stata emessa all'esito di un procedimento non rispettoso dei diritti fondamentali della difesa, possono costituire violazione del suddetto principio. La Corte si è pronunciata nel primo senso nella sentenza resa recentemente nel caso *Vrbica* e nel se-

condo, tra l'altro, nella sentenza relativa al caso *Pellegrini*. Inoltre, e a prescindere dagli indicati aspetti di carattere procedurale, la stessa alternativa tra obbligo di concedere o di non concedere il riconoscimento può riproporsi in riferimento al contenuto decisorio del provvedimento estero. La situazione giuridica sostanziale accertata o costituita da quest'ultimo può infatti rappresentare un elemento tanto essenziale della personalità o della vita privata o familiare del suo titolare, come di frequente avviene nel settore degli *status*, che il rifiuto non adeguatamente motivato di estenderne l'efficacia all'ordinamento del foro può rivelarsi incompatibile con il rispetto dei diritti umani. Inversamente, potrebbe trattarsi di una situazione da non riconoscere in quanto irrimediabilmente contrastante con l'uno o l'altro di tali diritti.

Ma l'*emprise* dei diritti dell'uomo sul diritto internazionale privato si è spinta fino ad investire, sempre sotto il profilo dell'obbligo di adottare misure positive, anche aspetti della materia esterni al suo nucleo centrale, quale in special modo la cooperazione giudiziaria internazionale. In proposito si è formata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo una ricca ed interessante casistica concernente, in particolare, la possibilità di ricondurre nell'alveo del diritto al rispetto della vita familiare le misure intese ad assicurare il ricongiungimento dei minori con i genitori cui essi siano stati illecitamente sottratti previste dalla Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori del 1980. Attraverso la qualificazione degli obblighi imposti al riguardo da tale convenzione agli Stati che ne sono parti come una specificazione di quelli risultanti per gli stessi Stati, qualora siano parti anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dal loro impegno di rispettare la vita familiare delle persone soggette ai loro poteri sovrani la Corte ha così finito per estendere, benché solo di fatto ed indirettamente, la propria competenza all'interpretazione di almeno alcune disposizioni della prima convenzione nonché al controllo della loro corretta applicazione. Ciò è quanto è avvenuto specialmente nei casi *Ignaccolo – Zenide*, *Sylvester* e *Iglesias Gil*.

Come si vede, la protezione interna ed internazionale dei diritti umani esercita oggi una rimarchevole influenza in tutti i settori del diritto internazionale privato. Ciò d'altronde non può certo sorprendere, dal momento che il carattere distintivo di questi diritti è proprio quello di prendere in considerazione l'essere umano in quanto tale e quindi indipendentemente dalla sua appartenenza ad una determinata comunità statale o dalla entità dei legami che possieda con essa. Ma in realtà, al di là dell'incidenza, pur penetrante, che possono avere sulla soluzione di questioni specifiche e concrete, i diritti umani svolgono riguardo al diritto

internazionale privato nel suo complesso un ruolo anche più importante e pervasivo. Sebbene sia probabilmente vero che il diritto internazionale consuetudinario classico, inteso quale diritto che regola la coesistenza degli Stati e la delimitazione delle sfere rispettive di sovranità, non contiene norme che impongano direttamente ad essi l'obbligo di avere un complesso di disposizioni interne che rendano possibile, nei congrui casi, l'applicazione del diritto straniero o il riconoscimento dell'applicazione che possa esserne stata effettuata all'estero, va tuttavia acquistando sempre maggior diffusione in dottrina la percezione del fatto che un effetto simile costituisce comunque una necessaria implicazione proprio dell'esigenza, internazionalmente imposta, di assicurare un sufficiente grado di tutela di tali diritti anche nelle situazioni di carattere transnazionale. La stabilità e la continuità della vita giuridica delle persone attraverso le frontiere – e in particolare il riconoscimento dei diritti legittimamente acquisiti all'estero, salvo che non sussistano giustificati motivi di rifiuto – rappresentano infatti, soprattutto nel mondo contemporaneo, condizioni fondamentali della libera esplicazione della personalità umana. Di conseguenza, gli ostacoli che possano esservi frapposti dalle diversità di contenuto e di pretese di applicazione nello spazio dei singoli sistemi giuridici statali possono determinare l'ingiusto sacrificio di valori umani essenziali. La protezione, interna ed internazionale, dei diritti umani viene così ad assurgere al rango di vero e proprio fondamento del diritto internazionale privato, considerato, quest'ultimo, nella sua duplice funzione di apertura al diritto straniero e di controllo della conformità di esso a principi irrinunciabili di civiltà giuridica. Nel complesso può dirsi dunque che, se l'espansione attualmente raggiunta dal rilievo dei diritti umani nel campo della disciplina giuridica della vita internazionale delle persone ha introdotto una serie di limiti e di condizionamenti fino a pochi anni or sono inesistenti o ignorati nel funzionamento dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato, d'altra parte essa li ha anche – e in misura assai cospicua – arricchiti e potenziati, contribuendo in tal modo a sfatare il mito di quella che Günther Beitzke, in un famoso articolo pubblicato nel 1973, definiva la "Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten".

DROITS DE L'HOMME ET RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DES SITUATIONS PERSONNELLES ET FAMILIALES

Patrick KINSCH*

SOMMAIRE: 1. Introduction. L'approche casuistique de la Cour européenne des droits de l'homme. Les affaires *Wagner c. Luxembourg* et *Négrépontis c. Grèce* – 2. Un droit procédural ou substantiel? – 2.1 Approche procéduraliste – 2.2 Approche substantiviste – 3. Condition préalable d'application de la protection de la Convention européenne des droits de l'homme: la confiance légitime des parties dans les droits résultant de la situation acquise à l'étranger – 4. Fonctionnement et limitations du droit à la reconnaissance des situations – 5. Conclusion

1. Introduction. L'approche casuistique de la Cour européenne des droits de l'homme. Les affaires Wagner c. Luxembourg et Négrépontis c. Grèce

La question des conditions de la reconnaissance, dans l'Etat du for, des situations constituées judiciairement ou extrajudiciairement dans un autre Etat fait l'objet, actuellement, d'une attention renouvelée. Pendant longtemps, elle pouvait être considérée comme résolue par le triomphe du paradigme conflictualiste classique : pour juger de la validité de l'acquisition d'une situation, il fallait nécessairement connaître la loi applicable à son acquisition ; et cette loi ne pouvait être que celle du for de la reconnaissance, dont la règle de conflit s'appliquait ainsi à la fois à l'acquisition d'une situation sur le territoire du for (mettons: un mariage célébré devant l'officier de l'état civil du for) et à la reconnaissance des situations acquises à l'étranger (comme par exemple les mariages célébrés à l'étranger). Si ce paradigme classique n'est certes pas définitivement abandonné[1], il n'en reste pas moins qu'il n'est plus

* Avocat, Professeur invité à l'Université du Luxembourg.

[1] Pour une récente défense et illustration de ce paradigme, voir A.V.M. STRUYCKEN, *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement*, *Recueil des cours*, vol. 311 (2004, publié en 2009), en particulier les n^{os} 33 (où l'auteur relève qu'alors même que « legal truth is relative as it is restricted to the community in

incontesté, et qu'une méthode concurrente, qui propose d'accepter de reconnaître les situations constituées conformément à un système *étranger* de droit international privé, est en train de le concurrencer sérieusement, tant en doctrine[2] qu'en droit international privé positif[3].

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est susceptible d'être invoquée, dans certains cas, à l'appui de résultats que permet d'atteindre la méthode de la reconnaissance. Encore convient-il de respecter l'approche particulière de la Cour européenne des droits de l'homme qui n'a pas, ne peut pas avoir et ne doit pas avoir l'ambition de construire un système de droit international privé. Ce n'est pas là sa mission, ce n'est pas ce qu'elle ferait le mieux et c'est, en fait, directement contraire à sa méthode : selon une jurisprudence constante, il n'appartient pas à la Cour d'examiner dans l'abstrait la compatibilité du droit interne avec la Convention, mais son rôle consiste à se pencher sur l'application de mesures spécifiques aux faits de chaque cause[4]. La Cour est une juridiction dont la mission est de vérifier que les *résultats* de l'application des règles nationales de droit international privé sont compatibles avec les exigences des droits de l'homme, mais non de substituer à ces règles l'application des normes de la Convention, dont la fonction n'est pas de régir directement l'ensemble des rapports de droit privé. Il en va de même d'ailleurs des juridictions nationales lorsqu'elles confrontent les résultats de l'application de leurs règles de droit international privé aux exigences des droits de l'homme. Ces juridictions, ou le législateur (national ou, de plus en plus, européen) en matière de droit international privé peuvent d'ailleurs, si et dans la mesure où ils le souhaitent, aller plus loin dans le sens de la

question », « for each community, there can be only one legal truth, truth is indivisible »), 208, 430 et s., 507.

[2] Voir notamment des travaux de P. LAGARDE : *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *RabelsZ* 2004, p. 225, 229-235; *La reconnaissance, mode d'emploi*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 481, et récemment l'*Embryon de règlement portant code européen de droit international privé*, articles 141 et s., *RabelsZ* 2011, p. 671.

[3] Cf. la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, art. 9; la Convention n° 32 de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés; ou en matière de conflits de juridictions (où, de toute manière, le contrôle de la loi appliquée par la juridiction d'origine du jugement tend à devenir exceptionnelle) le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et parentale.

[4] Jurisprudence constante, p.ex. l'arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, *Série A* n° 28, § 33.

reconnaissance des situations constituées conformément à un système étranger de droit international privé que ce qui est exigé par la jurisprudence de la Cour européenne[5], et le faire par référence à des fondements intellectuels autres que la défense des droits garantis par la Convention[6]. Ce dont il sera question dans cette contribution est le minimum dont la non-reconnaissance par un ordre juridique donné entraîne un risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme – mais aussi, peut-être, une solution de compromis entre le maintien rigoureux du paradigme conflictuel classique et la méthode de la reconnaissance.

Une juridiction qui affirme d'elle-même que son rôle n'est pas de procéder à un examen abstrait, mais de se livrer à un contrôle concret est assez inévitablement amenée à une approche casuistique des problèmes – approche qui l'éloigne un peu de la tradition continentale d'un droit codifié ou, du moins, pensé systématiquement mais qui a l'avantage, en contrepartie, de la souplesse. Nous le verrons en examinant la jurisprudence de la Cour européenne, et d'abord en présentant les faits à la base des deux affaires les plus nettes, et les plus spectaculaires dans la mesure où elles aboutirent à la condamnation des solutions adoptées, en l'espèce, par les systèmes nationaux de droit international privé[7].

Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg[8]

En droit international privé luxembourgeois, « les conditions requises pour adopter sont régies par la loi nationale du ou des

[5] Pour des exemples, voir *infra*, note 21.

[6] On peut songer à des fondements, anciens ou modernes, aussi divergents que le respect par courtoisie internationale ou par *comity* des ordres juridiques étrangers, la prise en considération du caractère essentiellement relatif de toutes les solutions des conflits de lois (cf. la conclusion du cours de F. VISCHER, *General Course on Private International Law*, *Recueil des* cours, vol. 232 (1992), p. 246), la volonté de favoriser une (saine ?) concurrence entre ordres juridiques, ou l'épanouissement maximal des libertés individuelles. Aucun de ces fondements n'est contraignant au regard des buts poursuivis par la Convention européenne des droits de l'homme (*contra*, il est vrai, l'interprétation et la critique de la jurisprudence de la Cour européenne – et de la C.J.U.E. – par T. MARZAL YETANO, *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law*, *J. Priv. Int'l L.* 6 (2010) 155, 191-192, selon laquelle « party autonomy is … an end in itself », et « emancipation's last stage would bring about the *personne sans loi* »).

[7] Deux autres affaires – *Hussin c. Belgique* (décision du 6 mai 2004, n° 70807/01) et *McDonald c. France* (décision du 29 avril 2008, n° 18648/04, *Rev. crit. DIP* 2008, 830 ; *JDI* 2009, 195) – aboutirent à des décisions d'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement, sans que ceci les rende dépourvues d'intérêt, comme on verra.

[8] Arrêt du 28 juin 2007, n° 76240/01, *D.* 2007, 2700; *Rev. crit. DIP* 2007, 807 ; *JDI* 2008, 183.

adoptants » (art. 370 C. civ.). Le droit civil luxembourgeois prévoit deux types d'adoption: l'adoption plénière qui est réservée aux seuls couples mariés (art. 367) et l'adoption simple qui est ouverte aux célibataires, mais qui ne rompt pas les liens de filiation de l'adopté avec sa famille d'origine.

Des années 1970 au début des années 1990, une pratique des officiers de l'état civil luxembourgeois consistait à accepter la transcription des jugements d'adoption étrangers sans en exiger l'exequatur et sans même procéder à un contrôle incident de ces jugements au regard des conditions légales, formulées par le droit international privé luxembourgeois, d'efficacité des jugements étrangers. Cette pratique avait permis à plusieurs femmes célibataires d'obtenir la transcription de jugements d'adoption plénière péruviens sur les registres de l'état civil luxembourgeois sans autres formalités, et de bénéficier en conséquence, *de facto*, du statut d'adoptantes au Luxembourg. Ce ne fut qu'en 1994 que « la pratique de la transcription des jugements péruviens d'adoption plénière sur les registres d'état civil luxembourgeois avait été subitement abrogée », sur intervention du Parquet. Se fiant à l'existence du système résultant de cette pratique, une célibataire luxembourgeoise, M^me^ Wagner, sollicita l'adoption d'un enfant au Pérou après avoir vérifié que le Pérou était le seul pays qui avait « conventionné » des organismes luxembourgeois d'aide à l'adoption et qui acceptait l'adoption par une femme célibataire. Le 9 novembre 1996, après un séjour de M^me^ Wagner de plusieurs semaines au Pérou, le tribunal péruvien prononça l'adoption de l'enfant au profit de la requérante – par application de la loi péruvienne. Elle emmena l'enfant au Luxembourg.

M^me^ Wagner se heurtera par la suite à la modification de la pratique administrative (son dossier a apparemment été le premier à être soumis au contrôle des autorités judiciaires luxembourgeoises) et au rejet de sa demande d'exequatur du jugement péruvien. Le refus de l'exequatur était fondé sur une des conditions de l'efficacité des jugements étrangers qui existent au Luxembourg: que le juge étranger ait appliqué la loi qui aurait été applicable si les tribunaux luxembourgeois avaient été directement saisis de la demande, ou du moins une loi qui produirait un résultat concret équivalent. L'adoption plénière prononcée au Pérou ne pouvait être reconnue au Luxembourg puisqu'une adoption plénière n'aurait pu être prononcée dans des circonstances semblables devant les tribunaux luxembourgeois au profit d'une célibataire.

M^me^ Wagner, agissant en son propre nom et en qualité de représentante légale de l'enfant adopté, introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme en reprochant au Luxembourg

d'avoir violé l'article 8 de la Convention européenne (droit au respect de la vie familiale) qui impliquerait, selon elle, que dans un Etat contractant, « une situation d'état civil créée légitimement dans un autre Etat devrait être reconnue de plein droit ». Elle fait encore grief à l'Etat d'avoir méconnu le droit des requérantes à la non-discrimination dans la jouissance d'un droit garanti par la Convention (art. 14).

La Cour lui donnera intégralement raison.

Négrépontis-Giannisis c. Grèce

Un moine grec, évêque de l'Eglise orthodoxe à Detroit aux Etats-Unis d'Amérique, y adopte son neveu majeur, lui-même résident aux Etats-Unis depuis trois ans pour ses études universitaires. Le fils adoptif ajoute le nom de son père adoptif à son propre nom patronymique ; il rentre, au terme de ses études, en Grèce et entretient, pendant 14 ans, des liens qui correspondent à une filiation adoptive avec son oncle, lequel revient lui-même en Grèce deux ans avant son décès. Le moine – autre aspect par lequel il se singularise – laisse une fortune personnelle suffisamment considérable pour que le fils adoptif et les frères et sœurs du défunt se lancent dans une bataille judiciaire sur son partage : le fils adoptif se prétend seul héritier, mais l'une de ses tantes saisit le tribunal d'Athènes pour qu'il soit déclaré que le défunt, en tant que moine, n'avait pas la capacité pour adopter un enfant et qu'en conséquence, le jugement d'adoption américain ne peut être reconnu en Grèce.

La Cour de cassation grecque, formation plénière, est saisie du cas. Elle consulte les décisions des conciles du premier millénaire et les traditions sacrées, auxquelles se réfère l'article 3 de la Constitution grecque[9] et auxquelles la Cour de cassation reconnaît des effets civils dans l'ordre juridique grec. Elle en déduit qu'en droit civil, un moine ne peut pas adopter et juge que la reconnaissance d'un jugement étranger prononçant une adoption par un moine orthodoxe « se heurte à l'ordre public international de l'article 33 du code civil et n'est pas autorisée ». Mais cette invocation d'un ordre public « d'après les conceptions religieuses et morales de l'Eglise Orthodoxe Orientale du Christ » ne résistera pas au contrôle opéré par la Cour européenne des droits de

[9] «La religion dominante en Grèce est celle de l'Eglise Orthodoxe Orientale du Christ. L'Eglise Orthodoxe de Grèce, reconnaissant pour Chef Notre Seigneur Jésus-Christ, est indissolublement unie, quant au dogme, à la Grande Eglise de Constantinople et à toute Eglise chrétienne du même dogme, observant immuablement, comme celles-ci, les saints canons apostoliques et synodiques ainsi que les saintes traditions. […]» (trad. fr. *in Recueil des constitutions européennes*, F. Delpérée, M. Verdussen et K. Biver, dir., Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 344).

l'homme, qui décidera que du fait du refus de reconnaître les effets en Grèce du jugement d'adoption américain, la Grèce a méconnu les droits du requérant – droits substantiels (droit au respect de la vie familiale, droit au respect des biens, droit à la non-discrimination) et droits procéduraux (droit au procès équitable, dont découle un droit à l'exécution internationale des jugements, même obtenus dans un Etat non contractant).

2. Un droit procédural ou substantiel?

2.1 Approche procéduraliste. – Le refus de la reconnaissance d'une situation acquise conformément à un système étranger de droit international privé, lorsqu'il s'agit d'une situation acquise judiciairement (tel un jugement d'adoption), peut être présenté, en premier lieu, comme un cas d'atteinte au droit, de nature procédurale, au procès équitable. L'idée est la suivante : depuis un arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997, il est reconnu que l'exécution d'un jugement ou arrêt, « de quelque juridiction que ce soit », doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, si bien que le refus des autorités de l'Etat de coopérer à l'exécution est de nature à méconnaître la garantie du procès équitable[10]. L'arrêt *Hornsby* est intervenu, cependant, dans une situation dépourvue d'éléments d'extranéité (inexécution d'un arrêt du Conseil d'Etat grec par les autorités grecques). L'extension de la solution de cet arrêt à des situations internationales, et notamment au refus de reconnaître ou d'exécuter des jugements prononcés à l'étranger, n'est pas évidente, même si elle bénéficie d'un certain soutien en doctrine[11].

[10] *Rec.* 1997-II, p. 496. – Pour une extension de la solution *Hornsby* à des décisions judiciaires qui *rejettent* un recours exercé devant les juridictions internes, voir l'arrêt du 22 décembre 2005, *Iera Moni Profitou Iliou Thiras c. Grèce*, n° 32259/02, spéc. § 35.

[11] E. GUINCHARD, *Procès équitable (article 6 CESDH) et droit international privé*, *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States* (A. Nuyts et N. Watté, éd.), Bruxelles, 2005, p. 199, 214-216; comp. F. MATSCHER, *Die Einwirkungen der EMRK auf das Internationale Privat- und zivilprozessuale Verfahrensrecht*, *Festschrift für Fritz Schwind*, Vienne, 1993, p. 82-83 ; et du même auteur *Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Trav. Com. fr.* 1995-1998, p. 211, 221-222.– Dans la jurisprudence d'un Etat contractant, voir Cour commerciale fédérale du District de Moscou, arrêt des 22 février et 2 mars 2006, *Rev. crit. DIP* 2006, 642, note (dubitative) Litvinski: incompatibilité avec le droit au procès équitable du maintien de la règle traditionnelle du refus de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en l'absence d'un traité international ou d'une loi les prévoyant.

L'approche procéduraliste a été reconnue pour la première fois, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la décision *McDonald c. France*[12] qui présentait la particularité de concerner la non-reconnaissance en France d'un jugement de divorce obtenu par le requérant dans l'Etat de Floride[13]. La solution a par la suite été reprise par une autre chambre de la Cour dans l'affaire *Négrépontis*. La décision *McDonald* et l'arrêt *Négrépontis* assimilent les jugements étrangers aux jugements rendus par les juridictions de l'Etat contractant lui-même, et consacrent la création d'un véritable droit, fondé sur la seule notion de procès équitable (et dès lors applicable à toutes les matières civiles), à l'exequatur des jugements étrangers. Droit à l'exequatur – ou plutôt un droit généralisé à l'exécution comme à la simple reconnaissance des jugements: dans l'affaire *Négrépontis* n'était pas en cause une demande en exequatur, mais une action en justice, introduite par la tante du requérant et accueillie par les tribunaux grecs, « tendant à reconnaître que la décision n° 60318 du tribunal américain n'avait pas autorité de chose jugée en Grèce ». Visiblement, la Cour européenne des droits de l'homme considère par conséquent que l'article 6 de la Convention comporte en lui un droit, non seulement à l'exécution effective de jugements étrangers dont la reconnaissance n'est pas contestée, solution qui n'a en elle-même rien de très surprenant[14], mais un *droit à la reconnaissance* directement fondé sur la notion de procès équitable[15].

[12] Décision du 29 avril 2008, préc. (note 7). Antérieurement la Cour avait laissé ouverte la question de savoir si la jurisprudence *Hornsby* peut être étendue à l'exécution d'un jugement étranger (décision du 9 octobre 2003, *Sylvester c. Autriche (n° 2)*, n° 54640/00 : « The Court is not called upon to decide whether its jurisprudence in Hornsby ... and subsequent cases ... which was developed in cases relating to the execution of a final, binding judicial decision attracting the guarantees of Article 6, can be applied in a case like the present one concerning the recognition of a foreign judicial decision »).

[13] La particularité de l'affaire résidait dans le fait qu'une jurisprudence de la Cour, datant des années 1980 et jamais (ou jamais encore) contredite depuis lors, décide qu'un droit *substantiel* au divorce n'est pas reconnu par la Convention: arrêts du 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande*, Série A, n° 112 et du 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, Série A, n° 128, § 38. Ces arrêts nient que l'article 12 de la Convention (droit de se marier, mais non, selon les arrêts, de se *re*marier) ou l'article 8 (respect de la vie familiale) puissent fonder un droit au divorce.

[14] Voir p.ex. les arrêts du 1er avril 2010, *Vrbica c. Croatie*, n° 32540/05, et du 18 novembre 2010, *Romańczyk c. France*, n° 7618/05, *JDI* 2010, 415 ; *Rev. crit. DIP* 2011, 675.

[15] A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé – Cours général*, *Rec. des cours* 341 (2010), p. 303 et s. ; voir en particulier p. 308, n° 186 : «le concept de procès équitable étant également porteur d'une garantie d'exécution … les règles de droit international privé ne peuvent ériger des obstacles à la reconnaissance ayant pour effet de

La Cour a-t-elle, en cela, raison? Sa solution a l'avantage stratégique de pouvoir servir même en dehors des cas où le droit à la reconnaissance du jugement étranger peut se fonder sur un droit substantiel reconnu par la Convention (tel le droit à la vie familiale, principalement en cause dans l'affaire *Négrépontis*). L'affaire *Négrépontis* montre qu'elle présente en même temps ce qui est *a priori* un inconvénient, celui d'amener le juge à mettre en balance deux considérations difficilement commensurables: le droit procédural au procès équitable d'une part, et de l'autre les justifications d'ordre substantiel que le droit d'un Etat contractant fait valoir comme arguments de non-reconnaissance – du type, en l'occurrence, de l'ordre public qui est un ordre public de fond et non un ordre public procédural. Mais il faut admettre que ceci n'est peut-être rien d'autre qu'un exercice auquel se livrent depuis longtemps les tribunaux dans la mise en œuvre, en matière de conflit de juridictions, de l'effet atténué de l'ordre public; celui-ci, d'allure certes privatiste, peut être compris comme relevant en réalité d'un compromis, à réaliser au cas par cas, entre les intérêts défendus par l'ordre public et l'intérêt à la sécurité juridique qui se rattache au fait même qu'un jugement ait été rendu à l'étranger.

En tout cas, il y a une autre approche, qui nous paraît préférable lorsqu'il est possible d'y avoir recours. Cette approche repose sur une logique substantiviste, et peut être étendue – contrairement à l'approche procéduraliste – à la reconnaissance de situations constituées extrajudiciairement.

2.2. Approche substantiviste

Cette logique est celle de l'atteinte à la relation familiale ou patrimoniale qui a été créée à l'étranger : refuser de lui donner effet constitue dès lors potentiellement, de la part de l'Etat contractant du for de la reconnaissance, une atteinte non pas à un simple droit procédural, mais une atteinte au droit au respect de la vie familiale[16] respectivement au respect des biens.

Il y a eu, avant les arrêts *Wagner* et *Négrépontis,* des précédents

rendre illusoire l'accès des parties à la justice»; D. SPIELMANN, *La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Rev. trim. dr. h.* 2011. 761, spéc. p. 774-779.

[16] Sur ce point, on citera les travaux précurseurs d'A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, *Rec. des cours* 283 (2000) 9, 96-115 ; plus brièvement, du même auteur, *L'enfant en droit international privé*, Genève/Bâle/Munich et Paris, 2003, p. 10-12, et *Le couple en droit international privé*, mêmes lieux, 2004, p. 8-14.

pour cette approche en jurisprudence européenne: à partir de 2000, des décisions et arrêts ont affirmé l'existence d'une « obligation positive » des Etats contractants de respecter, en cas d'enlèvement international d'un enfant par l'un de ses parents, le droit de garde (au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ou au sens du règlement (CE) n° 2201/2003) conféré à l'autre parent par une juridiction étrangère: en l'absence d'intervention des autorités du for pour veiller à l'effectivité du droit de garde qui résulte de la décision étrangère, il y a atteinte au droit au respect de la vie familiale[17].

Ensuite, et au-delà de cette hypothèse particulière, cette approche s'est généralisée. La décision *Hussin c. Belgique* du 6 mai 2004[18] accepte de considérer comme une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale d'une part, au respect des biens de l'autre, le refus de la justice belge de reconnaître un jugement allemand constatant une filiation naturelle et condamnant le père naturel au paiement d'une pension alimentaire. L'ingérence a été en l'espèce considérée comme justifiée. Dans l'arrêt *Wagner c. Luxembourg* en revanche, une violation du droit au respect de la vie familiale et du droit à la non-discrimination a été constatée du fait du refus de l'exequatur, au Luxembourg, à un jugement d'adoption péruvien, et dans l'affaire *Négrépontis*, la non-reconnaissance, pour méconnaissance de l'ordre public grec, de l'adoption par un moine orthodoxe a été qualifiée d'atteinte à des droits de l'homme substantiels : le droit à la vie familiale, à la non-discrimination et au respect des biens.

3. Condition préalable d'application de la protection de la Convention européenne des droits de l'homme : la confiance légitime des parties dans les droits résultant de la situation acquise à l'étranger

La Convention européenne n'opère pas, à en juger selon la jurisprudence de la Cour en la matière, comme un instrument de

[17] Arrêts des 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, *CEDH* 2000-I ; 29 avril 2003, *Iglesias-Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, *CEDH* 2003-V ; 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, *CEDH* 2003-VII ; 22 juin 2006, *Bianchi c. Suisse*, n° 7548/04 ; 1er février 2011, *Dore c. Portugal*, n° 775/08, et de nombreux autres arrêts. – A l'inverse, un requérant qui n'est pas titulaire du « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye ne peut se prévaloir d'une obligation positive à la charge de l'Etat de la résidence de l'enfant d'assurer le retour de l'enfant auprès du requérant: décision du 2 septembre 2003, *Guichard c. France*, n° 56838/00, *CEDH* 2003-X.

[18] Préc. (note 7).

destruction des systèmes nationaux de droit international privé, mais comme un instrument de contrôle du respect, à l'occasion du fonctionnement de ces systèmes, des droits substantiels garantis par la Convention. Mais il est vrai que l'intervention de la Convention peut avoir pour effet d'empêcher les Etats d'appliquer certaines restrictions à la reconnaissance des jugements étrangers, restrictions qui ont leur logique dans le cadre des règles traditionnelles de conflit de juridictions. L'arrêt *Wagner c. Luxembourg* montre ainsi que l'application, prescrite en droit international privé luxembourgeois, d'une condition de conformité (ou d'équivalence) du droit appliqué à l'étranger avec le droit applicable conformément aux règles de conflit de lois du for de la reconnaissance[19] est susceptible de devenir problématique. Au cœur de l'affaire *Wagner* était l'interdiction, en droit civil luxembourgeois, de l'adoption plénière par un célibataire ; cette interdiction n'existe pas en droit péruvien, mais la règle de conflit luxembourgeoise prescrit l'application, aux conditions pour adopter, de la loi nationale de l'adoptant : or l'adoptante au Pérou, M[me] Wagner, était une femme célibataire luxembourgeoise, si bien qu'au Luxembourg l'adoption n'aurait pas été possible – ce qui empêchait également l'octroi de l'exequatur au jugement péruvien.

Décider que *dans tous les cas* le point de vue de l'Etat d'origine d'un jugement doit primer sur le point de vue de l'Etat de la reconnaissance serait excessif, et il serait même excessif de décider que dans tous les cas la situation créée par un jugement dans l'Etat d'origine bénéficie de la protection de la Convention. Il faut qu'un élément additionnel s'ajoute à l'intervention d'une juridiction dans l'Etat d'origine; c'est la confiance légitime des parties dans la stabilité de la situation ainsi judiciairement acquise à l'étranger. Ainsi, il n'y a pas « vie familiale » du seul fait qu'un jugement étranger, quelles que soient les conditions de la saisine du juge étranger, a fixé cette étiquette sur une relation. En particulier, le cas de la création artificielle de la compétence du juge étranger, ou alors celui de la fraude à la loi[20], ne devrait pas

[19] Sur cette condition cf., dans l'affaire *Wagner* elle-même, Cour d'appel 6 juillet 2000 et Cass. 14 juin 2001, *Pas. lux.* 32, 10. La condition a été reprise, au Luxembourg, de la solution de l'arrêt *Munzer* du 7 janvier 1964 de la Cour de cassation française (*Rev. crit. DIP* 1965, 344) et abandonnée, après l'intervention des décisions luxembourgeoises dans l'affaire *Wagner*, en France par l'arrêt *Cornelissen* du 20 février 2007 (*Rev. crit. DIP* 2007, 420), suivi au Luxembourg par un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 10 janvier 2008,n° 13/2008 (I) ; voir aussi Cour d'appel 16 décembre 2009, n° 35194.

[20] Comme exemples de pareil artifice, on peut envisager la situation d'un couple homosexuel, mettons de nationalité française et domicilié en France, qui choisirait de

relever de la protection de la Convention ; il faut vérifier la légitimité des attentes quant à la stabilité de la situation. La raison pour laquelle la Cour a constaté, dans le cas de M^me^ Wagner, l'existence d'une confiance légitime[21] était très particulière; elle tenait à l'existence d'une pratique administrative généreuse de reconnaissance automatique, et sans contrôle au regard des critères du droit luxembourgeois, des jugements étrangers d'adoption par les officiers de l'état civil – pratique illégale peut-être, mais réelle et abrogée tardivement par un rappel à l'ordre de la part du Parquet. Lorsque cette particularité ne sera plus présente, ce seront les liens de la situation avec l'Etat de sa constitution au moment où elle s'est constituée qui engendreront une confiance légitime dans la stabilité de la situation et déclencheront la protection de la Convention. La exacte nature de ces liens – liens réels, liens prépondérants ou alors liens exclusifs – doit être précisée par la jurisprudence. Une première étape de cette précision a été accomplie dans l'affaire *Négrépontis*, où la confiance légitime du père comme du fils adoptifs résultait à la fois des liens entre la situation de base et l'Etat d'origine du jugement (l'Etat du Michigan, où résidaient à la fois l'adoptant et l'adopté) et du comportement ultérieur des parties, qui avaient effectivement vécu pendant 14 ans leur relation de filiation adoptive. Le lien entre les parties et le Michigan n'était pas un lien exclusif (la nationalité grecque des parties, le caractère temporaire du séjour aux Etats-Unis du fils adoptif faisaient que leur situation entretenait dès sa création des liens avec la Grèce), mais indubitablement un lien réel et substantiel.

faire célébrer son mariage en Belgique où l'un des deux s'établit temporairement (mariage possible en vertu des art. 44 et 46, al. 2 du Code belge de droit international privé), puis qui reviendrait immédiatement en France pour y bénéficier du statut de couple marié. Sa situation ne devrait pas relever de la protection de la Convention européenne (ce qui n'empêche pas, le cas échéant, une reconnaissance, mais ce sera alors l'effet de l'emploi d'une version radicale, en droit international privé, de la méthode de la reconnaissance: voir ainsi l'article 9 de la Convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, qui ne pose aucune condition de lien avec l'Etat de célébration du mariage, préalable à l'obligation de reconnaissance formulée par la Convention). – Autre exemple : le divorce que pouvaient obtenir, au cours des années 1950 et 1960, au Nevada ou au Mexique des personnes domiciliées dans d'autres Etats (notamment l'Etat de New York), plus restrictifs à l'égard du divorce : le refus de la reconnaissance pour fraude à la loi (cf. Paris 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, 340) ne constituerait pas une violation de la Convention, mais il n'est pas exclu qu'un Etat, même l'Etat de leur domicile, reconnaisse volontairement ce genre de divorce (voir, procédant ainsi sur le fondement de l'idée de *comity* à l'égard d'un divorce-éclair obtenu entre résidents de New York au Mexique, l'arrêt de la *Court of Appeals* de New York *Rosenstiel v. Rosenstiel*, 16 N.Y.2d 64 (1965)).

[21] § 130 de l'arrêt.

4. Fonctionnement et limitations du droit à la reconnaissance des situations

a) En ce qui concerne le *fonctionnement* de ce droit, sous l'angle de la technique du contrôle juridictionnel des droits de l'homme, les arrêts *Wagner* et *Négrépontis* donnent des indications nombreuses et concordantes. L'arrêt *Wagner* présente ainsi trois techniques de mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale dont l'emploi est susceptible de conduire au même résultat, et entre lesquelles la Cour n'estime pas vraiment nécessaire de choisir: 1° l'article 8 de la Convention est une garantie contre les ingérences des pouvoirs publics dans la vie familiale, et le refus de reconnaître le statut familial acquis au Pérou en vertu d'un jugement péruvien peut être considéré comme pareille ingérence; 2° l'article 8 engendre également des « obligations positives » tendant à un respect effectif de la vie familiale, en vertu desquelles l'Etat luxembourgeois peut être tenu d'adopter « des mesures raisonnables et adéquates » pour protéger la vie familiale constituée au Pérou; 3° l'article 8, combiné avec l'article 14 (droit à l'égalité dans la jouissance des droits par ailleurs garantis par la Convention), est susceptible d'empêcher l'Etat luxembourgeois de traiter de manière différente l'enfant adopté par M^me^ Wagner (dont l'adoption n'est pas reconnue au Luxembourg), par rapport à d'autres enfants ayant été adoptés au Pérou par des couples mariés de Luxembourgeois et se trouvant de ce fait « dans une situation analogue » à la sienne. Un raisonnement de même nature peut être mené à propos de la situation de M^me^ Wagner elle-même, par rapport à la situation d'adoptants mariés.

La juxtaposition des trois techniques de contrôle n'est pas particulièrement gênante. Comme l'indique la Cour, la technique des obligations positives et celle du contrôle des ingérences mettent en œuvres des « principes assez voisins »[22]. L'arrêt paraît cependant privilégier, par la suite, un examen sous l'angle des ingérences. Ce qui

[22] § 123 – «La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de [l'article 8] ne se prête … pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société en son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation » (arrêt du 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, série A, n° 290, § 49). La principale différence – visiblement dépourvue d'incidence sur l'affaire *Wagner* – réside dans le fait que les « intérêts de la société» ne peuvent être pris en considération, s'agissant des ingérences, qu'à condition de figurer dans le *numerus clausus* du paragraphe 2 de l'article 8 – restriction qui ne s'applique pas aux « intérêts publics » qui peuvent venir limiter les obligations positives de l'Etat.

est plus inhabituel – mais non inédit au regard de la pratique de la Cour – est la double condamnation de l'Etat luxembourgeois pour violation de l'un des droits garantis par la Convention, le droit au respect de la vie familiale, *et* pour discrimination dans la jouissance de ce même droit. Le plus souvent, lorsqu'elle constate la violation de l'un des droits garantis, la Cour retiendra qu'il est inutile d'examiner la cause également sous l'angle de la garantie de non-discrimination de l'article 14; mais il est vrai qu'elle se réserve la possibilité de le faire « si une nette différence de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un élément fondamental du litige »[23]. De toute manière l'examen de l'affaire *Wagner* sous l'angle de la non-discrimination confirme l'analyse conduite par la Cour sous l'angle de l'article 8 et n'apporte pas de véritables éléments nouveaux.

La, ou plutôt les, techniques substantielles employées par l'arrêt *Négrépontis* sont en tous points identiques, sauf que, en raison de l'enjeu successoral du litige, le droit au respect des biens s'ajoute au droit au respect de la vie familiale et se combine, comme lui, au droit à la non-discrimination.

b) Reste à examiner la question du caractère justifiable des *limitations* apportées au droit à la reconnaissance des jugements étrangers.

Ni le droit au respect de la vie familiale, ni le droit au respect des biens ne sont des droits absolus. Des limitations qui poursuivent des buts reconnus comme légitimes par la Convention peuvent leur être imposées, sous réserve de l'existence d'un lien de proportionnalité entre le but à atteindre et la gravité de l'ingérence[24].

Certaines restrictions à la reconnaissance des situations, spécialement des situations crées par des *jugements* étrangers, sont manifestement permises et même requises par la Convention: c'est le cas des jugements étrangers qui méconnaîtraient eux-mêmes telle ou telle garantie, d'ordre substantiel ou procédural, issue de la Convention ; dans pareil cas, le refus de l'exequatur peut constituer non seulement une option ouverte à l'Etat requis, mais même une obligation au regard de la

[23] Voir p. ex. l'arrêt du 29 avril 1999, *Chassagnou c. France* [GC], n[os] 25088/94 et autres, *CEDH* 1999-III, § 89.

[24] Cf. S. VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002 ; M.-A. EISSEN, *Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *in* Pettiti, Decaux et Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1995, p. 65 et s.

Convention[25]. Mais d'autres restrictions encore, qui ont leur source dans le droit international privé de l'Etat de la reconnaissance, peuvent être acceptables au regard de la Convention européenne.

La question de ce type de limitations est au centre des arrêts *Wagner et Négrépontis*[26]. L'arrêt *Wagner* retient que le fait d'opposer à la reconnaissance du jugement péruvien les conditions additionnelles exigées par le droit civil luxembourgeois (subordonnant une adoption plénière à la présence de deux adoptants mariés) valait violation du droit au respect de la vie familiale. Dans ce contexte la Cour n'a pas procédé au contrôle de la règle de conflit luxembourgeoise en elle-même par rapport à des fins légitimes et mesurées à l'aune du principe de proportionnalité. Le fait qu'en droit international privé luxembourgeois l'adoption ne soit possible que moyennant respect des conditions pour adopter formulées par la loi nationale de l'adoptant (en l'occurrence la loi luxembourgeoise) est accepté comme une simple donnée, indifférente à l'analyse juridique de la Cour. L'analyse porte, au contraire, sur le bien-fondé et la proportionnalité d'une règle du droit national qui subordonne, dans cette situation concrète, la reconnaissance d'une situation familiale dès à présent constituée au Pérou à des conditions *matérielles* additionnelles à celles que le juge péruvien a prises en considération. C'est uniquement à l'effet combiné de la règle de reconnaissance des jugements étrangers et du droit matériel ainsi désigné

[25] Voir l'arrêt du 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, *CEDH* 2001-VIII.

[26] En revanche, la décision *Hussin c. Belgique* ne motive pas de manière entièrement convaincante la légitimité du refus de la reconnaissance aux jugements allemands en matière de filiation et d'aliments, pour des motifs tirés de l'incompétence du juge allemand: « [La Cour] rappelle … qu'en règle, nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer ... Examinant les faits de l'espèce, la Cour observe que le refus d'accorder l'*exequatur* et les préjudices qui en sont résultés proviendraient de ce que, initialement, les requérantes ne se seraient pas adressées aux juridictions compétentes et n'auraient dès lors pas pu obtenir l'exécution des décisions prononcées. Il ne saurait être fait grief aux autorités belges d'avoir refusé l'exécution de décisions qui leur sont apparues comme n'ayant pas été prises dans le respect des règles de compétence applicables ». Or les consorts Hussin paraissaient bien avoir *subi*, plutôt que créé, la situation née de l'interprétation – discutable – des règles de compétence (communautaires) par les juridictions belges. Ceci ne signifie pas, il est vrai, que la décision rejetant le recours des consorts Hussin ne puisse pas par ailleurs être justifiée.

Quant à la décision *McDonald c. France*, elle applique elle aussi l'idée selon laquelle « nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer », à une situation où le demandeur à la reconnaissance d'un jugement de divorce américain avait d'abord agi devant le juge français, mais avait renoncé à relever appel contre un jugement de débouté, préférant porter sa demande devant une juridiction de Floride où il résidait temporairement.

que l'arrêt s'intéresse, et la Cour retient qu'elles sont insuffisantes pour, dans cette situation internationale, « refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient *de facto* entre les requérantes et se dispenser ainsi d'un examen concret de la situation », qui était celle d'un enfant abandonné au Pérou et qui aurait éprouvé des difficultés importantes à être adopté par un couple marié. En revanche, il résulte de l'arrêt que si l'adoption consentie au Pérou avait par exemple été le résultat d'un trafic d'enfants, le refus de l'exequatur aurait été clairement justifié[27].

Il n'y a aucune raison de ne voir une ingérence que dans le seul refus de la reconnaissance pour des raisons liées à la loi appliquée à l'étranger; la jurisprudence *Wagner* peut être étendue, par identité de motifs, à d'autres motifs de non-reconnaissance. La preuve allait en être donnée dans l'arrêt *Négrépontis*, qui condamne l'invocation de l'ordre public grec à l'appui d'une non-reconnaissance d'une filiation adoptive existant entre le requérant et son père adoptif, moine et évêque de l'Eglise Orthodoxe Orientale.

La Cour y rappelle que dans le cadre de l'invocation d'un « besoin social impérieux », pouvant justifier une ingérence dans le droit à la vie familiale, elle laisse une marge d'appréciation, plus ou moins étendue, aux autorités nationales auxquelles elle n'a pas pour mission d'enlever tout pouvoir de décision ; mais, comme le juge la Cour depuis l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976[28], « la marge nationale d'appréciation va de pair avec un contrôle européen ». Concrètement, la Cour accorde une importance considérable à « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants »; la même observation valait déjà dans l'affaire *Wagner*: la relative isolation de l'ordre juridique luxembourgeois parmi les Etats du Conseil de l'Europe dans la définition des conditions de l'adoption plénière y contribuait au jugement négatif de la Cour sur la justification de la non-reconnaissance d'une adoption prononcée au Pérou, où n'était pas en vigueur la même attitude restrictive. Dans l'affaire *Négrépontis*, les motifs d'ordre public invoqués par la Cour de cassation grecque sont visiblement trop anciens, trop religieux (« La Cour note que ces règles sont toutes de nature ecclésiastique et datent des septième et neuvième siècles »), trop peu en phase avec l'évolution de la société grecque telle qu'elle se reflète dans

[27] § 126. La Cour renvoie à cet endroit à une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (n° 1443 (2000)) qui « s'insurge contre la transformation actuelle de l'adoption internationale en un véritable marché régi par les lois capitalistes de l'offre et de la demande, et caractérisé par le flux à sens unique des enfants qui viennent des pays pauvres ou en transition vers les pays développés ».

[28] *Série A*, n° 24, § 49.

une loi grecque de 1982 qui a aboli les effets civils de la prohibition canonique du mariage des moines, pour trouver grâce aux yeux de la Cour. Celle-ci jugera effectivement que les motifs avancés « ne répondent pas à un besoin social impérieux ». Comme on peut le constater, l'ordre public perd, au vu de cet arrêt, le caractère essentiellement national qui le caractérisait naguère, même en présence d'une convention internationale d'unification des règles de conflit de lois ou de juridictions[29]. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, précisément parce que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas un traité en matière d'entraide judiciaire ou de reconnaissance des jugements[30], mais qu'elle est l'équivalent fonctionnel d'un catalogue des droits fondamentaux pour les Etats membres du Conseil de l'Europe et que son rôle est, dans cette mesure, d'ordre fonctionnellement constitutionnel[31], de nature à justifier cette limitation de souveraineté des Etats contractants. Cette caractéristique, elle le partage avec le droit de l'Union européenne qui y ajoute, quant à elle, un projet politique autrement ambitieux.

On ne sera dès lors pas surpris des parallèles qui existent entre la jurisprudence *Négrépontis* et un arrêt récent de la Cour de justice qui concerne les effets de l'invocation, par les autorités de l'Etat de la (non)reconnaissance, d'un ordre public lui aussi inspiré par la Constitution de cet Etat. Dans l'affaire *Ilonka Sayn-Wittgenstein*[32] était en cause le refus de la reconnaissance, en Autriche, d'un nom à connotation nobiliaire (« Fürstin von Sayn-Wittgenstein ») attribué à une ressortissante autrichienne lors de son adoption par le prince de Sayn-Wittgenstein en Allemagne. Le refus se fondait sur la loi autrichienne de 1919 relative à l'abolition de la noblesse, loi de rang constitutionnel.

La Cour de justice a développé, de même que la Cour européenne des droits de l'homme, des mécanismes de protection du « droit à

[29] Voir, à titre de rappel historique, en doctrine française J.P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. III, Paris, 1944, n° 1026.

[30] Cf. sur ce point, dans une perspective critique, L. D'AVOUT, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *in Les droits fondamentaux : charnières entre ordres juridiques*, E. Dubout et S. Touzé, dir., Paris, 2010, p. 165 et s.

[31] La Cour européenne a vu dans la Convention, selon sa formule quelque peu solennelle, un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme » : arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande* [GC], n° 45036/98, *CEDH* 2005-VI, § 156. Pour des formulations similaires, voir, entre autres, les arrêts *Loizidou c. Turquie* (*Exceptions préliminaires*) du 23 mars 1995, *Série A*, n° 310, § 75 ; *Parti Communiste Unifié de Turquie c. Turquie*, du 30 janvier 1998, *Rec.* 1998-I, p. 21, § 45 ; la décision du 12 décembre 2001, *Banković et autres c. Belgique et autres* [GC], n° 52207/99, *CEDH* 2001-XII, § 80.

[32] C.J.U.E. 22 décembre 2010, C-208/09.

l'identité de la situation juridique des personnes »[33], et le fonctionnement du contrôle européen est exactement le même dans les deux affaires. L'arrêt *Sayn-Wittgenstein* rappelle, comme l'arrêt *Négrépontis*, que dans le recours à l'ordre public, les autorités nationales compétentes disposent d'une marge d'appréciation, mais dans des limites imposées par le traité[34]. En l'occurrence – et c'est en cela que les deux affaires se distinguent – l'ordre public autrichien apparaissait comme « la mise en œuvre du principe plus général de l'égalité en droit de tous les citoyens autrichiens », expression particulière à l'Autriche du principe d'égalité, qui fait également partie du droit de l'Union[35]. C'est cette convergence des principes qui explique que la Cour de justice ait accepté qu'« en refusant de reconnaître les éléments nobiliaires d'un nom tel que celui de la requérante au principal, les autorités autrichiennes compétentes en matière d'état civil ne semblent pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent »[36], et que le principe de proportionnalité est par conséquent respecté. Ainsi l'ordre public autrichien était suffisamment proche des standards européens pour pouvoir justifier une ingérence dans le droit à la reconnaissance d'un élément du statut personnel acquis à l'étranger. Soumis au même type de contrôle européen dans l'affaire *Négrépontis*, l'ordre public grec apparaissait en définitive comme trop excentrique pour pouvoir bénéficier d'un traitement similaire.

5. Conclusion

En définitive, ce sur quoi il convient de mettre l'accent, c'est le fait qu'il n'y a pas, en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne, un droit absolu à la reconnaissance des jugements étrangers. L'approche de la Cour est nuancée, soucieuse du concret et de la proportionnalité. Elle représente en même temps une approche possible (parmi d'autres) de la question de la reconnaissance des situations constituées à l'étranger. Cette approche constitue le minimum européen; en deçà, la Convention sera violée. Elle ne constitue pas nécessairement l'optimum. En droit international privé, la question de l'équilibre exact entre la reconnaissance des situations et les vues propres du for appelé à statuer

[33] A. BUCHER, cours préc., spéc. n[os] 228 et 232.
[34] Point 87.
[35] Points 88 et 89.
[36] Point 93.

sur cette reconnaissance reste à trouver. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne constitue, à cet égard, qu'une orientation.

IDENTITÀ CULTURALE, DIRITTI UMANI E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Cristina CAMPIGLIO*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Cultura e identità culturale. – 3. La tutela delle minoranze nazionali. – 4. La tutela dell'identità culturale dell'individuo. – 5. Multiculturalismo e conflitti normo-culturali. – 6. Identità normo-culturale e religione. Il diritto islamico. – 7. L'Islam nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 8. Il modello multiculturalista inglese e il modello assimilazionista francese a confronto con l'Islam. – 9. Il modello "misto" italiano e l'Islam. – 10. L'approccio giurisprudenziale: l'esigenza di contemperare l'identità normo-culturale nazionale con quella straniera. – 11. Conflitti di legge e diritti umani: un rapporto difficile? – 12. *Segue*: un comune limite al pluralismo culturale. – 13. *Segue*: il limite all'applicazione del diritto islamico. – 14. Conclusioni.

1. Osservazioni introduttive

Nel 1851 Mancini, enunciando i tre principi del "suo" sistema di diritto internazionale privato – nazionalità, libertà e sovranità –, ricostruiva la nazionalità come sintesi di numerosi fattori: "La Regione, la Razza, la Lingua, le Costumanze, la Storia, le Leggi, le Religioni, sono di tal numero le principali". Rilevava ancora Mancini: "Talvolta alcune cose che in un paese si considerano essenziali ai bisogni dell'umanità, non hanno mai attirato il desiderio di un'altra nazione, ed una terza se ne adonta come di un oltraggio. Ciascuna forma a sé un mondo di propri godimenti … Quali profonde diversità di ogni maniera debbono tra due paesi produrre anche le sole differenze di una religione *monoteista* o *politeista*, e la *poligamia* o la *monogamia* nella costituzione della famiglia?"[1]. È necessario – conclu-

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Pavia.

[1] MANCINI, *Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunziata nella R. Università di Torino*, il 22 gennaio 1851, riprodotta anche in JAYME (a cura di), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, 1994, p. 19 ss.: le citazioni sono tratte da pp. 37 e risp. 42-43. Vale la pena di ricordare l'attenzione di Mancini per il mondo islamico. Il 20 marzo 1875 egli presentò alla Camera dei deputati una relazione sulla "Modificazione della giurisdizione esercitata dai Consolati italiani in Egitto". La giurisdizione consolare italiana veniva giudicata da

deva l'autore – tenere conto delle varie nazionalità, ma nel contempo rispettare il contrapposto principio di sovranità e, in caso di contrasto tra le leggi straniere e le regole inderogabili dell'ordinamento del foro, le prime devono essere disapplicate. Di fronte all'ipotesi, enunciata dallo stesso Mancini, della poligamia, l'ordinamento italiano quindi sarebbe destinato a chiudersi.

Come è noto, la tutela della sovranità (ossia dell'armonia interna) non è più considerata oggi un valore paritario rispetto al principio di nazionalità (e, in buona sostanza, all'armonia internazionale), ma solo in via eccezionale dovrebbe interferire nel funzionamento delle norme di conflitto. D'altro canto, la poligamia, che nell'Ottocento rappresentava poco più che un caso di scuola, è oggi una realtà con cui l'Occidente – a causa degli imponenti flussi migratori degli ultimi anni – si trova spesso a confrontarsi. Ma soprattutto, rispetto ai tempi di Mancini, una nuova esigenza è entrata in gioco e si impone allo Stato: la protezione dei diritti fondamentali dell'uomo.

Proprio l'integrazione della problematica dei diritti umani nell'ambito del diritto internazionale privato offre l'opportunità di (tentare di) rileggere la tradizionale tecnica conflittuale alla luce del metodo messo a punto dalla Corte europea in sede di bilanciamento di interessi contrapposti. La tesi che ci si propone di dimostrare è la possibile traduzione – nel diritto

Mancini contraria al principio di nazionalità, "una vera reliquia dei rozzi ordinamenti del medioevo, … un'offesa permanente alla indipendenza nazionale dei popoli ai quali compete la sovranità territoriale nei rispettivi paesi, uno stato di cose incompatibile con l'attuazione piena e rigorosa del Diritto delle genti" (*Disegni e proposte di legge e incarti delle commissioni 1848 - 1943*. Legislatura XII *23.11.1874 - 03.10.1876*: Ministro degli affari esteri, Visconti Venosta, Ministro di grazia e giustizia e dei culti, Vigliani. "Modificazione della giurisdizione esercitata dai Consolati italiani in Egitto", vol. 209, p. 319 ss. Il testo si legge in *Discorsi parlamentari di Pasquale Stanislao Mancini*, vol. IV, Roma, 1895, p. 535 ss.: il passaggio riportato è a p. 577). Il decreto di modifica fu approvato nella seduta del 30 aprile 1875 e il 28 giugno dello stesso anno vennero inaugurati in Egitto i *tribunaux mixtes*, che più tardi avrebbero assunto competenze prima spettanti ai consoli europei. Mancini si dichiarò favorevole al superamento della divisione tra mondo occidentale, cristiano, e mondo orientale, musulmano. Alle idee di Mancini aderì subito il belga Timmermans: v. *Rev. dr. int. et législ. comparée*, 1875, p. 706 ss. (dove a p. 659 ss. si legge la memoria presentata all'Institut de droit international da Dudley Field a proposito "De la possibilité d'appliquer le droit international européen aux nations orientales"). È interessante segnalare infine che nella sessione di Ginevra nel 1892, l'Institut de droit international ha adottato alcune "Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers" (Rapporteurs : L.-I.-D. Féraud – Giraud, L. von Bar) tra cui figurava la seguente: "L'entrée libre des étrangers sur le territoire d'un Etat civilisé ne peut être prohibée, d'une manière générale et permanente, qu'à raison de l'intérêt public et de motifs extrémement graves, par exemple à raison d'une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation …" (art. 6).

internazionale privato "postmoderno"[2] – della visione manciniana in una immaginaria norma modellata sui trattati di protezione dei diritti umani, dal seguente tenore: "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua identità culturale. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per il rispetto della identità culturale dello Stato". Ove fondata, la tesi potrebbe rivelarsi utile nella soluzione delle questioni legate a tradizioni giuridiche estranee all'Occidente, quale principalmente la tradizione islamica.

2. Cultura e identità culturale

I fattori che Mancini riconduceva al concetto di nazionalità - "la Lingua, le Costumanze, la Storia, le Leggi, le Religioni" – coincidono in linea di massima con gli elementi che consentono agli antropologi di definire il generale concetto di cultura (e quello, affine, di civiltà)[3]. Il concetto di cultura, in sé polisemico, viene infatti scomposto solitamente nelle sue diverse componenti: lingua, norme, valori, credenze e pratiche, modelli comportamentali e forme sociali standardizzate. La prima definizione internazionale risale al 2001, e si rinviene nel Preambolo della Dichiarazione Universale sulla diversità culturale, adottata dall'Unesco: "culture should be regarded as the set of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features of society or a social group, ... it encompasses, in addi-

[2] Felice espressione coniata proprio del maggiore studioso di Mancini, Erik JAYME (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 251, p. 9 ss.).

[3] "La cultura, o civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo in quanto membro di una società": TYLOR, *Alle origini della cultura*, Roma, 1985, trad. dall'originale *Primitive Culture. Researches into the Development of Mytology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, London, 1871. HUNTINGTON (*The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996, p. 41 ss.) definiva il concetto di civiltà "both by common objective elements, such as language, history, religion, customs, institutions, and by the subjective self-identification of people", sottolineando il ruolo centrale della religione (p. 47). Il politologo individuava nove principali civiltà contemporanee, basate essenzialmente sul legame religioso: Cristiana occidentale (Europa, Nord America, Australia e Nuova Zelanda), Islamica (Medio Oriente, Nord Africa e parte del Sud Est asiatico), Ortodossa (Russia e Grecia), Latino Americana, Cino-confuciana (Cina, Corea, Vietnam), Giapponese, Indù, Buddista (Sri Lanka, Birmania, Tailandia, Laos e Cambogia) e sub-Sahariana. Recentemente si veda lo studio di YASUAKI, *Transcivilizational Perspective on International Law*, in *Recueil des Cours*, 2009, t. 342, p. 77 ss.

tion to art and literature, lifestyles, ways of living together, value systems, traditions and beliefs"[4].

Quello di cultura viene spesso associato al concetto di identità, nel senso di identificazione di un soggetto/gruppo in una data cultura. Questo processo di identificazione avviene, in pratica, nel momento in cui il soggetto/gruppo si scontra con una cultura diversa, non soltanto – si badi – in un paese diverso dal proprio, ma anche in patria. L'identità culturale, infatti, si riferisce a (gruppi di) individui indipendentemente dalla loro nazionalità. Basti pensare, da un lato, ai soggetti appartenenti a un gruppo stanziato su un territorio politicamente diviso tra più Stati (i curdi, ad esempio, possiedono cittadinanze diverse: turca, iraniana, irachena e siriana) e, dall'altro, ai cittadini di un medesimo Stato appartenenti a minoranze autoctone (come gli indiani d'America, gli aborigeni australiani, gli Inuit in Canada)[5], linguistiche (come quelle "delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e di quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo" in Italia)[6] o religiose (in Italia, ad esempio, le comunità della Tavola Valdese e delle Unioni delle chiese avventiste del Settimo Giorno, le comunità ebraiche e delle Chiese evangeliche battiste)[7]. Tutti questi individui aspirano alla tutela della propria identità culturale nei confronti della cultura maggioritaria.

[4] La Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità di espressioni culturali del 20 ottobre 2005, a cui l'Unione europea ha aderito il 18 dicembre 2006 (decisione del Consiglio del 18 maggio 2006 relativa alla conclusione della convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (2006/515/CE)), così definisce la diversità culturale: "Cultural diversity" refers to the manifold ways in which the cultures of groups and societies find expression. These expressions are passed on within and among groups and societies. Cultural diversity is made manifest not only through the varied ways in which the cultural heritage of humanity is expressed, augmented and transmitted through the variety of cultural expressions, but also through diverse modes of artistic creation, production, dissemination, distribution and enjoyment, whatever the means and technologies used" (art. 4).

[5] La 1982 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, all'art. 27, richiede espressamente di essere interpretata "in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians". Si tratta di uno dei pochi casi in cui la Carta fondamentale di uno Stato accenna al multiculturalismo (v. *infra* nota 10).

[6] La Legge 15 Dicembre 1999, n. 482,"Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche", all'art. 2 dispone: "In attuazione dell'articolo 6 della Costituzione e in armonia con i princìpi generali stabiliti dagli organismi europei e internazionali, la Repubblica tutela la lingua e la cultura delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e di quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo".

[7] Sono queste le minoranze religiose con cui lo Stato ha concluso intese *ad hoc*, in base all'art. 8, 3° comma Cost.

3. La tutela delle minoranze nazionali

A livello internazionale questi soggetti sono tutelati, in quanto minoranze nazionali, da una serie di strumenti, primo tra tutti il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. L'art. 27 del Patto – la cui formulazione, come è noto, si deve a Francesco Capotorti – prevede che "(n)egli Stati nei quali esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere, in comune con gli altri membri del proprio gruppo, una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua"[8].

Il Consiglio d'Europa ha affrontato il problema nella Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali, aperta alla firma a Strasburgo il 1° febbraio 1995, sul presupposto che "una società pluralista e sinceramente democratica dovrebbe non solo rispettare l'identità etnica, culturale, linguistica e religiosa di ciascun individuo appartenente a una minoranza nazionale, ma anche creare le condizioni adatte che gli permettano di esprimere, preservare e sviluppare tale identità" e sia dunque "necessario creare un clima di tolleranza e di dialogo per far sì che le differenze culturali siano una fonte e un fattore non di divisione, ma di arricchimento per ciascuna società" (così il preambolo)[9]. In particolare l'art. 5 recita: "Le Parti si impegnano a promuovere le condizioni necessarie affinché gli individui appartenenti a una minoranza nazionale possano mantenere e sviluppare la loro cultura, nonché preservare gli elementi essenziali della loro identità, e cioè la loro religione, lingua, tradizioni e patrimonio culturale. … Senza arrecare danno alle misure prese in conformità con la loro politica generale d'integrazione, le Parti eviteranno di attuare politiche e pratiche miranti ad assimilare contro la loro volontà gli individui appartenenti a una minoranza nazionale e proteggeranno tali individui da qualsiasi azione mirante a tale assimilazione".

[8] Analoga la formulazione dell'art. 30 Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989: "Negli Stati nei quali esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche oppure persone di origine autoctona, un fanciullo autoctono o che appartiene a una di tali minoranze non può essere privato del diritto di vivere la propria cultura, di professare e praticare la propria religione o di far uso della propria lingua insieme agli altri membri del suo gruppo". Secondo JAYME (*Identité culturelle* cit., pp. 56 e 186), proprio grazie a norme come questa (un'applicazione della quale si può ravvisare nell'art. 4 lett. b della Convenzione dell'Aja relativa all'adozione internazionale del 29 maggio 1993, a cui a sua volta si ispira l'art. 16 della legge portoghese del 22 maggio 1993 relativa all'adozione) il diritto alla tutela dell'identità culturale è assurto a categoria giuridica.

[9] Sul rapporto tra diversità culturale e società democratica v., tra altri, RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, p. 347 ss.

Dal canto loro gli Stati hanno sviluppato autonomi modelli di gestione del problema delle minoranze, i principali dei quali sono il modello multiculturalista[10] all'inglese e il modello assimilazionista alla francese.

Il primo parte da una concezione *sostanziale* di uguaglianza e riserva trattamenti differenziati a fronte di situazioni diverse: l'integrazione avviene grazie allo sforzo di adattamento tanto degli appartenenti alla minoranza quanto del resto della popolazione, con il risultato di dare vita a una società priva di una vera e propria identità culturale dominante, ma costituita da identità culturali molteplici, con eguale diritto di riconoscimento. Al contrario, il secondo modello accoglie una concezione *formale* di uguaglianza accordando parità di trattamento a tutti i soggetti sul territorio statale, indipendentemente dalle loro differenze, e persegue l'integrazione solo grazie all'adattamento delle minoranze alla popolazione maggioritaria: in pratica lo Stato mira a conservare una omogeneità culturale. Questo modello trova la massima espressione in Francia, il cui Governo del resto, al momento della ratifica del Patto ONU, ha effettuato una dichiarazione – interpretata dal Comitato dei diritti dell'uomo talvolta come riserva talaltra come mera dichiarazione interpretativa[11] – in forza della quale si sottrae all'applicazione dell'art. 27[12]; d'altra parte la Francia neppure ha firmato

[10] Il multiculturalismo è "un ideale di convivenza della società pluralista alternativo a quello del *melting pot*" (GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, 1999, p. 17). Il concetto di multiculturalismo, molto in voga a partire dalla fine degli anni Sessanta, è controverso, assumendo significati differenti a seconda della prospettiva. La difficoltà di definizione dipende dal fatto che la stessa identità culturale è un elemento dinamico ed in evoluzione. Spesso il multiculturalismo è confuso con la multietnicità, intesa come "situazione di compresenza in un determinato spazio fisico o relazionale di differenti gruppi etnici portatori di diversi patrimoni culturali", gruppi che vogliono preservare la propria identità culturale attraverso un riconoscimento ufficiale (CESAREO, *Società multietniche e multiculturalismi*, Milano, 2002, pp. 9 e 11). Insomma la società multietnica è sempre multiculturale, mentre la società multiculturale non sempre è multietnica (ben potendo le differenze culturali discendere dalle diversità religiose, ideologiche, ecc.).

[11] NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentar*, Kehl, 2005, p. 640.

[12] Questo il testo della dichiarazione: "In the light of article 2 of the Constitution of the French Republic, the French Government declares that article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned." Analoga la formulazione della dichiarazione relativa all'art. 30 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Ricordo che l'art. 2 della Costituzione francese recita: "La langue de la République est le français. L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge. L'hymne national est la « Marseillaise ». La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ». Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple". Queste invece le osservazioni del Comitato ONU: "The Committee takes note of the declaration made by France concerning the prohibition, prescribed under article 27 of the Covenant, to deny ethnic, religious or linguistic minorities the right, in community with members of their group, to enjoy their

la Convenzione-quadro del 1995.

Un problema non espressamente risolto dagli atti succitati riguarda l'ammissibilità di un'interpretazione estensiva della nozione di minoranza nazionale sino a ricomprendervi anche soggetti diversi dai gruppi storicamente radicati nel territorio dello Stato. Né il Patto ONU né la Convenzione-quadro, a ben vedere, forniscono una precisa nozione di minoranza[13] ma si limitano pragmaticamente a prendere atto dell'esistenza negli Stati di minoranze etniche, religiose o linguistiche. E' interessante sottolineare che la formulazione dell'art. 27 del Patto ("in those States in which ethinic, religious or linguistic minorities *exist*") fu voluta dagli Stati di immigrazione proprio per prevenire la possibile attribuzione di diritti alle minoranze *straniere* presenti sul loro territorio. Il Comitato dei diritti dell'uomo, in occasione della pubblicazione nel 1994 del General Comment dell'art. 27, ha però chiarito che ai fini della tutela apprestata sono irrilevanti sia il periodo di permanenza degli individui sul territorio dello Stato sia il possesso della cittadinanza: "Thus, migrant workers or even visitors in a State party constituting such minorities are entitled not to be denied the exercise of those rights"[14]. Nonostante ciò permane la resisten-

own culture, to profess and practise their own religion or to use their own language. The Committee has taken note of the avowed commitment of France to respect and ensure that all individuals enjoy equal rights, regardless of their origin. The Committee is, however, unable to agree that France is a country in which there are no ethnic, religious or linguistic minorities. The Committee wishes to recall in this respect that the mere fact that equal rights are granted to all individuals and that all individuals are equal before the law does not preclude the existence in fact of minorities in a country, and their entitlement to the enjoyment of their culture, the practice of their religion or the use of their language in community with other members of their group" (Concluding observations of the Human Rights Committee: France. 04/08/1997. CCPR/C/79/Add.80, 4 August 1997, par. 24).

[13] Non fornisce definizioni neppure la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali, etniche, religiose o linguistiche, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1992.

[14] General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27): 08/04/1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. **"**5.1. The terms used in article 27 indicate that the persons designed to be protected are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language. Those terms also indicate that the individuals designed to be protected need not be citizens of the State party. In this regard, the obligations deriving from article 2.1 are also relevant, since a State party is required under that article to ensure that the rights protected under the Covenant are available to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction, except rights which are expressly made to apply to citizens, for example, political rights under article 25. A State party may not, therefore, restrict the rights under article 27 to its citizens alone. - 5.2. Article 27 confers rights on persons belonging to minorities which "exist" in a State party. Given the nature and scope of the rights envisaged under that article, it is not relevant to determine the degree of permanence that the term "exist" connotes. Those rights simply are that indi-

za degli Stati a estendere la protezione agli immigrati[15].

La Convenzione-quadro, dal canto suo, demanda la definizione di minoranza nazionale[16] agli Stati contraenti. Alcuni (tra cui Austria, Germania, Lussemburgo, Polonia e Svizzera) hanno precisato, in sede di ratifica, di ricondurre all'ambito convenzionale le sole minoranze composte da cittadini: altri hanno invece provveduto in via legislativa a definire i soggetti tutelati. L'Italia non contiene nel proprio ordinamento una definizione di minoranza nazionale "posto che la legislazione italiana riconosce e tutela soltanto le minoranze linguistiche di antico insediamento in un territorio delimitato espressamente elencate nell'art. 2 della legge 482/99" contenente "Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche"[17].

viduals belonging to those minorities should not be denied the right, in community with members of their group, to enjoy their own culture, to practise their religion and speak their language. Just as they need not be nationals or citizens, they need not be permanent residents. Thus, migrant workers or even visitors in a State party constituting such minorities are entitled not to be denied the exercise of those rights. As any other individual in the territory of the State party, they would, also for this purpose, have the general rights, for example, to freedom of association, of assembly, and of expression. The existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria... 7. With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them".

[15] Da segnalare al riguardo la politica del Governo olandese che, per favorire la partecipazione degli immigrati alla vita politica e sociale, considera gli immigrati come gruppo e di conseguenza applica loro la tutela generale accordata alle minoranze etnico linguistiche, elaborando anche atti *ad hoc* per riequilibrare gli svantaggi ricollegabili al loro *status* di minoranza e alla loro diversità culturale (BONETTI, GUALANDI, *L'accesso all'istruzione scolastica, all'Università e alle professioni*, in NASCIMBENE, a cura di, *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 1044 ss., a p. 1103).

[16] "It should also be pointed out that the framework Convention contains no definition of the notion of 'national minority'. It was decided to adopt a pragmatic approach, based on the recognition that at this stage, it is impossible to arrive at a definition capable of mustering general support of all Council of Europe member States": Explanatory Report, punto 12. La stessa Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Gorzelik e altri c. Polonia*, 17 febbraio 2004, par. 45) ha ribadito l'assenza di *consensus* e ha evitato di proporre una definizione.

[17] Così il III Rapporto dell'Italia sull'attuazione della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali (ex art. 25 paragrafo 2), anno 2009, p. 4. La normativa nazionale – costituita dalla citata legge 15 dicembre 1999, n. 482 e relativo regolamento approvato con D.P.R. 2 maggio 2001 n. 345 nonchè dalla legge 23 febbraio 2001, n. 38, "Norme a tutela della minoranza linguistica slovena della Regione Friuli-Venezia Giulia" – ricalca sostanzialmente i principi enunciati nella Convenzione quadro (legge 28

Anche il nostro Paese, in altri termini, circoscrive la tutela ai gruppi minoritari di cittadini.

In conclusione, all'interno degli ordinamenti statali gli stranieri potrebbero vantare un diritto all'identità culturale non in quanto gruppo minoritario ma in quanto individui.

4. La tutela dell'identità culturale dell'individuo

L'unico trattato che espressamente tutela l'identità culturale dei singoli individui (oltre che di gruppi e società) è la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, adottata dall'Unesco il 20 ottobre 2005, la quale mira a favorire "respect for the diversity of cultural expressions and raise awareness of its value at the local, national and international levels" e a incoraggiare la interculturalità (*interculturality*) intesa come "the existence and equitable interaction of diverse cultures and the possibility of generating shared cultural expressions through dialogue and mutual respect" (art. 4). Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclama il rispetto della "diversità culturale, religiosa e linguistica" (art. 22): la norma, tuttavia, –traendo fondamento dai Trattati sull'Unione e sul suo funzionamento, e dunque operando entro l'Unione – sembra garantire le identità culturali dei soli cittadini europei[18].

Nell'ambito delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa i trattati sui diritti umani riconoscono solitamente il diritto di ogni individuo a partecipare alla vita culturale della collettività (così ad esempio gli artt. 27 della Dichiarazione universale del 1948; 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali; 13 c) della Convenzione contro la discriminazione nei confronti delle donne; e 31 della Convenzione sui diritti del fanciullo), oltre a una serie di altri diritti che ben possono ritenersi manifestazione del più generale diritto all'identità culturale: espressione, associa-

agosto 1997, n. 302). Cfr. la Risoluzione del Comitato dei ministri del CdE (2006)5 "Per la realizzazione della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali da parte dell'Italia".

[18] Questa interpretazione pare suffragata dalla dichiarazione della Commissione europea secondo cui i diritti contemplati nella Carta di Nizza "sono basati sui valori condivisi da tutti gli Stati membri", i quali "assicurano che tutti i residenti, *inclusi gli immigrati*, comprendano, rispettino e beneficino dei valori comuni europei e nazionali" (Commissione europea, comunicazione del 1° settembre 2005, "Un'agenda comune per l'integrazione. Quadro per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi nell'Unione europea").

zione, religione, proprietà, educazione, lingua, stile di vita[19], vita familiare. La tutela di tali diritti favorisce il pluralismo che la Corte europea fonda, tra l'altro, "on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion"[20].

Un significativo *consensus* a livello internazionale si rinviene quanto al carattere subalterno del diritto all'identità culturale rispetto ai tradizionali diritti civili. Così – riprendendo la Dichiarazione sulla diversità culturale del 2001 (art. 4) – la citata Convenzione Unesco del 2005 dispone: "Cultural diversity can be protected and promoted only if human rights and fundamental freedoms, such as freedom of expression, information and communication, as well as the ability of individuals to choose cultural expressions, are guaranteed. 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" (art. 2, par. 1). Già nel 2000 il Comitato ONU aveva precisato d'altronde che "States … should ensure that ... cultural attitudes are not used to justify violations of women's right to equality before the law and to equal enjoyment of all ... rights" civili e politici[21]. Né discriminazioni di genere possono legittimarsi in nome della libertà religiosa[22].

[19] Comm. eur. dir. uomo, 3 ottobre 1983, ricorso n. 9278/81, *G. e E. c. Norvegia* (identità lappone); Corte eur. 27 maggio 2004, *Connors c. Regno Unito* (nomadismo). In relazione alle minoranze v. le sentenze della Corte europea18 gennaio 2001, *Chapman c. Regno Unito*, e 8 dicembre 2009, *Muñoz Díaz c. Spagna* (matrimonio tradizionale Rom).

[20] Corte eur., 17 febbraio 2004, *Gorzelik e altri c. Polonia*, par. 92.

[21] "States parties should furnish appropriate information on those aspects of tradition, history, cultural practices and religious attitudes which jeopardize, or may jeopardize, compliance with article 3, and indicate what measures they have taken or intend to take to overcome such factors": General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3): 29/03/2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, punto 5. Cfr. anche General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant; 29/03/2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13: "14. The requirement under article 2, paragraph 2, to take steps to give effect to the Covenant rights is unqualified and of immediate effect. A failure to comply with this obligation cannot be justified by reference to political, social, cultural or economic considerations within the State".

[22] General Comment No. 28 cit., punto 21: "Article 18 (religious freedom) may not be relied upon to justify discrimination against women by reference to freedom of thought, conscience and religion; States parties should therefore provide information on the status of women as regards their freedom of thought, conscience and religion, and indicate what steps they have taken or intend to take both to eliminate and prevent in-

5. *Multiculturalismo e conflitti normo-culturali*

Come già sosteneva negli anni Novanta uno dei massimi esperti di multiculturalismo[23], la politica della diversità deve essere circoscritta entro un modello di giustizia liberale: esisterebbe insomma una tensione tra liberalismo e multiculturalismo. Si è distinto[24] al riguardo tra "restrizioni interne", attinenti alle richieste che il gruppo avanza nei confronti dei propri membri relativamente ai loro rapporti reciproci (es. matrimoni combinati forzati, discriminazione sessuale nell'ambito familiare) e "tutele esterne", attinenti alla rivendicazioni nei confronti della società dominante relativamente ai rapporti tra gruppi diversi a difesa della identità culturale del gruppo minoritario (es. rispetto di codici d'abbigliamento). Una democrazia dovrebbe, in linea di principio, approvare le tutele esterne ma respingere le restrizioni interne: la tutela delle minoranze non giustificherebbe infatti la pretesa di una cultura minoritaria di limitare i diritti fondamentali dei propri membri. In altre parole, sarebbe possibile assecondare talune manifestazioni di appartenenza religiosa esteriore, mentre sarebbero intollerabili limitazioni dei diritti civili dei membri stessi della minoranza in nome della solidarietà di gruppo. Questa distinzione, non sempre agevole, può fornire all'interprete utili indicazioni nella ricerca del giusto grado di tolleranza dello Stato ospitante.

L'identità culturale assume una valenza diversa a seconda che si tratti di cittadini piuttosto che di stranieri. Se per i primi può giustificare l'adozione di regole riguardanti non già il singolo bensì il gruppo di appartenenza (regole a protezione di una minoranza linguistica, ad esempio), per i secondi si traduce nell'aspettativa di vedere applicate le norme

fringements of these freedoms in respect of women and to protect their right not to be discriminated against". Sul carattere discriminatorio del matrimonio poligamico si veda il punto 24 dello stesso General Comment ("It should also be noted that equality of treatment with regard to the right to marry implies that polygamy is incompatible with this principle. Polygamy violates the dignity of women. It is an inadmissible discrimination against women. Consequently, it should be definitely abolished wherever it continues to exist"), nonché la raccomandazione generale n. 21 del 1994 ("Equality in Marriage and Family Relations") del Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti della donna (UN Doc.CEDAW/C/1993/4, punti 13 e 14). Nel 1997 tale Comitato, durante l'esame dei rapporti di Namibia e Bangladesh, ha discusso in merito alla conformità ai principi convenzionali dell'istituto del matrimonio poligamico e ne ha comunque auspicato l'abolizione.

[23] KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1991.

[24] KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999 (trad. dall'originale *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995), p. 65 ss.: v. anche POULTER, *Ethnicity, Law and Human Rights*, Oxford, 1998, p. 32 s., e FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2004, p. 28.

dell'ordinamento straniero di appartenenza (aspettativa a cui lo Stato ospitante può effettivamente rispondere, per quanto riguarda i rapporti privatistici, grazie alle regole di diritto internazionale privato).

Se paragoniamo la cultura agli occhiali attraverso i quali ciascuno di noi giudica le proprie esperienze e il mondo che lo circonda[25], ci rendiamo conto di quanto difficile sia adeguarsi al repentino cambiamento delle lenti, soprattutto se le nuove lenti sono molto diverse da quelle abituali. È emblematico il fatto che, come dimostrano alcuni studi sociologici, gli emigranti siano più fedeli alle tradizioni e convenzioni culturali d'origine di quanto lo siano i connazionali in patria[26]. Come già anticipato, solo quando si prova il "diverso" si percepisce il valore della propria identità e si avverte la necessità di rivendicare la conservazione di alcune caratteristiche culturali-religiose tra le quali figurano le tradizioni giuridiche (si è parlato in proposito di "diritti polietnici")[27]. Come lo stesso Savigny – dando origine alla Scuola storica del diritto – sottolineava già agli inizi del XIX secolo, infatti, il diritto è strettamente connesso alla cultura del singolo popolo[28], di cui può considerarsi lo specchio (*Recht ist Kulturererscheinung*)[29].

I settori maggiormente sensibili all'ambiente culturale, e perciò più esposti a conflitti normo-culturali, sono senza dubbio il diritto penale e il diritto di famiglia. Il primo è costretto oggi a confrontarsi con il fenomeno dei c.d. reati culturalmente motivati, ossia dei comportamenti tenuti da un soggetto, appartenente a un gruppo culturale di minoranza, che sono considerati reati dal gruppo culturale di maggioranza, ma che all'interno del gruppo di appartenenza del soggetto stesso sono condonati o addirittura incoraggiati. La c.d. *cultural defence*, sviluppatasi negli USA a partire dalla metà degli anni Ottanta, è attualmente avanzata anche in Italia dagli imputati di reati quali violenze in famiglia, riduzione in schiavitù di minori, mutilazioni genitali femminili e, in generale, reati a difesa dell'onore[30].

[25] DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, 1985, p. 229.

[26] POULTER, *Ethnicity* cit., p. 10 ss.

[27] KYMLICKA, *La cittadinanza* cit., p. 170.

[28] Cfr. MARINI G. (a cura di), *La polemica sulla codificazione tra A.F.J. Thibaut e F.C. Savigny*, Napoli, 1982. Cfr. altresì PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, p. 502 ss., e TREVES R., *Diritto e cultura*, 1947, ora in TREVES R., *Il diritto come relazione: saggi di filosofia della cultura* (a cura di CARRINO), Napoli, 1993, p. 122.

[29] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, p. 4.

[30] Questa tipologia di reato era nota – non bisogna dimenticarlo – anche al nostro ordinamento. Così, l'art. 544 cod. pen. prevedeva, quale causa speciale di estinzione dei reati in materia sessuale, il c.d. matrimonio riparatore: solo trent'anni fa la norma è stata abrogata (legge 5 agosto 1981, n. 442 sulla "Abrogazione della rilevanza penale della

Ancora più evidente è la dimensione culturale del diritto di famiglia, che non a caso è tuttora impermeabile a processi di unificazione. Non solo, ma nel settore familiare la normativa è spesso influenzata da fattori religiosi, tanto che in parecchi Stati permane un sistema giuridico multiconfessionale, plurilegislativo su base personale[31]. Così, per fare solo qualche esempio, in India i rapporti matrimoniali sono disciplinati diversamente a seconda che riguardino indù, musulmani, cristiani o parsi (*Hindu/ Muslim/Christian/Parsee/Special Marriage Act*)[32] e in Pakistan i rapporti familiari e le successioni sono disciplinati in modo diverso a seconda della religione musulmana, cristiana, hindu, sikh, buddista o parsi[33]; analoghi conflitti interpersonali si rinvengono in Libano (musulmani, ebrei, cattolici) e Israele (ebrei, islamici, cristiani)[34].

6. Identità normo-culturale e religione. Il diritto islamico

Per le sue caratteristiche e la sua diffusione[35], il diritto religioso che in

causa d'onore") a seguito del "cambiamento di cultura e di sensibilità etico-giuridica avvenuto nella nostra società" (sono parole della Relazione che accompagnava il relativo disegno di legge).

[31] E non può certo considerarsi un caso se il recente regolamento europeo in materia di divorzio e separazione personale (n. 1259/2010) contempla una norma *ad hoc* sui "conflitti interpersonali di leggi" (art. 15: v. anche art. 17 Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari), a differenza dei regolamenti in materia di obbligazioni (Roma I e Roma II). Nell'Unione europea uno Stato membro per ragioni storiche garantisce diritti alla minoranza islamica: la Grecia riconosce infatti in materia personale la giurisdizione dei *muftis* (capi religiosi dei musulmani abitanti nella regione della Tracia): cfr. TSAOUSSI, ZERVOGIANNI, *Multiculturalism And Family Law: The Case Of Greek Muslims*, in BOELE-WOELKI (ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, The Hague, 2008, p. 209 ss. Cfr. in generale GANNAGÉ P., *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommumautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Bruxelles, 2001; AL DABBAGH, *Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque*, in *Rev. crit. dr. int. privé dr. int. privé,* 2009, p. 29 ss.

[32] Cfr. Trib. Belluno 6 marzo 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 140; cfr. RICCI, *La legge applicabile al divorzio tra cittadini di Stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee*, *ibid.*, p. 55.

[33] Esistono differenze di trattamento persino tra i due Stati. Ad esempio gli indù possono contrarre matrimonio poligamico in Pakistan ma non in India: e d'altra parte gli islamici possono avere fino a quattro mogli in India, ma non in Pakistan.

[34] I tribunali israeliani hanno liberalizzato *de facto* il diritto di famiglia nelle fattispecie transnazionali: EINHORN, *Israeli International Family Law — The Liberalization of Israeli Substantive Family Law*, in *Liber Amicorum Peter Hay*, Frankfurt a.M., 2005, p. 141 ss.

[35] L'Islam è la seconda religione al mondo (dopo il Cristianesimo) e vanta quasi due miliardi di fedeli: la più grande comunità islamica è quella indonesiana.

Occidente con maggiore frequenza determina conflitti normo-culturali è quello islamico[36].

Non è certo questa la sede per un'analisi del diritto islamico, ma è comunque necessario chiarirne alcuni aspetti, a cominciare dall'evidenza che non esiste *il* diritto islamico. Salve alcune eccezioni (quella saudita, per esempio) gli Stati "islamici" hanno abbandonato "il cammino" (questo il significato del termine *shari'ah*) rivelato da Allah nel Corano e l'insegnamento di Maometto (*sunnah*), provvedendo a modernizzare in misura più o meno incisiva il proprio sistema giuridico (si pensi a Tunisia e Marocco[37], ma anche all'Iran)[38]. Conseguentemente gli ordinamenti degli Stati "islamici" possono essere anche molto diversi tra loro. In generale, possiamo però dire che la *shari'ah* organizza la vita dell'individuo e della collettività, sia per quanto riguarda la vita interiore – dettando regole etico-morali e distinguendo le azioni umane in vietate, obbligatorie, indifferenti, sfavorite, superflue – sia per quanto riguarda i comportamenti esteriori nella relazione con Dio, con se stessi e con gli altri uomini – attraverso regole attinenti alle pratiche di culto e ai rapporti giuridici –. Essendo rivelati da Dio, questi precetti sono in principio immutabili nel tempo: ecco perché ancora oggi i sistemi giuridici "islamici" restano – tendenzialmente, almeno – ispirati alla superiorità da un lato dell'Islam su tutte le altre religioni, dall'altro dell'uomo sulla donna. Il diritto di famiglia, in particolare, è improntato a un modello patriarcale caratterizzato – come subito vedremo – da talune limitazioni della capacità su base religiosa e da istituti sconosciuti agli ordinamenti occidentali.

[36] Nel Regno Unito i musulmani sono più di un milione e mezzo (quasi 3% della popolazione), in Germania sono 3 milioni (3,6 %) per arrivare a 6 milioni in Francia (9,6%). I musulmani in Italia sono poco meno di un milione (meno del 2% della popolazione complessiva). Per un'analisi dei principali problemi v. AHDAR, ARONEY, *Shari'a in the West*, Oxford, 2010.

[37] Nel 2004 è stato adottato il nuovo codice della famiglia (*Moudawana*). Cfr. QUIÑONES ESCAMEZ, *Le réception du nouveau code de la faille marocian (Moudawana, 2004) en Europe*, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2004, p. 877 ss.; FOFFANO, *La poligamia nel diritto di famiglia islamico in Marocco: la Moudawana*, in *Pace e diritti umani*, 2007, p. 69 ss.; FOBLETS, LOUKILI, *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la faille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2006, p. 521 ss.; FOBLETS, CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, 2005. Cfr. anche JANSEN, *Muslim Brides and the Ghost of the Shari'a: Have the Recent Law Reforms in Egypt, Tunisia and Morocco Improved Women's Position in Marriage and Divorce, and Can Religious Moderates Bring Reform and Make It Stick?*, in *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2007, p. 181 ss.

[38] YASSARI, *The Reform of the Spousal Share under Iranian Succession Law – An example of the transformability of Islamic law*, in *RabelsZ*, 2009, p. 985 ss.

Così, per quanto concerne il matrimonio (contratto bilaterale di diritto civile), è noto che, mentre un uomo può sposare anche una donna ebrea o cristiana, una musulmana può sposare solo un musulmano[39]. Il consenso della donna al matrimonio deve sempre essere convalidato da un tutore maschio (*wali*: normalmente il padre o fratello). La celebrazione delle nozze avviene di regola davanti a un'autorità religiosa, che provvede alla trascrizione. Permane tra i sunniti il matrimonio "consuetudinario" che si celebra in presenza di due soli testimoni e si scioglie senza formalità[40]. Gli sciiti conoscono invece il matrimonio temporaneo (*mut'a*) con un numero illimitato di donne[41], che può durare un'ora o anni, e rappresenta una sorta di legalizzazione della prostituzione, volta a garantire lo stato di legittimità agli eventuali figli (che restano al padre).

A favore della donna è previsto la costituzione obbligatoria di un donativo nuziale (*mahr*) da parte del marito: solitamente l'acconto deve essere versato prima delle nozze, mentre il saldo si effettua al momento del divorzio (salvo che lo scioglimento del matrimonio sia imputabile alla moglie).

L'uomo può sposare fino a quattro donne e avere un numero illimitato di concubine[42]. La forma di poligamia più diffusa risulta essere quella diacronica: l'uomo cioè sposa più donne a distanza di tempo l'una dall'altra, spesso con l'approvazione della/e precedente/i. In pratica l'uomo prende una nuova moglie quando la precedente inizia a invecchiare e faticare nei

[39] Corano, 2: 221 ("Non sposate le [donne] associatrici, finché non avranno creduto, ché certamente una schiava credente è meglio di una associatrice, anche se questa vi piace. E non date spose agli associatori, finché non avranno creduto, ché, certamente, uno schiavo credente è meglio di un associatore, anche se questi vi piace. Costoro vi invitano al Fuoco, mentre Allah, per Sua grazia, vi invita al Paradiso e al perdono. E manifesta ai popoli i segni Suoi, affinché essi li ricordino"), 60: 10 ("O voi che credete, quando giungono a voi le credenti che sono emigrate, esaminatele; Allah ben conosce la loro fede. Se le riconoscerete credenti, non rimandatele ai miscredenti – esse non sono lecite per loro né essi sono loro leciti – e restituite loro ciò che avranno versato. Non vi sarà colpa alcuna se le sposerete versando loro il dono nuziale. Non mantenete legami coniugali con le miscredenti. Rivendicate quello che avete versato ed essi rivendichino quel che hanno versato. Questo è il giudizio di Allah, con il quale giudica fra voi, e Allah è sapiente, saggio") e 4: 141 ("Allah non concederà ai miscredenti [alcun] mezzo [di vittoria] sui credenti"). Per gli sciiti invece il matrimonio può essere celebrato solo tra musulmani.

[40] Cfr. Cour cass. fr., 23 maggio 2006, in *Bull. Civ.,* 2006, p. 230.

[41] L'istituto è espressamente previsto dal codice civile iraniano (artt. 1075-1077, 1095, 1097, 1113, 1120, 1139, 1151-1152). Il matrimonio termporaneo è vietato dai sunniti, ma le autorità religiose lo ammettono per i musulmani che si trovano in Occidente, sempre che la moglie sia monoteista non musulmana.

[42] Corano, 4: 3 ("Se temete di non essere equi con gli orfani, sposate allora di fra le donne che vi piacciono, due o tre o quattro, e se temete di non essere giusti con loro, una sola, o le ancelle in vostro possesso; questo sarà più atto a non farvi deviare").

lavori domestici. Oggi, anche per i costi che ne derivano per il marito, la poligamia è in netto regresso: resiste soprattutto nel Nord-Africa e in Medio Oriente, dove comunque viene legislativamente scoraggiata[43].

Nell'ambito familiare il marito vanta una posizione di supremazia sulla moglie sia nei rapporti reciproci che nei rapporti con i figli, i quali vanno sempre educati secondo l'Islam. La madre mantiene la custodia del figlio per un periodo limitato, che viene ridotto se la donna non è musulmana. Il padre "gestisce" il matrimonio delle figlie che, se si trovano all'estero, vengono spesso costrette a rientrare in patria per sposare l'uomo scelto dal padre. Nessun riconoscimento formale è previsto per la filiazione naturale.

Lo scioglimento del matrimonio può avvenire a seguito di divorzio giudiziale su richiesta di uno dei due coniugi per gravi motivi (*tafriq*), di divorzio per mutuo consenso (*khul'*) o di ripudio unilaterale da parte dell'uomo (*talaq*). Il ripudio consiste in una mera dichiarazione di volontà, senza giustificazione e talvolta senza intervento del giudice: può essere definitivo o revocabile entro un certo periodo (circa tre mesi). La triplice formula (*talaq, talaq, talaq*)[44], che in origine avrebbe dovuto essere proferita in tempi diversi (a garanzia di un'attenta riflessione), può essere oggi pronunciata contestualmente e addirittura telefonicamente. La dichiarazione può essere portata a conoscenza della donna dal marito stesso o da un

[43] Alcuni Stati hanno introdotto limitazioni, stabilendo ad esempio che la donna possa includere nel contratto di matrimonio una clausola di divieto di nuove nozze (e, in caso di nozze, abbia diritto al divorzio: Giordania e Marocco); che la donna possa sempre divorziare in caso di bigamia del marito (Algeria); o infine che il marito possa risposarsi solo con il consenso della prima moglie o in presenza di certe condizioni, valutate dal giudice (Siria, Iraq, Libia). Anche in Turchia, Albania e Tunisia, dove pure è stata abolita, la poligamia viene di fatto praticata, costringendo le autorità a promulgare periodicamente decreti volti a legittimare i figli nati dai matrimoni successivi al primo.

[44] Corano, 2: 229-230 ("Si può divorziare due volte. Dopo di che, trattenetele convenientemente o rimandatele con bontà; e non vi è permesso riprendervi nulla di quello che avevate donato loro, a meno che entrambi non temano di trasgredire i limiti di Allah. Se temete di non poter osservare i limiti di Allah, allora non ci sarà colpa se la donna si riscatta. Ecco i limiti di Allah, non li sfiorate ... Se divorzia da lei [per la terza volta] non sarà più lecita per lui, finché non abbia sposato un altro. E se questi divorzia da lei, allora non ci sarà peccato per nessuno dei due se si riprendono, purché pensino di poter osservare i limiti di Allah") e 65: 1 ("O Profeta, quando ripudiate le vostre donne, ripudiatele allo scadere del termine prescritto e contate bene il termine. Temete Allah vostro Signore e non scacciatele dalle loro case, ed esse non se ne vadano, a meno che non abbiano commesso una provata indecenza. Ecco i termini di Allah. Chi oltrepassa i termini di Allah, danneggia se stesso. Tu non sai: forse in questo periodo Allah farà succedere qualcosa").

suo rappresentante. Abolito in alcuni Stati (Tunisia[45] e Turchia), in altri il ripudio è soggetto a condizioni volte a evitare abusi. La condizione più frequente è la concessione alla donna di un'indennità consolatoria (*mut'ah*) calcolata sulla base di una pensione alimentare di almeno due anni, tenendo conto della situazione finanziaria del marito, delle circostanze del ripudio e della durata del matrimonio: la donna ha inoltre diritto a una quota di successione. Alcuni Stati poi permettono alla donna di inserire nell'atto di matrimonio una clausola che le permette di chiedere al marito il ripudio (clausola di auto-ripudio, *tamlik*). Una forma particolare di ripudio è quella negoziata dai coniugi (*khol*) e seguita dal versamento al marito, da parte della moglie, di una somma di denaro (il Corano usa il termine *iftadat* che evoca il riscatto del prigioniero): la donna è talvolta disposta a rinunciare al saldo del donativo nuziale o a restituire l'acconto ricevuto. A differenza della poligamia, il ripudio è assai frequente.

Spesso il marito decide di ripudiare la moglie se questa non riesce a dargli figli: il matrimonio, infatti, è finalizzato (oltre che alla legalizzazione dei rapporti sessuali) alla procreazione, tanto che alcuni Stati impongono esami pre-nuziali volti a verificare la fecondità della coppia. Né è possibile per i coniugi senza figli ricorrere all'adozione, in quanto questa è vietata dal Corano.[46] Alla protezione dei minori in stato di necessità è destinato infatti un istituto particolare, la *kafalah*, con cui un *kafil* (o meglio, di solito, una coppia di *kafil*) si assume l'obbligo – alla presenza di un giudice o di un notaio – di provvedere alle cure del minore (*makful*), senza peraltro instaurare con questi un rapporto di filiazione. La *kafalah*, non interrompendo il legame giuridico con la famiglia d'origine, non determina in capo al minore un cambiamento di *status* personale, e cessa di regola con la sua maggiore età.

Per quanto concerne infine il regime delle successioni per causa di morte, vige il principio per cui il maschio riceve il doppio rispetto alla femmina: ciò vale tanto per la successione dei figli[47] quanto per la succes-

[45] Coerentemente, e con maggiore rigore rispetto ai colleghi europei, i giudici tunisini non riconoscono effetti al ripudio intervenuto all'estero: così Trib. prima istanza Tunisi, 27 giugno 2000, in *Rev. tunisienne de droit,* 2000, p. 425.

[46] Corano, 33: 4 ("Allah non ha posto due cuori nel petto di nessun uomo, né ha fatto vostre madri le spose che paragonate alla schiena delle vostre madri, e neppure ha fatto vostri figli i figli adottivi. Tutte queste non son altro che parole delle vostre bocche; invece Allah dice la verità, è Lui che guida sulla [retta] via"). In Tunisia l'adozione è ammessa ma a condizione che adottante e adottato siano musulmani.

[47] Corano 4: 11 ("Ecco quello che Allah vi ordina a proposito dei vostri figli: al maschio la parte di due femmine. Se ci sono solo femmine e sono più di due, a loro [spettano] i due terzi dell'eredità, e se è una figlia sola, [ha diritto al] la metà. Ai genitori [del defunto] tocca un sesto, se [egli] ha lasciato un figlio. Se non ci sono figli e i genitori

sione del coniuge[48] (in costanza di matrimonio il regime è di separazione dei beni). Oltre che in base al sesso, l'erede è discriminato in base alla religione: il musulmano infatti non può ereditare da un cristiano e viceversa. Così se una cristiana sposa un musulmano, non può ereditare, e i suoi figli non possono ereditare da lei: e se un cristiano si converte all'Islam, solo i figli che si convertono possono ereditare. L'apostata poi non può ereditare, e la sua successione è aperta in vita.

L'accettazione di questo modello familiare improntato al disconoscimento del principio di uguaglianza, su base religiosa e di genere, rappresenta la sfida maggiore per il pluralismo occidentale.

7. *L'Islam nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Prima di vedere come l'Occidente abbia raccolto la sfida, occorre sgombrare il campo da un sospetto. Stante la sua origine, infatti, può sorgere il dubbio che il diritto islamico si configuri come espressione della libertà religiosa e, in quanto tale, goda di protezione internazionale.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo garantisce la libertà di religione che "include ... la libertà di manifestare la propria religione ... mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti" (art. 9, par. 1): tale libertà, tuttavia, può essere oggetto delle restrizioni "che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica alla sicurezza pubblica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui" (art. 9, par. 2). A partire dal 1995 numerose sono state le decisioni della Corte europea relative all'Islam[49], la cui protezione riguarda tuttavia

[sono gli unici] eredi, alla madre tocca un terzo. Se ci sono fratelli, la madre avrà un sesto dopo [l'esecuzione de]i legati e [il pagamento de]i debiti. Voi non sapete, se sono i vostri ascendenti o i vostri discendenti, ad esservi di maggior beneficio. Questo è il decreto di Allah").

[48] Corano, 4: 12 ("A voi spetta la metà di quello che lasciano le vostre spose, se esse non hanno figli. Se li hanno, vi spetta un quarto di quello che lasciano, dopo aver dato seguito al testamento e [pagato] i debiti. E a loro spetterà un quarto di quello che lasciate, se non avete figli. Se invece ne avete, avranno un ottavo di quello che lasciate, dopo aver dato seguito al testamento e pagato i debiti. Se un uomo o una donna non hanno eredi, né ascendenti né discendenti, ma hanno un fratello o una sorella, a ciascuno di loro toccherà un sesto, mentre se sono più di due divideranno un terzo, dopo aver dato seguito al testamento e [pagato] i debiti senza far torto [a nessuno]").

[49] Le questioni affrontate riguardano l'autonomia nell'organizzazione interna delle istituzioni religiose (Corte eur. dir. uomo, 26 ottobre 2000, *Hassan e Tchaouch c. Bulgaria*: v. già 14 dicembre 1999, *Serif c. Grecia*), la manifestazione del credo da parte di un ufficiale delle forze armate (Corte eur. dir. uomo, 1 luglio 1997, *Kalac c. Turchia*),

l'ambito strettamente spirituale. Il punto era stato chiarito già dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo in un caso relativo alla capacità matrimoniale di una dodicenne inglese di religione islamica. Secondo il diritto islamico la ragazza aveva l'età per contrarre il matrimonio, ma – a giudizio della Commissione – "the term "practice" as employed in Article 9 para. 1 does not cover each act which may be motivated or influenced by a religion or belief": in particolare "marriage cannot be considered simply as a form of expression of thought, conscience or religion, but is governed specifically by Article 12" che demanda alla legge nazionale la disciplina dell'esercizio del diritto di sposarsi. Di conseguenza la ragazza non poteva sposarsi poiché la legge nazionale (inglese) prevedeva l'età minima di diciotto anni[50].

Nel 2003 la Grande Camera della Corte ha emanato una decisione che ben può definirsi storica. Il caso (*Refah Partisi e altri c. Turchia*) riguardava la legittimità dello scioglimento da parte delle autorità turche di un partito di ispirazione islamica. La Corte precisa che il diritto di associazione (art. 11 della Convenzione europea) non consente la creazione di un partito volto ad introdurre in uno Stato parte della Convenzione "a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts"[51]. La *shari'ah* infatti è contraria ai principi di democrazia e laicità culturale proclamati dalla Convenzione europea: "pluralism, tolerance and broadmindedness"[52]. Non solo, ma "(a) difference in treatment between individuals in all fields of

l'abbigliamento religioso (Commissione europea, decisione 3 maggio 1993, *Karaduman c. Turchia*, ricorso n. 16278/90; Corte europea, decisione 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera*; GC, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*; 4 marzo 2008, *El Morsli c. Francia*; 4 dicembre 2008, *Kervanci c. Francia*, e *Dogru c. Francia*; 23 febbraio 2010, *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*), la libertà di espressione (Corte eur. dir. uomo, 18 gennaio 2001, *Zaoui c. Svizzera*; 4 dicembre 2003, *Müslüm Gündüz c. Turchia*), l'espulsione per attività religiose fondamentaliste (Corte eur. dir. uomo, 20 giugno 2002, *Al Nashif e altri c. Bulgaria)* e la tutela da espressioni gratuitamente offensive e profane (Corte eur. dir. uomo, 13 settembre 2005, *I.A. c. Turchia).* Cfr. GARAY, *L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. dr. int. et dr. comparé*, 2005, p. 117 ss.

[50] Commissione eur., decisione 7 luglio 1986**,** *Khan c. Regno Unito*, ricorso n. 11579/85, in *Décisions et Rapports* 48, p. 253.

[51] Corte eur. dir. uomo, GC, 13 febbraio 2003, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, par 123.

[52] Così già Corte eur. dir. uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, par. 49. Per considerazioni analoghe v. la decisione della House of Lords, *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] UKHL, 64.

public and private law according to their religion or beliefs manifestly cannot be justified under the Convention, and more particularly Article 14 thereof, which prohibits discrimination. Such a difference in treatment cannot maintain a fair balance between, on the one hand, the claims of certain religious groups who wish to be governed by their own rules and on the other the interest of society as a whole, which must be based on peace and on tolerance between the various religions and beliefs". E ancora – ed è questo l'aspetto più rilevante ai nostri fini – lo Stato "may legitimately prevent the application within its jurisdiction of private-law rules of religious inspiration prejudicial to public order and the values of democracy for Convention purposes (such as rules permitting discrimination based on the gender of the parties concerned, as in polygamy and privileges for the male sex in matters of divorce and succession)"[53]. Il fatto che lo Stato *possa* (più inequivoca della inglese – *may* – la versione francese: *peut*) legittimamente disapplicare le norme islamiche configura una *facoltà* della quale pervero non è chiaro come lo Stato possa avvalersi. Resta infatti l'ambiguità se allo Stato sia concesso disapplicare *sic et simpliciter* quelle norme o se sia comunque richiesto un bilanciamento nel singolo caso tra il diritto individuale all'applicazione di tali norme e l'interesse collettivo (in tal caso lo Stato dovrebbe superare il test di proporzionalità richiesto in presenza di interferenze nell'esercizio di un diritto individuale). A mio avviso il bilanciamento è sempre necessario e perciò lo Stato potrebbe disattendere le norme discriminatorie – nazionali (come nel caso sottoposto alla Corte) ma anche straniere (nel caso di richiamo internazionalprivatistico) – solo nella misura strettamente necessaria alla tutela dell'ordine pubblico (*public order; ordre public*) e dei valori democratici. La recente giurisprudenza sui matrimoni di convenienza pare suffragare questa interpretazione: la Corte infatti richiama il principio di proporzionalità (anche) in relazione all'art. 12 della Convenzione, che non contempla una clausola di interferenza[54].

[53] Corte eur. dir. uomo, GC, 13 febbraio 2003 cit., parr. 119 e risp. 128.

[54] L'art. 12 della Convenzione europea stabilisce – come si è già ricordato – che il diritto di sposarsi e fondare una famiglia spetta a tutti gli individui in età adatta "according to the national laws governing the exercise of this right". Già negli anni Ottanta la Corte aveva precisato che eventuali limitazioni poste da norme procedurali (attinenti ad esempio alle formalità di celebrazione) o sostanziali (relativamente alla capacità, al consenso e agli impedimenti) "must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired" (Corte eur. dir. uomo, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, par. 50; 18 dicembre 1987, *F. c. Svizzera*, par. 32). L'obbligo per lo straniero, intenzionato a sposare un cittadino, di presentare un certificato di capacità allo scopo di accertare che non si tratti di matrimonio di convenienza non è in sé contrario all'art. 12 della Convenzione: una violazione potrebbe

8. *Il modello multiculturalista inglese e il modello assimilazionista francese a confronto con l'Islam*

Appurato dunque che il diritto islamico in quanto tale non gode di "copertura" da parte della Convenzione europea, occorre vedere come i due modelli di cui si è parlato all'inizio[55] abbiano affrontato la sfida islamica.

Il modello multiculturalista ha condotto il legislatore inglese ad adottare alcune norme *ad hoc*, di portata peraltro assai limitata. Con il *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* 1972 si riconoscono effetti al matrimonio celebrato all'estero "under the law which permits polygamy": tuttavia se il marito si sposa una seconda volta in Inghilterra con un'altra donna con *domicile* in Inghilterra, il matrimonio è nullo[56]. L'iniziativa più originale è stata però la predisposizione di forme di mediazione in materia familiare, in linea con il tradizionale favore islamico verso i metodi alternativi di soluzione delle controversie (lo stesso Maometto, prima che come Profeta, era noto come arbitro tra le tribù arabe non musulmane). Risale al 1980 la creazione dell'*Islamic Sharia Council*, tuttora attivo[57], mentre nel 2007 – sulla base dell'*Arbitration Act* del 1996 – è

configurarsi solo in caso di eccessiva durata della pratica di rilascio del certificato stesso (Comm. eur. dir. uomo, decisione 16 ottobre 1996, *Sanders c. Francia,* ricorso n. 31401/96). Nel 2010, in due diverse occasioni, la Corte ha rimarcato di dover determinare "whether, regard being had to the State's margin of appreciation, the impugned interference has been arbitrary or disproportionate": così Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2010, *Frasik c. Polonia*, par. 90; e 14 dicembre 2010, *O'Donoghue e altri c. Regno Unito*, par. 84 (sentenza, ques'ultima, richiamata dalla nostra Corte Costituzionale a sostegno della dichiarazione di illegittimità dell'art. 116 cod. civ. nella parte in cui subordinava la celebrazione in Italia del matrimonio dello straniero alla presentazione di "un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano": Corte Cost., 25 luglio 2011, n. 245). Vale la pena di osservare che i redattori dell'art. 12 della Convenzione europea avevano sicuramente in mente situazioni interne, situazioni cioé in cui l'individuo esercita il suo diritto in base alla normativa vigente nel proprio Stato. Una lettura più moderna della clausola di regolamentazione potrebbe intenderla come genericamente riferita alla legge che nel singolo caso è competente in materia, e dunque – in caso di situazioni transnazionali – alla legge richiamata dal diritto internazionale privato del foro (azzardato sarebbe leggere l'espressione "national laws" come riferita alla legge nazionale dell'individuo, presupponendo l'utilizzo della cittadinanza come criterio di collegamento).

[55] *Supra*, par. 3. Cfr. FERRANDO, *Il matrimonio degli stranieri "irregolari" tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Gli stranieri*, 2011, p. 55 ss.

[56] Nello stesso senso dispongono le sezz. 5 ss. del *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* 1995. L'adozione dello *Human Rights Act* 1998 ha tuttavia indotto la giurisprudenza inglese a una minore tolleranza nei confronti della poligamia.

[57] Sorto sulla scorta dell'esperienza di alcuni gruppi di imam che avevano iniziato nel 1978 a risolvere le controversie familiari a Londra, l'*Islamic Sharia Council*

stato istituito il *Muslim Arbitration Tribunal*[58]. Ciò ha suscitato il malcontento delle donne, che si vedono di fatto costrette per motivi religiosi a subire l'iniziativa dell'uomo e a sottoporsi a un giudizio spesso basato su interpretazioni conservatrici della *shari'ah*. Il modello cui sembra essersi ispirata l'Inghilterra è quello canadese: in Ontario, infatti, l'*Arbitration Act* 1991 è invocato dal 2004 per dare attuazione ad arbitrati resi sulla base del diritto islamico[59]. Ma proprio come il Canada, dove – per violazione della *Canadian Charter of Rights* – il ricorso alle corti islamiche è stato abolito (*Family Statute Law Amendment Act* 2006), anche l'Inghilterra sta ora riconsiderando questa soluzione (che, vale la pena di sottolinearlo, è utilizzata anche dai cittadini inglesi convertiti all'Islam) e, più in generale, sta riconsiderando il modello multiculturalista[60].

Per quanto riguarda la Francia, il trattamento riservato agli immigrati provenienti dal Nord Africa è stato, fino agli anni Novanta, particolarmen-

(*www.islamic-sharia.org*) ha il precipuo scopo di risolvere il problema dei matrimoni claudicanti conseguenti al divorzio ottenuto dalla moglie ma non accettato dal marito, e dunque invalido per il diritto islamico. L'*Islamic Sharia Council*, applicando un diritto islamico "personalizzato" cioè calibrato sulle esigenze degli interessati (e dunque potenzialmente diverso da quello della scuola maggioritaria nello Stato di origine dei coniugi), concede alla moglie lo scioglimento del matrimonio anche con effetti religiosi. Pur non essendo giuridicamente riconosciuta dalle autorità inglesi, questa modalità di soluzione delle controversie familiari è piuttosto diffusa. Cfr. REISS MARIA, *The Materialization Of Legal Pluralism In Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Binding*, in *Arizona Journ. Int. Comp. Law*, 2009, p. 739 ss.

[58] *www.matribunal.com* Cfr. YILMAZ, *Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law,* in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2001, 297. BANO SAMIA, *Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain*, in *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, n. 1, 2007, *http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2007_1/bano*.

[59] BADER, *Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari'a in Ontario?,* in GRILLO (ed.), *Legal practice and cultural diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 49 ss.; BROWN, *Constructions of Islam in the Context of Religious Arbitration: A Consideration of the "Shari'ah Debate" in Ontario, Canada*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2010, Vol. 30, n. 3; BROWN, *A Destruction of Muslim Identity: Ontario's Decision to Stop Shari'a-based Arbitration*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2007, p. 495 ss.; BOLANO, *Tribunali islamici e tutela dei diritti umani in Ontario*, in *Riv. studi politici int*., 2006, p. 365 ss.

[60] Il 7 giugno 2011 la House of Lords ha presentato al Parlamento la proposta di "Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill", volta a impedire discriminazioni ai danni delle donne. Sull'esperienza statunitense v. RAFEEQ, *Rethinking Islamic law Arbitration Tribunals: Are They Compatible with Traditional American Notions of Justice?,* in *Wisconsin Int. Law Journ.,* 2010, p. 108 ss. In generale v. 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.

te favorevole, a dispetto della tradizionale politica assimilazionista[61]. Il legame con le ex colonie ha indotto il Governo di Parigi, negli anni Ottanta, a stipulare una serie di convenzioni bilaterali[62]. La prima e più importante è stata la Convenzione con il Marocco del 10 agosto 1981 in materia di statuto personale e diritto di famiglia, e cooperazione giudiziaria, voluta dal Governo maghrebino per favorire il riconoscimento in Francia dei ripudi effettuati in Marocco[63]. Sono seguite le Convenzioni – oltre che con l'Egitto sulla cooperazione giudiziaria in materia civile, ivi compreso lo statuto personale, e in materia sociale, commerciale e amministrativa (15 marzo 1982) – con la Tunisia relativa all'assistenza giudiziaria in materia di diritto di affidamento dei figli, diritto di visita e obbligazioni alimentari (18 marzo 1982) e con l'Algeria relativa ai figli nati da coppie franco-algerine separate (21 giugno 1988).

A prescindere dalla discriminazione che è venuta a crearsi rispetto agli immigrati originari di altri Stati islamici, la conclusione di questi accordi non ha però risolto il problema, come dimostra la prassi giurisprudenziale che negli anni Novanta ha iniziato a negare effetti al ripudio intervenuto all'estero per contrarietà all'ordine pubblico (limite che del resto figura espressamente anche nella Convenzione franco-marocchina del 1981), principalmente in presenza della cittadinanza francese o del domi-

[61] CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, 853 ss., a p. 860 ss.

[62] La via convenzionale era già stata seguita, oltre che dalla Germania (Trattato di amicizia con l'Iran del 1929: per una sua interessante applicazione in materia di ripudio v. BGH 6 ottobre 2004, in *IPRax*, 2005, p. 346, con nota RAUSCHER a p. 313) e dalla Svizzera (Trattato di amicizia con l' Iran del 1934), dal Belgio. Il riferimento è alla Convenzione generale sulla sicurezza sociale tra Belgio e Marocco del 24 giugno 1968, il cui art. 24, par. 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") è stato portato davanti ai giudici costituzionali belgi, in quanto "si le travailleur était marocain, de sexe masculin et qu'il avait contracté plusieurs mariages, conformément au droit marocain qui réglait son statut personnel, chacune de ses veuves peut prétendre à une partie de la pension." Di qui la supposta violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 11 della Costituzione belga (Cour d'arbitrage belge, 4 maggio 2005). Più recentemente si veda la Convenzione tra Spagna e Marocco del 30 maggio 1997 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, degli atti pubblici con forza esecutiva e dei lodi arbitrali in materia commerciale.

[63] L'art. 13 della Convenzione recita: "Les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger. Lorsqu'ils sont devenus irrévocables, les actes constatant la dissolution du lien conjugal selon la loi marocaine entre un mari de nationalité marocaine et son épouse de nationalité française, dressés et homologués par un juge au Maroc, produisent effet en France à la demande de la femme dans les mêmes conditions que les jugements de divorce".

cilio in Francia della moglie[64]. Quanto alla poligamia, per risolvere una volta per tutte il problema, la Francia nel 1993 ha bloccato l'immigrazione di stranieri a statuto poligamico[65], preoccupandosi altresì di regolarizzare i nuclei familiari già presenti sul territorio francese, imponendo alle mogli diverse dalla prima di "de-coabitare" [66]. Come in relazione al ripudio, la giurisprudenza (nei pochi casi che ancora si presentano) si mostra oggi assai più rigida che in passato, negando effetti ai matrimoni successivi al primo, soprattutto se coinvolgono una cittadina francese[67].

[64] Su questa evoluzione giurisprudenziale v. LAGARDE, *Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial,* in *Festschrift H.J. Sonnenberger,* München, 2004, p. 481 ss.; NAJM*, Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)*, in *Droit et cultures*, 2010 (*http://droitcultures.revues.org/2070*). Il *revirement* è stato definitivamente decretato dalla Cour de cassation in cinque decisioni rese il 17 febbraio 2004 (in *Journ. dr. int.,* 2004, p. 1200 ss., sulle quali v. tra altri, CORBE*, Le rejet des répudiations musulmanes*, in *Dalloz*, 2004, p. 815 ss.: in proposito è stato presentato un ricorso avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, poi ritirato dalla ricorrente come risulta dalla sentenza 8 novembre 2005, *D.D. c. Francia*) e in altre cinque rese nel 2007 (22 maggio, 10 luglio, 19 settembre - in *Rev. crit. dr. int. privé,* 2007, p. 575 ss., nota MUIR WATT -, 17 e 31 ottobre). Il ripudio continua a interessare la giurisprudenza: da ultimo v. anche Cass. 4 novembre 2009, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2010, p. 369 ss.

[65] La legge n. 93-1027 del 24 agosto 1993 (c.d. legge Pasqua) ha introdotto nell'ordinanza 2 novembre 1945 gli artt. 15 *bis* e 30, il cui testo è opportuno riportare qui. Art. 15 *bis*: "La carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée". Art. 30: "Lorqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordée à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du resortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré". Sulla poligamia è tornata la legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006 relativa all'immigrazione e all'integrazione (cfr. *Rev. crit. dr. int. privé*, 2006, p. 984).

[66] Con la circolare del 25 aprile 2000 sul "renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993", il Ministero degli interni ha ordinato il rimpatrio di tutte le mogli, salvo una, ovvero la "décohabitation": è seguita la circolare del 10 giugno 2001 del Ministero del lavoro e della solidarietà, "relative au logement des femmes décohabitant de ménages polygames et engagées dans un processus d'autonomie". Un resoconto di interrogazioni ministeriali in materia si leggono in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2003, p. 781; 2006, p. 984; e 2011, p. 180. Sulla stessa strada della Francia si è avventurata dieci anni dopo la Spagna, prevedendo il diritto al ricongiungimento familiare in capo ad una sola moglie, a scelta del marito (e dunque non necessariamente alla prima): Ley orgánica 14/2003 del 20 novembre 2003.

[67] Cfr. Cass., 24 settembre 2002 (*Rev. crit. dr. int. privé*, 2003, p. 271 ss., nota BOURDELOIS). Ancora nel 2007 però si registra una decisione favorevole alla poligamia:

9. *Il modello "misto" italiano e l'Islam*

Per quel che riguarda l'Italia – dove l'alta incidenza di immigrati irregolari o clandestini penalizza gli sforzi di integrazione - sembra seguirsi "una politica 'mistilinea', più o meno assimilazionista, con sostanziale richiesta al 'non nativo' di rinuncia alla sua specificità culturale"[68]. Il Testo Unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) vieta ogni discriminazione, diretta o indiretta, nei confronti degli immigrati (art. 43) assegnando alle istituzioni statali e locali il compito di favorire "la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali … e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia" (art. 42)[69]. In termini analoghi si esprime la "Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione" adottata dal Ministero dell'Interno nel 2007 (decreto min. 23 aprile 2007). Dopo aver sancito l'impegno del nostro Paese "perché ogni persona sin dal primo momento in cui si trova sul territorio italiano possa fruire dei diritti fondamentali, senza distinzione di sesso, etnia, religione, condizioni sociali", la Carta precisa che "al tempo stesso, ogni persona che vive in Italia deve rispettare i valori su cui poggia la società, i diritti degli altri, i doveri di solidarietà richiesti dalle leggi" (punto 1) e che "l'uomo e la donna hanno pari dignità e fruiscono degli stessi diritti dentro e fuori la famiglia": a tutti loro "l'Italia offre un cammino di integrazione rispettoso delle identità di ciascuno" (punto 4).

Salvo isolati interventi legislativi[70] la soluzione dei conflitti normoculturali è lasciata totalmente ai giudici, che per lo più negano rilevanza al fattore culturale a garanzia dell'armonia interna. Così, la giurisprudenza penale valuta le motivazioni del reato in base a parametri oggettivi riferiti alla prevalente coscienza collettiva, al comune sentire del popolo italiano[71]. In presenza di reati che coinvolgono gli immigrati, quindi, nessun rilievo viene riconosciuto ai valori culturali di origine, diversi da quelli dominanti nella cultura italiana. In generale, pertanto la c.d. *cultural defence*

Cass., 14 febbraio 2007 (*Journ. dr. int.,* 2007, p. 933 ss., nota BOURDELOIS). Tra gli scritti più recenti v. DECOCQ, *De la polygamie en France,* in *Mélanges Jacques Foyer*, Paris, 2008, p. 269 ss.

[68] Così Cass. pen, sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 46300, *www.cassazione.net.*

[69] Si veda anche l'artt. 38.3 relativo al rispetto delle diversità culturali nella comunità scolastica.

[70] Ricordo solo la legge 9 gennaio 2006, n. 7, "Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile", che ha introdotto nel codice penale il nuovo art. 583-bis.

[71] BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 432.

è respinta[72]. Non mancano aperture in ottica multiculturalista, che hanno tuttavia suscitato giustificati timori. Degna di particolare nota è la decisione[73] in cui, a fronte di abusi sessuali ai danni della moglie, il giudice ha ravvisato l'attenuante di minore gravità nel fattore culturale: l'uomo, cittadino marocchino, avrebbe infatti malinterpretato i diritti maritali, sulla scorta di "ancestrali codici familiari" radicati nella sua "premeva subcultura d'origine".

Anche nell'altro settore giuridico culturalmente sensibile, il diritto di famiglia, la giurisprudenza è improntata a una netta chiusura. Il problema più comune riguarda le ipotesi in cui le autorità dello Stato di origine dell'aspirante sposa, richieste di dichiarare che "giusta le leggi a cui è sottopost[a] nulla osta al matrimonio" (come previsto dall'art. 116 comma 1 cod. civ.), subordinino detta attestazione alla dichiarazione di conversione all'Islam da parte dell'uomo, e in mancanza neghino il nulla osta. La giurisprudenza unanime ravvisa in detto diniego una contrarietà all'ordine pubblico e dispensa la donna dalla produzione del nulla osta[74]. Con la circolare n. 46 dell'11 settembre 2007 il Ministero dell'Interno ha imposto agli ufficiali dello stato civile di non tener conto della condizione relativa alla fede islamica eventualmente contenuta nel nulla osta al matrimonio: poiché "la normativa costituzionale prevede l'assoluta libertà di fede religiosa e non consente di limitare in alcun modo l'istituto del matrimonio in dipendenza della fede religiosa di uno o di entrambi i coniugi … (si) dovrà procedere alle pubblicazioni di matrimonio senza tener conto della condizione relativa alla fede religiosa" posta dalle autorità straniere.

Sulla poligamia la giurisprudenza civile – a differenza di quella amministrativa – non si è mai pronunciata, eccezion fatta per un *obiter dictum* (in una decisione relativa peraltro alla condizione di erede della moglie somala di un cittadino italiano, monogamo dunque, il cui matrimonio era

[72] DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, p. 25 ss.; BASILE, *Immigrazione* cit., p. 43 ss.

[73] Trib. Trento 19 febbraio 2009, in F*am. e dir.,* 2010, p. 400 ss. Vedi anche App. Bologna, 6 ottobre 2006 e Cass. pen., 2 agosto 2007, in *Dir. pen. e processo,* 2008, p. 498 ss.

[74] Trib. Verona, decreto 6 marzo 1987, in *Stato civile it.,* 1987, II, p. 201 ss., nota ARENA *ibid.,* I, p. 187 ss.; Trib. Torino, decreto 24 febbraio 1992, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 1992, p. 985 ss.; Trib. Torino, decreto 24 giugno 1993, in *Dir. fam*., 1993, p. 1181 ss.; Trib. Barcellona, decreto 9 marzo 1995, in *Dir. fam.,* 1996, p. 164 ss.; Trib. Napoli, decreto 29 aprile 1996, in *Fam. dir.,* 1996, p. 454 ss., nota CANTA; Trib. Taranto, decreto 13 luglio 1996, in *Fam. dir.,* 1996, p. 445 ss., nota VENCHIARUTTI; Trib. Treviso, decreto 15 aprile 1997, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 1997, p. 744 ss.; Trib. Piacenza, decreto 5 maggio 2011 (inedito). Sul punto si è pronunciata anche la Corte Costituzionale (ordinanza 30 gennaio 2003, n. 14, in *Riv. dir. int.*, 2003, 814).

stato celebrato in Somalia con rito islamico) da cui risulta che "il figlio e la moglie del mussulmano poligamo sono comunque ammessi a succedere ai beni lasciati da costui in Italia e … che l'accertamento dell'esistenza di un matrimonio valido – o di una filiazione legittima – rappresenta questione preliminare rispetto a quella principale della devoluzione ereditaria e, non implicando un'inserzione nella *lex fori* delle norme straniere che ammettono la poligamia o vietano i matrimoni misti, non pone neppure un problema di compatibilità con l'ordine pubblico interno"[75].

Il riconoscimento del ripudio intervenuto all'estero è sempre stato negato in quanto contrario all'ordine pubblico: vuoi perchè lesivo del principio di uguaglianza tra i coniugi[76] vuoi perchè effettuato senza il vaglio di un organo giudiziario straniero (ancorché in assenza di opposizione da parte della moglie)[77]. E in un solo caso, in cui il marito chiedeva specificamente al giudice italiano di applicare la norma del codice civile iraniano (l'art. 1133) per cui "[l]'uomo potrà divorziare dalla moglie ogniqualvolta lo vorrà", la domanda di scioglimento del matrimonio è stata rigettata[78].

In materia di filiazione, infine, la Cassazione ha rilevato che una norma, come quella marocchina, "che si ispira ad un rifiuto assoluto di protezione della filiazione naturale, della quale esclude ogni rilievo, se non al fine di determinare addirittura una conseguenza sanzionatoria (penale) nei confronti del genitore, non possa essere inserita nel nostro ordinamento, per contrasto con un principio di ordine pubblico internazionale italiano, che alla filiazione naturale assegna comune rilievo e tutela. Il nostro ordinamento riconnette al fatto della procreazione la posizione di figlio ed il relativo *status*, a tutela di una fondamentale esigenza della persona, dalla quale deriva il diritto all'affermazione pubblica di tale posizione … Se … per l'ingresso di una normativa straniera sulla materia non è certo richiesto che esso riproduca una … parificazione di posizione e tutela (dei figli legittimi e naturali come quella prevista dalla legge italiana), contrastano tuttavia con i principi fondamentali che riguardano la persona nel nostro ordinamento le regole che negano giuridicità ad una qualunque specie di filiazione"[79].

[75] Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 1999, p. 613 ss.

[76] App. Roma, 29 ottobre 1948, in *Foro pad.,* 1949, I, 348 ss., nota MARTINO; Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, *in Riv. dir. int. priv. proc*., 1970, p. 868 ss.

[77] App. Milano, 14 dicembre 1965, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 1966, p. 381 ss., con commento LANFRANCHI a p. 526 ss.: il marito era iraniano, la moglie italiana. Vedi anche Trib. Milano, 21 settembre 1967, in *Riv. dir. int. priv. proc*.,1968, p. 403 ss.; App. Roma, 9 luglio 1973, in *Dir. fam.*, 1974, p. 653 ss., nota SCHWARZENBERG.

[78] App. Milano, 17 dicembre 1991, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109 ss.

[79] Cass., 8 marzo 1999, n. 1951, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2000, p. 130 ss. Nello stesso senso Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 886 ss.

10. L'approccio giurisprudenziale: l'esigenza di contemperare l'identità normo-culturale nazionale con quella straniera

La soluzione verso la quale gli Stati europei paiono in definitiva convergere è, come si è appena visto, quella di affidare all'autorità giudiziaria la soluzione dei problemi legati all'identità culturale. Nel campo del diritto di famiglia, in particolare, spetta al singolo giudice proteggere l'identità normo-culturale nazionale (della collettività del foro) dall'introduzione di modelli socio-familiari esterni, utilizzando i meccanismi offerti dal diritto internazionale privato. Diritto internazionale privato che, dal canto suo, mira a contemperare le contrapposte identità normo-culturale dello straniero e del foro privilegiando l'una rispetto all'altra a seconda del criterio di collegamento impiegato.

Un sistema basato sul criterio di nazionalità favorisce tendenzialmente l'identità individuale, in quanto la cittadinanza esprime – almeno in via presuntiva (si pensi agli immigrati di seconda o terza generazione) – il legame culturale con un certo Stato[80]. Ove quest'ultimo si configuri come multiculturale, plurilegislativo su base personale (per motivi storici o a tutela di minoranze), il richiamo della *lex patriae,* tramite i criteri di soluzione interni dei conflitti interpersonali, arriverebbe ad assecondare effettivamente *l'identità culturale del singolo*.

Nei sistemi basati su un criterio domiciliare si promuove al contrario l'identità nazionale, in una prospettiva assimilazionistica. Considerando poi che il criterio fattuale della residenza abituale è solitamente utilizzato anche come titolo di giurisdizione, la coincidenza tra *ius* e *forum* conduce il giudice ad applicare in concreto la propria legge. Ciò può spiegare il favore riservato a questo criterio anche dalla Comunità/Unione europea e, prima di questa, dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato; la residenza abituale inoltre non crea discriminazioni in base alla cittadinanza – vietate dall'art. 18 TFUE (già art. 12 TCE) – e garantisce l'*identità sociale dell'individuo*[81].

[80] JAYME, *Die kulturelle Dimension des Rechts — Ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und für die Rechtsvergleichung*, in *RabelsZ*, 2003, p. 211 ss., a p. 224.

[81] "Private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity": Corte eur. dir. uomo, 7 febbraio 2002, *Mikulić c. Croazia*, par. 53. Nel 2006 la Grande Camera (18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*) dichiara: "it must be accepted that the *totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living* constitute part of the concept of "private life" within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a "family life", therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or her right to re-

Ora, gli Stati non sempre seguono politiche coerenti. Basti considerare che l'Inghilterra, pur orientata a un modello multiculturalista, ha un sistema di diritto internazionale privato basato principalmente sul criterio del *domicile* (inteso come "permanent home"); e che per contro la Francia, tipicamente assimilazionista, privilegia il criterio della nazionalità.

Anche il sistema italiano di diritto internazionale privato italiano è incentrato sul criterio della nazionalità e appare in principio rispettoso della diversità culturale[82], fermo restando il possibile intervento del limite dell'ordine pubblico, valvola di sicurezza (che potremmo definire ormai consuetudinaria, in quanto universalmente presente)[83] apprestata a tutela dell'armonia interna. È, quello di ordine pubblico, un concetto che sottende valori normo-culturali, come meglio emergeva dal previgente art. 31 disp. prel cod. civ.[84] dove l'ordine pubblico era affiancato dal buon costume. Oggi il concetto indeterminato di ordine pubblico allude al "cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia" in un determinato momento storico[85].

spect for private life" (par. 59). Nel caso di specie l'interferenza era proporzionata in quanto, "while it is true that the applicant came to the Netherlands at a relatively young age, the Court is not prepared to accept that he had spent so little time in Turkey that, at the time he was returned to that country, he no longer had any *social or cultural (including linguistic) ties with Turkish society*" (par. 62: i corsivi sono aggiunti).

[82] L'incidenza del diritto dell'Unione europea è ancora limitata, essendosi sinora uniformate solo le norme di conflitto in materia di divorzio e separazione personale: in materia di successioni e regime tra coniugi/partner si è ancora allo stadio di proposta. Cfr. anche *supra* nota 31, e *infra* nota 104.

[83] Cfr. anche l'opinione individuale del giudice Lauterpacht annessa alla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 28 novembre 1958 (*Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants - Netherlands v. Sweden*): "On the whole, the result is the same in most countries – so much so that the recognition of the part of *ordre public* must be regarded as a general principle of law in the field of private international law. If that is so, then it may not improperly be considered to be a general principle of law in the sense of Article 38 of the Statute of the Court". Per un interessante ricostruzione del concetto di ordine pubblico in un ordinamento islamico v. BERGER, *Conflicts law and Public Policy in Egyptian Family Law: Islamic Law Through the Backdoor*, in *Amer. Journ. Comp. Law,* 2002, p. 555 ss.

[84] "Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private disposizioni possono aver effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume". Il legislatore, attuando la riforma del nostro diritto internazionale privato, ha soppresso, nell'art. 16 della legge n. 218 del 1995, il riferimento al buon costume mantenendo solo quello all'ordine pubblico "nella convinzione che solo quest'ultimo rappresenti un limite all'applicabilità della legge straniera" (sono parole della Relazione al disegno di legge).

[85] Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 ss.

11. Conflitti di legge e diritti umani: un rapporto difficile?

Tra i valori che contribuiscono alla fisionomia attuale del nostro ordinamento figurano i diritti fondamentali dell'individuo (art. 2 Cost.), che – come si è detto[86] – non possono essere sacrificati in nome del diritto dello straniero all'identità culturale. Attraverso la clausola di ordine pubblico quindi i diritti umani intervengono in modo mediato[87]. Già si è visto come, di fronte a culture giuridiche discriminatorie (su base religiosa o di genere), il limite dell'ordine pubblico sia per prassi invocato in maniera sistematica, tanto da irrigidire il conflitto di legge e trasformarlo in conflitto di civiltà[88] (espressione, questa, molto in voga negli anni Novanta dopo la pubblicazione del noto provocatorio studio politologico americano sul *clash of civilizations*)[89]. Il risultato è la moltiplicazione di quelle situazioni

[86] *Supra,* par. 4.

[87] La dottrina ha elaborato anche una diversa teoria fondata sull'applicazione diretta dei diritti umani, ricostruendo le norme a loro tutela come di applicazione necessaria (*lois de police*). Cfr. L. GANNAGE, *La hièrarchie des normes et les mèthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, Paris, 2001, p. 242 ss. e 260 ss.

[88] Sul tema mi limito a ricordare due recenti contributi italiani: CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani* (in TRIGGIANI, a cura di, *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 429 ss.; già in CARELLA, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 67 ss.); e MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 643 ss. Vasta la dottrina straniera: si vedano, tra gli altri, MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et repudiation*, Genève, 1972; DEPREZ, *Droit international privé et conflit de civilizations: aspects méthodologiques: les rélations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil des Cours*, 1988-IV, t. 211, p. 9 ss.; JAYME, *Identité culturelle* cit., p. 9 ss.; MANKOWSKI, *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, in *IPRax*, 2004, p. 282 ss.; LAGARDE, rapporto su *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, session de Cracovie, vol. 71-I, 2005, p. 11 ss.; NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, 2005; LEQUETTE*, Le conflit de civilisation à la lumière de l'expérience franco-tunisienne*, in *Mélanges offerts au Prof. S. Ben Halima*, Tunis, 2006, pp. 175-233; L. GANNAGE*, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, in *Recueil des Cours,* 2010 (in corso di stampa).

[89] "In the new world … the most pervasive, important and dangerous conflicts will not be between social classes, rich and poor, or other economically defined groups, but between people belonging to different cultural entities. Tribal wars and ethnic conflicts will occur within civilizations … And the most dangerous cultural conflicts are those along the fault lines between civilizations … For forty-five years the Iron Curtain was the central dividing line in Europe. That line has moved several hundred miles east. It is now the line separating peoples of Western Christianity, on the one hand, from Muslim and Orthodox peoples on the other": HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations* cit., p. 28.

claudicanti che la Corte europea dei diritti dell'uomo è incline a condannare in nome del diritto alla continuità degli *status* e dei rapporti giuridici interpersonali (in nome dell'armonia internazionale, insomma). Di qui gli sforzi della dottrina e di parte della giurisprudenza (italiana e straniera) di ridimensionare il ricorso all'ordine pubblico, relativizzandolo attraverso le teorie dell'ordine pubblico attenuato, dell'ordine pubblico di prossimità (*ordre public de proximité*, *Inlandsbeziehung*), della inapplicabilità dell'ordine pubblico nelle questioni preliminari: o prospettando, *de iure condendo*, l'abbandono del criterio della cittadinanza a favore di criteri domiciliari o di metodi diversi dalla localizzazione spaziale (come il metodo delle considerazioni materiali)[90].

Dal canto suo, la Corte di Strasburgo – a prima vista, almeno – sembra configurare il sistema di tutela dei diritti umani come alternativo e prevalente rispetto al sistema di diritto internazionale privato. In una sentenza del 2007 (caso *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*)[91], infatti, la Corte è giunta di fatto a imporre allo Stato (Lussemburgo) il rispetto di *status* validamente acquisiti all'estero (adozione legittimante ottenuta in Perù da una cittadina lussemburghese), prescindendo dalla valutazione internazionalprivatistica dello Stato stesso. La realtà sociale venutasi a creare altrove, in altre parole, dovrebbe essere tradotta dallo Stato in realtà giuridica. La Corte ha ravvisato una violazione della Convenzione europea (art. 8) dal momento che nella fattispecie "the national authorities refused to recog-

[90] Per un'analisi v. CARELLA, *La famiglia transnazionale* cit., p. 434 ss.; MALATESTA, *Cultural Diversity* cit., p. 646 ss.; MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, p. 598 ss. ; KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours*, 2005, t. 318, p. 9 ss., a p. 165 ss. e spec. 258 ss. Interessante il recente studio di KNOP, MICHAELS, RILES, *From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style*, in *Stanford Law Review*, Vol. 64, Issue 3 (March 2012) in corso di stampa (*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923175)*.

[91] Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (anche in *Jour. dr. int.,* 2008, p. 183, nota D'AVOUT): "133. .. the national authorities refused to recognise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption … 135. The Court concludes that in this case the Luxembourg courts could not reasonably refuse to recognise the family ties that preexisted *de facto* between the applicants and thus dispense with an actual examination of the situation. Reiterating, moreover, that the Convention is "a living instrument and must be interpreted in the light of present-day conditions" ..., the Court considers that the reasons put forward by the national authorities – namely, the strict application, in accordance with the Luxembourg rules on the conflict of laws, of Article 367 of the Civil Code, which permits adoption only by married couples – are not "sufficient" for the purposes of paragraph 2 of Article 8."

nise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption". Più precisamente, la Corte ha ritenuto che "the strict application, in accordance with the … rules on the conflict of laws", di una certa norma non è "sufficient" ai fini dell'interferenza nel diritto al rispetto della vita familiare di un soggetto.

La Corte europea, in altri termini, parrebbe prospettare la necessità di mettere fuori gioco il diritto internazionale privato ove questo conduca nel caso di specie alla violazione di un diritto fondamentale (come quello al rispetto della vita familiare). Una diversa lettura è tuttavia ipotizzabile: la Corte, infatti, potrebbe aver 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 direi, la proporzionalità) rispetto allo scopo. Senza voler entrare nel merito del ragionamento seguito dai giudici nazionali (e specificamente dell'impostazione della questione in termini di riesame del merito del provvedimento estero piuttosto che di verifica delle condizioni richieste per il suo riconoscimento) mi pare si possa evincere da questa pronuncia l'opportunità di utilizzare il filtro dell'ordine pubblico[92] per accertare che il diniego di riconoscimento di un provvedimento estero – o di applicazione di una norma straniera – sia proporzionato allo scopo perseguito dall'ordinamento del foro. La stessa Corte ha recentemente ribadito (caso *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*)[93] che il mancato riconoscimento di un provvedimento straniero (di adozione del nipote maggiorenne da parte dello zio, vescovo) in nome dell'ordine pubblico costituisce un'ingerenza legittima solo ove sia proporzionata al soddisfacimento di bisogni sociali

[92] D'altra parte la Corte ravvisa violazione dell'art. 6 nel fatto che il giudice d'appello abbia ritenuto inutile esaminare la parte del ricorso relativo a "Public policy implications" in cui le ricorrenti lamentavano l'incompatibilità della sentenza di primo grado – che negava l'*exequatur* – con il diritto al rispetto della vita familiare protetto dall'art. 8 della Convenzione europea. I giudici di Strasburgo ribadiscono la necessità di esaminare tutti i motivi di ricorso, precisando che "the question of the incompatibility of the decision at first instance with Article 8 of the Convention – in particular from the aspect of its conformity to international public policy – was among the main pleas put forward by the applicants and thus required a specific and explicit response": risposta che non è stata fornita né dai giudici d'appello né dalla Cassazione nonostante "the Convention had direct effects in the Luxembourg legal order" (par. 97).

[93] Corte eur. dir. uomo, 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*: la Corte (parr. 60 e 74) richiama espressamente il caso *Wagner*. Per un primo commento v. FRANZINA, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family States judicially created abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.

imperativi dello Stato: arrivando addirittura a sostenere che nella fattispecie il motivo addotto dalle autorità statali (contrasto con regole ecclesiastiche) non fosse in realtà coperto dalla clausola di ordine pubblico[94], e che in generale "l'interprétation par le juge ... de la notion d'ordre public ne doit pas être faite de manière arbitraire et disproportionnée"[95].

Il suggerimento della Corte di impiegare la clausola di ordine pubblico come clausola di interferenza, contemperando i diritti in gioco, mi pare condivisibile e sembra essere stato già raccolto dai giudici francesi.

Chiamata a pronunciarsi in merito agli effetti del provvedimento statunitense con cui una donna francese era stata dichiarata "genitore" adottivo del bambino nato dalla fecondazione eterologa della partner americana, la Cour de cassation francese (2010)[96] ha ordinato *l'exequatur*. È stato dunque accolto il ricorso con cui la cittadina francese faceva valere il diritto al rispetto della vita familiare instauratasi all'estero, diritto che il giudice d'appello "en faisant prévaloir ses règles de conflit [ossia il diritto internazionale privato francese] sur la réalité sociale et la situation des personnes concernées" avrebbe leso. La Cour, nella sua tanto breve quanto rivoluzionaria sentenza, si è limitata a escludere il contrasto con "l'ordre public international français de la décision étrangère" senza far cenno alla

[94] Corte eur. dir. uomo, 3 maggio 2011, *Negrepontis- Giannisis c. Grecia*, par. 73: "L'adoption réalisée par un évêque, même si celui-ci était issu de l'ordre monacal, ne pouvait pas être considérée comme étant contraire à l'ordre public grec, car l'avis selon lequel une telle adoption serait impossible ne se fondait pas sur une disposition de loi explicite. Ces juges [dissidents de la Cour de cassation] ont, par ailleurs, souligné que la question avait donné lieu à de fortes dissensions au sein de la communauté juridique et ne se heurtait pas à une règle ou à un principe d'une importance fondamentale majeure et reflétant une conviction sociale et religieuse ferme en Grèce".

[95] Corte eur. dir. uomo, 3 maggio 2011, *Negrepontis- Giannisis c. Grecia*, par. 90: l'affermazione si colloca nella parte in cui la Corte si pronuncia in merito alla violazione dell'art. 6 della Convenzione europea. Si vedano anche le considerazioni svolte dalla Corte in merito all'intervento del limite dell'ordine pubblico a tutela "de l'intérêt de la communauté à promouvoir les manages monogamiques" nella decisione di inamissibilità del ricorso (n. 38797/07) *Green e Farhat c. Malta*, in data 6 luglio 2010 (pubblicata anche in Rev. Crit. Dr. Int. Privé, 2011, p. 665 ss., nota D'Avout).

[96] Cass. fr., 8 luglio 2010, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2010, p. 747 nota HAMMJE. Degna di essere ricordata, per l'analogia di ragionamento, la decisione resa dalla Corte d'appello di Bari in un altro delicato caso: si trattava del riconoscimento di provvedimenti stranieri (inglesi) attribuitivi di maternità a una cittadina italiana che aveva stipulato un contratto di maternità con una donna inglese. Nella sentenza del 13 febbraio 2009 (in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 699 ss., con commento di CAMPIGLIO – *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità* – a p. 589) i giudici baresi hanno dettagliatamente motivato il riconoscimento in base alla necessità di proteggere "una situazione (familiare) consolidatasi da oltre dieci anni".

decisione di Strasburgo nel caso *Wagner* di cui peraltro ha verosimilmente tenuto conto[97].

12. Segue: *Un comune limite al pluralismo culturale*

A favore dell'impiego della clausola di ordine pubblico come clausola di interferenza gioca un tratto comune al sistema di diritto internazionale privato e a quello della Convenzione europea: entrambi rispecchiano infatti un modello di ordinamento pluralista (culturalmente laico) pur riservando allo Stato un potere di ingerenza "funzionale" – dal contenuto solo indirettamente determinato attraverso un rinvio di carattere finalistico[98] – a salvaguardia di interessi collettivi. I presupposti esplicitamente richiesti nelle clausole di interferenza della Convenzione – che 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 (*public safety, défence de l'ordre*), il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui" (art. 8, par. 2) – sono simili a quelli presupposti per l'intervento del limite dell'ordine pubblico (e anche a quelli che nell'ambito dell'Unione europea consentono di disapplicare il principio del mutuo riconoscimento). L'accertamento di dette condizioni rientra, in entrambi i sistemi, entro il margine di apprezzamento dello Stato, margine che varia a seconda delle circostanze, della materia e del contesto. In altre parole il diritto interna-

[97] Non può a questo punto escludersi un *revirement* anche a proposito del riconoscimento di effetti alla *kafalah* islamica. A differenza del nostro ordinamento, in cui il problema viene risolto esclusivamente in via giurisprudenziale (v. *infra* nota 118), la Francia ha affrontato la questione in via legislativa, vietando nel 2001 l'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): alla luce di tale divieto la Cour de cassation ha ripetutamente negato alla *kafalah* formalizzata all'estero effetti equiparabili a una adozione internazionale (tra le altre v. Cour cass., 10 ottobre 2006, in *Journ. dr. int.,* 2007, p. 564 ss., nota BRIÈRE; 9 luglio 2008, in *Rev. crit. dr. int. privé,* 2008, p. 828 ss.; 9 luglio 2009, in *Journ. dr. int*., 2009, p. 151 ss., nota FONGARO; 28 gennaio 2009, in *Dalloz*, 2009, AJ., p. 501 ss.; 25 febbraio 2009, in *Dalloz*, 2009, AJ., p. 730 ss.). Come nel caso dell'adozione del figlio della partner, anche nel caso della *kafalah* il mancato riconoscimento potrebbe però configurare un'ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto della vita familiare. Il Belgio invece, dal 2005, autorizza – a certe condizione – l'ingresso nel Paese del minore assegnato in *kafalah* a cittadini belgi o stranieri residenti in Belgio (art. 361-5 code civil).

[98] CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 25 ss.

zionale privato rispetta il pluralismo in termini relativi e la Corte europea, apparentemente indifferente alla diversità degli ordinamenti, approva questa relatività nella misura in cui ammette il margine di apprezzamento. Nelle situazioni transnazionali occorre perciò rispettare in maniera "pragmatica" i diritti fondamentali, operando in concreto un bilanciamento tra questi ultimi e le esigenze tipiche del diritto internazionale privato[99].

L'interferenza deve essere qualitativamente e quantitativamente congrua rispetto allo scopo che lo Stato si prefigge. La congruità si traduce nel giudizio circa la accettabilità sociale, l'equilibrio tra i valori tutelati dall'ordinamento, la proporzionalità tra mezzo e risultato; giudizio che non deve ridursi al confronto *astratto* tra coppie di precetti normativi ma deve basarsi sulla verifica delle conseguenze *concrete* della loro applicazione per l'individuo, da un lato, e per la società, dall'altro. Esemplari da questo punto di vista le sentenze[100] in cui la Corte di Strasburgo ha rilevato la scarsa ricaduta sociale dell'interferenza a fronte delle pesanti conseguenze per l'individuo, e dunque la sproporzione tra mezzo e risultato.

Lo Stato deve ricercare – alla luce del parametro di "democrazia" (pluralismo, tolleranza, liberalità) – il rapporto ottimale di congruità dell'interferenza. Il limite dell'ordine pubblico esprime proprio il grado di tolleranza della diversità implicita nel sistema di diritto internazionale privato. Con la precisazione che, di fronte a un provvedimento emanato all'estero, la tollerabilità va riferita al momento in cui il giudice è chiamato alla sua verifica, e non al momento in cui la norma straniera è stata applicata all'estero. Cosicché, se la norma è discriminatoria, occorre superare il formalismo del principio di uguaglianza e prescindere dal contrasto tra la Convenzione europea e la norma sulla quale il provvedimento si basa, per focalizzarsi piuttosto sulla sostanza, sugli effetti concreti del provvedimento straniero. In caso contrario, l'individuo già penalizzato dalla norma estera potrebbe in concreto essere ulteriormente svantaggiato (si pensi, per esempio, al caso di un ripudio inizialmente subìto dalla donna, che peraltro successivamente abbia interesse ad avvalersi del proprio riconquistato stato libero per contrarre un nuovo matrimonio)[101]. D'altronde, come si è vi-

[99] FULCHIRON, *Droit fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droits, conflit de logiques? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution*, in SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiare au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002, p. 365, a p. 380 ss.

[100] Corte eur. dir. uomo, 26 ottobre 1988, *Norris c. Irlanda*, par. 46; 29 ottobre 1992, *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*, parr. 67 ss. spec. 76-77.

[101] *Infra*, par. 13.

sto[102], la Corte europea configura la disapplicazione della norma discriminatoria non già come un obbligo per lo Stato, bensì come mera facoltà da soppesare in sede di valutazione del margine di apprezzamento.

Resta da aggiungere che la eventuale prossimità della fattispecie rispetto al foro non dovrebbe giocare un ruolo autonomo ma piuttosto restare assorbita in questo giudizio.

13. Segue: *Il limite all'applicazione del diritto islamico*

Così, se fosse chiesto alle autorità italiane di celebrare un matrimonio poligamico o sciogliere un matrimonio a seguito di ripudio senza garanzie per la moglie[103], una reazione negativa in nome dell'ordine pubblico sarebbe proporzionata. Il sacrificio individuale, relativamente alto, sarebbe giustificato in nome dell'interesse sociale a veder rispettati due cardini dell'ordinamento: la monogamicità del matrimonio e l'uguaglianza tra i coniugi. Se la prima è imposta da una norma italiana di applicazione necessaria (l'art. 86 cod. civ., che richiede lo stato libero dei nubendi), la seconda è sancita – oltre che dagli artt. 3 e 29 Cost. – dall'art. 5 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea: l'applicazione, attraverso il richiamo internazionalprivatistico, di norme discriminatorie ci esporrebbe pertanto anche a censure da parte della Corte di Strasburgo[104].

Analoghe considerazioni valgono per quanto riguarda l'applicazione delle norme islamiche che pongono limitazioni di tipo religioso alla capacità di sposarsi o di succedere. L'ufficiale dello stato civile dovrebbe prescindere dalla norma che subordina le nozze della donna alla fede islamica del coniuge, in quanto discriminatoria (e contraria all'art. 12 della Convenzione europea combinato con l'art. 14), e procedere comunque alle nozze[105]: così come il giudice dovrebbe disapplicare la norma che esclude

[102] *Supra*, par. 7.

[103] App. Milano, 17 dicembre 1991, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 1993, p. 109 ss.

[104] Vale la pena di ricordare la recente disciplina europea in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Il regolamento n. 1259/2010 (applicabile dal 21 giugno 2012), per le eventuali ipotesi in cui – in base all'*optio legis* o all'art. 8 – sia applicabile la legge nazionale di uno dei coniugi, e questa sia la legge di uno Stato islamico, espressamente prevede che, ove tale legge "non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio …, si applica la legge del foro" (art. 10).

[105] CAMPIGLIO, MOSCONI, *L'art. 116 del codice civile e gli ufficiali dello stato civile di fronte a una straniera di religione islamica intenzionata a sposare un italiano*, in *Iustitia*, 2011, p. 71 ss.

dalla successione l'individuo non islamico[106]. Anche in questi casi, infatti, l'applicazione delle norme straniere comporterebbe in capo al nostro Paese la responsabilità per violazione della Convenzione europea: né – come abbiamo detto – potrebbe addursi la circostanza che le norme in questione trovano fondamento nel Corano per invocare il principio della libertà di religione.

Diversa è la situazione in cui l'autorità italiana fosse chiamata a riconoscere gli effetti di un matrimonio poligamico celebrato all'estero o di un ripudio avvenuto all'estero: in questi casi, infatti, si è già creata una situazione la cui rimessa in gioco – in nome del principio di uguaglianza – potrebbe ledere il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In proposito è stato detto che, se uno Stato non è tenuto ad assicurare il rispetto della Convenzione europea da parte di un altro Stato, a partire dal 1989 (caso *Soering c. Regno Unito*) la Corte europea impone agli Stati di non concorrere all'applicazione di norme straniere contrarie alle Convenzione[107]. L'osservazione non sembra decisiva in quanto – a differenza del caso *Soering*, in cui la violazione della Convenzione non si sarebbe verificata se lo Stato (Regno Unito) non avesse tenuto un certo comportamento (estradizione verso gli Stati Uniti: la Corte allude alla responsabilità dello Stato parte "by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual" alla violazione di un suo diritto)[108] – nelle ipotesi qui in esame non si tratta di rendere possibile la violazione della Convenzione europea da parte di un altro Stato poiché l'applicazione della norma e la conseguente violazione si sono già consumate all'estero, dando origine a una situazione *de facto* (acquisto da parte di più donne dello *status* di coniuge del medesimo uomo, perdita dello *status* di coniuge da parte della donna ripudiata).

Il giudizio, già lo si è detto, va effettuato in concreto, abbandonando il piano formale per porsi sul piano sostanziale, considerando anche la even-

[106] In altro senso ha deciso il Kammergericht di Berlino (KG, 26 febbraio 2008), sulla base della circostanza che nel testamento il *de cuius* avevo manifestato la volontà di esclusione del figlio naturale di fede cristiana: la volontà del defunto è stata ritenuta prevalente sulle considerazioni di ordine pubblico (LOOSCHELDERS*, Begrenzung des ordre public durch den Willen des Erblassers,* in *IPrax,* 2009, p. 246 ss.). Sul tema v. in generale BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, *El derecho sucesorio islámico: principios informadores y exceptión de orden público internacional,* in *Revista española de derecho internacional*, 2009, p. 441 ss.

[107] Si tratta del meccanismo della tutela indiretta o *par ricochet* di alcuni diritti umani. Cfr. CARELLA, *La famiglia transnazionale* cit., p. 442 ss.

[108] Corte eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, par. 91.

tuale prossimità della fattispecie rispetto al foro (o rispetto ad altri ordinamenti a questo "vicini")[109].

Ora, per quel che concerne la poligamia occorre realisticamente sdrammatizzare il problema, dal momento che in Italia, come in tutti gli altri Stati membri dell'Unione europea, un uomo può legittimamente convivere con una sola moglie e dunque non dovrebbe mai porsi il problema di rapporti interpersonali poligamici. In base alla direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, infatti, "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" (art. 4, par. 4)[110]. Potrebbero invece convivere con il padre i figli nati dalle diverse mogli: in questo caso, l'intervento dell'ordine pubblico per negare effetti alla poligamia, e conseguentemente alla legittimità dei figli, sarebbe sproporzionato alla luce del principio (internazionalmente sancito) dell'interesse superiore del minore.

Quanto infine al ripudio, occorre precisare che la discriminazione non risiede tanto nella natura discrezionale dell'istituto quanto nel fatto di essere riservato al marito: ma d'altra parte si deve tenere presente che in molti ordinamenti islamici, come si è visto, la donna può comunque chiedere il divorzio a condizioni piuttosto favorevoli e/o riservarsi, nel contrat-

[109] Mi riferisco al concetto di prossimità "giuridica" – di vicinanza cioé con ordinamenti simili al foro – utilizzato nella risoluzione dell'Institut de Droit International sulle "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille" del 2005 (*supra,* nota 88), secondo cui l'ordine pubblico può essere opposto per negare effetti alla poligamia anche quando gli sposi erano domiciliati al momento delle nozze in un qualsiasi Stato che non ammette la poligamia.

[110] In assenza di norme internazionali a tutela delle migrazioni, e stante dunque il diritto dello Stato di controllare l'ingresso di stranieri sul proprio territorio, la Corte europea ha ribadito più volte che, "where immigration is concerned, Article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory. In order to establish the scope of the State's obligations, the facts of the case must be considered" (Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera,* par. 38. V. già le sentenze 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito,* par. 68; 20 marzo 1991, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, par. 88; 28 novembre 1996, *Ahmut c. Paesi Bassi, par.* 67; 7 November 2000 (dec.), *P.R. c. Paesi Bassi;* 13 maggio 2003 (dec.), *Chandra e altri c. Paesi Bassi*; 29 luglio 2010, *Mengesha Kimfe c. Svizzera,* par. 61). In particolare, in virtù della clausola di interferenza dell'art. 8 par. 2, "when considering immigration on the basis of family ties, a Contracting State cannot be required under the Convention to give full recognition to polygamous marriages which are in conflict with their own legal order" (Commissione eur. dir. uomo, decisione 6 gennaio 1992, ricorso 14501/89, *E.A. e A.A. c. Paesi Bassi*, in *Décisions et Rapports* 72, p. 118 ss. a p. 128).

to matrimoniale, il diritto all'auto-ripudio. Nel caso di ripudio pronunciato all'estero con l'assenso della moglie (che lo abbia sollecitato o vi abbia acconsentito)[111] l'impatto concreto della violazione del principio di uguaglianza è ridotto: in queste ipotesi, come pure in quelle in cui sia la moglie stessa a chiedere il riconoscimento, magari per potersi risposare, la donna rinuncia – per così dire – a far valere la discriminazione, facendo assumere allo scioglimento del matrimonio natura consensuale. Ancora una volta l'attenzione va concentrata non già sull'atto di ripudio in sè bensì sulle sue conseguenze concrete, non ultimi i risvolti patrimoniali[112]. Convincenti appaiono le considerazioni svolte nel 1998 dal Tribunale supremo spagnolo, richiesto dalla moglie di pronunciarsi sul riconoscimento di un ripudio egiziano. Il decorso del termine fissato dalla legge egiziana per la revoca del ripudio e le nuove nozze del marito eliminavano quegli elementi di incertezza e instabilità che avevano talvolta indotto i giudici spagnoli a negare il riconoscimento. Riconoscimento che viceversa nella fattispecie si imponeva in base a un "elemental principio de justicia material … Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del exequátur se recibiría la sentencia con ese mismo contenido"[113].

Il ripudio estero, o meglio il procedimento attraverso cui esso si perfeziona, pone in discussione tuttavia anche un altro diritto fondamentale – quello all'equo processo – ogniqualvolta non preveda l'intervento dell'autorità giudiziaria. Da questo punto di vista va osservato che, se è vero che la Corte europea affida al giudice dello Stato richiesto anche il

[111] L'accettazione da parte della moglie costituisce una delle condizioni alle quali il legislatore belga subordina il riconoscimento del ripudio estero. Le altre condizioni sono l'omologazione giudiziaria, la cittadinanza o residenza abituale dei coniugi in uno Stato che ammette il ripudio, la non contrarietà all'ordine pubblico (art. 57 codice di diritto internazionale privato). In pratica il riconoscimento è improbabile. Per un confronto tra la soluzione belga e quella statunitense v. ALIDADI, *The Western Judicial Answer to Islamic Talaq: Peeking Through the Gate of Conflict of Laws,* in *UCLA Journ. Islamic and Near Eastern Law*, 2005/2006, p. 1 ss.

[112] Aix-en-Provence, 10 maggio 1998, in *Journ. dr. int*., 1999, p. 136 ss., nota BENCHENEB; Cass., 3 luglio 2001, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2001, p. 704 ss., nota L. GANNAGÉ.

[113] Trib. Supremo, 21 aprile 1998. In senso contrario App. Roma, 9 luglio 1973, in *Dir. fam.,* 1974, p. 653: nella fattispecie la donna aveva chiesto al marito di ripudiarla, esonerandolo dal versamento del saldo della dote e dal pagamento degli alimenti.

controllo del rispetto nel procedimento straniero delle garanzie processuali e delle norme sulla competenza[114], occorre però prendere atto della recente tendenza degli ordinamenti giuridici a introdurre forme di soluzione stragiudiziale delle controversie matrimoniali. La stessa Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali del 1° giugno 1970 si applica alle sentenze pronunciate in seguito a "judicial or other proceedings officially recognised in that State and which are legally effective there" (art. 1), e dunque verosimilmente anche alle sentenze emanate da autorità religiose[115]. Nè si può tacere il fatto che in alcuni Stati islamici il ripudio non è più un atto privato o stragiudiziale, esigendosi vuoi la presenza di un giudice (Algeria) o di un notaio (Marocco) vuoi un procedimento di omologazione giudiziaria (Marocco).

14. Conclusioni

La cultura, abbiamo detto all'inizio, è quel paio di occhiali attraverso i quali ciascuno vede e valuta se stesso e gli altri. Tanto l'immigrato quanto il giudice sono costretti a compiere un viaggio (reale il primo, virtuale il secondo) l'uno nel Paese dell'altro e a scambiarsi gli occhiali. Al giudice tuttavia è concesso il ricorso ad un filtro che lo difende dai riflessi della realtà estera. Il filtro, la cui azione va calibrata[116] in funzione del risultato,

[114] Si vedano per tutte le sentenze della Corte eur. dir. uomo, 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Italia*; 29 aprile 2008, *Mc Donald c. Francia*; e 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*. In dottrina cfr. da ultimo LOPES PEGNA, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere,* in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 33 ss.

[115] BELLET, GOLDMAN, *La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps,* in *Journ. dr. int.,* 1969, p. 843 ss., a p. 847. Vedi anche VAN LOON*, The Accommodation of Religious Laws in Cross-Border Situations: The Contribution of the Hague Conferente on Private International Law,* in *Cuadernos Derecho Transnacional*, 2010, n. 1, p. 261 ss., a p. 263 (*www.uc3m.es/cdt*).

[116] Così, in sede penale Cass. 16 dicembre 2008 n. 46300 cit. *supra* nota 68, e Cass. pen, sez. V, 26 novembre 2008, n. 44516 ("la richiesta di elemosina costituisce una condizione di vita tradizionale molto radicata nella cultura e nella mentalità di tali popolazioni. Ed, infatti, tra le altre cose la difesa ha fatto riferimento alla necessità di non criminalizzare il mangel, ovvero l'accattonaggio praticato tradizionalmente dalle popolazioni rom residenti in Italia. Ovviamente è necessario prestare attenzione alle situazioni reali al fine di non criminalizzare condotte che rientrino nella tradizione culturale di un popolo, fermo restando, però, che se determinate pratiche, magari anche consuetudinarie e tradizionali, mettano a rischio diritti fondamentali dell'individuo garantiti dalla nostra Costituzione o confliggano con norme penali che proprio tali diritti cercano di tutelare, la repressione penale è inevitabile. È fin troppo evidente, infatti, che consuetudini contrarie all'ordinamento penale non possano essere consentite. Quanto detto consente, però, di

determina inevitabilmente una perdita di definizione dell'immagine, sicché il giudice dovrebbe avvalersene solo in caso di reale necessità, solo quando cioé in concreto il sacrificio in termini di definizione è proporzionato al vantaggio in termini di effetto generale. Fuori metafora: il legislatore autorizza il giudice, in virtù della clausola di ordine pubblico, a valutare l'impatto concreto nel proprio ordinamento delle norme straniere applicabili (o delle decisioni emanate all'estero) e a respingerle nella misura in cui ciò sia proporzionato all'interesse dell'armonia interna. Il giudice deve insomma agire nel rispetto della immaginaria regola – che si è all'inizio ipotizzata – per cui ogni persona ha diritto al rispetto della sua identità culturale e non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per il rispetto della identità culturale dello Stato.

Più raramente, poi, il giudice, non riuscendo a mettere bene a fuoco l'immagine straniera, è costretto a usare un filtro correttivo che, sfumandola, modifica detta immagine fino a renderla riconoscibile. Così, di fronte a istituti giuridici stranieri sconosciuti nel foro – quali ad esempio *mahr*[117] e *kafalah*[118] islamica – il giudice deve estrapolarne gli elementi essenziali

comprendere la delicatezza del problema e la labilità del confine, in molti casi, esistente tra pratiche lecite ed attività sicuramente illecite": in *www.cassazione.net*).

[117] Il Bundesgericht tedesco ha recentemente qualificato questo donativo nuziale come effetto del matrimonio (9 dicembre 2009: v. YASSARI, *Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht,* in *IPrax*, 2011, p. 63 ss.). Per uno studio internazionalprivatistico su tale istituto v. DEL PILAR DIAGO DIAGO*, La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol,* in *Annales droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.; BLENKHORN, *Islamic Marriage Contracts in American Courts: Interpreting Mahr Agreements as Prenuptials and Their Effect on Muslim Women,* in *University of Southern California,* 2002, p. 189 ss.; SAYED, *The Muslim Dower (Mahr) in Europe – with special reference to Sweden*, in BOELE-WOELKI (ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, p. 187 ss.

[118] La giurisprudenza italiana non è univoca circa la qualificazione di questo istituto, e in particolare circa la sua assimilabilità all'adozione. Cfr., tra altri, Trib. min. Trento, decr. 11 marzo 2002, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 1056 ss.; App. Bari, decr. 16 aprile 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 61 ss.; Cass., 4 novembre 2005, n. 21395, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 791 ss.; App. Torino, decr. 28 giugno 2007, in *Dir. immigr. e cittadinanza*, 2007, n. 3, p. 142 ss.; Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 809 ss.; Cass., 17 luglio 2008, n. 19734, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 742 ss.; Trib. Modena, decr. 5 novembre 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 985 ss.; Cass., 28 gennaio 2010, n. 1908, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 790 ss.; Cass., 1° marzo 2010, n. 4868, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 754 ss. ; Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 760 ss. Sul tema v. in dottrina PIZZOLANTE, *La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2007, 947 ss.; CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2008, p. 43 ss., a p. 70 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA,

per valutare a quali istituti del foro siano assimilabili e a quale norma di conflitto siano di conseguenza riconducibili.

Le rivendicazioni di diritti legati alla identità culturale giocano un ruolo che supera le specificità dei singoli individui e incidono sulla costruzione di una società realmente pluralista, a vantaggio della collettività intera. Allarmante, da questa prospettiva, appare il segnale che arriva da oltreoceano, dove, a seguito di un referendum tenutosi il 2 novembre 2010, l'Oklahoma ha così modificato la propria Costituzione: "The Courts…, when exercising their judicial authority, shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution … 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 …*"(sez. VII-I)[119].

Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante Kafalah, in Gli stranieri, 2011, p. 15 ss.; nonché LE BOURSICOT, *La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation,* in *Droit et cultures,* 2010 (*http://droitcultures.revues.org/2138*); e DEL PILAR DIAGO DIAGO, *La kafala islámica en España,* in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, n. 1, p. 140 ss. (*www.uc3m.es/cdt*).

[119] La modifica è stata immediatamente impugnata per violazione dell'*Establishment Clause* nonché della *Free Exercise Clause* del Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, relativo alla libertà religiosa. La District Court ha accolto il ricorso, ingiungendo al Board of Elections di non convalidare il risultato elettorale (9 novembre 2010). Il Board ha presentato ricorso alla Court of Appeals for the Tenth Circuit. Cfr. CAMPIGLIO, Sharia *e spinte isolazioniste nella recente prassi legislativa statunitense*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 604 ss.

COMPETENZA GIURISDIZIONALE, RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI E DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO NELLA PROSPETTIVA EUROPEA

Francesco SALERNO*

SOMMARIO: 1. Il giusto processo nella prospettiva statalista del diritto processuale civile internazionale. – 2. Il contenuto «internazionale» del giusto processo e il margine di apprezzamento statale. – 3. La proiezione del giusto processo nel diritto processuale civile internazionale. – 4. Lo sviluppo «privilegiato» del giusto processo nella prospettiva della cooperazione giudiziaria europea in materia civile. – 5. L'integrazione internazionale ed europea del principio costituzionale di giusto processo. – 6. Diritto d'azione e titolo giurisdizionale nel diritto dell'UE. – 7. Il *forum necessitatis*. – 8. *Segue:* Il fattore «positivo» di ordine pubblico processuale a fondamento del *forum necessitatis*. – 9. Giusto processo e litispendenza estera. – 10. L'efficacia extra-territoriale di decisioni straniere come proiezione unitaria del principio del giusto processo. – 11. La garanzia del giusto processo in armonia con la continuità degli effetti decisori nello spazio della decisione straniera. – 12. Il ruolo dello Stato del processo nel rispetto «solidale» del giusto processo. – 13. Il limite dell'ordine pubblico processuale dello Stato richiesto nello spazio giudiziario europeo. – 14. Il diritto al giusto processo nella prospettiva dell'ordine pubblico europeo.

1. Il giusto processo nella prospettiva statalista del diritto processuale civile internazionale

Il diritto al giusto processo ha ormai acquisito un'importanza sistemica nel diritto processuale civile internazionale[1], assumendo nell'or-

* Professore ordinario nell'Università di Ferrara.

[1] In argomento cfr. già COHEN, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*, in *Revue critique*, 1989, p. 451 ss.: SINOPOLI, *Le procés équitable en droit international privé français et européen*, in *Procès équitable et enchevêtrement d'espaces normatifs*, a cura di Ruiz-Fabri, Paris, 2003, p. 159 ss.; KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 318 (2005), p. 9 ss.; GUINCHARD, *Procés équitable (art. 6 CEDH) et droit international privé*, in *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, a cura di Nuyts e Watté, Bruxelles, 2005, p. 199 ss.; FAWCETT, *The Impact of Article 6 (1) of the ECHR on Private International Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2007, p. 1 ss.; *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di Pirrone, Torino, 2011. Nella lingua italiana, come avverte UBERTIS, *Giusto*

dinamento italiano caratteristiche ben diverse da quanto accadeva nella legislazione previgente che pur teneva conto di questa garanzia. Il codice di procedura civile del 1942 poggiava sulla centralità del rito ordinario a cognizione «piena e solenne», i cui elementi portanti erano la parità delle parti, l'oralità, il contraddittorio, la ritualità ed il giudicato. Il legislatore di quel periodo riteneva attraverso questi passaggi di conciliare la parità formale dei soggetti in lite con l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia[2]; la «forma» di questa – il rito precostituito a cognizione piena e solenne con il contraddittorio assicurato in ogni fase del processo – era, nel contempo, garanzia giurisdizionale per la sostanza dei diritti controversi ed espressione «esclusiva» del sistema giuridico statale. Il «bene della vita» veniva così assorbito nella prospettiva del «monopolio» statale del diritto e delle garanzie giurisdizionali da quello apprestate. Se ne aveva conferma nelle norme sulla giurisdizione, ispirate al convincimento – già maturato negli anni Venti del secolo scorso – del carattere concettualmente illimitato della giurisdizione statale, «limitabile» solo per ragioni di opportunità[3]. L'art. 4 del codice del 1942 formulava le regole sulla competenza giurisdizionale nel caso in cui fosse straniero il convenuto: da qui l'espressione allora dominante (e tuttora purtroppo ancora in uso) che si richiamava alla giurisdizione statale verso lo straniero assumendo implicitamente come «piena» la giurisdizione nei confronti del cittadino italiano da convenire in giudizio. I limiti di giurisdizione rilevabili indirettamente dall'art. 4 cod. proc. civ. nei confronti dello straniero convenuto avevano pertanto natura «privativa» ed erano sempre rimovibili attraverso il meccanismo della c.d. proroga tacita, con la

processo (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, p. 422), l'espressione «giusto processo» include quella di «equo processo», ma ha un significato più ampio che meglio si presta a valutarne l'impatto sui profili di diritto processuale civile internazionale.

[2] È nella combinazione di questi elementi che si spiega anche l'apporto alla stesura finale del codice da parte di un giurista di sicura formazione liberale come Calamandrei; per una rivisitazione critica del suo ruolo MONTELEONE, *L'apporto di Piero Calamandrei al Progetto definitivo Solmi del codice di procedura civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 429 ss. Ma l'a. non sembra tener adeguatamente in considerazione la notevole autonomia che il fascismo concedette alla c.d. «dimensione tecnica» del diritto e soprattutto la continuità con cui venne coltivata l'idea di «Stato di diritto» dalla cultura giuridica del tempo: MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, pp. 44 e 47; MAZZAROLLI, *La protezione del cittadino*, ivi, p. 261 ss.; BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, p. 1155 ss.

[3] CARNELUTTI, *Clausole di rinunzia alla giurisdizione italiana*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 166; MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, p. 83.

sola eccezione delle liti su beni immobili situati all'estero[4]. L'ampiezza del diritto d'azione dinanzi al giudice italiano si coniugava con le garanzie insite nel modello del rito ordinario, di modo che il convenuto – cittadino o straniero che fosse – avrebbe avuto modo di argomentare le proprie difese in base al principio della parità delle armi. Il sistema aveva una sua coerenza: verso l'interno, perché ruotava intorno al carattere «esclusivo» della giurisdizione statale tanto da lasciare scarsissimi margini alla deroga (art. 2 cod. proc. civ.); verso l'esterno, perché l'eventuale «esportazione» del giudizio italiano rifletteva la funzione «sovrana» della giurisdizione che vi era stata esercitata secondo le «forme» che il diritto dello Stato del foro all'uopo richiedeva: il principio di territorialità della legge processuale sancito nell'art. 27 disp. prel. cod. civ. era considerato di osservanza generale[5].

Proprio in forza del significato pubblicistico che si assegnava a quel principio, emergeva il carattere «esclusivo» degli atti giurisdizionali nell'ambito di sovranità di uno Stato. Benché il codice di procedura civile del 1865 avesse accolto il principio del riconoscimento automatico delle sentenze straniere, la cultura positivista italiana riteneva sul finire dell'Ottocento che fosse indispensabile un «giudizio» di delibazione della sentenza straniera perché lo Stato del foro richiesto ne riconoscesse la «forma» e quindi gli «effetti». A tal fine, poco rilevava che il giudizio di delibazione fosse configurato ora per riprodurre la sentenza straniera in una nazionale mutuando lo schema teorico del rinvio ricettizio[6], ora per consentire l'efficacia costitutiva della sentenza straniera[7]. Confortata dalla decisa impostazione dualista del codice di procedura civile del 1942, la dottrina positivista italiana ha per lungo tempo concordato sul giudizio di delibazione come passaggio indispensabile richiesto dalla sovranità giurisdizionale dell'ordinamento del foro perché la sentenza straniera vi avesse gli effetti desiderati[8]. In questa impostazione rigorosamente dualista non vi era ragione di dare rilevanza alle garanzie processuali nel processo straniero, atteso che la loro eventuale inosservanza avrebbe inficia-

[4] GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2ª ed., Milano, 1970, p. 160 s.

[5] V. già ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di Salerno, Padova, 1996, p. 459.

[6] ANZILOTTI, op. cit., p. 520; prima ID., *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda Convenzione dell'Aia 12 giugno 1902*, ora in *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. IV, Padova, 1964, p. 239 ss.

[7] MORELLI, op. cit., p. 286 ss.

[8] L'art. 798 cod. proc. civ. prevedeva oltretutto che il giudizio di delibazione potesse anche costituire l'occasione per un autonomo riesame nel merito da parte del giudice italiano.

to in fase di delibazione la stessa qualità di «sentenza» del provvedimento straniero[9]. La considerazione sulle garanzie processuali diveniva poi del tutto ininfluente nella nota prospettiva di Picone che privilegia una considerazione meramente «internazionalprivatistica» del provvedimento straniero in quanto espressione di una situazione giuridica acquisita in un altro ordinamento statale[10]. In ragione dell'incontroversa competenza «materiale» dell'ordinamento d'origine sulla fattispecie concreta considerata, questa tecnica «assorbiva» in quell'ordinamento ogni possibile considerazione endoprocessuale del provvedimento.

La Costituzione del 1948 marca fortemente la dimensione processuale dello «Stato di diritto». Gli articoli 24, 25 e 111 Cost. riprendono in larga parte alcune garanzie già presenti nel codice del 1942 e le integrano per ciò che concerne l'imparzialità del giudice, la motivazione degli atti giudiziari e il controllo di legittimità della Cassazione su ogni sentenza. Non si tratta però di valori che contraddicono le previgenti regole di diritto processuale civile internazionale e la loro intima *ratio* statalista. Piuttosto le norme costituzionali, coordinate con il codice del 1942, esaltano il senso di compiutezza che l'ordinamento italiano era in grado di soddisfare in tema di giusto processo, rafforzando in definitiva la formula dualista poiché imponevano un controllo più severo sulla «importazione» di prodotti giudiziari estranei[11]. I primi segnali emergono in sede di delibazione di sentenze ecclesiastiche: in considerazione degli scarsi limiti apposti al riguardo dal Concordato del 1929, si afferma la necessità di appurare il c.d ordine pubblico processuale, dando auto-

[9] MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padova, 1954, p. 306 (ma v., *ibidem*, nota 2); CARELLA, *Sentenza civile straniera*, in *Enc. Dir*., vol. XLI, Milano, 1989, p. 1280 s. CONDORELLI (*La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967) ha propugnato una nozione generica di sentenza, facendo però salvo il ricorso al limite dell'ordine pubblico processuale (ivi, p. 169 s.).

[10] PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986. Questo a. sviluppa un'impostazione già presente in QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 3ª ed., Napoli, 1961, spec. p. 178, tesa ad enucleare un «principio generale fondamentale» di coordinamento con ordinamenti stranieri (di evidente estrazione pubblicistica) che provvede a determinare le «modalità di efficacia degli ordinamenti materiali stranieri».

[11] E difatti la Costituzione non ha espresso alcuna discontinuità con la preesistente normativa italiana di diritto processuale civile internazionale mentre se ne è constatato l'impatto (sia pure solo nel 1987) rispetto a talune norme di diritto internazionale privato enunciate nelle disposizioni preliminari al codice civile (cfr. *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità. Atti del convegno di studio sulle sentenze n. 71/87 e 477/87 della Corte costituzionale. Padova, 16 marzo 1988*, a cura di Barel e Costantino, Padova, 1990), anche se solo la legge di riforma di diritto internazionale privato del 1995 ha posto rimedio alla lacuna legislativa venutasi così a creare.

noma rilevanza al rispetto del contraddittorio nel processo di origine[12]. In coerenza con questa soluzione la revisione del Concordato del 1984 introduceva specificamente tale verifica e omologava la delibazione delle sentenze ecclesiastiche alla disciplina comune con rinvio espresso agli articoli 796 ss. cod. proc. civ.[13].

2. Il contenuto «internazionale» del giusto processo e il margine di apprezzamento statale

La tendenza a riporre il rispetto delle garanzie processuali nel «chiuso» del singolo ordinamento nazionale ha dovuto però confrontarsi con lo sviluppo della loro tutela internazionale. Garanzie generali e puntuali sul diritto al giusto processo si ritrovano nell'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici e nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU). Per quanto vi sia larga convergenza tra i due testi internazionali, è alla CEDU che l'ordinamento italiano si richiama per ritrovare il modello «generale» di giusto processo[14] anche se fatica per molto tempo a coglierne l'efficacia diretta e la sua valenza di «ordine pubblico europeo»[15]. Ma il percorso è ormai in larga parte compiuto[16]. specie dopo la revisione dell'art. 111 Cost. volutamente novellato (1999) allo scopo di allineare il testo costituzionale all'obbligo internazionale di garanzia del giusto processo[17]. La stessa garanzia investe pure l'ordinamento comunitario e oggi dell'UE. L'art. 6 della CEDU è da tempo acquisito tra i principi generali di diritto dell'Unione per effetto del richiamo unilaterale che l'art. 6 del TUE opera alla CEDU nel suo complesso. Il principio del giusto processo viene peraltro ribadito in mo-

[12] Cfr. Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, par. 5 (le decisioni della Corte costituzionale sono state reperite sul sito *http://www.cortecostituzionale.it*); v. prima SALERNO, *Principio del contraddittorio e riconoscimento di sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1979, p. 93 ss.

[13] Cfr. legge 25 marzo 1985, n. 12.

[14] V. anche Human Rights Committee, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)**.** La Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 17 dicembre 1996, *Saunders*, ric. n. 19187/91, par. 68) ha peraltro accolto l'idea di una «integrazione» dell'art. 6 della CEDU con altre fonti internazionali (le decisioni della Corte, se non diversamente indicato, sono state reperite su *http://echr.coe.int/echr/en/hudoc*).

[15] Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 febbraio 1980, *Deweer*, ric. n. 6903/75, par. 49.

[16] Cfr. Consiglio di Stato, parere 9 aprile 2003, n. 1926/02, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

[17] Vedi tuttavia UBERTIS, *Giusto processo*, cit., p. 423 s.

do autonomo dall'art. 47 della Carta UE sui diritti fondamentali che così integra l'art. 6 della CEDU nell'interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti dell'uomo. L'eventuale adesione dell'UE alla CEDU, comportando il rispetto di obblighi internazionali a contenuto «costituzionale», darà verosimilmente a quella Convenzione un vigore precettivo maggiore rispetto al consueto trattamento riservato ai trattati internazionali nel sistema delle fonti dell'ordinamento dell'UE.[18].

Il rispetto del giusto processo sancito nell'art. 6 della CEDU non comporta soluzioni materialmente «uniformi» negli Stati parti della CEDU ovvero ad opera dell'UE nell'ambito delle proprie competenze[19]. Alla stregua di altre disposizioni della CEDU, l'art. 6 impone un «obbligo di risultato» che lascia gli Stati parti liberi nel determinare i mezzi attraverso cui raggiungere tale obiettivo. Lo stesso criterio vale indirettamente per l'UE che voglia oggi armonizzarsi «unilateralmente» alla CEDU e in futuro vi sia tenuta in ragione dell'adesione. In entrambi i casi rileva la nota dottrina del c.d. «margine di apprezzamento» di cui gli Stati parti beneficiano in ragione della propria tradizione giuridica, del diritto civile in giuoco o delle situazioni in cui applicarlo. Il margine consente una regolamentazione commisurata alle diverse opzioni che quel tipo di tutela può offrire, pur tutte funzionali al risultato da perseguire[20]. Tale operazione risulta ancora più articolata se commisurata all'opportunità di cui godono i singoli Stati (e l'UE) di assicurare trattamenti più favorevoli rispetto a quanto richiesto dalla CEDU. Lo consente l'art. 53 della Convenzione e lo ripropone l'art. 53 della Carta UE sui diritti fondamentali nei rapporti tra l'Unione e gli Stati membri. Ciò lascia quindi gli Stati – e indirettamente l'UE – liberi di puntualizzare od espandere la sfera delle proprie garanzie processuali[21]. Lo conferma l'art. 111 Cost. pure novellato principalmente per coerenza con la CEDU, nella parte in cui richiede che il giusto processo sia «regolato dalla legge»[22].

[18] Per un fenomeno affine nell'ordinamento italiano: SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 637 ss.

[19] Cfr. 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*, a cura di Salerno e Sapienza, Torino, 2011, p. 169 ss.

[20] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 24 giugno 2004, *Frommelt*, ric. n. 49158/99, par. 33.

[21] Cfr. Corte di giustizia, 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 500 ss., punto 53.

[22] PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 241 ss.; GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 137 ss.

In verità l'armonia e l'equivalenza delle diverse soluzioni normative sul giusto processo vanno ricercate ad un livello particolarmente elevato tenuto conto che questo valore attiene a condotte sia di organi statali che soprattutto di privati – l'attore ed il convenuto – i cui interessi processuali possono essere molto diversi. La struttura «interindividuale» del fenomeno contenzioso a cui si attaglia il diritto al giusto processo in materia civile ne mette inevitabilmente in luce la natura «duale». L'attore mira a valorizzare il più possibile l'accesso alla giustizia, la rapidità della cognizione e l'esecuzione della decisione; da parte sua, il convenuto ha l'interesse a privilegiare in ogni fase del processo l'assoluta parità delle armi. Il diritto alla buona amministrazione della giustizia (in cui sono ineludibili tanto il carattere imparziale del giudice[23] quanto la pubblicità del processo)[24] assorbe le legittime aspettative di entrambe le parti. Le scelte normative messe a raffronto riflettono la discrezionalità degli Stati nell'opera di bilanciamento: alla luce del suo esito «globale» va considerata la tutela riconosciuta alla singola parte processuale, attore o convenuto che sia[25]. La tendenza comparativa a livello europeo è incline a comprimere il c.d. «abuso» del diritto di difesa[26], sia pure senza compromettere il suo nucleo essenziale[27]. In questa prospettiva si colloca anche il legislatore italiano quando, per superare la «proliferazione dei riti» di natura cognitiva da lui stesso voluta, ha generalizzato entro certi limiti il ricorso al procedimento sommario riconoscendogli la natura di processo a cognizione piena (con idoneità al giudicato), sia pure non solenne perché «parzialmente semplificato e de-formalizzato»[28]. La Corte costituzionale non contraddice questa scelta perché costantemente favorevole ad una lettura «flessibile» del diritto al giusto processo: dal suo punto di

[23] Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 1988, *Belilos*, ric. n. 10328/83, par. 64.

[24] Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 dicembre 1983, *Pretto*, ric. n. 7984/77, paragrafi 21-22.

[25] Cfr. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 687.

[26] PROTO PISANI, *L'ingiunzione europea di pagamento nell'ambito della tutela sommaria in generale e dei modelli di procedimenti monitori in ispecie*, in *Il giusto processo civile*, 2009, p. 183. Sul problema generale di «abuso del processo», comprese le c.d. liti temerarie, CECCHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 85 ss.

[27] L'art. 17 della CEDU vieta in generale l'abuso di diritto, ma questa regola è stata utilizzata in chiave assolutamente eccezionale (Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 gennaio 2011, *Paksas*, ric. n. 34932/04, par. 88); v. peraltro *infra*, nota 144.

[28] BALENA, *Delega al Governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p. 242; LOMBARDI, *Il procedimento sommario di cognizione generale*, in *Il giusto processo civile*, 2010, pp. 484 e 493.

vista, «il legislatore può regolare in modo non rigorosamente uniforme i modi della tutela giurisdizionale a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela medesima»[29].

I variegati riti processuali sono legittimi alla luce della CEDU fintanto che non si vada a nuocere la stessa essenza (minima) del diritto o non ne sia intaccata l'effettività: le limitazioni devono essere sempre giustificate e proporzionate allo scopo[30]. La logica del bilanciamento e le «spinte» verso il trattamento più favorevole vanno quindi commisurate a parametri unitari rinvenibili nella CEDU, tanto più se sorretti da una convergenza obiettiva e «spontanea» degli ordinamenti nazionali e dell'UE (il c.d. «consenso europeo» secondo la formula utilizzata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo)[31].

L'elemento comunemente acquisito nella CEDU, nella Carta UE dei diritti fondamentali e nella Costituzione italiana è il diritto di accesso alla giustizia anche in una prospettiva transnazionale. Il punto di partenza per «costruire» il paradigma del giusto processo è l'incontro tra le aspettative di tutela sostanziale dell'attore e l'offerta del rimedio giurisdizionale da parte di uno Stato. Il diritto dell'istante alla propria tutela giurisdizionale si «irradia» sull'intero fenomeno processuale, affiancato solo in modo «ancillare» dalla tutela dei diritti di difesa del convenuto[32]. L'opportunità sovente offerta all'attore nella scelta del rito ne è una manifestazione emblematica[33]. La Corte europea dei diritti dell'uomo individua nell'art. 6 della CEDU la tutela del diritto d'azione nei termini di un diritto alla decisione di merito definitiva[34] e dunque, se favorevole, alla sua tempestiva esecuzione[35]. Sia pure senza tradursi nel diritto ad una decisione favorevole, questo approccio supera la concezione chio-

[29] Corte cost., sent. 19 marzo 1996, n. 82, par. 2.

[30] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 15 luglio 1995, *Miloslavsky*, ric. n 18139/91, par. 59; sent. 6 gennaio 2011, cit., par. 96.

[31] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 18 marzo 2011, *Lautsi*, ric. n. 30814/06, par. 70.

[32] Fuoriesce da tale prospettiva il processo civile che scaturisce da esigenze di altra natura come la procedura fallimentare o quella adottiva.

[33] Opportunità prevista sia per i procedimenti uniformi europei idonei a determinare un titolo esecutivo europeo, sia per il nuovo rito sommario generale italiano. Nel primo caso, l'opzione di chi promuove giudizio si impone senz'altro al giudice. Nel secondo caso, il giudice potrebbe invece ravvedere in fase istruttoria elementi che rendono necessario il ricorso al rito ordinario: BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2010, pp. 431 e 441 ss.; sull'ipotetico ruolo di «riequilibrio» del giudice rispetto alla posizione svantaggiata del convenuto, v. peraltro le considerazioni della BASILICO, *Il procedimento sommario di cognizione*, ivi, 2010, p. 753.

[34] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 1° marzo 2002, *Kutic*, ric. n. 48778/99, par. 24 ss.

[35] *Infra*, par. 10.

vendiana che riconosceva al diritto d'azione una valenza pubblicistica ma meramente potestativa e costringe a rileggere l'intero fenomeno processualcivilistico a partire da quella aspettativa[36].

3. La proiezione del giusto processo nel diritto processuale civile internazionale

Pur avendo acquisito questo iniziale elemento strutturale di ponderazione, resta sempre ampia la libertà per gli Stati di modulare in modo differente le regole sul giusto processo tanto più in contesti nei quali entrano in giuoco altri interessi pur meritevoli di considerazione alla luce della stessa CEDU. È il caso del diritto processuale civile internazionale, le cui regole implicano una proiezione nello spazio della funzione giudiziaria dello Stato e – sempre più spesso – un coordinamento tra più ordinamenti statali. L'obbligo internazionale che oggigiorno vincola al rispetto del giusto processo si riflette su questo sistema di regole e lo condiziona. In particolare, la tutela del diritto d'azione, quale si proietta fino all'esecuzione della decisione, istituisce un legame tra i due profili, poiché il primo non può essere ragionevolmente espletato nel foro se non vi siano almeno in quello stesso ordinamento ragionevoli prospettive di rendere efficace la decisione. Nel contempo, la medesima aspettativa all'esecuzione della decisione si dipana nello spazio anche in ordinamenti diversi da quello dello Stato di origine.

Una simile tendenza normativa si avvia con la Convenzione di Bruxelles del 1968 adottata tra gli Stati membri della CE e trova riscontro nella legge di riforma di diritto internazionale privato (n. 218/1995). Il legislatore riformatore, ispirandosi alla Convenzione, rovescia la prospettiva del codice di rito del 1942. Le regole sulla giurisdizione diventano «attributive» del titolo a supporto di legami giustificativi l'esercizio dell'azione nel foro. Con la stessa legge di riforma è stato (re)introdotto nell'ordinamento italiano il principio del riconoscimento automatico delle sentenze straniere già accolto nella Convenzione di Bruxelles del 1968. L'art. 64 della legge n. 218/1995 ripropone in larga parte le condi-

[36] CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, p. 20 ss. Sulla diversa dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. TROCKER, *Dal «giusto processo» all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, promosso da Colesanti, Consolo, Gaja, Tommaseo, tomo I, Padova, 2009, p. 453 ss., spec. 486 ss. V. anche *infra*, nota 104.

zioni già configurate dall'art. 797 cod. proc. civ. per il giudizio di delibazione, ma è radicale il mutamento di prospettiva rispetto al modello dualista tradizionale. Invero, il principio del riconoscimento automatico non investe solo gli effetti decisori del provvedimento ma anche l'intero «prodotto» giudiziario assumendolo, anche nelle sue forme processuali, come «equivalente» a quello nazionale. Ne è conferma l'art. 7 della legge n. 218/1995 che, sempre ricalcando il modello della Convenzione di Bruxelles, attribuisce rilevanza alla previa pendenza della stessa causa civile all'estero, sia pure subordinata nel diritto comune ad una positiva prognosi di riconoscibilità del relativo giudizio. Anche in ragione di questa nuova prospettiva di equivalenza tra cause, l'art. 64, lett. *b*, della stessa legge indica il rispetto dei diritti essenziali di difesa nel processo di origine come requisito per il riconoscimento delle sentenze straniere, ponendolo in modo distinto dal limite dell'ordine pubblico che l'art. 64, lett. *g*, riferisce alle sole «disposizioni» della sentenza straniera[37]. Sempre mantenendo la distinzione dall'ordine pubblico, lo stesso requisito è stato riproposto dall'art. 65 della legge che pur configura un meccanismo semplificato di riconoscimento automatico delle decisioni straniere facendolo dipendere dal legame con l'ordinamento materiale competente secondo le norme di conflitto italiane.

Lo svolgimento del nuovo modello di diritto processuale civile internazionale «a Costituzione invariata» ne ha imposto una rilettura. Tempestivamente lo ha fatto la Corte costituzionale nell'ordinanza n. 428/2000: per quanto la decisione rilevasse la «manifesta inammissibilità» della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 4 della legge n. 218/1995 in tema di forma della deroga alla giurisdizione, essa ha costituito l'occasione per la Corte di esprimere il suo apprezzamento verso una disciplina improntata ad un certo grado di flessibilità nelle forme processuali per venire incontro alle esigenze proprie del modello di «ordinamento aperto» entro cui il diritto al giusto processo deve pur trovare compiuta realizzazione[38].

Muta a questo punto la stessa funzione della garanzia costituzionale. Questa infatti deve superare la prospettiva di una garanzia del giusto processo offerta solo «nel chiuso» dell'ordinamento statale o da una di-

[37] V. anche l'art. 840, 3° comma, n. 2, cod. proc. civ. con riferimento ai motivi di diniego di efficacia del lodo straniero, se la parte intimata sia stata «nell'impossibilità di far valere la propria difesa nel procedimento stesso».

[38] SALERNO, *Deroga alla giurisdizione e costituzione*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 33 ss.

sciplina «universale» uniforme[39] per poter riconoscere che analoga garanzia «alla persona» possa essere assicurata da altri ordinamenti sia pure in forme diverse da quelle previste dall'ordinamento italiano. Nel contempo, però, questa fiducia verso ordinamenti processuali estranei non si può tradurre in una cessione né completa, né tanto meno irreversibile di sovranità costituzionale in materia processuale: la Corte costituzionale è ferma nel sostenere che – almeno finora – nessuna «cessione di sovranità» si è verificata sul terreno dei diritti e delle libertà fondamentali[40]. Ma la stessa Costituzione consente all'art. 11 «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni». È la formula in cui trova «sicuro fondamento» il diritto dell'UE[41] anche con riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia civile, benché temperata dalla dottrina dei contro-limiti per preservare il rispetto di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. L'identità costituzionale va quindi preservata rispetto a fenomeni processuali estranei progressivamente ineludibili perché frutto di quella «società aperta» che la stessa Costituzione legittima. Proprio per questa esigenza, costituzionalmente dovuta, l'identità costituzionale sul giusto processo non si attaglia a predeterminate forme processuali tipiche se non esclusive del diritto del foro, ma deve essere modulata in forme e contenuti tali da poter accogliere modelli processuali «estranei» coordinando nello stesso ordinamento sistemi processuali di diversa tradizione giuridica.

4. *Lo sviluppo «privilegiato» del giusto processo nella prospettiva della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*

Il limite intrinseco nel riferimento al solo modello legeforistico è oggigiorno sempre meno percepito per effetto dello sviluppo che ha registrato la cooperazione giudiziaria in materia civile prima in ambito comunitario e poi all'interno dell'UE a seguito delle competenze a questa attribuite nel campo del diritto internazionale privato. Prima l'art. 65 del TCE e ora l'art. 81 del TFUE hanno costituito la base giuridica per adot-

[39] In tal senso sembrava la posizione di Corte cost., 18 aprile 1967, n. 48: «Ponendosi in una prospettiva ideale, che già trova fervide iniziative e convinti sostenitori, si può auspicare per il futuro l'avvento di una forma talmente progredita di società di Stati da rendere possibile, almeno per i fondamentali rapporti della vita, una certa unità di disciplina giuridica e con essa una unità, e una comune efficacia, di decisioni giudiziarie».

[40] Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, par. 6.1.

[41] Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, par. 7.

tare, o proporre l'adozione, di molti atti anche in materia di diritto processuale civile internazionale. Al regolamento n. 44/2001 che sostituisce la Convenzione di Bruxelles, si affiancano il regolamento n. 1346/2000 in tema di insolvenza, il regolamento n. 2201/2003 che reca norme su giurisdizione ed efficacia di decisioni concernenti la fase patologica dei rapporti coniugali, il diritto di visita e la sottrazione di minori, il regolamento n. 1393/2007 per le notificazioni di atti civili all'estero, il regolamento n. 1206/2001 in tema di prove civili da assumere all'estero, il regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, il regolamento n. 1896/2006 riguardante il procedimento europeo di ingiunzione al pagamento, il regolamento n. 861/2007 che istituisce il procedimento europeo per le controversie di modesta entità[42], il regolamento n. 4/2009 sulla competenza, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione delle decisioni e cooperazione in materia di obbligazioni alimentari[43]. A queste si aggiungono altre proposte della Commissione in materia di successioni[44], regimi patrimoniali tra coniugi[45], effetti patrimoniali delle unioni registrate[46], sequestro dei depositi bancari[47]. Si va delineando un quadro assai ampio ed articolato di regole dell'Unione che disciplinano la cooperazione giudiziaria in materia civile tra Stati membri con un forte grado di «reciproca fiducia» tra i rispettivi sistemi processuali nazionali. Il diritto dell'UE può adottare anche regole materiali comuni per facilitare il carattere (automaticamente) equivalente del processo civile negli Stati membri. Lo giustifica l'art. 81 TFUE che autorizza l'Unione sia a ravvicinare le disposizioni legislative nazionali nel campo del diritto processuale civile internazionale (par. 1) sia, per eliminare gli ostacoli al «corretto svolgimento dei procedimenti civili», a rendere «compatibili» le «norme di procedura civile applicabili negli Stati membri» (par. 2, lett. *f*). L'obiettivo di tali misure deve però sempre restare funzionale a quello generale prefigurato nell'art. 81 TFUE, vale a dire di favorire il più possibile la «cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ...». L'attività normativa derivata dell'UE riprende il diritto al giusto processo maturato nell'ambito della CEDU e ne rafforza in particolare la garanzia relativa all'efficacia

[42] Cfr. gli atti richiamati in BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Milano, 2009.
[43] *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 7 del 10 gennaio 2009.
[44] COM (2009) 154 def.
[45] COM (2011) 126 def.
[46] COM (2011) 127 def.
[47] COM (2011) 445 def.

extra-territoriale della sentenza. Tale diritto è costantemente evocato negli atti derivati dell'UE che regolano la cooperazione giudiziaria in materia civile e da cui emergono soluzioni che, come si vedrà anche più avanti, sono improntate ad un progressivo sincretismo dei tre principali filoni di cultura giuridica europea: *civil law*, *common law* e modello scandinavo. La gestione unitaria di questo «margine di apprezzamento» ad opera dell'UE indica un certo grado di convergenza delle tradizioni giuridiche nazionali circa il modo di percepire il giusto processo. Al contempo, la convergenza può anche essere diversamente articolata perché è inerente allo stesso margine di apprezzamento formulare una specifica soluzione normativa se giustificata dalle caratteristiche delle singole classi di fattispecie processuali che vi rientrano.

Le regole di diritto processuale civile internazionale adottate dall'UE devono essere rispettose delle fonti primarie di questo ordinamento in cui ora va compresa la Carta dei diritti fondamentali. Il rispetto del giusto processo ivi sancito all'art. 47 va però coordinato con la CEDU secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questo vincolo al momento discende in modo unilaterale dall'art. 6 del TUE, ma in prospettiva potrebbe derivare direttamente dall'adesione dell'UE alla CEDU. Gli effetti si possono già constatare avendo presente il modo in cui oggigiorno la Corte europea dei diritti dell'uomo si esprime con riferimento alla condotta seguita da Stati membri dell'UE in attuazione di atti di cooperazione giudiziaria in materia civile da cui possa derivare una violazione di garanzie processuali. Nel caso *Šneersone* e *Kampanella*[48], si prospettava la violazione da parte dell'Italia dell'art. 8 della CEDU – diritto dell'individuo alla propria vita familiare – in relazione ad un provvedimento giudiziario che aveva imposto, in attuazione del regolamento n. 2201/2003, il ritorno del minore in Italia senza che fosse stato adeguatamente valutato il suo interesse superiore a permanere in Lettonia dove la madre aveva sia pure indebitamente condotto il minore sottraendolo al suo originario luogo di residenza. La pronuncia sovviene dopo che la Commissione della CE aveva ritenuto che fosse inopponibile nello Stato di esecuzione il mancato rispetto del diritto di ascolto del minore[49]. La Corte europea dei diritti dell'uomo, pur non considerando

[48] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 luglio 2011, *Šneersone*, *Kampanella*, ric. n. 14737/09, paragrafi 85 ss.

[49] Le considerazioni della Commissione sono riportate nella sentenza *Kampanella*, cit., paragrafi 40 ss. Sulla vicenda (ma senza considerazioni sul merito): BARATTA, *Un recente procedimento di infrazione «interstatale» dinanzi alla Commissione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 115 ss. Per quanto concerne le modalità per l'ascolto dei minori, ed

rilevante tale profilo, ha però ugualmente condannato l'Italia per non avere sufficientemente valutato sul piano istruttorio l'interesse superiore del minore prima di emettere il provvedimento di ritorno[50]. Va da sé che il provvedimento adottato nel rispetto di tale obbligo procedurale, su cui il diritto dell'Unione non incide, gode di un più elevato grado di certezza nello spazio giudiziario europeo.

L'obbligo del riconoscimento automatico di sentenze straniere ai sensi del regolamento n. 44/2001 vincola lo Stato membro a riconoscere efficace nel proprio ordinamento la sentenza adottata in un altro Stato membro secondo le sue regole di procedura civile ma in quanto coerenti con il rispetto degli obblighi di giusto processo quali promanano dalla CEDU[51]. La mancata armonizzazione materiale viene superata in base a due assiomi: la «reciproca fiducia» tra gli Stati membri che sono tenuti a cooperare e la presupposta «equivalenza» dei sistemi processuali nazionali nel rispetto delle garanzie processuali fondamentali anche in relazione alla comune cornice normativa di ordine pubblico europeo rappresentata dalla CEDU. Questi fattori facilitano la «proiezione» nello spazio giudiziario europeo del principio di giusto processo, assorbendovi il margine di apprezzamento che comunque residua agli Stati parti della CEDU nel definire le proprie regole processuali.

5. *L'integrazione internazionale ed europea del principio costituzionale di giusto processo*

Il trasferimento a favore dell'UE delle competenze statali in tema di diritto internazionale privato e processuale erode non solo l'ambito di applicazione delle norme comuni di diritto internazionale privato e processuale ma incide senz'altro sullo stesso modello concettuale che le ispira. Già la legge di riforma del 1995 ha richiamato alcune convenzioni

i limiti internazionali alle stesse, v. Trib. min. Milano, 16 gennaio 2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 489.

[50] V. anche Corte di giustizia, sent. 5 ottobre 2010, *J. McB.*, cit., par. 62 (secondo cui una decisione giudiziaria in tema di affidamento e di diritto di visita del minore va valutata «alla luce di tutti i dati pertinenti …, segnatamente, le circostanze della nascita del minore, la natura del rapporto tra i genitori e del rapporto tra ciascun genitore e il bambino nonché l'attitudine di ciascun genitore ad assumere l'onere dell'affidamento») e sent. 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2011, p. 527 ss., par. 61 («l'audizione del minore è importante ai fini dell'applicazione del regolamento»).

[51] LOPES PEGNA, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int*., 2011, p. 38.

internazionali per approntare una regolamentazione della disciplina che non apparisse come la proiezione indiretta del modello legeforistico[52]. Lo sviluppo imponente della disciplina europea di diritto internazionale privato e processuale ha però largamente – ma rapidamente – sopravanzato la sensibilità «internazionalistica» di quel legislatore. Ciò è particolarmente evidente nel campo del diritto processuale civile internazionale, ormai largamente assorbito dal diritto dell'UE. Tuttavia, come si è visto, questo trasferimento attiene solo a fattispecie «transnazionali» e non elide la sovranità dello Stato in materia processuale e dunque quella sovranità costituzionale entro cui può esprimersi il margine di apprezzamento che la CEDU riconosce agli Stati parti. Ed in effetti né la normativa dell'UE, né la CEDU possono rimuovere il richiamo costituzionale al principio del giusto processo ricavabile dagli articoli 24, 25 e 111 Cost., tanto più che come si è detto, la Corte costituzionale esclude che – almeno finora – si possa configurare una «cessione» di sovranità nella garanzia costituzionale di diritti fondamentali quale appunto il giusto processo. Ma è anche vero che i principi costituzionali, pur restando espressione di un potere costituente sovrano, possono integrarsi con parametri materiali internazionali quando vi si trovi una garanzia più puntuale o meglio funzionale alla tutela dello stesso valore costituzionale protetto. Le due distinte garanzie costituzionali relative al rispetto della CEDU e del diritto dell'UE (rispettivamente l'art. 117, 1° comma, e l'art. 11) assimilano anche il contenuto materiale del diritto al giusto processo nell'accezione che ne viene data sul piano internazionale ed europeo. La garanzia costituzionale non impedisce ma anzi favorisce la «osmosi» materiale della Costituzione con la più favorevole formulazione (o interpretazione) internazionale del medesimo diritto.

In date situazioni, l'obiettivo di assicurare la piena effettività del diritto al giusto processo nella sua dimensione transnazionale comporta l'introduzione nell'ordinamento italiano di istituti o formule processuali ignote a questo e sulle quali trovava fondamento una determinata interpretazione della Costituzione. Si consideri che l'UE sorregge la sua azione normativa di abbattimento degli ostacoli all'esecuzione di decisioni straniere in materia civile adottate nello spazio giudiziario europeo introducendo formule particolarmente semplificate che comprimono il diritto al contraddittorio. Questi temperamenti, giustificati anche alla luce della CEDU perché la cooperazione giudiziaria internazionale in ma-

[52] Cfr. *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, a cura di Salerno, Padova, 1997.

teria civile è nello stesso interesse «of the persons concerned»[53], hanno portato alla formulazione di un processo uniforme a carattere ora monitorio in forma documentale pura (il procedimento ingiunzionale europeo disciplinato dal regolamento n. 1896/2006)[54], ora fortemente sommario dal momento che attribuisce alla mancata comparizione della controparte contumace il significato di *ficta confessio* sui crediti dovuti (art. 7, par. 3, del regolamento n. 861/2007)[55]. In entrambi i casi la disciplina dell'UE armonizza il diritto processuale nazionale introducendo, sia pure in chiave di riti speciali, modifiche talora radicali come nel caso dell'ordinamento italiano[56]. Vero è che la soluzione emersa per questa categoria di liti, ponderando i valori in giuoco, avvantaggia in concreto una delle parti senza peraltro violare il giusto processo[57]. Ma non si tratta di soluzioni inconciliabili con il diritto al giusto processo nell'accezione «duale» dell'art. 6 della CEDU, atteso che alla parte intimata viene sempre assicurata l'opportunità di poter far valere le proprie ragioni in giudizio.[58] Piuttosto questo filone normativo inevitabilmente condiziona il significato materiale delle prescrizioni costituzionali e ne rafforza una lettura evolutiva in chiave di maggiore flessibilità verso formule di diverso tenore ma pur sempre idonee a soddisfare il risultato del «giusto processo» civile. La Costituzione non può neppure ignorare una formulazione «estranea» del giusto processo diversa da quella che essa propriamente

[53] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 26 giugno 1992, *Drozd e Janousek*, ric. n. 12747/87, par. 110.

[54] PROTO PISANI, *L'ingiunzione europea di pagamento*, cit., p. 192.

[55] D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità. Regolamento comunitario dell'11 luglio 2007, n. 861*, Torino, 2008, p. 34.

[56] Per la Corte costituzionale, sent. 12 ottobre 2007, n. 340, par. 2, l'istituto della *ficta confessio* era estraneo alla «tradizione del diritto processuale italiano», ma in verità a quello si riconduceva l'art. 663 cod. proc. civ. (PROTO PISANI, *Appunti sull'ultima riforma*, in *Il giusto processo civile*, 2010, p. 112). La ponderazione dei valori operata a livello europeo è sì compatibile con una valutazione globale della struttura «duale» del giusto processo (*infra*), ma non sembra confortare l'affermazione di BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 10, per il quale l'obiettivo finale dell'UE è il «miglioramento del livello di protezione dei diritti e l'estensione di tale livello più elevato a tutti gli ordinamenti». V. *infra*, par. 13, a proposito dell'impatto nell'ordinamento italiano dell'istituto inglese di «contempt of court».

[57] In senso contrario sembra SEATZU, *Le garanzie del diritto alla difesa del debitore nel regolamento n. 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, in *Verso un* «*ordine comunitario» del processo civile*, a cura di Boschiero e Bertoli, Napoli, 2008, p. 52.

[58] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 18 marzo 1997, *Mantovanelli*, ric. n. 21497/93, par. 33: «each party must in principle have the opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision».

esprime se «equivalente» nel risultato che sempre la Costituzione intende perseguire: è la stessa Costituzione che garantisce la coesistenza all'interno del medesimo ordinamento statale di più modelli garantistici ancorché tutti siano riconducibili al medesimo obiettivo di giusto processo. L'eventuale differenza di trattamento va valutata secondo i parametri costituzionali che impongono il divieto di discriminazione, ma in fattispecie omologhe.

Questa flessibilità è decisiva nel campo del diritto processuale civile internazionale se vale anche per la Costituzione l'orientamento assunto dalla CEDU e meglio focalizzato dall'UE di un diritto al giusto processo che comporta la legittima aspettativa dell'attore anche alla circolazione della decisione nello spazio. Il superamento della concezione statalista del diritto processuale civile internazionale obbliga allora l'interprete ad accantonare i parametri legeforistici di giusto processo ed a rinvenirli in quella più ampia dimensione normativa internazionale ed europea che riconosce tali garanzie processuali e ne disciplina estesamente l'applicazione in relazione a fattispecie con elementi di estraneità. Ciò non esclude che in date circostanze s'imponga un'autentica e diretta manifestazione di identità costituzionale in materia di diritto processuale civile internazionale. Ma, come si vedrà più avanti, la sua giustificazione, in quanto espressiva di un trattamento più favorevole, va sempre agganciata al valore unitario del giusto processo nella sua pur ampia accezione internazionale ed europea.

6. Diritto d'azione e titolo giurisdizionale nel diritto dell'UE

La Corte europea dei diritti dell'uomo àncora il giusto processo all'esistenza di una lite («dispute») rispetto a diritti privati controvertibili[59]. Decisiva è quindi la stessa natura «interindividuale» del fenomeno contenzioso cui deve seguire un accertamento obiettivo del diritto, quale che sia la fonte regolatrice della pretesa che potrebbe anche essere estranea al campo di tutela materiale della CEDU[60]. Benché la struttura «duale» del giusto processo ponga le due parti – attore e convenuto – in dialettica contrapposizione, il giusto processo si rapporta anzitutto alla tutela del diritto d'azione per proiettarlo fino all'esecuzione della decisione

[59] La tutela comprende la controversia sul titolo di proprietà di beni per la cui costituzione si debbano osservare determinati requisiti di legge: Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 5 gennaio 2000, *Beyeler*, ric. n. 33202/96.

[60] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 28 aprile 2009, *Savino* e altri, ricorsi n. 17214/05, 20329/05, 42113/04, par. 63.

di merito. L'unità funzionale del fenomeno bene si coglie anche nel diritto processuale civile internazionale dell'UE, che – ricalcando l'esperienza della Convenzione di Bruxelles del 1968 – collega l'obiettivo della libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale all'esistenza «certa» del titolo di giurisdizione in uno Stato membro. Poiché l'accesso alla giustizia nello spazio giudiziario europeo non dovrebbe conoscere discriminazioni, il diritto dell'UE lo riconosce anche alle persone giuridiche in specie per l'esenzione dalla *cautio judicatum solvi* negli ordinamenti nazionali in cui continua ad applicarsi questo istituto nei confronti dell'attore straniero[61].

Nella determinazione del titolo di giurisdizione la posizione dell'attore deve essere «ponderata» con altri profili che sono pur sempre inerenti al requisito del giusto processo, quali i diritti di difesa del convenuto in modo da non sottoporli a costi sproporzionati[62] e, più in generale, le esigenze di buona amministrazione della giustizia. Questo temperamento, ormai svolto principalmente nel margine di apprezzamento dell'UE, può dar luogo a esiti differenti in ragione del tipo di interessi in giuoco. Il margine di apprezzamento si può manifestare anzitutto nel privilegio accordato ad un determinato legame personale. Nel regolamento n. 44/2001 il foro generale è costituito dallo Stato di domicilio del convenuto (art. 2), mentre in altri regolamenti «di settore» dell'UE si privilegia solitamente il legame giurisdizionale con lo Stato di residenza abituale del convenuto[63]. In entrambi i casi sono preservate le esigenze garantiste, con la differenza però che la nozione «fattuale» di residenza abituale legata al luogo in cui siano localizzati gli interessi principali della parte processuale configura maggiori opportunità di soluzioni uniformi perché non dipende da nozioni giuridiche di singoli ordinamenti[64]. Diversamente accade per la nozione di domicilio. Pertanto il regolamento n. 44 ha scelto di far dipendere la determinazione del domicilio delle persone fisiche dal diritto nazionale (art. 59) ed ha invece indicato una

[61] Corte di giustizia, sent. 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, ma reperibile nel sito *http://curia.europa.eu*, punto 38 ss.

[62] Cfr. Tribunal Constitucional, 13 marzo 2000, n. 61, par. 4, in *http://www.tribunalconstitucional.es.*; FRANZINA, *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Waryński*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2011, p. 675 ss.

[63] Cfr. l'art. 3, par. 1, lett. *a*, del regolamento n. 2001/2003 e l'art. 3, lett. *a*, del regolamento n. 4/2009.

[64] Si noti che il luogo di «interesse principale» può variare a seconda del tipo di interessi che «qualificano» la parte interessata. Con riguardo al minore v. Corte di giustizia, sent. 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, ma reperibile nel sito *http://curia.europa.eu*, punto 56.

propria nozione «autonoma» (e uniforme) per il domicilio delle persone giuridiche (art. 60) che si presenta assai vicina a quella di residenza quando menziona lo Stato in cui è collocata l'attività principale della società o la sua sede sociale.

Per determinate classi di fattispecie il regolamento n. 44 offre all'attore l'opportunità, se concretamente configurabile, di adire un foro alternativo a quello domiciliare non solo per possibili vantaggi processuali della parte ma anche per obiettive considerazioni di buona amministrazione della giustizia. Quest'ultimo tipo di apprezzamento giustifica il titolo di connessione attributiva *ex* art. 6, n. 1, che permette all'attore di far convenire in giudizio dinanzi all'iniziale foro adito altri soggetti se vi sia il rischio che, procedendo autonomamente nei loro confronti, si giunga a decisioni incompatibili[65].

Con l'estensione delle opportunità di scelta del foro, cresce per l'attore il grado effettivo di accesso alla giustizia. Ciò si ottiene in alcuni regolamenti di settore dell'UE facendo operare in modo alternativo più titoli di giurisdizione[66]. Nel regolamento n. 44/2001 si configurano casi, sia pure eccezionali, di *forum actoris*, vale a dire un collegamento giurisdizionale fondato sul legame personale del solo attore con il foro se la sua condizione socialmente debole ne giustifichi la tutela giurisdizionale differenziata. A tal fine, il regolamento n. 44 configura i c.d. «titoli esaustivi» per i contraenti deboli nei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro subordinato ammettendo il diritto per gli stessi di presentare domanda nello Stato di domicilio o (eccezionalmente) di residenza abituale.

Uno «scostamento» dal criterio generale di estendere le opportunità di accesso alla giustizia è costituito dalla previsione di titoli con valenza oggettivamente esclusiva enunciati nell'art. 22 del regolamento n. 44/2001. Il collegamento territoriale della fattispecie processuale con un determinato Stato (come per le controversie sui titoli afferenti a diritti reali o beni immateriali) ne assorbe i profili più salienti sul piano del diritto applicabile, dell'attività istruttoria o della esecuzione: pertanto ragioni (preminentemente pubblicistiche) di «buona amministrazione della giustizia» obbligano l'attore ad avviare la lite dinanzi al giudice dello Stato membro nel quale si riscontra il collegamento richiesto.

Le diverse formule attraverso cui il diritto dell'UE precostituisce un titolo di giurisdizione denotano una scelta autonoma del legislatore euro-

[65] Cfr. BIAGIONI, *La connessione attributiva di giurisdizione nel regolamento CE n. 44/2001*, Padova, 2011.

[66] Cfr. l'art. 3 del regolamento n. 2201/2003 e l'art. 3 del regolamento n. 4/2009.

peo circa il modo di ripartire la giurisdizione tra Stati membri e rendere così concreto l'accesso alla giustizia per l'attore. Lo stesso risultato può però essere ottenuto su iniziativa delle parti che abbiano convenuto di attribuire al giudice di uno Stato membro la competenza a conoscere di loro (eventuali) controversie. È il noto fenomeno della proroga della giurisdizione per espressa volontà congiunta delle parti, dando luogo ad un «titolo» precedente al sorgere della lite e dunque al diritto delle parti di invocarne il rispetto.

L'art. 23 del regolamento n. 44/2001 consente la proroga a favore del giudice di uno Stato membro alla sola condizione che almeno una delle parti sia domiciliata in un qualunque Stato membro e fissa quale unico limite inderogabile le competenze esclusive regolate dall'art. 22 per le già ricordate considerazioni di buona amministrazione della giustizia. Correttivi di altro genere vengono apportati in altre ipotesi nelle quali la proroga attenga a controversie con soggetti socialmente deboli, pretendendo a garanzia di queste che la scelta sia avvenuta dopo il sorgere della controversia. Proprio per il suo carattere di certezza e astratta prevedibilità, la proroga è configurata in modo alquanto generoso dal diritto dell'UE. L'art. 23 del regolamento n. 44 consente che il foro prorogato possa riguardare un qualunque Stato membro senza che sussista alcun legame significativo con la fattispecie concreta[67]. Il *favor* della disciplina europea per la proroga in materia commerciale è ancora più manifesto se si considera che l'art. 23 (1° comma, lett. *c*) giunge a sganciare la «forma» della proroga da qualunque legame con un ordinamento statale e richiama la disciplinata prevista dalle regole oggettive del commercio internazionale se in tal senso è la volontà anche implicita delle parti quale desumibile dalla loro conoscenza delle regole seguite nel settore[68].

L'art. 4 del regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari conferma l'atteggiamento di favore verso la proroga. Tuttavia la libertà delle parti è ridimensionata rispetto al regolamento n. 44/2001, sia imponendo il requisito della forma scritta (o di quella elettronica «che consenta una registrazione durevole dell'accordo»), sia circoscrivendo la scelta del giudice prorogato limitandola solo a quelli di uno Stato con cui la fattispecie presenta un collegamento significativo obiettivamente rilevabile (residenza abituale di una delle parti o cittadinanza comune). La

[67] Cfr. Corte di giustizia, sent. 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 184 ss., punto 49.

[68] Ivi, punto 26. Il diritto dell'UE, mostra attenzione verso le regole oggettive del commercio internazionale anche per la determinazione del «foro del contratto» (cfr. Corte di giustizia, sent. 9 giugno 2011, *Electrosteel*, causa C-87/10, non ancora pubblicata in *Raccolta*, ma reperibile nel sito *http://curia.europa.eu*, punto 26).

minore libertà di proroga si giustifica in relazione ai settori oggetto di questa disciplina: riguardando profili di status, emergono esigenze pubblicistiche di «buona amministrazione della giustizia» che richiedono un legame effettivo della fattispecie con l'ordinamento del foro competente.

7. Il forum necessitatis

L'esercizio delle competenze dell'UE nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile non rimuove del tutto la sovranità processuale dello Stato membro, in specie quando quello ritenga che vi siano profili irrinunciabili di giusto processo. Tradizionalmente queste aspettative sono state ricondotte alla funzione negativa dell'ordine pubblico processuale quale limite all'efficacia di decisioni straniere[69]. Ma il giusto processo investe l'intero fenomeno processuale, a partire, come si è visto, dallo stesso diritto di accesso alla giustizia. Il diritto dell'UE assorbe di norma – per ragioni di certezza del diritto – questa legittima aspettativa nella pre-determinazione del titolo di giurisdizione in uno Stato membro. La sua precostituzione, quando non sia voluta dalle stesse parti, avviene sempre su basi astratte, facendo riferimento al legame che la persona del convenuto o una determinata classe di fattispecie presenta con l'ordinamento di uno Stato membro. Il legislatore dell'UE, alla stregua di quanto può fare il singolo legislatore statale, opera un preventivo bilanciamento di valori stabilendo quale collegamento privilegiare per canalizzare il diritto di accesso alla giustizia a favore di uno Stato membro. I titoli di giurisdizione così configurati presentano carattere di prevedibilità, anche a garanzia delle stesse parti che così ben possono «organizzare» e quindi predisporre i propri diritti di azione e di difesa presso il foro (astrattamente) competente.

La tecnica del bilanciamento dei valori risulterebbe ancora meglio rappresentata se «focalizzata» in relazione alla fattispecie concreta[70]. Lo scenario è ben presente nella tradizione di *common law* che attiene al c.d. *forum (non) conveniens*, vale a dire di consentire – o meglio di negare – l'accesso alla giustizia in base a considerazioni di ragionevolezza nel caso concreto. In tali sistemi processuali, il giudice è abilitato a declinare la giurisdizione se sopravvengono ragioni superiori che giustificano l'accesso alla giustizia presso un altro Stato oppure, al contrario, che avalla-

[69] *Infra*, par. 13.

[70] Cfr. DONDI, COMOGLIO, *In tema di riforme e garanzie del processo civile. Questioni rilevanti in prospettiva europea*, in *Il giusto processo civile*, 2010, p. 555 ss.

no la propria competenza anche in assenza di un titolo oggettivamente precostituito.

La tradizione giuridica del *forum (non) conveniens* non è stata mai messa in discussione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ma sembrava che dovesse restare estranea al modello di astratta prevedibilità del titolo di giurisdizione quale si era consolidato nell'ambito dell'UE. In coerenza con la cultura processualistica continentale, la Corte di giustizia comunitaria ha imposto nel caso *Owusu* al giudice britannico di assicurare l'accesso alla giustizia nel foro in presenza del titolo generale di giurisdizione – il foro del domicilio del convenuto nel Regno Unito – anche se la fattispecie concreta presentava legami assai più stretti con uno Stato terzo[71].

Ma il diritto dell'UE non poteva restare estraneo ad un progressivo sincretismo con la cultura di *common law*, facendo in qualche modo strada alla dottrina giurisdizionale del *forum (non) conveniens*. Questo approccio è stato inizialmente introdotto nei rapporti tra Stati membri per interesse superiore di buona amministrazione della giustizia quando si debbano assumere determinazioni sul ritorno del minore nel suo paese originario di residenza. L'art. 15 del regolamento n. 2201/2003 prevede il c.d. «trasferimento» della competenza al giudice di un altro Stato membro se, anche dopo eventuali contatti diretti tra le autorità giudiziarie interessate, quella originariamente adita ritenga opportuno di declinare la propria giurisdizione. Il rinvio al giudice dello Stato membro «più adatto a conoscere della causa» viene ripreso nell'art. 5 della proposta di regolamento in materia di successioni[72], sia pure limitandolo a favore dello Stato il cui diritto sia stato richiamato dal *de cujus* per regolare la sua successione. La flessibilità del foro di accesso alla giustizia in considerazione del caso concreto dipende da parametri unitari di giusto processo che i giudici degli Stati membri interessati possono apprezzare tanto in autonomia quanto operando direttamente in contatto tra loro attraverso la rete giudiziaria europea[73]. Quale che sia l'approccio seguito ed il

[71] Sent. 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 498 ss., punti 26 e 36 ss. Per l'Avv. gen. Léger, nelle conclusioni sulla causa presentate il 14 dicembre 2004, «il meccanismo inerente alla teoria del *forum non conveniens* potrebbe essere considerato incompatibile con le prescrizioni di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (punto 270).

[72] COM(2009) 154 def.

[73] Cfr. FRANZINA, *Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile*, in *La justice civile européenne en marche*, a cura di Guinchard e Douchy-Oudot, Paris, 2012, p. 7 ss.

relativo esito, l'accesso alla giustizia è sempre assicurato da un giudice di uno Stato membro nel rispetto del diritto dell'Unione.

Questa sicurezza manca invece nelle fattispecie rispetto alle quali il diritto dell'Unione non sia applicabile *ratione personae*, come avviene nel regolamento n. 44/2001 quando manchino il legame domiciliare del convenuto con uno Stato membro o altre condizioni speciali richieste dallo stesso regolamento. Pertanto questo atto (come già prima la Convenzione di Bruxelles) lascia libero lo Stato membro di determinare l'ambito della propria sfera di giurisdizione esorbitante. I singoli Stati hanno operato in vario modo, conservando o modificando la propria legislazione nazionale. In alcuni casi, come ha fatto l'Italia con l'art. 3, 2° comma, della legge n. 218/1995, si è preferito allineare la disciplina comune al modello della Convenzione di Bruxelles generalizzandone così la portata nei limiti della sua applicazione *ratione materiae.* Questa soluzione presentava apparentemente il duplice vantaggio di uniformare nella sostanza le regole sulla giurisdizione in una data materia e nel contempo di fondarle «razionalmente» sul criterio del legame significativo che appare quello più opportuno nella prospettiva dell'ordinamento internazionale[74]. Ma restava il fatto che si trattava di regole aventi natura «esorbitante» perché deputate a soddisfare esigenze di giustizia del solo foro adito. Questo spiega quella giurisprudenza italiana che ricorreva a soluzioni interpretative estensive sul significato di un titolo di giurisdizione come il foro del contratto altrimenti non consentite nel sistema normativo originario della Convenzione di Bruxelles da cui era stato mutuato[75].

D'altronde, anche se – a norma del regolamento n. 44/2001 – l'accesso alla giustizia rientra finora nel diritto nazionale, il «trattamento» della causa e del relativo «prodotto» giudiziario sono assorbiti nello spazio giudiziario europeo e dunque regolati dal diritto dell'UE per ciò che riguarda il coordinamento delle azioni civili nello spazio e il regime di circolazione delle decisioni[76]. La distonia va composta assorbendo nell'UE l'intero spettro della competenza giurisdizionale degli Stati membri in materia civile, anche in considerazione del valore costituzio-

[74] Terzo capoverso del preambolo della Convenzione. V. anche BARIATTI, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in SIDI, *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, a cura di Rossi, Napoli, 2010, p. 417 s.

[75] Cass., 7 maggio 2003, n. 6899, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2698 ss.; v. anche *infra*, nota 82.

[76] Cfr. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento CE n. 44/2001*, 3ª ed., Padova, 2006, p. 87, ed ivi ulteriori richiami.

nale unitario che in quell'ordinamento assume il diritto di accesso alla giustizia per le fattispecie processuali con elementi di estraneità in forza dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.

In questa diversa prospettiva l'UE deve tener presente che, in assenza di una legislazione universale che ripartisca e coordini dall'alto la sfera di giurisdizione statale, si possono configurare situazioni di diniego nell'accesso alla giustizia o per conflitti negativi di competenza giurisdizionale o in quanto lo strumento giurisdizionale predisposto in uno Stato terzo non presenta le caratteristiche di un rimedio «effettivo». All'assenza di regole internazionali come di indicazioni specifiche promananti dalla CEDU[77], l'UE intende supplire regolando direttamente la tradizionale sfera di giurisdizione esorbitante nazionale. Il nuovo orientamento normativo ricalca la logica estensiva propria dell'esperienza nazionale anche introducendo il c.d. *forum necessitatis*. La sua sussistenza non dipende da regole uniformi «tipiche» e astrattamente prevedibili ma, come nel modello di *common law* del *forum (non) conveniens*, si rimette all'apprezzamento che il giudice adito dello Stato membro dovrà fare circa l'utilizzazione o meno di questa opportunità secondo i parametri di giusto processo propri del foro. Il nuovo istituto prende inizialmente corpo nell'art. 7 del regolamento n. 4/2009 e viene quindi richiamato nell'art. 7 della proposta di regolamento sulle obbligazioni patrimoniali tra coniugi[78] e soprattutto nell'art. 26 della proposta di revisione del regolamento n. 44/2001[79]. In quest'ultima si giustifica la giurisdizione «di necessità» del giudice adito se vi è – o vi è stato – un vero e proprio diniego di giustizia nello Stato terzo con cui «the dispute is closely connected». Il diniego può dipendere da due diverse circostanze tra loro alternative. Una prima ipotesi prevede che il processo civile non sia stato instaurato, proseguito o semplicemente che è «impossibile». Una seconda ipotesi, correttamente ricostruibile solo in base alle versioni linguistiche diverse da quella italiana alquanto malaccorta, prevede che il *forum necessitatis* possa azionarsi in uno Stato membro qualora il processo si sia in effetti già concluso nello Stato terzo ma la relativa decisione non possa essere riconosciuta nello Stato membro benché tale riconoscimento vi appaia come «necessary to ensure that the rights of the claimant are

[77] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 2 febbraio 2010, *Săileanu*, ric. n. 46268/06, par. 56 ss.

[78] COM (2011) 126 def.

[79] COM (2010) 748 def./2.

satisfied»[80]. Le due condizioni, vanificando il diritto di accesso alla giustizia per l'attore nello Stato estero non membro, diventano (alternativamente) elemento giustificativo per evocare il diritto di accesso alla giustizia in uno Stato membro dell'UE purché la fattispecie vi presenti un «collegamento sufficiente». È tale condizione a costituire il titolo di giurisdizione del foro esorbitante. Tuttavia la nozione di «collegamento sufficiente» (senza ulteriore aggettivazione)[81] è ben diversa sia dallo «stretto collegamento» evocato dallo stesso art. 26 per lo Stato terzo, sia dal legame «significativo» a cui costantemente si è richiamata la tradizione normativa della CE e poi dell'UE per individuare il collegamento giurisdizionale a favore di uno Stato membro. Il legame «significativo» resta connaturato all'art. 25 della proposta di revisione del regolamento n. 44: vi si prevede quale (ulteriore) titolo di giurisdizione esorbitante la circostanza che la lite, oltre ad avere un «legame sufficiente» con il foro adito, verta su beni almeno in parte collocati in quello Stato[82]. La sola condizione di legame «sufficiente» richiesto dall'art. 26 della proposta ha un connotato talmente generico che si presta facilmente ad essere valutato in termini estensivi[83], tanto più se riferiti ad attività di natura telematica[84]. Vi potrebbe rientrare anche il solo legame personale (di qualunque natura) dell'attore con lo Stato membro del foro adito adducendo la condotta dello Stato terzo che gli nega l'accesso alla giustizia rispetto a pre-

[80] Nella versione italiana viene letteralmente stravolto il senso della norma, intendendo per convenuto il «claimant» del testo inglese e il «demandeur» di quello francese.

[81] La Corte di giustizia (sent. 29 novembre 2007, causa C-68/07, *Sundelind Lopez*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 570 ss., punto 26), riferendosi ai titoli di giurisdizione contemplati dagli articoli 3-5 del regolamento n. 2201/2003, parla di «vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri».

[82] Può ben essere collegata a tale titolo l'azione di simulazione di terzo in materia contrattuale, che la Cassazione (*supra*, nota 75) aveva ricondotto alla materia contrattuale (art. 5 n. 1), forzandone l'interpretazione per rispondere ad esigenze di tutela del diritto d'azione.

[83] V. in tal senso: Commissione europea dei diritti dell'uomo, 13 maggio 1976, ric. n. 6200/73, in *Digest of Strasbourg case-law relating to the European Convention on human rights*, Köln. 1984, vol. II, p. 269, su cui anche NUYTS, *Due process and fair trial: jurisdiction in the United States and Europe compared*, in *International civil litigation in Europe*, cit., p. 177 ss. La formula di «collegamento sufficiente» è presente del diritto comparato e normalmente valorizzato in chiave estensiva: v. MUMENTHALER (in *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi*, Milano, 2006, p. 597 ss.), a proposito dell'art. 271, 1° comma, n. 4 della legge svizzera sul fallimento novellata.

[84] Cfr. Cour de cassation, 16 novembre 2010, in *Int. Lit. Proc.*, 2011, p. 316 ss.; v. più ampiamente: VILLA, «*Contatto minimo» e competenza giurisdizionale delle corti statunitensi in materia di commercio elettronico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 327 ss.

tese sostanziali che quell'ordinamento non riconosce o non rispetta e che invece l'ordinamento del foro adito ritiene di imprescindibile tutela. L'aggancio normativo più ovvio va a diritti costituzionalmente garantiti nello Stato membro adito. In queste condizioni, la prevedibilità del foro di necessità da parte del convenuto è alquanto problematica, a meno che non rientri tra le circostanze di fatto che lo stesso giudice del foro adito sia tenuto a considerare nel parametro del «legame sufficiente».

8. Segue: *Il fattore «positivo» di ordine pubblico processuale a fondamento del* forum necessitatis

L'introduzione nel diritto dell'UE del *forum necessitatis* ha le caratteristiche di una regola «atipica» di accesso alla giustizia slegata dal paradigma della prevedibilità del titolo di giurisdizione. Invero questa considerazione è stata finora costante da parte della Corte di giustizia in applicazione della Convenzione di Bruxelles prima e del regolamento n. 44/2001 dopo, fino al punto da ammettere di dover sacrificare il carattere «effettivo» del collegamento giurisdizionale che, come si è detto, pure il diritto dell'UE solitamente evoca a ragione del titolo utilizzabile[85]. Indubbiamente considerazioni di giusto processo giuocano a favore dell'astratta prevedibilità del titolo nel senso che questo fattore può meglio assicurare – in termini appunto di prevedibilità – il diritto di azione per l'istante e il diritto di difesa per il convenuto. Il ricorso al *forum necessitatis* è invece successivo ad una valutazione del giudice adito a titolo esorbitante sulla adeguatezza complessiva del sistema giurisdizionale dello Stato terzo a cui la fattispecie processuale è – o sarebbe stata – originariamente agganciata. Il fattore di «necessità» scatta dopo la valutazione negativa sul sistema processuale estraneo cui segue – «in positivo» – il diritto di accesso alla giustizia in presenza del «legame sufficiente» con il foro[86]. Il collegamento «sufficiente» è sì «titolo» di giurisdizione ma opera solo se vi è – appunto – necessità di rispettare nel caso concreto il diritto di accesso alla giustizia, che costituisce una garanzia fonda-

[85] Sent. 29 giugno 1994, causa 288/92, *Custom Made Commercial*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 675 ss., punto 18.

[86] Il *forum necessitatis* introdotto dal diritto dell'UE ha peraltro un impatto diretto sulla regola di *common law* che nel Regno Unito configura il *forum (non) conveniens*, poiché previene la stessa eventuale scelta del giudice britannico di declinare la giurisdizione a favore dello Stato con cui la fattispecie concreta presenta un legame più stretto se già vi sono ragioni «prognostiche» per giustificare l'impiego del *forum necessitatis* (v. al riguardo anche FAWCETT, *op. cit*., p. 11; KINSCH, *op. cit*., p. 46).

mentale nell'ordinamento dell'UE oltre che nei singoli Stati membri. Si tratta dunque di un titolo sussidiario il cui impiego dipende anzitutto da fattori «estranei», dal momento che l'attivazione nel caso concreto della «giurisdizione di necessità» non sarebbe possibile ove l'ordinamento straniero soddisfacesse quelle esigenze di accesso alla giustizia. L'attore può evocare il diniego per motivi solo sostanziali come nell'ipotesi del mancato riconoscimento di suoi diritti nella decisione straniera, talché sembrerebbe facile l'accostamento con la funzione «unilateralistica» di diritto internazionale privato attraverso il richiamo a norme di applicazione necessaria del foro ormai «depauperate» di un titolo di giurisdizione nazionale (esorbitante) che ne permetta l'attuazione[87]. Ma anche in tale circostanza le motivazioni evocabili dall'attore esprimono solo il suo interesse ad agire in un foro esorbitante per non essere stato nella possibilità di far valere le sue ragioni (*lato sensu*) nello Stato estero, ma non sono direttamente «costitutive» del titolo di giurisdizione relativo al *forum necessitatis* perché non esiste un diritto «assoluto» di accesso alla giustizia[88]: nel diritto processuale civile internazionale europeo questo diritto va sempre saldato all'esistenza di un legame autonomo – *rectius* «sufficiente» – sul piano giurisdizionale. Pertanto l'applicazione del *forum necessitatis* nelle varie ipotesi prospettate dall'art. 26 evoca in chiave unitaria il solo parametro di ordine pubblico processuale: prima in chiave negativa, per escludere l'idoneità dello Stato terzo a soddisfare esigenze di accesso alla giustizia; poi, in chiave positiva, per asserire l'esistenza del titolo di giurisdizione in presenza di un legame «sufficiente» con il foro.

Il sistema italiano di diritto internazionale privato conosce manifestazioni «positive» di ordine pubblico soprattutto in tema di diritto materiale applicabile. In particolare, applicando direttamente la *lex fori* se il diritto straniero richiamato dall'art. 24 della legge n. 218/1995 non «conosca» diritti fondamentali della persona riconosciuti dal diritto italiano[89]. L'estensione di questo modello alla materia processuale ed in specie alla «costituzione» del titolo di giurisdizione supera la concezione

[87] Per una lettura «materiale» del *forum necessitatis* configurato nell'art. 7 del regolamento n. 4/2009 in materia di obblighi alimentari, FRANZINA, *Sul* forum necessitatis *nello spazio giudizio europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1121 ss.

[88] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 gennaio 2009, *Selin*, ric. n. 39523/03, par. 36.

[89] Trib. Milano 14 luglio 1997, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 568 ss.; Trib. Milano, 17 luglio 2000, in *Famiglia e diritto*, 2000, p. 608 ss.; Trib. Prato, 16 luglio 2010, in *Il Corriere del Merito*, 2010, p. 1175 s.

tradizionale dell'ordine pubblico che funzioni «unicamente come limite all'operatività di norme o sentenze straniere»[90].

L'impulso che proviene dal diritto dell'UE risente delle influenze di *common law* e va coordinato con i valori endoprocessuali del nostro sistema costituzionale.

Apparentemente l'introduzione del *forum necessitatis* parrebbe collidere con il richiamo dell'art. 25 Cost., in base al quale «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge». La garanzia vale anche per il processo civile a tutela sia dell'attore che del convenuto. Ma l'espressione costituzionale può essere intesa in modo diverso secondo che collocata «nel chiuso» dell'ordinamento nazionale oppure venga rapportata a fattispecie processuali con elementi di estraneità rispetto alle quali si configura una logica di concorrenza tra giurisdizioni nazionali. Nel configurare un titolo attributivo di giurisdizione, la legge dello Stato ha come scopo il diritto di accesso alla giustizia ma tenendo presente la possibile alternativa di accesso alla giustizia presso giurisdizioni straniere. In questa dimensione transnazionale, l'accezione di «giudice naturale» può riguardare anche autorità giurisdizionali straniere organizzate dal diritto straniero. La Corte costituzionale, che già aveva avallato nella sentenza 1973, n. 96, lo spostamento di competenza giurisdizionale «tra due organi giurisdizionali entrambi previsti a priori dai rispettivi ordinamenti», ha condiviso l'«apertura» della proroga a favore del giudice o dell'arbitro straniero contenuta nell'art. 4 della legge n. 218/1995[91]. Nel momento in cui la logica di coordinamento, o meglio di cooperazione giudiziaria, tra Stati assume rilevanza costituzionale, anche la garanzia del giudice naturale «precostituito» può essere raccordata ad un ordinamento processuale estraneo[92].

Sempre seguendo la giurisprudenza della Corte costituzionale, si deve ricordare che l'apertura del sistema giuridico statale deve avvenire senza che si verifichi alcuna «cessione» di sovranità in tema di tutela dei diritti fondamentali. Vale a dire che la rilevanza assegnata alla condizione di «precostituzione» nell'ordinamento «estraneo» deve essere corredata dal rispetto delle garanzie processuali fondamentali almeno in termini «equivalenti» a quelli assicurati nell'ordinamento italiano. Solo in presenza di tale equivalenza la Corte costituzionale ammette la rinuncia della sovranità processuale dello Stato a favore della competenza della giurisdizione dell'UE a conoscere in via esclusiva dei ricorsi di privati

[90] Così invece LOPES PEGNA, *op. cit*., p. 56.
[91] *Supra*, par. 3.
[92] V. *infra* nota 154, ed anche Corte cost., sent. 12 ottobre 1996, n. 446, par. 4.

avversi atti delle Istituzioni dell'UE[93]. *A fortiori*, tale condizione deve essere osservata nei rapporti «orizzontali» tra giurisdizione italiana e giurisdizione straniera di uno Stato membro dell'UE[94]. Il modello è del resto già presente nell'art. 4, 3° comma, della legge di riforma del diritto internazionale privato a proposito dell'inoperatività della deroga alla giurisdizione se il giudice o l'arbitro straniero non può conoscere della causa: il giudice italiano ben potrebbe applicare questa disposizione ove ritenesse che il modello processuale seguito dal foro prorogato non rispetta i diritti essenziali inerenti al principio del giusto processo, a prescindere dal fatto che il giudice o l'arbitro straniero abbiano declinato la propria competenza.

A guidare questi apprezzamenti del giudice italiano in termini di «equivalenza» sono tipiche considerazioni di ordine pubblico processuale. Difatti il parametro relativo al processo regolato da un ordinamento processuale straniero non può essere costituito dalla *lex fori* perché altrimenti non si avrebbe rispetto di quel principio di territorialità della legge processuale che la legge n. 218/1995 impone per il processo che si svolge nello Stato (art. 12)[95].

Sganciandosi dalle proprie «forme» processuali, il giudice deve valutare l'equivalenza in termini di «risultati» dei valori endoprocessuali da garantire, seguendo il parametro di ordine pubblico. La medesima logica giustifica il ricorso al «foro di necessità» europeo. La differenza è nei presupposti. Nel diritto comune il giudice ha già il titolo astrattamente precostituito per volontà del legislatore nazionale; nel foro di necessità, il giudice deve invece argomentare le ragioni «ordinatorie» (vale a dire di ordine pubblico) che lo giustificano nel caso concreto. La decisione di avallarne l'impiego dilatando la sfera di giurisdizione di uno Stato membro dell'Unione consegue, come per ogni altra circostanza necessariamente non «formalizzata» o precostituita di ordine pubblico, ad un apprezzamento svolto dall'autorità giudiziaria.

La cautela è tuttavia richiesta nella determinazione del parametro di giusto processo cui raccordare l'impiego del foro di necessità. Trattandosi di un titolo di giurisdizione che l'ordinamento dell'Unione riconosce

[93] Cfr. Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232.

[94] Cfr. Trib. Milano, 8 maggio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 411. Emblematica in proposito anche la legislazione attuativa del mandato d'arresto europeo: art. 2 della legge 22 aprile 2005, n. 69.

[95] In modo coerente con quanto esposto, la giurisprudenza sottolinea che i principi di ordine pubblico processuale «non s'identificano con il rispetto delle norme di diritto interno dello Stato italiano in quanto i criteri da queste previsti non devono essere necessariamente applicati perché venga rispettato il principio del contraddittorio» (Cass. 23 maggio 2008, n. 13425, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2009, p. 141).

ai singoli Stati membri, questi devono impiegarlo secondo parametri europei. Pertanto la valutazione sul diniego del giusto processo nello Stato terzo deve attingere dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e soprattutto dall'art. 6 della CEDU, secondo l'interpretazione che ne è data sia dalla Corte di giustizia che dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ma sia l'uno che l'altro stabiliscono uno standard di tutela del giusto processo che non esclude trattamenti più favorevoli. Anche tale parametro di raffronto viene dunque in giuoco in quanto espressione peculiare, ma pertinente, di ordine pubblico processuale del foro nazionale adito.

9. Giusto processo e litispendenza estera

Il condizionamento dei valori di giusto processo in chiave «attributiva» di giurisdizione si esplica in termini anche più netti a proposito del coordinamento delle azioni civili nello spazio. Vi rientra il rilascio di provvedimenti cautelari ad opera di giudici diversi da quelli competenti per il merito. Giustamente questa competenza esorbitante viene preservata dai regolamenti europei sulla cooperazione giudiziaria in materia civile perché emanazione diretta di aspettative di tutela urgente che lo stretto legame con il foro adito deve soddisfare anche per proprie esigenze di coerenza costituzionale. Ma si tratta di misure che devono mantenere carattere provvisorio e soprattutto strumentale rispetto alla domanda presentata davanti al giudice competente per il merito, di modo che la loro efficacia resta poi assorbita dall'esito del processo di cognizione[96].

Il principio del giusto processo condiziona in maniera più profonda il coordinamento tra azioni civili che abbiano medesima valenza cognitiva e che riguardino la stessa causa. Al riguardo viene in giuoco l'istituto della litispendenza estera, nel quale la concreta concorrenzialità di due (o più) giurisdizioni nazionali sulla medesima lite mette in discussione la stessa certezza del diritto in considerazione del pericolo di decisioni divergenti pronunciate dai diversi giudici aditi. Per evitarlo la Convenzione di Bruxelles prima e il regolamento n. 44/2001 dopo hanno stabilito condizioni assai precise che impongono al giudice successivamente adito di declinare la competenza se il giudice preventivamente adito abbia da

[96] Questo primato è avvalorato dall'art. 42, par. 2, lett. *b*, *i*, della proposta di revisione del regolamento n. 44, in base al quale solo il provvedimento cautelare emesso dal giudice competente per il merito rientra nella procedura uniforme di efficacia extraterritoriale. La nuova versione dell'art. 31 della proposta obbliga l'autorità giudiziaria del foro esorbitante che ha emesso il provvedimento cautelare (o respinto la relativa richiesta) ad informare di ciò il giudice competente per il merito.

parte sua già accertato la propria competenza. L'automatismo della regola, riproposta anche in altri regolamenti europei, è stata finora assoluta. Perciò, una volta accertata la sussistenza dei requisiti richiesti, non vi è alcuna flessibilità che giustifichi deroghe al primato del giudice preventivamente adito, in specie per considerazioni di giusto processo. Una tale rigidità è emersa da parte della stessa Corte di giustizia comunitaria quando questa ha escluso che la durata irragionevole del processo preveniente potesse costituire un elemento di temperamento nell'applicazione della regola sulla litispendenza quale contenuta nell'allora art. 21 della Convenzione di Bruxelles ed oggi nell'art. 27 del regolamento n. 44[97]. La soluzione accolta dalla Corte di giustizia non sembra giustificarsi alla luce di una ponderazione complessiva dei valori di «giusto processo civile», dovendo bilanciare la maggiore durata del processo preveniente con la maggiore certezza del diritto. Invero, come insegna la Corte europea dei diritti dell'uomo, vi possono essere temperamenti tra i diversi profili di giusto processo, ma una garanzia minima deve pur sempre essere assicurata a ciascuno di essi. Orbene, la garanzia minima della durata ragionevole del processo preveniente non sembra affatto assicurata se la Corte europea dei diritti dell'uomo ha acclarato l'esistenza di una «violazione strutturale» di tale profilo da parte di un paese membro dell'UE, come in particolare avvenuto per l'Italia[98]. Analogamente potrebbe dirsi a proposito di ogni altra ipotesi di accertata «violazione strutturale» del principio di giusto processo col quale finirebbe col misurarsi l'applicazione automatica della regola sulla litispendenza. La Corte europea ha già mostrato la propria contrarietà verso un'applicazione rigida nei rapporti tra Stati membri delle regole europee sulla cooperazione giudiziaria in materia civile che non rispettino i valori richiamati ed imposti dalla CEDU[99].

Significativamente questo approccio è già presente nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001, ma limitatamente a casi di litispendenza estera con giurisdizioni di Stati terzi. L'art. 34 della proposta

[97] Corte di giustizia, sent. 9 dicembre 2003, *Gasser*, causa C-116/02, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 371 ss., punto 73; v. in proposito le osservazioni di HARTLEY, *Choice-of Court Agreements,* Lis Pendens, *Human Rights and the Realities of International Business: Reflections on the* Gasser *Case*, in *Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes. Mélanges en l'Honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 383 ss.

[98] Né la legge Pinto sul risarcimento alle vittime dalla durata irragionevole del processo attenua questa considerazione se si tiene presente che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato il 21 dicembre 2010 – si badi, nello stesso giorno – ben 475 sentenze di condanna dell'Italia per il carattere inadeguato dell'indennizzo riconosciuto alla vittima oltre che per il ritardo con cui era stata elargita tale somma (cfr. sent. 21 dicembre 2010, *Gaglione*, ric. n. 45867/07).

[99] *Supra*, nota 48.

prevede che, «se al momento in cui il giudice di uno Stato membro è adito, pende davanti a un giudice di uno Stato terzo un procedimento tra le stesse parti avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice dello Stato membro può sospendere il procedimento purché: *a*) il giudice dello Stato terzo sia stato adito per primo, *b*) si possa supporre che il giudice dello Stato terzo pronuncerà, entro un termine ragionevole, una decisione che sarà riconosciuta e, se del caso, eseguita nello Stato membro, e *c*) il giudice sia convinto che la sospensione è necessaria per la corretta amministrazione della giustizia». La prognosi sulla riconoscibilità della decisione deve anche considerare l'adeguatezza in termini di giusto processo della ipotetica decisione straniera che dovesse sortire dal relativo processo preveniente. La regola proposta si affianca alla soluzione accolta dall'art. 7 della legge di riforma del diritto internazionale privato[100], che consente la deroga, sempre sotto forma di sospensione, alla giurisdizione italiana prevenuta se sussiste una prognosi favorevole di riconoscibilità – anche in termini di giusto processo – della decisione pronunciata dal giudice preveniente. Il parametro da utilizzare è il consueto ordine pubblico processuale *naturaliter* evocabile per impedire il riconoscimento di sentenze straniere[101]. Ma, analogamente a quanto già visto per il «foro di necessità», lo standard richiesto va attinto anzitutto da principi europei integrati – se del caso – dallo standard più elevato dello Stato membro prevenuto.

10. L'efficacia extra-territoriale di decisioni straniere come proiezione unitaria del principio del giusto processo

Il principio del giusto processo si estende alla circolazione delle decisioni nello spazio, riproponendo i propri diversi «corollari» a sostegno dei diritti dell'attore e del convenuto come della buona amministrazione della giustizia. Puntuale in proposito è stata la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 1° aprile 2010 sul caso *Vrbica*, quando ha sottolineato che il diniego opposto dallo Stato parte all'efficacia della decisione straniera attestante i diritti del ricorrente costituiva una illegittima «interferenza» alla luce della CEDU[102]. Tale affermazione conferma che il diritto al giusto processo comprende

[100] Cfr: MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 222 ss.

[101] *Infra*, par. 13.

[102] Ric. n. 32540/05, par. 41.

l'efficacia nello spazio della decisione anche se vi possono essere apportate limitazioni «legittime»[103]. Pur con questo temperamento, l'indicazione della Corte europea consente di ritenere ormai inadeguata la concezione dualista tradizionale in forza della quale la sentenza straniera esauriva i suoi effetti nell'ordinamento dello Stato d'origine. Come si è inizialmente ricordato, questa dottrina poggiava sull'assioma secondo cui solo un giudizio puntuale di delibazione della sentenza straniera poteva consentire che se ne producessero gli «effetti» in un altro Stato, restando in ogni caso libero questo di stabilire se «aprirsi» verso gli stessi. Il ragionamento che compie invece la Corte europea è opposto. Il vincolo internazionale del giusto processo obbliga lo Stato a tener conto della legittima aspettativa della parte attrice, *rectius* del suo diritto, a vedere dispiegati gli effetti decisori ed esecutivi della sentenza straniera a lui favorevole[104]. L'indicazione ha anzitutto l'effetto di «flettere» la nozione di sentenza della *lex fori* a favore di quella pronunciata nell'ordinamento d'origine se corrispondente ai parametri internazionali del giusto processo quali sono accolti nell'ordinamento dello Stato richiesto. In linea con tale indicazione andrebbe applicata la regola del riconoscimento automatico introdotta con la legge di riforma e soprattutto il principio di libera circolazione delle decisioni operante in seno all'UE e da questa in parte esteso alla residua area EFTA con la Convenzione di Lugano[105]. Il margine di apprezzamento statale – e di riflesso quello dell'UE – sussiste nel predisporre le modalità procedurali di attuazione delle decisioni straniere, di modo che la parte intimata o esecutata sia nella condizione di far valere il mancato rispetto dei diritti processuali fondamentali nell'ordinamento d'origine[106]. Il *background* concettuale della Corte europea, che non prende mai in considerazione l'ipotesi di un diritto del convenuto al riesame nel merito nel foro richiesto, è a sostegno della necessaria continuità nello spazio dell'ori-

[103] Cfr. KINSCH, in *Revue critique*, 2008, p. 838 s.; LOPES PEGNA, op. cit., p. 53.

[104] V. (anche con ulteriori richiami): Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 18 dicembre 2008, *Saccoccia*, ric. n. 69917/01, par. 61 s.; Corte commerciale federale di Mosca, 2 marzo 2006, in *Revue critique*, 2006, p. 642 ss., spec. p. 646, ed ivi il commento di LITVINSKI, p. 655 ss. In senso diverso LOPES PEGNA, op. cit., p. 54; v. anche 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, p. 407 s.

[105] La Convenzione di Lugano del 2007 (che ha sostituito quella del 1988) è in vigore tra l'Unione europea, la Danimarca, la Norvegia, la Svizzera e l'Islanda.

[106] La tutela dei diritti processuali del convenuto avviene in armonia con il principio dispositivo: DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Il Diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, cit., tomo II, Padova, 2009, p. 970.

ginaria decisione salvo svolgere le proprie considerazioni di proporzionalità sul mezzo individuato dal singolo legislatore statale e sui limiti da questo apposti all'esercizio del diritto all'efficacia della decisione. L'apertura dell'ordinamento richiesto all'efficacia della decisione straniera è tanto più dovuta se sono in giuoco diritti della persona internazionalmente protetti e necessariamente afferenti alla «unicità» del suo regime giuridico nello spazio: in tal caso diventano assorbenti le esigenze di armonia di regolamentazione nello spazio del «bene della vita». L'obbligo di riconoscere efficacia alla decisione straniera trova vieppiù sostegno in obblighi «positivi» dello Stato richiesto ai sensi della CEDU, quale in particolare il diritto dell'individuo a godere della propria vita familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione[107]. Opportunamente coordinato con altri obblighi internazionali se del caso pertinenti, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 8 per mancata esecuzione di provvedimenti stranieri in tema di divorzio[108], responsabilità parentale[109], ritorno del minore[110] o adozione di individui tanto minori[111] che di maggiore età[112]. La «circolazione» della decisione è collegata alla sua formazione nell'ordinamento di origine ed all'effettività che vi si attaglia[113]: l'accertamento che vi è connesso ed i relativi effetti costitutivi anche sullo status della persona abilitano altri aventi diritto a sollecitare l'esecuzione «in positivo»[114] e rendono di contro irrilevanti gli opposti interessi di terzi assenti nel processo originario ma contrari a tale efficacia in altro Stato[115].

Anche quando valorizza diritti «materiali» inerenti all'art. 8 della

[107] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 26 giugno 2003, *Maire*, ric. n. 48206/99, par. 70.

[108] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 gennaio 2009, cit.

[109] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide*, ric. n. 31679/96, par. 113.

[110] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 24 aprile 2003, *Sylvester*, ricorsi n. 36812/97 e n. 40104/98, par. 54 ss.

[111] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 28 giugno 2007, *Wagner*, ric. n. 76240/01, par. 121 ss.

[112] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis*, ric. n. 56759/08.

[113] Corte europea dei diritti dell'uomo: sent. 28 giugno 2007, cit., par. 133; sent. 3 maggio 2011, cit., paragrafi 56 e 74.

[114] Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 gennaio 2009, cit., par. 43. La Corte ha anche riconosciuto la qualifica di «vittima» al titolare del diritto di alimenti sancito in una decisione straniera, benché non potesse configurarsi come «vittima» della durata irragionevole della procedura di esecuzione di cui non poteva essere parte: sent. 20 luglio 2004, *K*, ric. n. 38805/97, paragrafi 26 ss.

[115] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 3 maggio 2011, cit., par. 18.

CEDU, la Corte europea non fissa un percorso autonomo[116] – vale a dire un obbligo di condotta puntuale per lo Stato in materia di diritto internazionale privato – ma sempre un obbligo di risultato da realizzare secondo i mezzi di diritto internazionale privato e processuale che lo Stato parte (e indirettamente l'UE) ritiene più adatti[117]. In quanto pertinente alla natura giurisdizionale della decisione straniera che si sia espressa su una lite in materia civile («dispute»), la procedura di efficacia avviata nello Stato richiesto deve tenere conto della sua originaria dimensione processuale e dunque delle garanzie fondamentali che vi afferiscono[118]: lo confermano il diritto internazionale privato sia dell'UE che italiano (a meno che non si tratti di atti stranieri di giurisdizione volontaria: art. 66 della legge n. 218). La Corte europea dei diritti dell'uomo non ritiene configurabili limitazioni all'efficacia della decisione straniera sulla base della diversa formulazione delle norme di diritto internazionale privato del foro richiesto[119]. In armonia con questa indicazione è anche il diritto dell'UE, contrario a valorizzare la tecnica internazionalprivatistica dell'ordinamento materiale competente, sia pure rivisitato secondo la formula (di derivazione comunitaria) che si

[116] Per un'analisi (critica) della tesi che ascrive alle norme sulla tutela dei diritti umani una funzione «sostitutiva» delle norme sul riconoscimento delle decisioni straniere, v., anche per ulteriori riferimenti dottrinali, D'AVOUT, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé,* in *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, a cura di Dubout e Touzé, Paris, 2010, p. 170 ss.

[117] PIRRONE, *«Limiti» e «controlimiti» alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso Wagner*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss.

[118] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 8 novembre 2005, *D.D.*, ric. n. 3/02, par. 27; cfr. anche BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 283 (2000), p. 102 s. Non è al riguardo rilevante la circostanza che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riposto attenzione ai profili «materiali» delle decisioni straniere ricadenti nell'art. 8 della CEDU, quasi volendo lasciare intendere che l'efficacia del provvedimento straniero in materia familiare debba essere interamente ed esclusivamente ricondotto a quella disposizione convenzionale (LOPES PEGNA, op. cit., p. 55). Per due motivi. In primo luogo, la Corte risponde in casi del genere a precisi *petita* dei ricorrenti che lamentano di essere vittime di una violazione dell'art. 8. In secondo luogo, la rilevanza delle garanzie processuali è comunque intrinseca nella «validità» del provvedimento giurisdizionale adottato nell'ordinamento d'origine. Vi può essere piuttosto un criterio di ponderazione dei valori che, nel confronto dialettico tra interessi contrapposti riconducibili sia all'art. 6 che all'art. 8 della CEDU, privilegi il diritto personale alla famiglia garantito dall'art. 8, ma pur sempre nel rispetto di un nucleo minimo essenziale quale richiesto dall'art. 6.

[119] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 28 giugno 2007, cit., paragrafi 133-135. Almeno in questo senso non può propriamente parlarsi di una neutralità della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto alle leggi nazionali: v. invece MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, p. 304 ss.

richiama «in blocco» all'ordinamento dello Stato d'origine[120]. La convergenza dei due sistemi – CEDU e UE – induce a ricostruire ove possibile il diritto interno nel senso che le sue norme sull'efficacia di decisioni straniere non precludano il rispetto dell'obbligo «positivo» come indicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e condiviso dalla Corte di giustizia[121]. È anche in funzione di questo «effetto utile» che va interpretato l'art. 65 della legge di riforma che utilizza la tecnica internazionalprivatistica per assicurare il riconoscimento automatico di sentenze straniere in materia di capacità, rapporti di famiglia e diritti della personalità, purché siano stati rispettati i diritti essenziali di difesa nel processo di origine. La sua applicazione nell'area residuale che tuttora attiene al diritto internazionale privato comune è conforme alla CEDU solo se il richiamo alla competenza «materiale» dell'ordinamento straniero il cui diritto materiale sia stato richiamato dalla legge italiana di diritto internazionale privato lascia aperta l'opportunità di assicurare l'efficacia di decisioni «in positivo» nelle materie richiamate anche secondo il criterio generale indicato dall'art. 64 della legge di riforma. Pertanto ne viene rafforzata quella concezione, condivisa pure dalla Cassazione, favorevole ad un impiego complementare degli articoli 64 e 65 della legge n. 218/1995[122], perché l'unica *de iure condito* funzionale al principio del *favor* verso l'efficacia della decisione straniera, in specie se afferente all'obbligo «positivo» della CEDU[123].

[120] BARIATTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 409. La diversa lettura (ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, specie p. 245 ss.; PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone, Padova, 2004, p. 495 s.) assorbe la dimensione processuale del provvedimento straniero nella sua «validità» in base al solo ordinamento d'origine (v. già *supra*, par. 1). Come si vedrà più avanti (par. 12), la prassi europea mostra di considerare assai relativamente questo parametro in tema di notificazioni vuoi richiamando lo Stato d'origine a «riesaminare» l'atto originario anche se formalmente valido, vuoi obbligando il giudice dello Stato richiesto a considerare ugualmente efficace l'atto formalmente invalido ai sensi dell'ordinamento dello Stato d'origine se il destinatario sia ugualmente venuto a conoscenza del contenuto.

[121] Corte di giustizia, sent. 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-5769 ss., par. 54.

[122] Cfr. la giurisprudenza richiamata in LOPES PEGNA, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, 2009, p. 16 s.

[123] Nel contempo, alla luce di quanto osservato *supra*, nota 118, risulta giustificato il richiamo dell'art. 65 della legge di riforma alla tutela dei diritti di difesa.

11. La garanzia del giusto processo in armonia con la continuità degli effetti decisori nello spazio della decisione straniera

La peculiare funzione precettiva della CEDU quale strumento costituzionale di «ordine pubblico europeo»[124] impone allo Stato parte di consentire l'efficacia di una decisione straniera a condizione che nel relativo processo di origine siano state rispettate le garanzie a tutela del convenuto. La Corte europea dei diritti dell'uomo impone agli Stati parti di predisporre in fase di riconoscimento ed efficacia delle decisioni un apposito strumento procedurale utilizzabile dall'interessato a far valere la violazione dei propri diritti essenziali di difesa nel processo di origine espletato in uno Stato che non sia parte della CEDU[125]. Questa forma di tutela, che si estende anche a singoli atti istruttori[126], si pone pur sempre nella prospettiva di verificare con i necessari margini di flessibilità l'esistenza di una tutela equivalente nell'ordinamento d'origine della decisione[127]. Pertanto il vincolo posto dalla Corte europea non avalla una pretesa concezione dualista sull'efficacia delle decisioni straniere perché concettualmente incompatibile il «velo» della sovranità statale con la continuità nello spazio del diritto al giusto processo e dunque del suo «corollario» sul diritto all'esecuzione della sentenza favorevole. Alla Corte interessa solo che nello spazio di applicazione della CEDU sia assicurato alla possibile «vittima» della violazione uno strumento che le consenta di far valere di fronte all'autorità giudiziaria dello Stato richiesto la presunta violazione del giusto processo nell'ordinamento d'origine e di negare, se del caso, l'efficacia della decisione straniera[128]. È compatibile con tale orientamento la scelta del legislatore italiano di ricondurre al nuovo rito som-

[124] *Supra*, nota 15.

[125] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 20 luglio 2001, *Pellegrini*, ric. n. 30882/96.

[126] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 14 dicembre 1999, *A.M.*, ric. n. 37019/97, par. 27 s.

[127] Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di tutela equivalente in un ordinamento, in specie se organizzazione internazionale, che non sia parte della CEDU: sent. 18 febbraio 1999, *Waite*, ric. n. 26083/94, paragrafi 63 ss.; sent. 30 giugno 2005, *Bosphorus*, n. 45036/98, par. 155.

[128] Un'opportunità del genere è anche prevista, a livello universale, dall'art. 9, lett. *e*, della Convenzione de L'Aja del 30 giugno 2005 sulla proroga della giurisdizione. La differenza è piuttosto sul parametro. L'art. 9 configura un limite all'efficacia della sentenza straniera se questa sia incompatibile «with fundamental principles of procedural fairness» dello Stato richiesto. Nella sent. *Pellegrini*, la Corte europea dei diritti dell'uomo si riferisce generalmente alle «garanzie» dell'art. 6 (par. 40), ma non sembra che questa affermazione sia sufficiente per sottrarre il parametro ad un criterio di ponderazione (in senso contrario KINSCH, *Droits de l'homme*, cit., p. 308 ss.).

mario generale la procedura di accertamento delle condizioni di riconoscimento ed efficacia delle sentenze straniere rimessa dall'art. 67 della legge di riforma alla Corte d'Appello del luogo di attuazione della sentenza[129]. Ma lo è anche la procedura parzialmente uniforme indicata dal regolamento n. 44/2001 (articoli 38 ss.) che consente all'intimato di fare opposizione all'iniziale decreto di autorizzazione all'esecuzione rilasciato *inaudita altera parte*[130]. La Corte di giustizia, pur se generalmente incline ad impiegare in modo assai restrittivo le condizioni ostative alla libera circolazione di decisioni straniere in materia civile e commerciale secondo la Convenzione di Bruxelles ed il regolamento n. 44/2001[131], ha preservato il diritto ad eccepire la violazione dei principi di giusto processo all'interno del limite generale dell'ordine pubblico. Ancora nella sentenza *Scania* del 2005 la Corte asseriva che l'obiettivo «di garantire la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie … non potrebbe tuttavia essere raggiunto … indebolendo, in qualsiasi modo, il diritto di difesa»[132].

Nella determinazione del momento e della forma processuale attraverso cui deve potersi manifestare l'azione del privato resta ampio il margine di apprezzamento degli Stati e dunque anche dell'UE nell'ambito di competenza che le è propria. La libertà sui mezzi processuali è sufficientemente flessibile ma non sembra pertinente porre preclusioni in relazione ad una determinata tipologia di «effetti» della sentenza straniera, ad esempio ammettendo l'opposizione del condannato solo in relazione all'esecuzione forzata di una sentenza straniera e non per i soli ef-

[129] Cfr. l'art. 30 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 («Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69»). Da tener presente che l'estensione del rito sommario generale operata in base alla legge-delega non si è attenuta alla formulazione dell'art. 702-bis cod. proc. civ., che tratteggia la disciplina di tale rito facendo esclusivamente riferimento alle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica.

[130] L'applicazione del rito sommario di cognizione nella procedura di diritto comune per il riconoscimento delle sentenze straniere (*supra*, nota 129) potrebbe essere estesa anche alla procedura prevista dal regolamento n. 44/2001 per accertare in contraddittorio le eccezioni eventualmente opposte all'esecuzione della decisione straniera. Infatti il regolamento si limita a stabilire che la procedura deve svolgersi «senza indugio» (art. 45, 1° comma). Il nuovo rito sommario di cognizione bene si presta, con il suo carattere de-formalizzato, a rispettare questo tipo di esigenze poste dal regolamento n. 44/2001 (cfr. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., p. 353 ss.).

[131] Ivi, p. 303 s.

[132] Sent. 13 ottobre 2005, causa C-522/03, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 241 ss., punto 15; v. anche NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e ordine pubblico «europeo»*, ivi, 2002, p. 659 ss.

fetti che discendono dal suo riconoscimento automatico. Il differente rigore procedimentale tra i due profili, presente nella disciplina tanto comune che dell'UE, si spiega in relazione al diverso grado di coinvolgimento della sovranità statale del foro richiesto per l'efficacia della decisione straniera: minore per gli effetti insiti nel riconoscimento automatico, maggiore per l'esecuzione forzata. Ma questa differenza non esiste nella prospettiva della «vittima» di una sentenza a lei sfavorevole perché pronunciata nell'ordinamento di origine in violazione del diritto al giusto processo.

Il rimedio processuale deve trovare collocazione all'interno dei vari modelli che regolano l'efficacia di decisioni straniere, dalla classica procedura di delibazione alle formule più semplificate introdotte nel diritto dell'UE. Il diritto dell'UE, quando non imponga il rispetto del titolo esecutivo europeo, prefigura normalmente un'opportunità di eccezione per l'intimato nello Stato membro richiesto sia pure – come nel caso del regolamento n. 44/2001 – sotto forma di contraddittorio eventuale e posticipato. La «compressione» è ragionevole e proporzionale allo «scopo» di giusto processo perseguito di limitare il più possibile le soluzioni di continuità negli effetti della decisione straniera in forza del principio della libera circolazione delle decisioni sancito ora dall'art. 81 TFUE. Il carattere «duale» che riveste il «contenitore» processuale utilizzato permette formule più favorevoli alla parte attrice, ma sempre rispettose degli obblighi in tema di tutela del contraddittorio[133] e di durata ragionevole del processo[134].

12. Il ruolo dello Stato del processo nel rispetto «solidale» del giusto processo

All'interno dello spazio giudiziario europeo, il rispetto dell'ordine pubblico processuale riflette principi di giusto processo che almeno in parte coincidono. Lo si riscontra per la comune appartenenza di ogni Stato membro a sistemi normativi internazionali ed europei che ne condizionano il contenuto, quali l'art. 6 della CEDU e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, integrabili sia l'uno che l'altro dalla «condivisione»

[133] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 3 maggio 2007, *Ern Makina Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, ric. n. 70830/01.

[134] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 27 maggio 2010, *Hohenzollern*, ric. n. 18811/02, paragrafi 37 ss.

di tradizioni costituzionali comuni[135]. Residua peraltro un margine di peculiare identità costituzionale rispetto ad ulteriori requisiti essenziali di giusto processo autonomamente definiti dal singolo Stato membro nell'ambito del c.d. trattamento più favorevole[136]. Il riferimento a valori endoprocessuali propriamente legeforistici dello Stato richiesto va però utilizzato con un adeguato metro di proporzionalità commisurando il possibile «sbilanciamento» che si potrebbe creare a svantaggio dell'avente diritto che pur ha ottenuto una sentenza a lui favorevole pronunciata nell'ordinamento d'origine secondo i canoni di giusto processo previsti dalla CEDU nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il *favor* verso il «diritto» alla libera circolazione riduce il «nucleo» di ordine pubblico processuale. Nella più recente sentenza *Gambazzi* del 2009, relativa ancora alla Convenzione di Bruxelles del 1968, la Corte di giustizia asserisce la necessità che lo Stato richiesto tenga conto della legittimità di restrizioni del diritto di difesa, che rispondano «effettivamente ad obiettivi d'interesse generale» e non costituiscano «rispetto allo scopo perseguito, una violazione manifesta e smisurata dei diritti così garantiti»[137]. Il parametro formulato denota un criterio di ponderazione dei valori tra esigenze di giusto processo e «certezza» di circolazione delle decisioni chiaramente orientato ad individuare un contenuto di ordine pubblico processuale condiviso nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile. Una prospettiva di questa natura non dovrebbe però limitare i parametri indicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sia pure rivisitati in una logica solidale di «equivalenza» dei valori di giusto processo «globalmente» intesi: lo giustifica l'esistenza dello spazio giudiziario europeo integrato che comprime sì la sovranità processuale di uno Stato membro ma in ragione di comuni valori identitari tra cui rientra anche la CEDU[138].

Una verifica al riguardo può essere fatta sul tema della notificazione. Tramite questo atto, si informa il convenuto circa l'avvio del processo civile nei suoi riguardi in modo da consentirgli una tempestiva ed informata costituzione in giudizio. È peraltro notoria la difficoltà di ripro-

[135] Corte di giustizia, sent. 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 1105 ss., punto 65.

[136] *Supra*, par. 2.

[137] Corte di giustizia, sent. 2 aprile 2009, *Gambazzi*, causa C-394/07, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 977 ss., punto 29.

[138] Per un riscontro quasi lessicale in una fattispecie che riguardava il rispetto del giusto processo nel contesto della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 4 maggio 2000, *Naletilic*, ricorso n. 51891/99, par. 1 *b*.

porre nelle fattispecie processuali con il convenuto residente all'estero lo stesso grado di garanzie che normalmente si prefigura per la notificazione al convenuto domiciliato o residente nello stesso Stato. Ciò si è tradotto talora in soluzioni fortemente sbilanciate a favore dell'attore, per il quale era sufficiente l'espletamento delle modalità di notificazione nello Stato del processo per considerare acquisita anche la notificazione verso il convenuto residente all'estero (c.d. *signification au parquet*). Ragionando astrattamente, qualunque soggetto potenzialmente idoneo ad essere convenuto in giudizio in quell'ordinamento ne avrebbe potuto conoscere la formula che dava per adempiuta la notificazione. Ma è chiaro che un simile grado di prevedibilità non è per niente proporzionato allo scopo che la notificazione deve conseguire, cioè di porre effettivamente il convenuto nella condizione di esercitare i suoi diritti di difesa. Neppure la Convenzione de L'Aja del 1965 assicura sempre il risultato richiesto[139], se la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per aver considerato eseguita una notificazione secondo la procedura indicata da quella Convenzione senza un'adeguata considerazione nel caso concreto delle difficoltà del destinatario all'estero di venirne a conoscenza[140]. Il diritto dell'UE ha apportato opportune modifiche che privilegiano determinate formule di notificazione per i casi in esame[141]. Resta però possibile che la forma seguita sia inadeguata ovvero che il convenuto non si sia potuto costituire in giudizio in conseguenza di una notificazione «irregolarmente» espletata ai sensi della legge dello Stato del processo. Il pregiudizio sembrerebbe comunque rilevabile nel secondo caso, tanto che la Convenzione di Bruxelles (art. 27, n. 2) ed il diritto internazionale privato italiano prevedono (art. 64, lett. *b*) la notificazione «irregolare» come una condizione ostativa per il riconoscimento della decisione straniera. Da questo modello si discosta l'art. 34, n. 2, del regolamento n. 44/2001, in base al quale il carattere irregolare della notificazione rileva per il giudice del foro richiesto solo se abbia effettivamente precluso al convenuto, condannato in contumacia, l'opportunità vuoi di costituirsi in giudizio «in tempo utile», vuoi di impugnare il provvedimento emesso nei suoi confronti *inaudita altera parte*[142]. Il superamento del requisito puramente formale altera senz'altro il principio di territorialità della legge processuale cui pure la CEDU si ispira quando si richia-

[139] Cfr., a proposito della notifica per via postale pure prevista dalla Convenzione del 1965, ma inidonea nel caso concreto: Cass., 26 marzo 2010, n. 7307, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 495 s.

[140] Sent. 19 maggio 2005, *Kaufmann*, ric. n. 14021/02, par. 39.

[141] BAREL, *Le notificazioni nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2008.

[142] V. anche l'art. 18 del regolamento n. 805/2004.

ma alla condizione di validità della decisione straniera nell'ordinamento d'origine[143]. Invece tale condizione viene rimossa nello spazio giudiziario europeo ritenendo che, in ragione di comuni valori condivisi sulla circolazione delle decisioni, il convenuto contumace non può evocare la violazione fine a sé stessa della regola *locus regit actum*, ma deve provarne l'impatto negativo sull'esercizio effettivo del suo diritto di difesa[144]. Di solito il giudice richiesto non attinge a parametri strettamente legeforistici anche se da questi è in qualche misura condizionato. Ciò può determinare risultati diversi nei singoli Stati membri, potendo la notificazione afferente alla medesima decisione essere diversamente valutata a seconda del foro richiesto per l'esecuzione della decisione. Il risultato è ovviamente pregiudizievole sul piano della certezza del diritto.

Per assorbire questo inconveniente, la soluzione preferibile è riproporre la questione della notificazione dinanzi allo stesso Stato di origine del processo, tanto che solo quell'ordinamento è nella condizione di assicurare la «prevedibilità» delle garanzie processuali. Riprendendo spunti presenti nella normativa dell'UE sul titolo esecutivo europeo[145], la proposta di revisione del regolamento n. 44/2001 prevede che, sempre nell'ipotesi di una condanna in contumacia del convenuto, questi abbia «il diritto di chiedere il riesame della decisione al giudice competente di tale Stato membro se: *a*) non gli sono stati comunicati o notificati la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese, o *b*) non ha avuto la possibilità di contestare la pretesa a causa di forza maggiore o di circostanze ec-

[143] *Supra*, par. 10.

[144] Cfr. Corte di giustizia, sent. 8 novembre 2005, causa C-443/03, *Leffler*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 252 ss., punti 38 ss.; sent. 14 dicembre 2006, causa C-283/05, *ASML*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 497 ss., punto 47. Non sembra peraltro che questa impostazione sia contraria alla CEDU, se si pone mente all'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ritenuto manifestamente infondato il ricorso n. 18648/04 (*McDonald* c. *Francia*, in Cour européenne des droits de l'homme, *Note d'information sur la jurisprudence de la Cour*, n. 110, p. 32). Il ricorrente eccepiva il rifiuto opposto dalle autorità francesi al riconoscimento della sentenza straniera (Florida) di divorzio perché sussisteva la competenza esclusiva del giudice francese. Invero tale giudice era stato adito in primo grado ma aveva respinto la richiesta, senza che ne fosse seguita l'impugnazione. A parere della Corte, il ricorrente avrebbe dovuto impugnare l'iniziale provvedimento emesso in primo grado dal giudice francese, quasi ritenendo che il ricorso alla giustizia statunitense fosse stato una sorta di abuso alla stregua dell'art. 17 della CEDU. Richiamandosi a categorie internazionalprivatistiche, KINSCH (in *Revue critique,* cit., p. 840) ritiene che la Corte abbia voluto criticare la «frode» compiuta dal ricorrente.

[145] Art. 19 del regolamento n. 805/2004 (su cui Trib. Monza, 1° febbraio 2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 418); art. 20 del regolamento n. 1896/2006; art. 18 del regolamento n. 861/2007.

cezionali a lui non imputabili». In entrambe le ipotesi manca questo interesse ad agire se il convenuto, «pur avendone avuto la possibilità, non abbia impugnato la decisione». Pur con un dispositivo più articolato, la nuova versione mantiene nella sostanza la disciplina precedente con la sola differenza di asserire il «primato» dello Stato di origine del processo a valutare il carattere inadeguato della notificazione[146].

La questione può dipendere principalmente da una notificazione che, anche se avvenuta nel rispetto della forma di legge (e tanto più se irregolare), non abbia tuttavia permesso al convenuto di contestare la pretesa dell'attore o di impugnare la decisione avversa. L'obiettivo del testo riformato è quello di ricondurre il riesame «endoprocessuale» all'ordinamento d'origine del processo obbligando l'autorità competente a riesaminare la decisione rispettando le garanzie essenziali di difesa nel caso concreto. La considerazione non può che riguardare profili di ordine pubblico processuale europeo, la cui tutela «solidale» viene concentrata nell'ordinamento di origine del processo. Difatti, l'eventuale eccezione sollevata dalla parte intimata nell'ordinamento dello Stato richiesto verrebbe da questo trasmessa all'ordinamento dello Stato di origine (art. 45, 3° comma). Il giudice dello Stato di origine preposto al riesame dovrà procedere alla valutazione dell'istanza senza ricalcare necessariamente il modello legeforistico che potrebbe essere stato anche rispettato nel caso concreto. L'esito può essere differente secondo che l'istanza di riesame sia manifestamente infondata oppure venga accolta: nel primo caso la decisione resta valida, nel secondo è nulla (art. 45, 5° comma). Il verdetto di riesame dello Stato d'origine dovrebbe vincolare il giudice dello Stato richiesto, a meno che il primo non persista in una condotta obiettivamente lesiva di garanzie processuali fondamentali da legittimare il diniego di efficacia della decisione da parte del secondo[147].

Se verrà introdotto nella prossima revisione del regolamento n. 44, l'istituto rimediale uniforme indicato avrebbe una duplice valenza. In primo luogo, la concentrazione della competenza nello Stato del processo bene si attaglia al modello di giusto processo della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia perché il diritto al carattere effettivo della decisione comprende anche la sua efficacia extra-territoriale, sia perché il rimedio straordinario di riesame verrebbe ad esprimere una riparazione in forma specifica per la «vittima» della violazione subita e si giustificherebbe anche alla luce dell'art. 13 della CEDU[148]. Nel contempo, l'istituto rime-

[146] V. anche BARIATTI, *Diritti fondamentali,* cit., p. 407.

[147] *Infra*, par. 13.

[148] In questa prospettiva la procedura di riesame potrebbe anche essere utilizzata al di fuori del diritto processuale civile internazionale dell'UE; vedi anche FERACI,

diale uniforme eleva il grado di certezza del diritto, poiché la circostanza che ogni giudice dell'esecuzione di un altro Stato membro sia costretto a rimettere allo Stato di origine l'eccezione sulla notificazione ne assicura la valutazione uniforme nello spazio.

13. Il limite dell'ordine pubblico processuale dello Stato richiesto nello spazio giudiziario europeo

L'integrazione di valori endoprocessuali condivisi comprime il margine di valutazione autonoma degli Stati membri, fino al punto da configurare un regime di libera circolazione delle decisioni pienamente rimesso a quanto determinato dal giudice dell'ordinamento d'origine. All'uopo il diritto dell'UE obbliga gli Stati membri ad impiegare una modulistica uniforme che dia modo, per un verso, all'autorità giudiziaria dell'ordinamento di origine di «certificare» i dati essenziali della decisione e, per un altro, all'autorità dello Stato richiesto per la sua esecuzione di darne la necessaria continuità. Questa certificazione viene rilasciata su richiesta della parte interessata e rende *tendenzialmente* incontroverso il titolo[149]. È il caso del provvedimento di ritorno del minore adottato in conformità al regolamento n. 2201/2003 e debitamente certificato dall'autorità d'origine. Per la Corte di giustizia, una simile decisione «è riconosciuta e automaticamente dotata di efficacia esecutiva in un altro Stato membro senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento»[150]. La validità è *a fortiori* ribadita nel caso di una decisione pronunciata al termine di un processo svoltosi secondo uno dei «riti» di diritto uniforme europeo, ancorché avente natura sommaria, ma finalizzato alla libera circolazione della decisione. Taluni elementi comprimono le formule «più favorevoli» talora enunciate nei sistemi processuali nazionali, preservando solo un nucleo minimo «essenziale». Il caso più emblematico è probabilmente l'obbligo di motivazione, assolutamente succinta nel titolo esecutivo europeo, e ben lontana dal modello che altrimenti avrebbe sor-

*L'abolizione dell'*exequatur *nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 837.

[149] Per quanto compatibile con la disciplina sul rito uniforme europeo, vi si può includere qualsiasi decisione di accertamento sul credito se certificata dall'autorità d'origine come «esecutiva». Peraltro, la domanda di mero accertamento può essere avanzata anche nell'ambito del nuovo rito sommario «generale» di cognizione nel diritto comune (PROTO PISANI, *Appunti*, cit., p. 117; ROMANO, *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2010, p. 166).

[150] Sent. 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, cit., punto 48.

retto una decisione pronunciata al termine di un processo a cognizione piena e solenne[151]. L'obbligo di motivazione per «tutti i provvedimenti giurisdizionali» è garantito puntualmente dall'art. 111, 5° comma, Cost. ed è posto, oltre che per esigenze di buona amministrazione della giustizia, a garanzia della parte (attore e soprattutto convenuto) per conoscere le ragioni della decisione e poterla se del caso impugnare[152]. Invero, anche rispetto alla motivazione il «nucleo essenziale» di giusto processo può manifestarsi in formule equivalenti nel «risultato» della garanzia che si vuole assicurare. Ma la CEDU non impone uno standard uniforme, poiché – come puntualizza la Corte europea dei diritti dell'uomo – l'estensione dell'obbligo a motivare dipende sia dalla natura della decisione che dalla tradizione giuridica del paese[153]. La «circolazione» nell'ordinamento italiano di decisioni provviste di modelli «equivalenti» stranieri di motivazione si coniuga con la pluralità di formule motive già presenti nel diritto processuale comune e rende dunque ancora più articolata la materializzazione di tale garanzia ai sensi dell'art. 111 Cost. *A fortiori*, l'equivalenza va rispettata rispetto a decisioni che riflettono un modello processuale uniforme correlato allo sviluppo della cooperazione giudiziaria europea in materia civile che trova «sicuro fondamento» nell'art. 11 Cost.[154].

[151] TUO, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 923 ss., spec. p. 935.

[152] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 26 giugno 1992, *Drozd*, ric. n. 12747/87, par. 110.

[153] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 28 giugno 2007, cit., par. 90.

[154] La giurisprudenza italiana è incline ad escludere che l'assenza di motivazione costituisca violazione dell'ordine pubblico: cfr.: CARELLA, *op. cit*., p. 1281, e, con osservazioni critiche, DE CRISTOFARO, *op. cit*., pp. 926 e 934 s. Come già osservato per la nozione di sentenza (*supra*, par. 8), lo stesso schema valutativo andrebbe seguito per altri profili che appaiono inerenti alla nozione costituzionale di giusto processo ma non lo sono nella prospettiva di coordinamento ed equivalenza con sistemi processuali estranei. Vale quindi per l'oralità (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 18 dicembre 2008, *Saccoccia*, ric. n. 69917/01, paragrafi 71 ss.), per la regolamentazione «con legge» del giusto processo rimuovendo il limite precostituito alla discrezionalità del giudice (*supra*), e soprattutto per la nota questione del valore di «giudicato» (in senso formale) della sentenza. Invero il diritto alla stabilità della decisione giudiziale è espressione di giusto processo (CHIZZINI, *Prolegomena a ogni futura metafisica del 'giusto processo' che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 134 s.), ma lo stesso valore-madre di «giusto processo» può flettere la forza del giudicato a fini diversi. È una forzatura considerare il requisito di giudicato formale alla stregua di espressione necessitata quasi universale dello «Stato di diritto» (ivi, p. 121): in altri ordinamenti (in specie di *common law*) questo requisito è del tutto estraneo pur essi condividendo la prospettiva del «due process». Altre considerazioni in merito, *infra*, par. 14.

Il regime di libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo non è però ancora compiuto al punto da assorbire nella competenza dell'ordinamento di origine ogni vizio afferente alla violazione di garanzie processuali dal tenore fondamentale[155]. Del resto l'automatismo non è assoluto neppure in una realtà federale storicamente sedimentata come gli Stati Uniti in cui pur vige la formula della «full faith and credit clause» enunciata dall'art. 4, par. 1, della Costituzione statunitense e puntualizzata nell'U.S. Code, § 1738, in forza del quale si riconosce la piena efficacia in tutto il territorio degli Stati Uniti alle decisioni pronunciate da singoli Corti di Stati federati o di altri territori sottoposti alla sovranità degli USA[156]. Certamente nell'ordinamento dell'UE il limite dell'ordine pubblico processuale dello Stato richiesto può risultare molto «compresso» perché corredato da valori solidali condivisi e soprattutto «bilanciato» dall'esigenza di incrementare la «libera» circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo[157]. Ma ciò non consente di asserire – dal punto di vista costituzionale dello Stato membro – l'esistenza di una cessione (irreversibile) di sovranità anche in materia processuale. D'altronde lo stesso ordinamento dell'UE non esclude che, sia pure in casi eccezionali, venga evocato il limite dell'ordine pubblico processuale dallo Stato richiesto, purché si sia in presenza di «una violazione manifesta e smisurata dei diritti … garantiti».[158].

In questa prospettiva si spiega la proposta di inserire nella revisione del regolamento n. 44/2001 una nuova disposizione – l'art. 46 – che consente alla parte di eccepire nello Stato richiesto il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione «where such recognition or enforcement would not be permitted by the fundamental principles underlying the right to a fair trial». La formula utilizzata ricalca quella impiegata dalla Corte di giustizia nel già ricordato caso *Gambazzi* senza peraltro poter comprendere le lesioni al diritto di difesa che giustificano il ricorso alla formula rimediale dell'art. 45 per eccezioni inerenti alla notificazione. Il limite «estremo» di ordine pubblico processuale riguarda senz'altro un

[155] Nella sent. 8 maggio 2008, causa C-14/07, *Weiss und Partner*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 839 ss., la Corte di giustizia comunitaria ha dovuto misurarsi con le garanzie ineludibili in un atto di notificazione che, oltre a costituire l'atto introduttivo del giudizio, contenga allegati di natura probatoria. La Corte riconosce al giudice nazionale di stabilire, in base evidentemente ai parametri del proprio diritto nazionale, quali garanzie pretendere – se del caso – al riguardo.

[156] Cfr. VOLPINO, *Aspetti di complessità oggettiva nel riconoscimento del giudicato straniero*, in *Riv. dir. proc*., 2009, p. 406; v. peraltro DE CRISTOFARO, *op. cit*., p. 972 ss.

[157] Affermazione esplicita del legislatore europeo: 11° considerando del regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati.

[158] *Supra*, nota 137.

fenomeno di violazione strutturale del diritto al giusto processo secondo l'interpretazione che ne è data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[159]. Non si può però escludere che, di fronte ad una violazione ugualmente grave anche se occasionale del diritto al «fair trial», si utilizzi il limite in questione. Nella prima ipotesi, il giudice dello Stato richiesto si trova a valutare un istituto processuale estraneo (ovvero una «forma» del processo) del tutto inconciliabile con la CEDU, di modo che il ricorso al limite dell'ordine pubblico dovrebbe essere uniforme nello spazio giudiziario europeo. Nella seconda ipotesi, la regola processuale da cui è scaturita la decisione straniera può anche essere estranea al diritto dello Stato richiesto, ma risultare ugualmente compatibile con la CEDU se risponde nel caso concreto a parametri di proporzionalità. Il loro apprezzamento potrebbe però dar luogo ad esiti differenti tra gli Stati membri dell'UE. Significativo al riguardo è il caso *Gambazzi* concernente l'esecuzione in Italia della sentenza inglese di condanna benché l'intimato non avesse partecipato al processo perché escluso d'autorità dopo il mancato rispetto di un precedente ordine giudiziario («contempt of court»). La Corte di giustizia non ha valutato se questo istituto processuale sia di per sé incompatibile con le garanzie processuali fondamentali ed ha chiesto al giudice nazionale di concentrarsi anzitutto sul rispetto dei diritti di difesa nel provvedimento che ha determinato il «contempt of court» e poi di procedere ad una «valutazione globale del procedimento». La Corte d'Appello di Milano ha ritenuto che il provvedimento inglese, «pur nella sua oggettiva gravità, è stato adottato nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio al fine di consentire il raggiungimento dello scopo, ossia la corretta amministrazione della giustizia»[160]. Sembrerebbe quindi che, di fronte alla ritrosia del giudice comunitario di mettere in discussione l'istituto del «contempt of court», anche il giudice italiano abbia finito per accettarlo limitandosi a verificare se fosse stato rispettato il «nucleo essenziale» di contraddittorio nella procedura prodromica alla sua

[159] Uno spunto in tal senso potrebbe essere l'affermazione contenuta nella sent. *Pellegrini* cit. (par. 40), in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo obbliga lo Stato parte a scrutinare la richiesta di esecuzione di una sentenza adottata dal giudice di uno Stato «which does not apply the Convention». L'affermazione, nel suo tenore generico, può includere anche uno Stato parte della CEDU che appunto «non applichi» la Convenzione nel senso – però – che la viola.

[160] Sent. 24 novembre 2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 1057 ss.; per una valutazione comparativa della giurisprudenza nazionale di diversi paesi interessati dalla vicenda *Gambazzi*, cfr. CUNIBERTI, *La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais (à propos de l'affaire Gambazzi –Stolzenberg)*, in *Revue critique*, 2009, p. 686 ss.

applicazione. Indirettamente si conferma il coordinamento che si prefigura tra CEDU e UE, secondo cui la «vittima» che si lamenta di una violazione strutturale in tema di giusto processo in uno Stato membro dell'UE deve privilegiare il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

14. Il diritto al giusto processo nella prospettiva dell'ordine pubblico europeo

In conclusione, l'indagine svolta conferma che il rispetto del principio del giusto processo condiziona la formulazione e soprattutto l'applicazione delle regole di diritto processuale civile internazionale. Nella misura in cui la regola internazionale ed europea diventa a «dimensione» individuale direttamente applicabile, tanto più la sua applicazione va commisurata al caso concreto, imponendo al giudice le valutazioni precipue di ordine pubblico processuale. Si snoda a tal punto un rapporto alquanto «virtuoso» tra UE e CEDU. Per un verso, la Corte europea dei diritti dell'uomo coglie da orientamenti tendenzialmente omogenei degli Stati parti lo spunto utile, se non determinante, per individuare un più preciso o evoluto parametro europeo di giusto processo[161]. Per un altro, l'UE si può ben avvalere delle indicazioni che promanano dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di giusto processo per ancorarvi la «certezza» delle soluzioni acquisite dal diritto dell'Unione a seguito di una determinata ponderazione dei valori in giuoco. La rilevazione del giusto processo nei singoli ordinamenti nazionali è sempre più caratterizzata dal coordinamento tra sistemi in specie attraverso il «dialogo» giurisprudenziale. Lo è tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'UE[162]; ma lo è anche tra queste due e le Corti costituzionali ed infine, nell'ambito della procedura pregiudiziale ora *ex* art. 267 del TFUE, tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali[163]. Non si tratta di un fenomeno che comprime la sovranità costituzionale dello Stato in materia processuale, ma piuttosto

[161] *Supra*, nota 31.

[162] Emblematico al riguardo il caso del le pronunce parallele sul caso *Krombach*: Corte di giustizia, sent. 28 marzo 2000, causa C-7/98; Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 febbraio 2001, ric. n. 29731/96.

[163] Sull'incidenza della Corte di giustizia in tema di apprezzamento del contenuto dell'ordine pubblico «comunitario»: 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. int*., 2001, p. 732 ss.

del suo necessario accostarsi ad una realtà normativa internazionale o sovranazionale di cui fa parte e che in qualche modo integra. In tali condizioni si può anche percepire una parziale perdita di «identità» costituzionale in materia processuale, ma solo nel senso che il valore costituzionale di giusto processo comunque richiamato dalla Costituzione va definito nel *continuum* dell'esperienza giuridica. All'interno di tale schema vi possono essere momenti in cui l'identità del valore di ordine pubblico processuale è più accentuata ora in chiave nazionale ora in chiave internazionale ed europea, giuocando a vantaggio ora dell'attore, ora del convenuto. Ma non è irrilevante che nel diritto processuale civile internazionale dell'UE il margine di apprezzamento nazionale venga richiamato di più a tutela del primo (il foro esorbitante), mentre per garantire le ragioni di difesa del convenuto si preferisca evocare un modello unitario di apprezzamento deducibile da una accertata violazione strutturale delle regole di giusto processo della CEDU. Questa situazione si modifica solo in parte rispetto a questioni di diritto processuale civile internazionale che sfuggono alla piena regolamentazione del diritto dell'UE poiché riguardano rapporti con Stati terzi. Se infatti si accentua in tali circostanze il margine di apprezzamento nazionale (come per il *forum necessitatis*), resta difficilmente eludibile la dimensione internazionale del valore di giusto processo a cui vanno sempre raccordate fattispecie civili che presentano collegamenti con più Stati. E per uno Stato parte della CEDU come l'Italia è imprescindibile una percezione unitaria nello spazio del diritto al giusto processo che esprima il bilanciamento complessivo dei diversi profili garantistici, ma considerando la prospettiva della CEDU che privilegia il diritto dell'attore ad una decisione che sia, se favorevole, esecutiva. Questa prospettiva resta pur sempre agganciata a forme «pubbliche» di processo civile ben lontane in ogni caso sia da forme di «autotutela esecutiva»[164] che dal modello della giustizia arbitrale[165].

La sempre maggiore circolazione di modelli processuali differenti, ed ancor più l'applicazione di modelli uniformi come avviene nel diritto dell'UE, denota in gradi diversi lo stesso fenomeno: la «dislocazione»

[164] Cfr., CHIARLONI**,** *La giustizia civile e i suoi paradossi*, in *Annali della Storia d'Italia Einaudi*, vol. 14, Torino, 1998, p. 421; più in generale BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano 1984, specialmente pp. 33 e 46 ss.

[165] Il diritto dell'UE esclude per l'arbitrato la natura di «giurisdizione», almeno ai fini della sua abilitazione a sollevare una questione pregiudiziale. L'orientamento è pure condiviso dai giudici nazionali: Cass., 21 ottobre 2009 n. 22236, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Arbitrato*, n. 62.

della garanzia di giusto processo nello spazio di più ordinamenti statali fino a «integrarsi» nello spazio giudiziario europeo.

È una conseguenza non solo dello sviluppo di norme internazionali a tutela di diritti fondamentali ma della stessa mutazione strutturale delle garanzie processuali: la porosità dell'ordinamento statale alla dimensione internazionale è conseguenza del suo voler essere partecipe ad un modello di società aperta e talora integrata. La sovranità costituzionale diventa «liquida» declinando lo «Stato di diritto» in forme diverse di garanzie processuali anche attinte da ordinamenti stranieri, ma non perde la sua identità nel pretendere il rispetto del nucleo essenziale di giusto processo a vantaggio della persona[166]. In questa manifestazione di sovranità si ritrova la duplice valenza dei principi di ordine pubblico a contenuto processuale. È il suo nucleo essenziale – permeato dal diritto internazionale ed europeo[167] – che assicura sempre, pur nel suo significato più alto e sincretico, l'identità costituzionale rispetto alle diverse manifestazioni «formali» di giusto processo, tanto di diritto interno che di diritto estraneo, garantendone il carattere «equivalente»[168]. Nel contempo, e proprio per rispetto di quei principi, l'ordine pubblico processuale può flettere a proprio vantaggio il coordinamento tra sistema processuale nazionale e sistemi estranei, estendendo la sfera di giurisdizione statale a vantaggio dell'attore ovvero restringendo l'apertura a diritti processuali estranei e relativi «prodotti» giudiziari.

[166] Cfr. BERTOLINO, *Giusto processo civile e verità: contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010, p. 9. Non si perde l'identità «valoriale», si perde l'esclusività della forma processuale statale che la riveste: v. invece LANFRANCHI, «*Pregiudizi illuministici» e «giusto processo civile»*, in *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2001, p. 1 ss.

[167] Cfr. MARINAI, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2007, p. 215.

[168] Sulla funzione di coordinazione dell'ordine pubblico «internazionale», v. BARILE, *I principî fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; di recente, sull'influenza delle fonti e della giurisprudenza internazionale nel determinare i contenuti dell'ordine pubblico, FORTEAU, *L'ordre public «transnational» ou «réellement international»*, in *Journ. dr. int.,* 2011, p. 3 ss.

RICONOSCIBILITÀ DEL MATRIMONIO ISLAMICO TEMPORANEO (*MUT'A*) E TUTELA DEI DIRITTI UMANI

Nadina FOGGETTI·

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'istituto del matrimonio temporaneo. – 3. Il matrimonio temporaneo nel diritto internazionale privato: problemi di qualificazione e di riconoscimento. – 4. Matrimonio temporaneo e la tutela dei diritti umani.

1. Introduzione

La riduzione delle distanze geografiche tra i diversi Stati nel bacino del Mediterraneo, congiuntamente all'intensificarsi dei flussi migratori sulle coste europee occidentali, hanno favorito la formazione di una popolazione multiculturale e multietnica[1]. Il descritto fenomeno da tempo in Italia ha determinato la necessità di gestire il problema dell'integrazione e dell'interazione tra il nostro ordinamento giuridico e gli istituti giuridici del diritto islamico[2].

L'apertura del nostro ordinamento al diritto straniero, che avviene mediante il richiamo operato dalle norme di conflitto, può sfociare in un'inapplicabilità degli istituti stranieri a causa del limite dell'ordine pubblico. L'impossibilità di riconoscere in modo sistematico, nell'ordinamento italiano, gli effetti di alcuni istituti giuridici provenienti dal diritto islamico può tradursi, in alcune ipotesi, in un vero e proprio conflitto di civilizzazione[3]. Come ha rilevato la dottrina[4], il passaggio

· Dottore di Ricerca in Diritto internazionale e dell'UE, nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

[1] CESAREO, *Società multietniche e multiculturalismi,* Milano, 2007; GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario,* Napoli, 1999.

[2] Cfr. GUOLO, *La sharia in Italia. Il diritto parallelo nelle comunità islamiche,* in *Diritto. imm. e cittadinanza,* 2009, p. 15 ss.; ASCANIO, *Il Mahr tra diritto musulmano e contesto non islamico,* in *Riv. Dir. int. priv. proc.,* 2004, p. 389 ss.; PASTORE, *Le famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia,* in *Riv. dir. int.,* 1993, p. 73 ss.

[3] DEL PILAR DIAGO, *La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisation, sous l'angle du droit international privé espagnol,* in *Annales droit Louvain,* 2001, p. 407 ss.

[4] Cfr. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti*

dall'uno all'altro tipo di conflitto è determinato dal modo in cui opera l'ordine pubblico poiché nel caso di conflitto di legge il limite opera in via eccezionale, mentre, quando sfocia in un conflitto di civilizzazione, opera in modo sistematico e regolare. Nella prima ipotesi assistiamo alla sporadica ed eccezionale esclusione dell'applicazione di una singola norma straniera, mentre nel secondo caso il contrasto può tradursi nella vera e propria inapplicabilità di alcuni settori del diritto straniero richiamato.

Il fenomeno indicato si determina in modo significativo in relazione all'impossibilità sistematica di applicare nell'ordinamento interno alcuni settori del diritto di famiglia islamico, quali soprattutto quelli volti a regolare il matrimonio, le cause di scioglimento dello stesso, la filiazione e le questioni legate al riconoscimento di diritti patrimoniali in capo al coniuge e ai figli.

Un particolare istituto con cui gli ordinamenti giuridici occidentali potrebbero doversi confrontare è quello del matrimonio islamico a tempo, la "*mut'a*", nelle diverse varianti vigenti nel contesto islamico che regolamenta il matrimonio temporaneo, vale a dire quello il cui termine finale è determinato (*ila ajal musamma* - secondo la formula araba)[5].

L'applicazione dell'istituto in questione nell'ordinamento italiano, nonché il riconoscimento di atti o provvedimenti stranieri allo stesso relativi, potrebbe essere in grado di determinare un contrasto, non solo con i principi fondamentali annoverabili nel concetto di ordine pubblico, ma altresì con i principi stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Dall'obbligo convenzionalmente assunto dall'ordinamento italiano scaturisce, infatti, la necessità di operare un controllo alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto tanto alle norme stra-

umani, in TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* Napoli, 2010, p. 429 ss.; CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra due sistemi,* in CARELLA *(a cura di), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato,* Torino, 2009, p. 1 ss.; CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ibidem*, p. 67 ss; MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation,* Genève, 1972; DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations: aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel,* in *Recueil des cours,* t. 211, 1988, IV, p. 9 ss.; NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux,* Paris, 2005; LEQUETTE, *Le conflit de civilisation à la lumière de l'experience franco-tunisienne,* in *Mélanges offerts au Prof. S. Ben Halima,* Tunis, 2006, p. 170 ss.

[5] CASTRO, *Materiali e ricerche sul* Nikah al-Mut'a, in *Fonti imamite,* Roma, 1974; FYZEE, *Notes on Mut'a or temporary marriage,* in *Journal of the Bombay Branch of the Royal Asiatic Society,* VII, 1932, p. 79-92; DONALDSON, *Temporary marriage in Iran,* in *Muslim World,* XXVI, 1936, p. 358 ss.

niere richiamate, quanto alle decisioni di altri ordinamenti di cui si chiede il riconoscimento[6].

Lo scopo del presente lavoro, pertanto, è quello di offrire un quadro relativo alla natura giuridica dell'istituto del matrimonio temporaneo al fine di affrontare le problematiche connesse alla sua qualificazione ed al riconoscimento dei suoi effetti nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle norme internazionali poste a tutela dei diritti umani fondamentali.

2. L'istituto del matrimonio temporaneo

La *mut'a*, ovvero il matrimonio di godimento, è un istituto attualmente in vigore nell'ordinamento islamico sciita che regolamenta questa tipologia di matrimonio, definito temporaneo.

Il matrimonio a termine era ampiamente praticato in Arabia in periodo preislamico[7] ed è stato riconosciuto dal Corano proprio perché molto diffuso[8]. Generalmente era praticato dagli uomini costretti a viaggiare spesso cui consentiva di prendere in moglie una donna nella località straniera per il periodo di permanenza. Nel diritto islamico contemporaneo, l'istituto è vietato dai sunniti, poiché considerato una forma di legalizzazione della prostituzione, mentre esso è praticato diffusamente dagli sciiti. L'istituto oggi è vigente in Iran e presso gli sciiti duodecimali del subcontinente indiano.

La *mut'a* per il diritto islamico rientra nella categoria degli "affitti o locazioni" (*ijara*) la cui disciplina ne regolamenta solo l'uso.

Al fine di analizzare l'istituto in esame è indispensabile evidenziare gli elementi essenziali che, nel diritto islamico, garantiscono la sua legittimità. La forma contrattuale si identifica con la formula legale pronun-

[6] CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e CEDU,* in CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato, op. cit.,* p. 81.

[7] Cfr. MARCELLINI, *Rerum gesta rum libri qui supersunt,* con una traduzione in inglese effettuata da ROLFE, *The Loeb Classical Library,* London-Cambrige, 1935, in cui vi è un riferimento preislamico al contratto di matrimonio a tempo che prevedeva la contestuale presenza di tre elementi essenziali dell'unione temporanea: il donativo nuziale, il diritto della moglie di lasciare il marito alla data stabilita e il termine.

[8] Alcune fonti rilevano che anche Maometto avrebbe praticato la *Mut'a*. Cfr. sul punto HEFFENING, *Mut'a,* in *Encyclopédie de l'Islam,* Leiden, 1993, p. 758 ss; HOWARD, *Mut'a Marriage Reconsidered in the Context of the Formal Procedure for Islamic Marriage,* in *Journal of Semitic Studies,* 1975, p. 82 ss.

ciata dalle parti e consiste nello scambio di offerta ed accettazione che devono essere espresse in termini chiari ed inequivocabili, pena la nullità del negozio giuridico concluso.

Un altro elemento essenziale del matrimonio islamico temporaneo è la verifica della compatibilità legale tra gli sposi: l'uomo mussulmano, infatti, può contrarre validamente matrimonio temporaneo con una donna che professi una delle quattro religioni rivelate (islam, giudaismo, cristianesimo, mazdeismo), mentre la donna non può accettare un matrimonio misto.

Ulteriore elemento caratterizzante la *Mut'a* è il termine di durata, che rappresenta una condizione indispensabile, configurandosi in sua assenza un matrimonio permanente.

La durata del matrimonio è fissata di comune accordo tra le parti: può essere lunga o breve, di un'ora o più anni. Il diritto islamico prevede che il termine debba essere determinato e non sia desumibile da un evento o dal verificarsi di una condizione successiva. Nel contratto stesso, tuttavia, è possibile limitare la sua durata ad una frazione di giorno, purché lo stesso termine sia determinato in modo preciso ed inequivocabile. L'ultimo elemento fondamentale di questa tipologia contrattuale è il donativo nuziale da parte dell'uomo, la cui mancanza determina la nullità del matrimonio stesso. La dote deve consistere in cose appartenenti all'uomo, determinate nel peso e nella misura, la donna acquista il diritto al donativo con la stipulazione del contratto. Non vi sono, tuttavia, limiti alla quantificazione della dote che potrebbe addirittura essere determinata da cose simboliche o di modico valore, quale ad esempio una manciata di grano, purché chiaramente definita.

I vincoli assunti dalle parti contraenti nell'ambito di questa particolare categoria di unione nuziale non hanno confini ben definiti, tuttavia, generalmente, nell'ambito di un matrimonio temporaneo un uomo non è tenuto a garantire alla moglie i mezzi di sostentamento e può contrarre matrimonio, anche non a tempo, con quante donne desideri. Per quanto riguarda lo *status* giuridico dei figli è previsto che quelli concepiti nel matrimonio, sia pure temporaneo, ereditano da entrambi i genitori, ma allo spirare del termine seguono il padre che è l'unico titolare della potestà genitoriale sugli stessi. La donna può validamente stipulare un matrimonio temporaneo anche senza il consenso del tutore (*wali*) a differenza del matrimonio tradizionale. Per questa ragione il matrimonio temporaneo è utilizzato dalla coppie di futuri sposi che vogliono superare l'ostacolo dell'assenza del consenso da parte del tutore della donna.

Definite le linee essenziali degli elementi costitutivi della tipologia contrattuale in esame, occorre analizzare le modalità di scioglimento del

vincolo nuziale temporaneo[9]. Il marito che intende chiedere lo scioglimento del legame nuziale prima dello spirare del termine può farlo unilateralmente, ma la moglie ha comunque diritto alla metà della dote pattuita.

Se invece a sottrarsi all'adempimento del contratto è la moglie, quest'ultima avrà diritto solo a quella parte di corrispettivo corrispondente al periodo di effettiva esecuzione del contratto[10].

In caso di scioglimento anticipato del matrimonio, i figli seguono il padre.

Se questi sono gli elementi essenziali del matrimonio a tempo nel diritto islamico, è possibile delineare alcune varianti dello stesso istituto, quale ad esempio il matrimonio *urfi*, ovvero "di tradizione". Tale vincolo è contratto in moschea nei Paesi non-islamici e non può essere configurato come matrimonio a termine che, nel caso i contraenti siano sunniti, sarebbe del tutto inammissibile. Tale tipologia di matrimonio suscita particolare perplessità soprattutto perché è funzionale a garantire la celebrazione del matrimonio ad un immigrato mussulmano e ad aggirare il divieto di poligamia previsto da tutti gli ordinamenti giuridici del mondo occidentale[11].

Il matrimonio a tempo prende a volte il nome di *Nikah Misyar*, ovvero matrimonio di viaggio che presenta le medesime caratteristiche della *Nikah Mut'a*, ma ha una causa diversa poiché è funzionale a garantire ad una coppia non sposata di effettuare un viaggio, anche di lavoro, senza violare le norme vigenti in alcuni stati islamici[12]. Il matrimonio a tempo rientra nell'ambito della categoria dei matrimoni poligamici, giacché il marito può avere più "mogli a tempo" contemporaneamente.

Gli istituti in questione sono stati più volte oggetto di studio da parte del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna[13] e del Comitato sui diritti dell'uomo[14] che hanno assunto una posizione di forte chiusura rispetto al riconoscimento degli stessi. L'istituto del matrimonio islamico temporaneo, in

[9] BECK-PECCOZ, *Law of Personal Status,* London, 1990; PEARL-MENSKY, *Muslim Family Law,* London, 1998; RIZVI, *Marriage and Morals in Islam,* Islamic Education & Information Centre, Scarborough, 1994.

[10] GRONDONA, *Il matrimonio temporaneo nel diritto musulmano sciita,* in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova,* 1999-2000, p. 113 ss.

[11] DONALDSON, *Temporary marriage in Iran,* in *Muslim World, op. cit.,* p. 359 ss.

[12] AL-QARADAWI, *Yusuf*: *Misyar marriage*, consultabile alla seguente URL *http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?cid=1119503544100&pagename=IslamOnline-English-Ask_Scholar%2FFatwaEAskTheScholar*

[13] Raccomandazione n. 21 del 1994, *Equality in Marriage and in Family Relation,* in *http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm*

[14] Commento n. 26 (68) del 29 marzo 2000 relativo all'articolo 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (CCPR/C/21Rev.1/Add.10), punto 24.

particolare, è stato oggetto di analisi da parte del Tribunale speciale per la Sierra Leone che, in una recente sentenza del 2009, ha riconosciuto per la prima volta il matrimonio forzato come crimine contro l'umanità distinto ed autonomo rispetto a quello di *sexual slavery*[15]. Dalle indagini svolte dal Tribunale Speciale emerge, con determinante chiarezza, che i matrimoni forzati possono assumere forme molteplici e che tra queste è possibile riscontrare quella del matrimonio temporaneo. Il Tribunale speciale ha definito questa particolare categoria di unione religiosa, come "matrimoni stupro" poiché spesso la donna, il più delle volte ancora bambina, è costretta a stipularlo per motivi politici, etnici o puramente economici[16]. La prassi esaminata dal Tribunale e dal Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna mostra che l'istituto della *mut'a* o *siqueh*, condivide con i matrimoni forzati una caratteristica fondamentale: la mancanza di consenso da parte di uno dei nubendi, generalmente la sposa. La sua applicazione determina in definitiva una violazione sistematica del principio di uguaglianza, oltre ad incarnare in molti casi un crimine contro l'umanità.

Alla luce delle considerazioni effettuate, l'applicazione ed il riconoscimento di tali particolari istituti giuridici negli ordinamenti occidentali determina una serie di problematiche che intendiamo analizzare di seguito.

3. Il matrimonio temporaneo nel diritto internazionale privato: problemi di qualificazione e di riconoscimento

Un primo problema che gli ordinamenti giuridici occidentali potranno essere chiamati ad affrontare riguarda il riconoscimento del matrimonio a tempo celebrato in un Paese islamico. In tale ottica, una questione

[15] *Prosecutor* v. *Sesay*, Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, P 2306 (Mar. 2, 2009); *Sierra Leone: "Forced Marriage" Conviction a First*, IRIN, Feb. 26, 2009, *http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=83160*; *see also Sierra Leone: Marion Kargbo, "My Mother Gave Me to Them",* IRIN, Feb. 26, 2009, *http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=83162,* in dottrina Cfr. MIKHAIL, *Child Marriage and Child Prostitution: Two Forms of Sexual Exploitation*, 10 Gender and Dev. 43, 45 (2002); The Special Rapporteur on Violence Against Women, Integration of the Human Rights of *Women and the Gender Perspective: Violence Against Women*, P 63, *delivered to the Commission on Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/2002/83 (Jan. 31, 2002) (prepared by Radhika Coomaraswamy) [hereinafter *Gender Perspective*], *http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2002. 83.En*

[16] THUY SEELINGER, *Forced Marriage and Asylum: perceiving the invisible Harm,* in *Columbia Human Rights Law Review,* Fall 2010, p. 55 ss.

di centrale importanza è quella della qualificazione dell'istituto[17]. La descritta tipologia di unione tra due persone condivide con il matrimonio della tradizione giuridica occidentale solo il *nomen iuris,* giacché le caratteristiche che contraddistinguono l'istituto in esame nell'ordinamento giuridico di provenienza non coincidono con i caratteri fondanti del matrimonio tradizionale. Il matrimonio a termine, infatti, si configura alla stregua di un contratto di uso, il cui oggetto e la cui causa pongono diversi problemi nel procedimento di qualificazione. Come ha evidenziato la Commissione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, l'oggetto del matrimonio temporaneo è la donna e la causa è l'utilizzo della stessa a scopi generalmente sessuali. Per tale ragione le pratiche in esame sono state definite "matrimoni stupro" e assimilate alla pratica dei matrimoni forzati dalla Corte speciale per la Sierra Leone. Ciò, al di là di considerazioni teoriche generali[18], rende impossibile la scelta di inquadrare l'istituto del matrimonio temporaneo sulla base della *lex causae* per il contrasto con l'ordine pubblico e con le norme in materia di diritti umani[19] che sicuramente caratterizza un contratto di locazione avente come oggetto una persona e come scopo l'uso di questa persona per un determinato arco di tempo.

Quanto alla qualificazione in base alla *lex fori*, la caratterizzazione come matrimonio è esclusa, in principio, già dalla considerazione che l'istituto, a differenza del matrimonio poligamico, non è considerato un matrimonio nello stesso ordinamento che lo prevede e disciplina. Va aggiunto che la qualificazione come matrimonio incontrerebbe comunque l'ostacolo del divieto espresso dall'articolo 108 c.c. di apporre un termine al matrimonio stesso, divieto che può sicuramente ritenersi espressione di un principio di ordine pubblico.

[17] Cfr. MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, IV ed. Torino, 2011, p. 197 ss.; nonché BARILE, *Qualificazione (diritto internazionale privato),* in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 1 ss.; RIGAUX, *La Théorie des Qualifications en droit international privé,* Paris, 1956, p. 17 ss.; ZICCARDI, *Oggetto delle qualificazioni e funzione dei criteri di collegamento. Note critiche su alcuni aspetti tecnici delle norme di diritto internazionale privato,* in *Comunicazioni e studi,* VII, Milano, 1977, p. 365 ss; RABEL, *The Conflict of Laws: a Comparative Study,* Chicago, 1945, Vol. I, p. 65 ss; BARTIN, *Principes de droit international privé,* Paris, 1930, vol. I, p. 221 ss.; AGO, *Teoria del diritto internazionale privato,* Milano, 1934, p. 138 ss.; ID, *Lezioni di diritto internazionale privato,* Milano 1955, p. 74 ss.; KAHN, *Gesetzeskollisionen,* in *Abbhandlungen zum internationalen Privatrecht,* München-Leipzig, 1928, p. 105 ss.

[18] Cfr. DESPAGNET, *Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques,* in *Journal de droit international privé,* 1898, pp. 253 ss.

[19] Cfr. per tutti, CARELLA, *Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione,* Bari, 2011.

Possiamo, tuttavia, interrogarci circa la possibilità di considerare il matrimonio temporaneo inquadrabile alla stregua di un'unione civile o di un partenariato registrato in ragione non solo degli elementi che potrebbero accomunare le due tipologie di rapporto, ma anche della similarità dei problemi connessi ad un eventuale scioglimento delle stesse, quali ad esempio la responsabilità per danni a seguito della separazione, nonché la possibile richiesta di obbligazioni alimentari tra i conviventi, l'esercizio della potestà genitoriale sui figli eventualmente nati nell'ambito dell'unione ovvero l'assegnazione dell'abitazione in cui i *partners* convivevano.

Le unioni civili sono un istituto, parimenti, sconosciuto al nostro ordinamento giuridico e la dottrina dopo aver in un primo momento prospettato la possibilità di qualificarle nell'ambito dei rapporti familiari, delineando l'analogia con il matrimonio[20], ha messo in evidenza l'opportunità di collocarle nell'ambito delle questioni afferenti lo *status personae* in ragione della rilevanza dell'elemento volontaristico che caratterizza questa tipologia di rapporti interpersonali[21]. L'interpretazione in esame è supportata anche da uno studio preparato dal *Consortiun Asser – UCL*, riguardo agli effetti prodotti dagli accordi di convivenza sullo statuto personale degli individui[22]. Sulla base di tale qualificazione autonoma, la regolamentazione internazionalprivatistica si definisce dunque, quanto ai presupposti del rapporto destinato di fatto ad incidere sullo *status* dei soggetti che lo pongono in essere, nell'ambito dei diritti della personalità disciplinati dalla legge nazionale dei soggetti coinvolti, sulla base dell'articolo 24 della legge 218 del 1995. Per quanto riguarda le controversie relative allo scioglimento delle unioni, la dottrina propone la valorizzazione dell'*electio iuris,* giacché le unioni di fatto si determinano a seguito dell'esercizio della volontà dei soggetti che le scelgono in alternativa al matrimonio. A tale proposito da tempo si discute circa

[20] Cfr. KHAIRALLAH, *Les "partenariats organisés" en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité),* in *Revue crit. droit int. privé,* 2000, p. 323 ss.; SIEHR, *Family Unions in Private International Law,* in *Netherlands Inter. Law Rev.,* 2003, p. 419 ss.

[21] Cfr. TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto interazionale privato e processuale,* in *Riv. dir. int.,* 2005, p. 997 ss.; MARELLA, *Il diritto di famiglia fra* status *e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio,* in GRILLINI - MARELLA (a cura di), *Stare insieme. I legami giuridici della convivenza tra status e contratto,* Torino, 2001, p. 120 ss.

[22] Cfr. ASSER-UCL Consortium, *Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial property regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States*, consultabile alla seguente URL: *http://europa.eu. int/comm/justice_home/doc_ centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.*

l'opportunità di estendere formalmente la valenza della scelta anche al diritto internazionale privato delle unioni, al fine ultimo di introdurre una disposizione normativa *ad hoc*[23]. In alternativa, troverà applicazione la legge nazionale richiamata dall'articolo 24 della legge 218 del 1995. In questa ipotesi, sarebbe necessario effettuare, tuttavia una seconda qualificazione sulla base della *lex causae.*

L'applicazione al matrimonio temporaneo delle soluzioni elaborate per gli accordi di convivenza ed i partenariati incontra, tuttavia, un ostacolo nella profonda diversità di *ratio* e funzione tra gli istituti in considerazione.

Difatti, la tutela delle unioni civili e dei partenariati registrati trova fondamento nella necessità di salvaguardare, nell'ambito delle norme internazionali sui diritti dell'uomo, l'esercizio di un diritto fondamentale degli individui a intrattenere relazioni interpersonali[24] che trova fondamento nell'art. 2 della nostra Costituzione, oltre che nell'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[25]. Secondo l'interpretazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la nozione di vita familiare non è suscettibile di essere definita in modo esaustivo, poiché gli istituti in gioco possono subire delle modifiche determinate dalle condizioni storiche, sociologiche e giuridiche, dal contesto di riferimento[26]. La Corte ha, infatti, affermato che nell'alveo della tutela della vita privata, può essere fatto rientrare anche il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani[27]. In questa ottica è possibile ricondurre alla tutela

[23] GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé,* in *Recueil des cours,* 1991, I, 11 (t. 226), p. 121 ss.; MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario,* in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2005, p. 305 ss; MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Statuto personale e diritti reali,* III ed., Torino, 2011, p. 102 ss. Cfr. altresì la Proposta di regolamento europeo in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate (2011), COM (2011) 127 def.

[24] Cfr. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato,* Milano, 2007, p. 224 ss.

[25] Cfr. S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla CEDU*, Padova, 2001. p. 230 ss.

[26] Cfr. Sentenza della Corte Europea de diritti dell'Uomo del 25 marzo 1993, Caso *Costello-Roberts v. Regno Unito,* Appl. No. 13134/87, consultabile sul sito ufficiale della Corte alla seguente URL: *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=-1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=85597800&skin=hudoc-en* .

[27] Cfr. Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 24 giugno 2010, Caso *Schalk e Kopf v. Austria,* Appl. No. 30141/04, consultabile al sito ufficiale della Corte alla seguente URL *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=85798993&skin=hudoc-en*;Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 16 dicembre 1992, Caso *Niemietzyz v.*

dell'articolo 8 non solo la famiglia legittima, ma anche le situazioni relative a convivenze di fatto, nonché i partenariati registrati[28]. Se quindi gli istituti in questione possono considerarsi espressione di un diritto della personalità e per tale ragione possono rientrare nell'ambito dell'art. 24 l. 218/95, il matrimonio temporaneo islamico appare invece piuttosto una compressione di diritti della personalità in quanto utilizzato proprio per coartare la libertà matrimoniale della donna: ricondurlo al predetto art. 24 sarebbe pertanto una contraddizione.

Prima di concludere per l'inapplicabilità internazionalprivatistica dell'istituto nel nostro ordinamento, va dato conto di talune teorie che, limitando l'operatività dell'ordine pubblico, sembrerebbero rendere possibile una parziale produzione di effetti. Viene in considerazione, in particolare, la teoria dell'inapplicabilità dell'ordine pubblico alla questione preliminare, spesso utilizzata al fine di riconoscere alcuni effetti, ad esempio, al matrimonio islamico poligamico.

In virtù di questa teoria, il limite dell'ordine pubblico non troverebbe applicazione nel caso in cui il matrimonio islamico poligamico o temporaneo sia oggetto di una questione preliminare davanti al giudice italiano. L'esclusione dell'applicazione del limite avverrebbe indipendentemente dalla teoria utilizzata per l'individuazione della legge applicabile alla questione preliminare[29], salvo l'ipotesi in cui la norma di conflitto richiami l'applicazione della *lex fori*[30]. In tali ipotesi, infatti, l'esclusione dell'ordine pubblico non può ritenersi giustificata perché la questione appare legata in modo significativo all'ordinamento del foro. In questa ipotesi il limite dell'ordine pubblico sembrerebbe non operare mai.

La dottrina ha, inoltre, elaborato due ulteriori teorie volte a ridimen-

Germania, Appl. No. 13710/88, consultabile sul sito ufficiale della Corte alla seguente URL *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=-html&highlight=Germany&sessionid=85561457&skin=hudoc-en*.

[28] Cfr. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo del 24 aprile 1996, Caso *Boughanemi v. Francia,* Appl. No. 22070/93, consultabile sul sito ufficiale della Corte alla seguente URL: *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=-hbkm&action=html&highlight=France&sessionid=85561457&skin=hudoc-en.* In dottrina cfr. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato, op. cit.*, pp. 41 ss.

[29] La dottrina aveva teorizzato l'applicabilità della teoria della non efficacia del limite dell'ordine pubblico alla questione preliminare, solo nelle ipotesi in cui si utilizza per l'individuazione della legge applicabile la teoria disgiunta che permette di applicare la legge richiamata dalla norma di conflitto italiana. Cfr. in particolare Cfr. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato, op. cit*., p. 321; BENTIVOGLIO, *Questione preliminare e validità di un matrimonio poligamico ai fini di una successione "mortis causae",* in *Giur. comp. dir. int. priv.,* 1956, p. 104; CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana,* in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2008, p. 60 ss.

[30] CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e CEDU, op. cit.,* p. 69.

sionare l'ordine pubblico, quali la nozione di ordine pubblico di prossimità[31] e quella dell'ordine pubblico attenuato.

Sulla base della teoria dell'ordine pubblico attenuato, si afferma che il giudice italiano potrebbe prendere in considerazione gli effetti di taluni istituti perché posti in essere all'estero, in ragione della maggiore estraneità della fattispecie rispetto al diritto del foro.

In applicazione della teoria dell'ordine pubblico di prossimità, invece, si esclude l'operare del limite dell'ordine pubblico quanto la fattispecie concreta non risulta collegata al foro sulla base di criteri, quali il domicilio o la cittadinanza, che esprimono un significativo legame con il foro. L*'Institut de droit International,* in materia, ha emanato una Risoluzione in cui sollecita gli Stati ad invocare il limite dell'ordine pubblico nella sola misura in cui l'applicazione del diritto straniero pregiudicherebbe i principi di uguaglianza, di non discriminazione e di libertà religiosa[32]. La Risoluzione, pertanto, invita gli Stati ad avvalersi della facoltà di opporre il limite dell'ordine pubblico agli effetti del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto solo in presenza di un significativo legame tra lo Stato del foro e le parti che chiedono il riconoscimento degli effetti dell'istituto in questione. Nell'ipotesi del matrimonio islamico temporaneo, per esempio, un significativo legame potrebbe essere rappresentato dalla cittadinanza italiana di uno dei coniugi, ovvero dalla circostanza che al momento della celebrazione del matrimonio uno dei due nubendi aveva la sua residenza abituale in Italia ovvero in uno Stato che non riconosce il matrimonio temporaneo.

Le teorie esposte risultano inapplicabili in ipotesi, quali quella esaminata in questa sede, in cui si verifichino violazioni significative dei diritti umani fondamentali, quali il principio di uguaglianza, il divieto di discriminazione, la tutela della dignità umana.

Occorre evidenziare, come ha rilevato la dottrina, che le teorie esaminate sono state elaborate partendo dall'assunto che l'ordine pubblico

[31] COUBRE, *L'ordre public de proximité,* in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde,* Parigi, 2005.

[32] La Risoluzione dal titolo «Cultural Differences and Order Public in Family Private International Law» nella quale autorevolmente invita gli Stati a fare un uso moderato del limite dell'ordine pubblico e soprattutto a non impiegarlo in chiave religiosa: «Public policy should not be invoked against the applicable foreign law on the sole ground that this law is religious or secular. Public policy should be invoked against the normally applicable law only to the extent that, in the circumstances of the case, the application of this law would infringe the principle of equality, non discrimination and freedom of religion», in *Riv. dir. int.,* 2005, p. 1189. Cfr. MOSCONI, *La difesa interna dell'ordinamento del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari,* in *Studi in onore di Vincenzo Starace,* III, Napoli, 2008, p. 1509 ss.

presenti un contenuto prettamente nazionale e che pertanto sia elemento di diversificazione tra un ordinamento giuridico e gli altri[33]. In ragione di tale presupposto era possibile giustificare l'impossibilità di applicare talune fattispecie particolarmente estranee allo stesso. La disciplina dei diritti umani rimaneva, inoltre, completamente estranea ai principi annoverati nell'ambito dell'ordine pubblico. Considerato che gli stessi sono attualmente entrati a far parte integrante del concetto di ordine pubblico, non si può non prescindere da una concezione esclusivamente statocentrica dell'ordine pubblico, posto che i diritti umani devono essere universalmente riconosciuti ad ogni individuo.

4. Mut'a e tutela dei diritti umani

L'impossibilità – alla stregua delle tecniche internazionalprivatistiche – di riconoscere gli effetti del matrimonio islamico temporaneo nell'ambito degli ordinamenti occidentali, tuttavia, in alcune circostanze potrebbe condurre ad una violazione di diritti umani fondamentali.

Anzitutto, l'istituto ha nello stesso diritto islamico talune applicazioni diverse dalla sua *ratio* originaria. La *Mut'à*, infatti, talvolta è utilizzata dalle giovani coppie che non vogliono o non possono celebrare un matrimonio tradizionale, perché ad esempio preferiscono iniziare una sorta di "convivenza legalizzata" che, in assenza di un "contratto" stipulato pubblicamente tra le parti, risulterebbe illecita; in altri casi l'istituto consente di aggirare le norme islamiche qualora manchi il consenso da parte del tutore della donna (*wali*), in caso di disaccordo tra le famiglie. In tali ipotesi, la veste formale del matrimonio temporaneo cela la realtà sostanziale di una vera e propria comunione di vita familiare.

In altri casi l'istituto realizza la sua funzione tradizionale, ma non riconoscerne gli effetti per violazione del diritto alla pari dignità dei generi andrebbe a discapito della stessa donna se, ad esempio, si tratti di riconoscerle giudizialmente il diritto alla dote.

Infine, vale la pena fare un cenno alle problematiche connesse alle

[33] Cfr. PICONE, *Le materie internazionalprivatistiche nella formazione del giurista contemporaneo,* Relazione svolta nell'ambito del convegno di studi organizzato dalla Società Italiana di Diritto Internazionale, presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali – CNR, Roma, 2 febbraio 2006; CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e CEDU,* in CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato, op. cit.,* p. 70 ss; MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruxelles, 2007, p. 598 ss.; KINSCH, *Droits de l'homme, droit fondamentaux et droit international privé,* in *Recueil des cours,* 2005, (t. 318), p. 168 ss.

richieste di ricongiungimento familiare avanzate dai cittadini stranieri[34] che presuppongano l'accertamento dello *status* di moglie/marito o figlio, giacché in periodi di forte immigrazione, come l'attuale momento storico, esse assumono particolare rilevanza. Il riconoscimento del vincolo di coniugio, derivante da un matrimonio temporaneo, ad esempio, potrebbe rappresentare una questione preliminare sottesa alla questione principale avente ad oggetto il riconoscimento dello *status* di figli legittimi, ovvero ad una controversia relativa ad una ipotesi di ricongiungimento familiare dei figli stessi alla donna residente in Italia. È opportuno precisare che gli Stati hanno un ampio margine di discrezionalità in relazione all'accettazione delle richieste di ricongiungimento familiare, in ragione del quale molti ordinamenti, quali ad esempio quello francese e quello spagnolo, hanno adottato politiche legislative fortemente limitative, soprattutto in relazione ai matrimoni poligamici[35]. La Commissione europea dei diritti dell'uomo nel 1992 ha chiarito il suo punto di vista nell'ambito di una questione avente ad oggetto la conformità, alla luce dell'articolo 8 della Convenzione, del diniego di riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare della seconda moglie di un cittadino marocchino emesso dalle autorità olandesi[36]. La Commissione, già in quell'occasione, ha giudicato legittima l'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti ad opera delle autorità olandesi ai sensi dell'articolo 8 comma 2 della CEDU. Ad oggi la giurisprudenza della Corte ha elaborato una serie di principi in tale settore che sono stati mutuati successivamente anche dalla Corte di Giustizia e dalla normativa elaborata dalle istituzioni dell'Unione europea in materia[37].

[34] TOMASI, *La tutela degli* status *familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia,* Padova, 2007, p. 152 ss.; PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e Italia,* in *Riv. dir. int.,* 1993, p. 73 ss.

[35] Cfr. DÉPREZ, *Droit International privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamiques en matière de statut personnel, op.cit.*, p. 9 ss., p. 158 ss.; ALDEEB-BONOMI (a cura di), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux,* Zurigo, 1999. Per quanto riguarda la legislazione straniera in materia è possibile menzionare la Legge n. 93-1027 del 24 agosto 1993 nell'ordinamento francese che ha bloccato l'immigrazione di stranieri a statuto poligamico; nonché la legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006 relativa all'immigrazione e all'integrazione. Una legislazione analoga è stata introdotta in Spagna. Una circolare del 25 aprile 2000 stabilisce, infatti, che il diritto al ricongiungimento familiare spetta solo ad una moglie a scelta del marito. Cfr. Ley organica n. 14/2003 del 20 novembre 2003.

[36] Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 6 gennaio 1992, Appl. No. 14501/89, Causa *A. e A. v. Paesi Bassi,* in *Décisions et Rapports* 72, p. 118 ss.

[37] Cfr. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 febbraio 1996, Caso *Gül v. Svizzera,* Appl. No. 23218/94*;* Sentenza del 28 novembre 1996, Caso *Ahmut*

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, infatti, ha ribadito il diritto degli Stati di controllare l'ingresso di stranieri sul loro territorio, e che l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non può essere interpretato nel senso che esso implichi per uno Stato membro l'obbligo generale di rispettare la scelta, da parte di coppie coniugate, della loro comune residenza al fine di consentire il ricongiungimento familiare sul proprio territorio[38]. In particolare la Direttiva 2003/86/CE, relativa al ricongiungimento familiare, all'articolo 4, comma 4, affronta la problematica connessa alla richiesta di ricongiungimento familiare a seguito di matrimonio poligamico e stabilisce che in questa ipotesi, 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. La stessa Direttiva, poi, prevede la possibilità che gli Stati limitino il diritto al ricongiungimento familiare dei figli minorenni del soggiornate e di un altro coniuge. Il principio poggia su una scelta di fondo effettuata dal legislatore comunitario che emerge espressamente nel preambolo, tesa a garantire la possibilità per uno Stato membro di non riconoscere effetti ad un vincolo di coniugio derivante da un matrimonio poligamico. Lo Stato membro, in definitiva, resta libero di non concedere ai membri di una famiglia poligamica il trattamento riservato ai famigliari per quanto attiene il diritto di risiedere in un altro Stato membro. Il diritto dell'Unione europea garantisce allo Stato tale potere discrezionale anche qualora un altro Stato membro abbia emesso un'autorizzazione nel medesimo caso in relazione all'applicazione della disciplina relativa al ricongiungimento familiare ed al diritto di risiedere sul proprio territorio. Il mancato riconoscimento di effetti al matrimonio poligamico o al matrimonio temporaneo per l'operare dei limiti preventivi e successivi, posti a tutela dell'armonia interna e supportati anche dalla *ratio* della Direttiva 2003/86/CE, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, potrebbe portare alla conseguenza di non garantire alcuno degli effetti richiamati e, pertanto, di pregiudicare il diritto al ricongiungimento familiare. In questa ipotesi assisteremmo, ancora una volta ad una prevalenza dei meccanismi interanziol-

v. Paesi Bassi, Appl. No. 21702/93*;* Sentenza del 21 dicembre 2001, Caso *Sen v. Paesi Bassi,* Appl. No. 31465/96; Sentenza del 31 gennaio 2006, Caso *Rodrigues de Silva e Hoogkamer v. Paesi Bassi,* Appl. No. 50435/99. Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che ha mutuato i principi della Corte europea dei diritti dell'uomo si rinvia a Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE, del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio,* consultabile sul sito della Corte alla seguente URL *http://europa.eu/institutions/inst/justice/index_it.htm*

[38] Cfr. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea,* Torino, 2006, p. 160 ss.

privatistici rispetto alle esigenze connesse alla tutela dei diritti umani, quali il diritto alla vita privata e familiare, il diritto al ricongiungimento. Nei confronti dei figli per i quali si richiede il ricongiungimento familiare, si potrebbe assistere, in virtù dell'applicazione delle norme internazionalprivatistiche che limitano il riconoscimento degli effetti del matrimonio poligamico e di quello temporaneo, ad una prevalenza di questi meccanismi rispetto alle esigenze volte a tutelare il superiore interesse del minore o il suo diritto alla famiglia[39].

Appare evidente, nelle ipotesi richiamate, la necessità di effettuare un'analisi caso per caso del livello di contrasto con i diritti umani che, mediante l'utilizzo della tecnica del bilanciamento, possa fornire una risposta effettiva alle istanze di tutela. Se la radice del problema risiede, in definitiva, nell'inaccettabilità astratta degli effetti dell'istituto giuridico in esame, come di altri, provenienti dal diritto islamico, in virtù del richiamato contrasto con i principi di ordine pubblico e con le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, proprio invocando l'applicazione di quest'ultima è possibile trovare una mediazione ed una tutela per i singoli casi meritevoli attraverso l'applicazione del meccanismo del bilanciamento.

Bilanciando il diritto alla parità dei sessi con quello al riconoscimento della vita familiare, ovvero con il diritto della donna a non subire l'ulteriore sfruttamento derivante dal diniego del compenso, si può pervenire a riconoscere taluni effetti del matrimonio temporaneo, incluso, eventualmente, il diritto della madre al ricongiungimento con i figli nati dal matrimonio temporaneo e residenti in Italia con il padre.

L'applicazione del criterio del bilanciamento evidenzia così la superiorità dei meccanismi propri della materia dei diritti umani rispetto a quelli internazionalprivatistici[40] che sono, peraltro, strettamente ancorati a criteri rigidi, mentre i primi permettono un'analisi caso per caso che valorizza particolari istanze di tutela. Sarà il giudice, in definitiva, nell'analisi del caso concreto ad effettuare una valutazione che tenga conto degli elementi che egli soltanto potrà considerare ai fini di una ef-

[39] CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato,* in *Riv. dir. int.,* 2011, p. 1030 ss.

[40] CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e CEDU,* in CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea ei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato, op. cit.,* p. 88 ss; CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato, op. cit.*, p. 1057 ss.; FULCHIRON, *Droit fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droits, conflits de logiques? L'exemple de l'égalité des droit et responsabilités des époux an regard du mariage, devant le mariage et lors de sa dissolutions,* in SUDRE (a cura di), *Le droit au respect de la vie familière au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruxelles, 2002, p. 353 ss.

fettiva qualificazione della fattispecie, al fine di ritenere accoglibili le istanze rappresentate. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sua costante giurisprudenza, ha rilevato che affinché un'unione possa rientrare nell'ambito di tutela dell'articolo 8 della CEDU occorre prendere in considerazione una serie di fattori, quali ad esempio la durata del rapporto stesso, la convivenza o meno tra i due coniugi di fatto[41]. Il giudice potrà, ad esempio, accertare se la funzione dell'istituto in esame sia familiare e non di sfruttamento guardando alla durata del rapporto e al fatto che le parti abbiano deciso di inserire, quale termine finale del vincolo di coniugio, il massimo apponibile (novantanove anni). Diversamente, nell'ipotesi in cui la Mut'a sia stata stipulata allo scopo di celare ipotesi di violazioni gravi dei diritti umani, quali ad esempio la tratta di esseri umani, il turismo sessuale o lo sfruttamento della prostituzione, vi sarà l'assoluta impossibilità di riconoscere effetti all'istituto straniero.

La soluzione ai c.d. conflitti di civilizzazione, in definitiva, non può risiedere nel ricorso assoluto ai sistemi internazionalprivatistici, poiché

[41] Occorre, tuttavia, rilevare che recentemente la CEDU è stata chiamata a pronunciarsi su una questione, giunta innanzi alla Corte europea, sorta in seguito alla richiesta presentata dinnanzi alle autorità turche da una donna, rimasta vedova e con sei figli, con la quale la stessa chiedeva il riconoscimento degli effetti del matrimonio religioso precedentemente contratto, al fine di ottenere la legittimazione dell'ultimo figlio e di vedersi riconoscere una assegno di reversibilità dei fondi pensione lasciati dal marito. Le autorità turche avevano rigettato parzialmente le richieste della donna, riconoscendo solo il diritto dei figli alla reversibilità dei fondi pensione, poiché le norme turche non permettevano il riconoscimento di effetti civili al matrimonio celebrato secondo le norme islamiche. La vicenda è giunta innanzi alla Corte di Cassazione turca, la quale ha confermato la sentenza emanata da giudice di prime cure. A seguito del diniego la donna ha presentato ricorso dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione dell'articolo 8. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto legittima la scelta del governo turco di non riconoscere effetti orizzontali al matrimonio religioso e pertanto ha effettuato un bilanciamento in favore della libertà degli Stati nel riconoscere effetti al matrimonio religioso, sacrificando di fatto il diritto della donna alla reversibilità sui fondi pensione. L'unione matrimoniale, tra l'altro, presentava tutti gli elementi per poter essere definita un'unione duratura, protrattasi per molti anni e cessata solo a causa della morte del marito. Questa sentenza, peraltro, si discosta in modo significativo dalla precedente giurisprudenza della stessa CEDU. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 14 settembre 2009, Caso *Serife Yigit v. Turkey,* Appl. No. 3976/05, consultabile sul sito della Corte europea dei diritti dell'uomo alla seguente URL *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Turkey%20|%20nikah&sessionid=70023169&skin=hudoc-en.* Per un'analisi della giurisprudenza precedente si veda in particolare la Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 aprile 2008, Caso *Burden v. the United Kingdom*, Appl. No. 13378/05, la sentenza del 27 aprile 2000, Caso *Shackell v. the United Kingdom*, Appl. No. 45851/99, nonché la sentenza del 18 dicembre 1986, Caso *Johnston and Others v. Ireland*, Appl. No. 9697/82, tutte le sentenze sono consultabili sul sito della Corte europea dei diritti dell'uomo.

l'unica sede in cui tali conflitti possono trovare una possibile mediazione che tenga conto di tutte le istanze è quella della tutela dei diritti umani.

LA TUTELA DEL DIRITTO DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E DELLA PARITÀ DELLE ARMI TRA I LITIGANTI NELLA PROPOSTA DI REVISIONE DEL REGOLAMENTO N. 44/2001

Fabrizio MARONGIU BUONAIUTI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Coordinamento tra le diverse fonti in materia di diritto all'equo processo. – 3. Incidenza delle disposizioni contenute nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sulla disciplina della giurisdizione in materia civile. – 4. Estensione dell'ambito di applicazione *ratione personarum* della disciplina della competenza giurisdizionale recata dal regolamento n. 44/2001. – 5. Meccanismi discrezionali attributivi di competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del regolamento: il *forum necessitatis*. – 6. Meccanismi discrezionali privativi della competenza giurisdizionale previsti dalla proposta di revisione del regolamento: la litispendenza tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi. – 7. Compatibilità della soppressione dell'*exequatur* con le garanzie processuali fondamentali. – 8. Compatibilità con la protezione dei diritti fondamentali della soppressione del controllo di conformità all'ordine pubblico dello Stato del riconoscimento.

1. Premessa

La Commissione europea ha presentato nel dicembre 2010 una proposta volta alla revisione del regolamento n. 44/2001 ("Bruxelles I"), concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[1]. Nella relazione esplicativa che la accompagna, è fatto esplicito riferimento al profilo della compatibilità della proposta con la tutela dei diritti fondamentali[2], il quale forma oggetto di specifico esame nell'ambito della valutazione d'impatto della proposta[3].

* Ricercatore di Diritto internazionale, Sapienza Università di Roma, Facoltà di Giurisprudenza.

[1] Doc. COM(2010) 748 def. del 14 dicembre 2010; versione rettificata doc. COM(2010) 748 def./2 del 3 gennaio 2011.

[2] Ivi, punti 2, 3.1.1, p. 5 s.

[3] Doc. SEC(2010) 1547 def., del 14 dicembre 2010.

In entrambi i testi viene debitamente sottolineata l'esigenza di assicurare la compatibilità delle disciplina contenuta nella proposta con tali diritti, esigenza la quale viene ad essere resa più impellente dalla accresciuta rilevanza della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Come è noto, infatti, il Trattato in questione ha modificato la norma dell'art. 6 del TUE attribuendo, da una parte, efficacia vincolante alla Carta europea dei diritti fondamentali, la quale, pur restando formalmente distinta dal testo dei Trattati, ne assume lo stesso valore giuridico[4]. Dall'altra, il Trattato di Lisbona ha inserito nella norma un'esplicita previsione dell'adesione da parte dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui disposizioni, nondimeno, già formavano oggetto di un richiamo nel testo previgente dell'art. 6 TUE, i diritti da essa riconosciuti venendo dalla norma considerati come facenti parte dei principi generali del diritto dell'Unione[5]. Il progetto dell'accordo d'adesione, frutto dei negoziati intercorsi tra il *Comité directeur des droits de l'homme* del Consiglio d'Europa e la Commissione europea, è stato presentato negli ultimi mesi al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa[6].

[4] Si vedano in proposito, tra gli altri, DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 655 ss.; ROSAS A., KAILA H., *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, ivi, 2011, p. 1 ss.; ZILLER J., *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e «costituzionalizzazione» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, ivi, p. 539 ss.

[5] Il carattere meramente confermativo della disciplina previgente proprio di quest'ultima disposizione è stato sottolineato, da ultimo, anche dalla Corte costituzionale, sent. 7 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 578 ss., punto 5.4., p. 590 s.

[6] Si veda il *Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, doc. CDDH-UE(2011)16*fin*, del 19 luglio 2011, reperibile alla pagina Internet *http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue_documents_EN.asp* (stato al 2 febbraio 2012), e il *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, presentato dallo Steering Committee for Human Rights, doc. CDDH(2011)009 del 14 ottobre 2011, reperibile come sopra. Con riferimento alle principali problematiche poste dall'adesione, si vedano MENGOZZI P., *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 231 ss.; TIZZANO A., *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, ivi, 2011, p. 29 ss.

2. Coordinamento tra le diverse fonti in materia di diritto all'equo processo.

Ne risulta, inevitabilmente, un quadro normativo piuttosto complesso, non privo di potenziali sovrapposizioni e problemi di coordinamento tra fonti diverse, se si osserva che, da una parte, le disposizioni della Carta europea dei diritti fondamentali, pur limitando esse stesse il proprio ambito di applicazione all'attività delle istituzioni dell'Unione ed a quella degli Stati membri nella misura in cui agiscano in attuazione del diritto dell'Unione stessa, sono, per una parte consistente, tratte dalla stessa Convenzione europea, come esplicitamente riconosciuto dall'art. 52 della Carta. La norma in questione precisa, infatti, che, nella misura in cui le disposizioni relative ai diritti garantiti dalla Carta corrispondano alle norme contenute nella Convenzione europea, esse debbano essere interpretate in maniera conforme all'interpretazione adottata per queste ultime, con implicito riferimento anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[7].

L'art. 52 della Carta fa nondimeno salva la possibilità per l'Unione di garantire una tutela più ampia. Con riferimento alle norme della Convenzione europea, esse sono destinate a venire in considerazione a doppio titolo, al momento presente in virtù del richiamo che, come detto, ad esse effettua l'art. 6 del TUE, e, una volta entrato in vigore l'accordo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea, per forza propria. Deve al tempo stesso essere tenuto presente che le norme della Convenzione europea già trovano applicazione negli ordinamenti degli Stati membri, i quali ne sono tutti parti contraenti, i relativi giudici essendo quindi tenuti alla loro osservanza, anche ove non si trovino a fare applicazione di norme del diritto dell'Unione come quelle oggetto della proposta in esame[8].

[7] Si veda in proposito Corte di giustizia CE, 5 ottobre 2010, in causa C-400/10 PPU, *J. McB. C. L.E.*, reperibile su *www.curia.europa.eu*, punto 53; sent. 22 dicembre 2010, in causa C-279/09, *DEB c. Bundesrepublik Deutschland*, ivi, punto 35.

[8] Si veda, per una ricostruzione della gerarchia delle fonti operanti all'interno del diritto dell'Unione in materia di protezione dei diritti dell'uomo in base all'art. 6 del TUE così come riformulato dal Trattato di Lisbona, tra gli altri, MENGOZZI P., *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne*, cit., p. 243 ss.; in merito all'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano, con riferimento alle sentenze del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, si vedano, tra gli altri, GAJA G., *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 136 ss.; CANNIZZARO E., *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, ivi, p. 138 ss.; CONDORELLI L., *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo interna-*

3. Incidenza delle disposizioni contenute nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sulla disciplina della giurisdizione in materia civile

Premesse queste brevi considerazioni di ordine generale, prima di addentrarsi nell'esame dei profili di problematicità che sono suscettibili di emergere relativamente alla compatibilità delle singole soluzioni prospettate nella proposta con le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione europea, appare opportuno chiarire la concreta incidenza della disposizioni in questione nella materia considerata.

Con riferimento alla disciplina della giurisdizione, in merito alla quale il regolamento oggetto della proposta in esame pone in essere un meccanismo di distribuzione della competenza giurisdizionale tra i giudici dei diversi Stati membri relativamente a controversie in materia civile e commerciale che presentino un collegamento con il territorio dell'Unione, il problema che si pone consiste nel valutare se le modificazioni – in qualche caso di non trascurabile rilevanza – avanzate dalla proposta rispetto alla disciplina ora contenuta nel regolamento siano suscettibili di incidere sul diritto dell'individuo all'accesso alla giustizia, quale trova riconoscimento rispettivamente nell'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali e nell'art. 6, par. 1, della CEDU, ovvero sul diritto alla parità delle armi tra i litiganti, il quale deve considerarsi insito nel modello di giusto processo che le norme richiamate tendono a delineare[9].

zionale?, in *Diritti umani e diritto int.*, 2008, p. 301 ss.; VILLANI U., *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss.; con riferimento ad alcuni sviluppi successivi della giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto, CANNIZZARO E., *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. dir. int.*, 2011, 128 ss.

[9] Si veda in proposito MARCHADIER F., *Les objectives généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, p. 183 ss., spec. p. 190 ss., il quale evidenzia come il diritto a un giudice che sia equamente competente riguardo alla lite costituisca un corollario del diritto all'equo processo, che presuppone ma costituisce al tempo stesso un diritto autonomo rispetto al diritto d'accesso alla giustizia e del diritto alla parità delle armi tra i litiganti; sui rapporti tra il diritto all'equo processo e la disciplina della competenza giurisdizionale, nel senso dell'incompatibilità con tale diritto dei criteri di competenza giurisdizionale esorbitante in quanto basati su di un collegamento insufficiente con la fattispecie, KINSCH P., *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours*, vol. 318, 2005, p. 9 ss., spec. p. 65 ss.; in precedenza, tra gli altri, SCHLOSSER P., *Jurisdiction in International Litigation - The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 5 ss.; GEIMER R., *Verfassung, Völkerrecht und internationales Zivilverfahrensrecht*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*,

Deve, peraltro, essere sottolineato in via preliminare un rilevante profilo di differenziazione della disciplina contenuta nell'art. 47 della Carta rispetto all'art. 6 della CEDU, consistente nel fatto che la prima delle due norme, realizzando una sorta di sintesi tra le due distinte disposizioni dell'art. 6 e dell'art. 13 della Convenzione europea, riconosce espressamente il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, che è stato desunto in via di interpretazione giurisprudenziale in termini di diritto di accesso alla giustizia quale presupposto per l'esercizio degli altri diritti di carattere procedurale espressamente contemplati dall'art. 6[10]. Tale diritto, peraltro, dalla giurisprudenza della Corte europea è stato individuato come non assoluto, bensì soggetto a limitazioni, nella misura in cui queste perseguano un fine legittimo, non vadano al di là di quanto è necessario per perseguirlo e non giungano al punto di privare il diritto garantito del suo contenuto essenziale[11].

Nondimeno, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva che l'art. 47, par. 1 della Carta espressamente riconosce, pur esteso dal punto di vista soggettivo ad ogni individuo, nondimeno sul piano oggettivo è limitato all'ipotesi in cui siano stati violati diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione. Ciò è coerente, del resto, con l'ambito di applicazione della Carta nel suo insieme, la quale in base al suo art. 51 si applica alle istituzioni dell'Unione ed agli Stati membri nella misura in cui agiscano in attuazione del diritto dell'Unione. Conseguentemente, l'ambito di applicazione delle garanzie di cui all'art. 47 della Carta è più limitato di quello proprio dell'art. 6 della CEDU[12].

1992, p. 321 ss. e 401 ss.; PFEIFFER TH., *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1995, p. 523 ss.; FOCARELLI C., *The Right of Aliens Not to be Subject to So-Called "Excessive" Civil Jurisdiction*, in *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, a cura di B. Conforti e F. Francioni, The Hague, 1997, p. 441 ss.; BERTELE J., *Souveränität und Verfahrensrecht. Eine Untersuchung der aus dem Völkerrecht ableitbaren Grenzen staatlicher extraterritorialer Jurisdiktion im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, p. 221 ss.; con specifico riferimento alla disciplina comunitaria, FERNÁNDEZ ARROYO D. P., *Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law: Will They Ever Survive?*, in *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, München, 2004, p. 169 ss.; SALERNO F., *Il diritto processuale civile internazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. Picone, Padova, 2004, p. 95 ss., spec. p. 107 ss.

[10] A partire dalla sentenza *Golder*: Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 21 febbraio 1975, in *Publications*, *Série A*, No. 18.

[11] Come affermato nella sentenza *Golder* appena citata e confermato, tra le altre, nelle sentenze *Al Adsani c. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001, disponibile sul sito Internet *www.echr.coe.int*; *McElhinney c. Irlanda*, ricorso n. 31253/96, sentenza del 21 novembre 2001 (ivi); *Kalogeropoulou et al. c. Grecia e Germania*, ricorso n. 59021/00, decisione sulla ricevibilità del 12 dicembre 2002 (ivi).

[12] Si vedano, quanto ai limiti dell'ambito di applicazione delle disposizioni della

La limitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali ai soli casi in cui si tratti di una violazione di un diritto derivante da norme dell'Unione è stata sottolineata anche dalla Corte costituzionale. Questa, nella sentenza n. 80/2011, ha affermato infatti l'impossibilità di invocare l'applicazione della Carta in relazione a violazioni di diritti derivanti puramente da norme interne non emanate in attuazione del diritto dell'Unione e, conseguentemente, ha escluso che possa essere imposta al giudice interno la disapplicazione delle norme interne asseritamente contrastanti[13].

Sul fronte della compatibilità con il diritto di accesso alla giustizia e del diritto alla parità delle armi tra i litiganti che sono garantiti dalle ricordate disposizioni dell'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali e dell'art. 6 della CEDU, deve osservarsi che da tali disposizioni non può essere desunta una valutazione di maggiore idoneità ad assicurare una più efficace tutela giurisdizionale relativamente a criteri di giurisdizione basati su elementi obiettivi come tendenzialmente è il caso dei criteri contemplati dal regolamento n. 44/2001. Infatti, ai fini dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea, rileva unicamente che si tratti di un foro accessibile all'attore, in cui questo possa portare le proprie pretese senza subire inconvenienti eccessivi[14].

Carta europea dei diritti fondamentali, tra gli altri, ROSAS A., KAILA H., *L'application de la Charte des droits fondamentaux*, cit., p. 18 ss.; ZILLER J., *I diritti fondamentali*, cit., p. 542 ss.

[13] Si veda la sent. 7 marzo 2011, n. 80, cit., punto 5.4 della motivazione, p. 590 s.; nello stesso senso, Corte costituzionale, sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Riv. dir. int*., 2011, p. 960 ss., punto 8 della motivazione, p. 970 s.

[14] Si veda Commissione europea dei diritti dell'uomo, dec. 13 maggio 1976, ric. 6200/73, massima in COUNCIL OF EUROPE, *Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights*, Vol. 2 (Article 6), Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, p. 269. Con riferimento al rapporto intercorrente tra l'intensità del collegamento della controversia con il foro e l'idoneità di questo a prestare un'adeguata tutela dei diritti processuali delle parti, tra gli altri, HALFMEIER A., *Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung*, in *RabelsZ*., 2004, p. 653 ss., spec. p. 655 ss.; HILL J., *The Exercise of Jurisdiction in Private international Law*, in *Asserting Jurisdiction. International and European Legal Perspectives*, a cura di Capps P., Evans M., Kostantinidis S., Oxford - Portland, Or., 2003, p. 39 ss.; KINSCH P., *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, cit., p. 37 ss.; NUYTS A., *Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared*, in *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, a cura di Nuyts A., Watté N., Bruxelles, 2005, p. 157 ss., spec. p. 175 ss.; REQUEJO ISIDRO M., *CEDH y justicia procesal para la UE: varios casos de tensión*, in *DeCITA*, 04.2005, p. 207 ss., spec. p. 221 ss.; nel senso di escludere l'incidenza dei principi del giusto processo contenuti nell'art. 6 della convenzione europea sull'applicazione dei criteri di giurisdizione, FAWCETT J. J., *The Impact of Article 6 (1) of the ECHR on Private International Law*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 1 ss., spec. p. 6 ss.. Con riferimento al si-

In merito al collegamento esistente tra la prevedibilità della competenza giurisdizionale e il principio della parità delle armi tra i litiganti, affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come inerente alla struttura dell'art. 6, par. 1 della CEDU sin dalla sentenza *Airey*[15], è stato osservato in dottrina che l'adozione di criteri di competenza giurisdizionale prevedibili e basati su di un sufficiente collegamento della fattispecie con il foro contribuisce a fare in modo che ciascuna delle parti possa beneficiare di una possibilità ragionevole di presentare la propria domanda in condizioni che non la pongano in una posizione di netto svantaggio in rapporto alla parte avversa[16]. Secondo un'altra voce in dottrina, invece, l'esistenza di un collegamento sufficiente tra il giudice e la controversia e la prevedibilità del foro non avrebbero diretta attinenza col principio della parità delle armi tra i litiganti, dal momento che tale principio riguarderebbe più strettamente le modalità concrete di svolgimento del processo più che il foro in cui esso si svolga, posto che in presenza di una controversia di carattere internazionale il foro prescelto presenterà inevitabilmente carattere estraneo per almeno una delle parti[17]. Questa argomentazione, tuttavia, non appare convincente, in quanto ciò che appare in contrasto con il principio in questione non è la semplice "estraneità" del giudice, la quale appare peraltro inevitabile in controversie di questo tipo, bensì l'assenza di un ragionevole collegamento con i fatti della controversia. Tale esigenza viene ricondotta dalla dottrina in questione all'insieme delle garanzie del processo equo desunte dall'art. 6 della Convenzione europea a partire dalla sentenza *Golder*[18], nel senso

stema di ripartizione della competenza giurisdizionale tra giudici di diversi Stati membri sviluppatosi all'interno dello spazio giudiziario europeo, FERNÁNDEZ ARROJO D. P., *Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction*, cit., p. 169 ss.; SALERNO F., *Il diritto processuale civile internazionale comunitario*, cit., p. 107 ss. Ci si permette di rinviare anche alla discussione di questo profilo in MARONGIU BUONAIUTI F., *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 22 ss. e già in ID., Forum non conveniens *e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 420 ss., spec. p. 421 ss.

[15] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 9 ottobre 1979, in *Publications*, *Série A*, No. 32.

[16] In questi termini il principio in questione ha trovato espressione, tra le altre, nelle sentenze *Dombo Beheer c. Paesi Bassi*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 ottobre 1993, ric. n. 14448/88, par. 33; *Nideröst Huber c. Svizzera*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 gennaio 1997, par. 23; si veda in proposito NUYTS A., *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, Bruxelles, 2003, p. 592 ss.

[17] Si veda in questo senso MARCHADIER F., *Les objectives généraux du droit international privé*, cit., p. 196 ss.

[18] Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 21 febbraio 1975, cit., punto 36 della motivazione.

che queste garanzie avrebbero per presupposto l'efficiente organizzazione ed il buon funzionamento della giustizia come espressione di un più generale principio del primato del diritto[19].

In modo particolare, secondo quanto si può desumere da alcune prese di posizione della Corte e della Commissione europea dei diritti dell'uomo[20], tali presupposti di efficiente organizzazione e di buon funzionamento della giustizia devono intendersi preordinati alla realizzazione di un obiettivo di equilibrio tra le parti quanto alle condizioni nelle quali esse si trovano a dover difendere in giudizio la propria posizione[21]. In particolare, per quanto tale requisito debba essere valutato con riferimento all'insieme del processo, per cui potrebbe obiettarsi per quanto qui rileva che un vizio inerente alla equità del criterio di competenza giurisdizionale impiegato sia poi in concreto sanato dalle modalità di svolgimento del giudizio che siano tali da riequilibrare sostanzialmente le posizioni delle parti, deve ritenersi che ove sia dato riscontrare un vizio di incidenza particolarmente significativa sull'equità dello svolgimento del processo nel suo insieme, come potrebbe verificarsi nel caso in cui il convenuto sia constretto a difendersi in un foro sprovvisto di un sufficiente collegamento con i fatti della controversia, un tale vizio sia di per sé sufficiente ad integrare una violazione del diritto all'equo processo derivante dalla Convenzione[22].

[19] Si vedano in questo senso MARCHADIER F., *op. cit*., p. 200 ss.; MARGUENAUD J.-P., *La Cour européenne des droit de l'homme*, Paris, 1997, p. 86 s.; COHEN-JONATHAN G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p. 394 ss.

[20] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Delcourt c. Belgio*, sent. 17 gennaio 1970, in *Publications*, *Série A*, No. 11, punto 26 della motivazione: "*un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement (une partie) dans une situation désavantageuse*"; v. anche Commissione europea dei diritti dell'uomo, dec. 15 luglio 1986, ric. n. 9938/82.

[21] Si vedano, in dottrina, KINSCH P., *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, cit., p. 47 ss.; SOYER J.-C., M. DE SALVIA, *Article 6*, in *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire*, sous la dir. de L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, II ed., Paris, 1999, p. 265 s.

[22] Si veda al riguardo MARCHADIER F., *op. cit.*, p. 204 ss.

4. Estensione dell'ambito di applicazione ratione personarum *della disciplina della competenza giurisdizionale recata dal regolamento n. 44/2001*

L'innovazione di maggiore portata con riferimento alla disciplina della competenza giurisdizionale è sicuramente costituita dal superamento della tradizionale doppia valenza del domicilio del convenuto in uno Stato membro come criterio generale di competenza giurisdizionale e come criterio di delimitazione dell'ambito di applicazione *ratione personarum* della disciplina in questione[23]. Nella proposta, mentre la prima funzione del domicilio del convenuto permane, viene meno la seconda. Fermo restando che il regolamento per sua natura non può che regolare la competenza giurisdizionale dei giudici dei soli Stati membri, la portata concreta dell'innovazione consiste nel rendere utilizzabili una serie di criteri di competenza giurisdizionale alternativi, che attualmente sono comunque subordinati alla presenza del domicilio del convenuto in uno Stato membro[24].

Conseguenza di questa soluzione è una sensibile estensione dell'ambito di applicazione della disciplina recata dal regolamento, i cui criteri di competenza giurisdizionale verrebbero sostanzialmente ad applicarsi ogniqualvolta il criterio di collegamento preso in considerazione dalla singola disposizione si riferisca ad un giudice di uno Stato membro, a prescindere dal domicilio del convenuto. Da ciò discenderebbe un superamento dell'attuale sistema, in base al quale nei casi in cui il convenuto non è domiciliato in uno Stato membro trovano applicazione le disposizioni nazionali in materia di competenza giurisdizionale, in base all'art. 4 del regolamento[25].

[23] Si vedano in proposito, per tutti, MARI L., *Il diritto processuale civile della convenzione di Bruxelles. I, Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 129 ss.; più recentemente, KRUGER TH., *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States*, Oxford, 2008, p. 59 ss.

[24] Si vedano in particolare la disposizione dell'art. 4 della proposta, doc. COM(2010) 748, cit., che modifica l'attuale art. 3 del regolamento, sostituendo al secondo comma la previsione che le persone non domiciliate in un paese membro possono essere convenute innanzi ai giudici di un paese membro solo in base alle norme contenute nelle sezioni da 2 a 8 del capo II, ed abrogando l'attuale art. 4 del regolamento, che rinvia la disciplina della competenza giurisdizionale nei confronti dei soggetti non domiciliati in uno Stato membro alle norme interne. Si veda in proposito la relazione di accompagnamento alla proposta, ivi, punto 3.1.2, p. 8.

[25] Si veda per una critica dell'attuale sistema, in quanto comporta una sostanziale riviviscenza, espressamente contemplata dal regolamento, dei criteri individuati come esorbitanti al fine di regolare la competenza giuirisdizionale nei casi non soggetti al rego-

Non può negarsi che un'estensione dell'applicazione di tali criteri a prescindere dal requisito soggettivo del domicilio del convenuto possa costituire una facilitazione dell'accesso alla giustizia per l'attore, il quale non dovrà andare a ricercare i criteri pertinenti nelle singole disposizioni nazionali suscettibili di venire in considerazione. Al tempo stesso, il riferimento ai criteri di carattere obiettivo contenuti nel regolamento in luogo dei criteri ispirati a principi diversi e sovente disomogenei contemplati dal diritto interno dei singoli Stati membri può contribuire a garantire la parità delle armi tra i litiganti, in quanto mette in condizione il potenziale convenuto di poter più agevolmente prevedere il foro innanzi al quale potrà essere citato, oltre ad offrirgli la garanzia dell'esistenza di un collegamento rilevante tra il foro e la controversia[26].

Certezza e prevedibilità quanto all'individuazione del foro munito di competenza giurisdizionale relativamente ad una determinata controversia, costituiscono, come la Corte di giustizia dell'Unione europea ha evidenziato in più occasioni[27], obiettivi fondamentali del sistema di ripartizione della competenza giurisdizionale tra i giudici degli Stati membri contenuto nel regolamento come già nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e devono considerarsi strettamente strumentali al perseguimento dell'obiettivo sostanziale della certezza del diritto[28]. Per di più, come ri-

lamento, KINSCH P., *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, cit., p. 77 ss.

[26] Si vedano, per alcune valutazioni in ordine a questo profilo della proposta, tra i commenti sinora apparsi, POCAR F., *Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 591 ss., spec. p. 595 ss.; WEBER J., *Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation*, in *RabelsZ.*, 2011, p. 619 ss., spec. p. 623 ss.; si vedano anche alcuni commenti di studiosi consultati dal Parlamento europeo, tra cui DICKINSON A., in *The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast)*, Note, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, doc. PE 453/200 EN, Brussels, 2011, disponibile sul sito *http://www.europarl.europa.eu/studies*, p. 11 ss.; HESS B., *ibidem*, doc. PE 453/201 EN, p. 12 ss.; HORN F., *ibidem*, doc. 453/202 EN, p. 16 s.; MUIR WATT H., *ibidem*, doc. PE 453/199 EN, p. 12 s.; LAYTON A., *ibidem*, doc. PE 453/203 EN, p. 9 ss.; NIBOYET M.-L., *ibidem*, doc. PE 453/204 FR, p. 13 ss.; PRETELLI I., *ibidem*, doc. PE 453.205 FR, p. 22 ss.

[27] Tra le altre, Corte di giustizia CE, sent. 15 gennaio 1985, in causa 241/83, *Rösler*, in *Raccolta*, 1985, p. 99 ss., punto 23; sent. 17 giugno 1992, in causa C-26/91, *Handte*, in *Raccolta*, 1992, p. I-3967 ss., punto 18; sent. 19 settembre 1995, in causa C-364/93, *Marinari*, in Raccolta, 1995, p. I-2719 ss., punto 19; sent. 19 febbraio 2002, in causa C-256/00, *Besix*, in *Raccolta*, 2002, p. I-1699 ss., punto 35.

[28] Si vedano in proposito, tra gli altri, DICKINSON A., *Legal Certainty and the Brussels Convention – Too Much of a Good Thing?*, in *Forum Shopping in the European Judicial Area*, a cura di P. de Vareilles-Sommières, Oxford-Portland, Or., 2007, p. 115 ss.;

levato nella citata valutazione d'impatto della proposta, la eccessiva complessità del quadro normativo di riferimento può rivelarsi un disincentivo al coinvolgimento di produttori e consumatori in operazioni commerciali di carattere transfrontaliero, comportando quindi un ostacolo all'esercizio delle libertà del mercato interno[29].

5. Meccanismi discrezionali attributivi di competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del regolamento: il forum necessitatis

Gli stessi obiettivi non è certo, tuttavia, che possano essere altrettanto efficacemente perseguiti da altre innovazioni prospettate nella proposta, le quali tendono, all'inverso, ad introdurre nella disciplina recata dal regolamento degli elementi di discrezionalità che gli sono tradizionalmente stati considerati estranei, proprio in quanto contrastanti con gli accennati obiettivi di certezza e prevedibilità nella determinazione della competenza giurisdizionale[30].

Si intende alludere, innanzitutto, alla previsione, che pare mutuata dal regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, di un *forum necessitatis*[31], contenuta nell'art. 26 della proposta. La disposizione – che segue la previsione, anch'essa non priva di elementi di discre-

MAYER P. , Forum non conveniens *et application uniforme des règles de compétence*, ivi, p. 137 ss. ROMANO G. P., *Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE*, in *La convention de Lugano. Passé, présent et devenir*, a cura di A. Bonomi, E. Cashin Ritaine, G. P. Romano, Zürich, 2007, p. 165 ss., spec. p. 182 ss.; ID., *Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts* Gasser *et* Owusu, in *Cahiers de droit eur*., 2008, p. 175 ss., spec. p. 185 ss.

[29] Si veda la valutazione d'impatto della proposta, doc. SEC(2010) 1547 def., cit., punto 2.1.5.1, p. 16 s.

[30] Si veda in particolare la sentenza della Corte di giustizia, 1° marzo 2005, in causa C-281/02, *Owusu*, in *Raccolta*, 2005, p. I-1383 ss., punti 37 ss. della motivazione; in dottrina, tra gli altri, DICKINSON A., *Legal Certainty and the Brussels Convention*, cit., p. 115 ss.; MAYER P. , Forum non conveniens *et application uniforme des règles de compétence*, cit., p. 137 ss. ROMANO G. P., *Principe de sécurité juridique*, cit., p. 182 ss.; ID., *Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts* Gasser *et* Owusu, cit., p. 185 ss.; ci si permette di rinvare anche a quanto rilevato in ordine all'estraneità al sistema di ripartizione della competenza giurisdizionale all'interno dello spazio giudiziario europeo di meccanismi discrezionali come la dottrina del *forum non conveniens* in MARONGIU BUONAIUTI F., *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 471 ss.

[31] Con riferimento alla previsione del *forum necessitatis* contenuta nell'art. 7 del regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari si vedano FRANZINA P., *Sul* forum necessitatis *nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1121 ss.; ROSSOLILLO G., Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, n. 1, p. 403 ss., spec. p. 413 ss.

zionalità, contenuta nell'art. 25, il quale prevede un *forum patrimonii* operante a titolo residuale ove il convenuto possegga dei beni in uno Stato membro purché di valore non sproporzionato al valore della domanda e a condizione che sussista un collegamento sufficiente tra il foro e la domanda – prevede che i giudici di uno Stato membro possano eccezionalmente assumere competenza giurisdizionale con riferimento ad una controversia che non presenti rispetto all'insieme degli Stati membri alcuno dei collegamenti contemplati dalle disposizioni del regolamento. Le condizioni poste dalla proposta per l'esercizio di tale competenza giurisdizionale corrispondono in sostanza a quelle contemplate da alcune disposizioni nazionali analoghe, facendo riferimento all'eventualità che si riveli impossibile o irragionevole lo svolgimento del procedimento innanzi ai giudici di uno Stato terzo che presenti uno stretto collegamento con la controversia, ovvero in cui appaia che la sentenza che avrebbe potuto essere pronunciata da tali giudici non sarebbe riconoscibile nello Stato membro al quale appartiene il giudice adito in base alle proprie norme interne e il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza siano necessari per assicurare la tutela dei diritti dell'attore[32].

In proposito, per quanto anche in questo caso la norma richieda che debba sussistere un sufficiente collegamento della controversia con lo Stato membro cui appartiene il giudice adito, essa lascia al giudice stesso la libera valutazione delle circostanze suscettibili di far sussistere tale collegamento. Ciò lascia permanere il dubbio che, a fronte della legittima preoccupazione per un'effettiva tutela del diritto di accesso alla giustizia dell'attore al quale la norma espressamente si richiama, la soluzione prospettata – in quanto comporta inevitabilmente l'attrazione al foro di uno Stato membro di una controversia la quale, per definizione, sarebbe più strettamente collegata con uno Stato terzo – non possa rivelarsi invece insidiosa per il rispetto dell'altrettanto importante principio della parità delle armi tra i litiganti. Questo, come si è osservato, presuppone

[32] Si vedano in particolare, tra le disposizioni contenute nelle legislazioni nazionali in materia di diritto internazionale privato, l'art. 3 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato (LDIP), su cui OTHENIN-GIRARD S., *Quelques observations sur le for de necessité en droit international privé suisse*, in *Revue suisse de droit int. et eur.*, 1999, p. 251 ss.; VOLKEN P., *Art. 3*, in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, II ed., a cura di D. Girsberger, A. Heini, M. Keller, J. Kren Kostkiewicz, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken, Zürich, 2004, p. 48 ss., e l'art. 11 del codice belga di diritto internazionale privato, su cui CARLIER J.-Y., *Le Code belge de droit international privé*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2005, p. 11 ss., spec. p. 22 s.; FALLON M., *Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne dix ans après*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 315 ss., spec. p. 316 s. Per un più ampio quadro delle soluzioni contemplate al riguardo in diversi ordinamenti, RÉTORNAZ V., VOLDERS B., *Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2008, p. 225 ss.

che anche il convenuto sia messo nella condizione di poter prevedere ragionevolmente il giudice innanzi al quale potrà essere citato e, in ogni caso, di essere chiamato a comparire innanzi a un giudice di fronte al quale possa difendersi senza eccessivo incomodo[33].

6. Meccanismi discrezionali privativi della competenza giurisdizionale previsti dalla proposta di revisione del regolamento: la litispendenza tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi

Perplessità simili suscita la previsione, contenuta nell'art. 34 della proposta, della facoltà per il giudice adito di sospendere il procedimento in caso di litispendenza innanzi a un giudice di un paese terzo[34]. La norma appare dettata dall'apprezzabile intento di assicurare un coordinamento tra procedimenti giudiziari paralleli anche al di fuori della stretta cerchia degli Stati membri, come invece fino ad ora perseguito dalle re-

[33] Osserva al riguardo FRANZINA P., *Sul* forum necessitatis, cit., p. 1123 ss., che il modo di operare del *forum necessitatis* si distinguerebbe da quello proprio della dottrina del *forum non conveniens*, in quanto, mentre quest'ultima è suscettibile di operare come correttivo di una determinazione della competenza giurisdizionale compiuta sulla base dei tradizionali criteri di localizzazione della fattispecie contenuti nelle norme sulla giurisdizione, il *forum necessitatis* avrebbe rispetto a tali criteri una mera valenza integrativa, prevedendo in sostanza un nuovo foro, che si affianca a quelli esistenti ma non interferisce col loro operato. In questo modo, secondo l'A., esso si sottrarrebbe alle censure di incompatibilità con il sistema di ripartizione della competenza giurisdizionale tra i giudici dei paesi membri formulate dalla Corte di giustizia relativamente a quegli istituti come le *anti-suit injunctions*, oggetto della sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2004, in causa C-159/02, *Turner*, in *Raccolta*, 2004, p. I-3565 ss., o la dottrina del *forum non conveniens*, su cui la Corte si è pronunciata nella già citata sentenza del 1° marzo 2005, *Owusu*. In proposito, non si può fare a meno di osservare che gli elementi di incertezza e imprevedibilità nella determinazione della competenza giurisdizionale, che caratterizzano l'operare della dottrina del *forum non conveniens* in senso privativo della competenza giurisdizionale, sono comunque presenti anche nel *forum necessitatis*, benché quest'ultimo operi in senso attributivo. Il presupposto stesso della necessità, infatti, benché nelle sue grandi linee individuato dalle disposizioni che, come l'art. 26 della proposta in esame, lo prevedono, è in ultima analisi destinato ad essere apprezzato dal giudice secondo i criteri propri dell'ordinamento del foro, criteri i quali sono destinati a variare di paese in paese anche all'interno dello stesso spazio giudiziario europeo, lo stesso dovendo rilevarsi del criterio del collegamento sufficiente con l'ordinamento del foro che la norma postula. La presenza di un collegamento sufficiente tra la fattispecie e il foro appare costituire un presupposto della stessa situazione di necessità, non comprendendosi altrimenti a che titolo la competenza giurisdizionale di un dato foro possa dirsi necessaria. Si vedano in proposito FRANZINA P., *op. cit.*, p. 1125; ROSSOLILLO G., *Forum necessitatis*, cit., p. 409 ss.

[34] Si rinvia anche a quanto osservato in proposito in MARONGIU BUONAIUTI F., *La disciplina della litispendenza nei rapporti tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 496 ss.

gole contenute in proposito nel regolamento n. 44/2001 e nel parallelo regolamento n. 2201/2003 ("Bruxelles-II *bis*")[35], e segue in proposito una prospettiva di apertura verso la disciplina di situazioni collegate con Stati terzi già rintracciabile nel regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari[36],

[35] Da notare che un'estensione della disciplina della competenza giurisdizionale contenuta nel regolamento n. 2201/2003 con riferimento a situazioni collegate con Stati terzi era stata prospettata nella proposta di revisione del regolamento con riferimento alla competenza giurisdizionale in materia matrimoniale e alla legge applicabile in materia, presentata dalla Commissione il 18 luglio 2006, doc. COM(2006) 399 def., su cui BONOMI A., *Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile* erga omnes, in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 2007, p. 313 ss., spec. p. 315 s. È noto come tale proposta sia stata successivamente accantonata, essendosi per il momento perseguita la diversa soluzione di adottare, in regime di cooperaziona rafforzata, un regolamento parallelo avente ad oggetto la sola disciplina della legge applicabile in materia di divorzio e separazione personale: si veda il regolamento n. 1259/2010, sul quale, tra gli altri, con riferimento alla relativa proposta, FIORINI A., *Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation - Enhanced Cooperation as the Way Forward?*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 1143 ss.; PEERS S., *Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation*, in *Eur. Constitutional Law Review*, 2010, p. 339 ss.; con riferimento al regolamento, FRANZINA P., *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, n. 2, p. 85 ss.; HAMMJE P., *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2011, p. 291 ss., spec. p. 298 ss.; NASCIMBENE B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011, p. 34 ss.; OTTAVIANO I., *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 113 ss.; VIARENGO I., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione personale e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 601 ss.; *Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, Commentario a cura di P. Franzina, in *Nuove leggi civili comm*., 2011, p. 1435 ss.

[36] Tale apertura nei confronti di situazioni collegate con Stati terzi può essere rintracciata segnatamente negli articoli 6 e 7 del regolamento n. 4/2009, i quali prevedono, rispettivamente, una competenza sussidiaria delle autorità giurisdizionali dello Stato membro di cittadinanza comune delle parti ove non sia applicabile alcuno dei criteri ordinariamente previsti del regolamento, e un *forum necessitatis*, ove non sia applicabile alcun criterio atto a fondare la giurisdizione dei giudici di uno Stato membro e un processo non possa essere ragionevolemtne intentato ovvero sia impossibile in uno Stato terzo con cui la controversia sia strettamente collegata, purché sussista un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita. Si vedano in proposito, tra gli altri, ANCEL B., MUIR WATT H., *Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2010, p. 457 ss., spec. p. 468; CASTELLANETA M., LEANDRO A., *Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Nuo-*

prospettiva la quale è funzionale anche ad una più ampia ed efficace prevenzione del contrasto tra giudicati[37].

Ciò nondimeno, la norma si presenta basata su di un apprezzamento discrezionale delle circostanze che, secondo quanto rilevato dalla stessa Corte di giustizia nella nota sentenza *Owusu*[38], è incompatibile con l'obiettivo di assicurare certezza e prevedibilità quanto alla determinazione della competenza giurisdizionale, il quale, come si è osservato, è strettamente funzionale ad un'effettiva tutela del diritto di accesso alla giustizia e del diritto alla parità delle armi tra i litiganti. In proposito, per quanto tra i presupposti della sospensione del processo espressamente indicati dalla norma figuri tanto la prevedibilità che il processo pendente innanzi al giudice dello Stato terzo si concluda in un tempo ragionevole con una decisione riconoscibile nello Stato membro del giudice adito, quanto, più generalmente, la necessarietà della sospensione per una corretta amministrazione della giustizia[39], meno soddisfacenti appaiono le

ve leggi civ. comm., 2009, p. 1051 ss., spec. p. 1067, 1073 ss.; VILLATA F. C., *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 731 ss., spec. p. 752 ss.

[37] In ordine al rapporto funzionale tra disciplina della litispendenza e prevenzione del contrasto tra giudicati, obiettivo che, evidentemente, può essere perseguito in maniera tanto più efficace quanto più ampio sia l'ambito di applicazione della disciplina in materia, ci si permette di rinviare a MARONGIU BUONAIUTI F., *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 31 ss.

[38] Corte di giustizia CE, sent. 1° marzo 2005, in causa C-281/02, cit., punti 37 ss. della motivazione.

[39] Si vedano in proposito le osservazioni di WEBER J., *Universal Jurisdiction and Third States*, cit., p. 636 s., il quale osserva che nel requisito in questione difficilmente potrebbe essere vista una recezione della dottrina del *forum non conveniens*, la quale, se già ha trovato un'accoglienza molto limitata per quanto attiene ai rapporti tra giudici di paesi membri diversi, segnatamente nell'art. 15 del regolamento n. 2201/2003, difficilmente si presterebbe ad essere recepita per regolare i rapporti con giudici di paesi terzi, dovendosi piuttosto ritenere che la conformità alle esigenze di una corretta amministrazione della giustizia sia proprio da intravedere nel rispetto dei requisiti che la norma dell'art. 34 della proposta di revisione autonomamente pone, con particolare riferimento alla priorità temporale del giudizio pendente innanzi ai giudici del paese terzo ed alla prognosi di riconoscibilità della decisione che questi emaneranno. La problematicità insita nell'inserimento nel sistema del regolamento di un meccanismo formulato in termini così ampiamente discrezionali era stata sottolineata anche in MARONGIU BUONAIUTI F., *La disciplina della litispendenza nei rapporti tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi*, cit., p. 499 ss., con riferimento anche alle inevitabili ricadute del meccanismo sul piano del coordinamento tra sistemi di diritto internazionale privato, dato che, tendenzialmente, i giudici dello Stato terzo innanzi al quale pende il processo parallelo decideranno sulla lite in base alla legge indicata come applicabile dalle proprie regole di diritto internazionale privato, le quali non necessariamente coincideranno con quelle proprie degli Stati membri, ormai destinate ad una sempre più estesa unificazione. Si vedano con riferimento a queste ricadute sistematiche dell'operare del meccanismo della litispendenza internazionale, tra gli altri, PICONE P., *Les méthodes de coordination entre*

garanzie alle quali è subordinato l'obbligo di declinatoria previsto dal paragrafo 4 della disposizione in esame.

Quest'ultima parte della norma, nel prevedere che il giudice adito debba, ad istanza di una delle parti o d'ufficio, rigettare la domanda nel momento in cui il processo nello Stato terzo si sia concluso con una sentenza esecutiva in quello Stato ovvero riconoscibile nello Stato membro del giudice adito, appare evidentemente pregiudicare il diritto alla tutela giurisdizionale nel considerare sufficiente la mera esecutività della decisione nel paese d'origine al fine del rigetto della domanda. Appare infatti evidente che, ove la decisione resa dal giudice dello Stato terzo, benché esecutiva in tale paese, si riveli poi non riconoscibile nello Stato membro il cui giudice era stato adito, la decisione di quest'ultimo di rigettare la domanda in base alla norma come formulata nella proposta porrebbe a carico dell'attore l'onere di dover presentare una nuova domanda, vanificando l'attività processuale fino a quel momento compiuta ed esponendo l'attore al rischio che la nuova domanda possa rivelarsi improcedibile per intervenuta prescrizione o decadenza[40].

ordres juridiques en droit international privé, in *Recueil des cours*, 1999, vol. 276, p. 9 ss., spec. p. 259 s.; NUYTS A., *L'exception de* forum non conveniens*,* cit., p. 850 ss.; ci si permette di rinviare anche a MARONGIU BUONAIUTI F., *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 44 ss.

[40] Si rimanda in proposito a quanto osservato in MARONGIU BUONAIUTI F., *La disciplina della litispendenza*, cit., p. 501 ss., con specifico riferimento all'eventuale preclusione della riproposizione della domanda in un nuovo processo che potrebbe derivare, in concreto, dall'operare di regole di prescrizione o di decadenza, ovvero dal formarsi del giudicato c.d. esterno sulla pronuncia con la quale il giudice abbia declinato la propria giurisdizione in applicazione della norma in esame. Si è osservato in quella sede che l'applicazione di regole proprie del diritto interno di ciascuno Stato membro non può, in base al principio dell'effetto utile affermato con riferimento alla materia considerata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 15 maggio 1990, in causa C-365/88, *Hagen*, in *Raccolta*, 1990, p. I-1845 ss., punto 20 della motivazione, pregiudicare il perseguimento degli obiettivi della disciplina contenuta nel regolamento. Per di più, per quanto specificamente riguarda la questione ampiamente dibattuta nel nostro ordinamento dell'idoneità della pronuncia sulla giurisdizione all'effetto di giudicato esterno o "panprocessuale", una pronuncia relativamente recente della Cassazione, sez. un. civ., sent. 17 luglio 2008, n. 19600, *Ministero Affari esteri c. Immobiliare Villa ai Pini s.r.l. e Repubblica federale di Cina*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 596 ss., nota VILLATA S. A., *Efficacia «panprocessuale» della pronuncia implicita sulla giurisdizione contenuta in sentenza di merito passata in giudicato?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1032 ss., ha condivisibilmente escluso tale effetto, in base al principio per cui la giurisdizione deve valutarsi con riferimento ai presupposti esistenti al momento della presentazione della domanda giudiziale (c. d. *perpetuatio iurisdictionis*), presupposti i quali sono suscettibili di mutare nel tempo e necessitano di essre quindi nuovamente esaminati in caso di riproposizione della domanda in un nuovo processo.

*7. Compatibilità della soppressione dell'*exequatur *con le garanzie processuali fondamentali*

Un diverso ordine di considerazioni è suscitato dalle rilevanti modifiche apportate dalla proposta alla disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni rese negli altri Stati membri. La principale innovazione in quest'ambito consiste – salvo per quanto riguarda le decisioni in materia di violazione della *privacy* e dei diritti della personalità, inclusa la diffamazione e quelle relative ad azioni risarcitorie collettive, che rimangono assoggettate al regime vigente[41] – nella soppressione dell'*exequatur* e nella sua sostituzione con un controllo operato, tendenzialmente, dal giudice d'origine, sul modello sinora introdotto in relazione ad una categoria alquanto limitata di decisioni emesse in presenza di particolari presupposti per effetto del regolamento n. 805/2004 relativo al titolo esecutivo europeo[42].

[41] Si veda l'art. 37 della proposta, doc. COM(2010) 748, cit., in base al quale la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzuione delle decisioni straniere è articolata in due sezioni distinte, la prima recante la nuova disciplina che comporta l'esclusione della procedura di *exequatur*, e la seconda che invece la mantiene relativamente alle decisioni relative ad obbligazioni extracontrattuali che derivano da violazione della vita privata e dei diritti della personalità, compresa la diffamazione ed alle decisioni emesse relativamente a procedimenti che riguardano il risarcimento dei danni causati da pratiche commerciali illecite a una pluralità di soggetti lesi, e che siano promossi da un ente statale, ovvero da un'associazione rappresentativa di interessi collettivi ovvero ancora da un gruppo di più di dodici persone. Si veda in proposito la relazione di accompagnamento della proposta, ivi, p. 6 ss. e la valutazione d'impatto, doc. SEC(2010) 1547 def., cit., p. 11 ss.; in dottrina, tra gli altri, CUNIBERTI G., RUEDA I., *Abolition of* Exequatur. *Addressing the Commission's Concerns*, in *RabelsZ.*, 2011, p. 286 ss.; FERACI O., *L'abolizione dell'*exequatur *nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 832 ss.; HESS B., *Die Reform der EuGVVO und die Zukunft des Europäischen Zivilprozessrechts*, in *IPRax*, 2011, p. 125 ss., spec. p. 128 s.; WAGNER R., *Beibehaltung oder Abscahffung des Vollstreckbarerklärungsverfahrens in der EuGVVO?*, in *Recht der int. Wirtschaft*, 2011, p. 44 ss., spec. p. 46 ss.

[42] Si vedano in proposito, tra gli altri, D'AVOUT L., *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2006, p. 1 ss.; FUMAGALLI L., *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 23 ss.; PÉROZ H., *Le règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées*, in *Journal du droit int.*, 2005, p. 637 ss.; con specifico riferimento ai problemi che il meccanismo sostitutivo dell'*exequatur* previsto dal regolamento è suscettibile di creare sotto il profilo della tutela dei diritti processuali delle parti, ROMITO A. M., *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 119 ss.; SALERNO F., *Garanzie processuali*, in *Diritto internazionale privato*, a cura di R. Baratta, Dizionari del diritto privato promossi da N. Irti, Milano, 2010, p. 189 ss., spec. p. 196 ss. Da notare che un meccanismo simile è stato successivamente

In base alla disciplina contenuta nella proposta, i motivi di esclusione del riconoscimento ovvero dell'esecutività attinenti alla regolarità dell'instaurazione del contraddittorio dovranno essere fatti valere innanzi al giudice che ha emesso la decisione e a condizione che non potessero essere fatti valere in sede d'impugnazione[43], mentre altri motivi attinenti alla conformità del procedimento ai principi del giusto processo dovranno essere fatti valere innanzi ai giudici dello Stato membro del riconoscimento o dell'esecuzione[44], analogamente al motivo attinente al-

previsto anche dal regolamento n. 1896/2006, istitutivo di una procedura europea d'ingiunzione di pagamento, e dal regolamento n. 861/2007, istitutivo di un procedimento europeo per le controversie di modesta entità.

[43] Questa condizione è mutuata dalla disciplina contenuta nell'art, 34, par. 2 del regolamento n. 44/2001 ed è volta a sottolineare il carattere eccezionale e meramente residuale del procedimento di opposizione alla dichiarazione di esecutività come previsto dal regolamento, ad esso dovendosi fare ricorso solamente nei casi in cui il vizio procedurale lamentato con riferimento alle modalità introduttive del procedimento non possa essere sanato nell'ambito del procedimento d'origine. In merito ai presupposti della condizione in questione si veda Corte di giustizia CE, sent. 14 dicembre 2006, in causa C-283/05, *ASML Netherlands BV*, in *Raccolta*, 2006, p. I-12041 ss., spec. punti 32 ss. della motivazione. Si veda anche nel senso dell'eccezionalità del ricorso al motivo di esclusione del riconoscimento costituito dalla contrarietà all'ordine pubblico per sanzionare altre carenze procedurali del giudizio che ha portato alla decisione da riconoscere, ad esso potendosi ricorrere solo ove tali carenze non abbiano potuto essere sanate nell'ordinamento d'origine, Corte di giustizia CE, sent. 28 marzo 2000, in causa C-7/98, *Krombach*, in *Raccolta*, 2000, p. I-1935 ss., spec. punto 44 della motivazione. Si vedano, con riferimento a tale sentenza e al contributo che essa ha dato alla ricostruzione di un nucleo di garanzie procedurali da considerarsi parte integrante di un ordine pubblico procedurale comunitario (si vedano in particolare i punti 24 ss. della motivazione), BIAGIONI G., *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 723 ss.; NASCIMBENE B., *Riconoscimento di sentenza straniera e «ordine pubblico europeo»*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 659 ss.; più recentemente, in un'ottica di raffronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 6 della Convenzione, LOPES PEGNA O., *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 33 ss., spec. p. 46 ss.; TUO C., *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 923 ss., spec. p. 931 ss.

[44] In particolare, l'art. 45 della proposta prevede che il convenuto che sia rimasto contumace possa richiedere al giudice dello Stato membro d'origine il riesame della decisione se la domanda giudiziale o atto equivalente non gli siano stati notificati in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese, ovvero se per causa di forza maggiore od altra circostanza a lui non imputabile non abbia avuto la possibilità di contestare le avverse pretese, salvi i casi in cui, pur avendone avuta la possibilità, non abbia impugnato la decisione. In base all'art. 46, negli altri casi una delle parti potrà richiedere invece al giudice dello Stato membro dell'esecuzione di negare il riconoscimento o l'esecuzione ove siano violati i principi fondamentali del diritto a un giudice imparziale. Come indicato nel considerando n. 24 del preambolo della proposta, il riferimento ai principi in questione deve intendersi alla stregua di un rinvio implicito all'art. 47 della

l'eventuale contrasto con altra decisione emessa in tale Stato, ovvero in un altro paese membro o in uno Stato terzo che sia riconoscibile nello Stato membro considerato[45].

La distinzione che la proposta introduce tra motivi di esclusione del riconoscimento ovvero dell'esecutività da farsi valere innanzi ai giudici dello Stato membro d'origine e motivi da farsi valere innanzi a quelli dello Stato membro dell'esecuzione da una parte riflette la natura dell'oggetto del sindacato da compiersi. Il primo, evidentemente, è relativo al rispetto delle specifiche norme processuali dello Stato membro d'origine; il secondo, invece, attiene al rispetto di più generali principi di equità procedurale quali sarebbero garantiti nello Stato membro dell'esecuzione, oltreché alla valutazione di una circostanza, il contrasto di giudicati, suscettibile di manifestarsi esclusivamente all'interno di quell'ordinamento. Dall'altra, la soluzione prospettata nella proposta appare esporre la parte contro la quale la sentenza straniera sia invocata all'onere di dover esperire procedimenti paralleli in paesi membri diversi ove, per ipotesi, dovesse ravvisare la sussistenza nella decisione di vizi di natura diversa[46].

Carta europea dei diritti fondamentali. Si veda in proposito la relazione di accompagnamento della proposta, cit., punto 3.1.1, p. 6 e la valutazione d'impatto, cit., punto 2.1.5.3., p. 18 s., nella quale si evidenza, sotto lo specifico profilo della tutela dei diritti processuali delle parti, che la soluzione prospettata verrebbe accompagnata da idonee garanzie, le quali sarebbero da considerarsi sostanzialmente corrispondenti a quelle attualmente offerte dal meccanismo di *exequatur* previsto dal regolamento.

[45] Si veda in proposito l'art. 43 della proposta, che è sostanzialmente riproduttivo dei motivi di esclusione del riconoscimento di cui all'art. 34, nn. 3 e 4 del regolamento n. 44/2001, come osservato da FERACI O., *L'abolizione dell'*exequatur, cit., p. 837 s.

[46] Si vedano in proposito le osservazioni di CUNIBERTI G., RUEDA I., *Abolition of* Exequatur, cit., p. 313 ss., ove gli autori osservano che il riferimento contenuto nella proposta ai principi fondamentali inerenti al diritto al giusto processo da una parte deve essere valutato positivamente, in quanto va al di là dell'approccio adottato nel regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo, il quale si basava su di un concetto in qualche misura meno soddisfacente di garanzie processuali minime, dall'altra si può presentare riduttivo, in quanto potrebbe leggersi nel senso di escludere motivi di rifiuto del riconoscimento relativi alla tutela di altri diritti fondamentali, i quali avrebbero potuto ricevere protezione attraverso una più generale clausola di ordine pubblico (si veda a quest'ultimo riguardo *infra*, par. 8); FERACI O., *L'abolizione dell'*exequatur, cit., p. 840 s., la quale evidenzia in modo particolare le criticità della procedura di riesame della decisione da parte del giudice d'origine prevista dall'art. 45, in quanto sostanzialmente conferisce al convenuto contumace un mezzo che si aggiunge ai rimedi autonomamente previsti dal diritto interno e che può portare ad effetti caducatori della decisione; HESS B., *Die Reform der EuGVVO*, cit., p. 128 s., il quale osserva che i principi in questione debbano intendersi come aventi portata comunitaria, avuto riguardo alla loro previsione nell'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali; inoltre, il meccanismo di cui all'art. 46 della proposta deve intendersi come avente carattere meramente residuale, dovendo, nell'economia della proposta, accentrare tendenzialmente la revisione della sen-

8. Compatibilità con la protezione dei diritti fondamentali della soppressione del controllo di conformità all'ordine pubblico dello Stato del riconoscimento

Oltre a ciò, la proposta introduce un'innovazione di sensibile momento sul piano dei rapporti tra gli ordinamenti degli Stati membri escludendo il controllo da parte dei giudici del paese membro del riconoscimento della compatibilità della decisione straniera con l'ordine pubblico sostanziale del foro.

Questa innovazione porta alle estreme conseguenze la progressiva attenuazione dell'incidenza di tale motivo tradizionale di rifiuto del riconoscimento che già era resa evidente nel regolamento dalla limitazione dell'esclusione del riconoscimento ai casi di manifesta contrarietà[47] e che è andata di pari passo con l'affermazione da parte della Corte di giustizia della propria competenza a controllare i limiti nei quali singoli Stati membri possono ricorrere a tale motivo per escludere il riconoscimento delle decisioni emesse negli altri paesi membri, avvicinandosi ad individuare un nucleo comune di principi suscettibili di configurare una nozione di ordine pubblico comunitario[48].

tenza da parte del giudice del paese d'origine. Si vedano anche le osservazioni di alcuni studiosi raccolte dal Parlamento europeo in merito alla proposta, tra cui DICKINSON A., doc. PE 453.200 EN, cit. (nota 25), p. 6 ss., spec. p. 8 ss.; MUIR WATT H., doc. PE 453.199 EN, cit., p. 8 s.s; HORN F., doc. PE 453.202, cit., p. 11 ss.; LAYTON A., doc. PE 453.203 EN, cit., p. 6 ss.; NIBOYET M.-L., doc. PE 453.204 FR, cit., p. 8 ss., spec. p. 10 ss.; PRETELLI I., doc. 453.205 ss., p. 12 ss.,spec. p. 13 s.

[47] Si veda l'art. 34, n. 1 del regolamento n. 44/2001. In ordine alla valenza limitativa della precisazione apportata dal regolamento alla precedente formulazione del corrispondente motivo di esclusione del riconoscimento contenuto nella Convenzione di Bruxelles del 1968, si vedano, tra gli altri, BIAGIONI G., *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico*, cit., p. 723 s.; CARBONE S. M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, V ed., Torino, 2006, p. 264 ss.; SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, III ed., Padova, 2006, p. 330 ss. Questi ultimi rilevano come già con riferimento alla Convenzione la Corte di giustizia, nella sentenza del 4 febbraio 1988, in causa 145/86, *Hoffmann*, in *Raccolta*, 1988, p. 645 ss., punto 21 della motivazione, avesse evidenziato il carattere eccezionale del ricorso all'ordine pubblico come motivo di esclusione del riconoscimento.

[48] Si vedano in proposito, sul piano dell'ordine pubblico processuale, la già citata sentenza della Corte di giustizia del sent. 28 marzo 2000, in causa C-7/98, *Krombach*, cit., punti 24 ss. della motivazione; sul piano dell'ordine pubblico sostanziale, le sentenze del 1° giugno 1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd.*, in *Raccolta*, 1999, p. I-3055 ss., spec. punti 36 ss. della motivazione, in cui la Corte ha indicato le norme contenute nel Trattato CE a tutela della libera concorrenza come rientranti nei principi di ordine pubblico fatti propri dagli Stati membri, e dell'11 maggio 2000, in causa C-38/98, *Renault*, in *Raccolta*, 2000, p. I-2973 ss., punti 30 ss. della motivazione, in cui la Corte realizza una sostanziale equiparazione delle norme del diritto comunitario, con specifico

L'innovazione prospettata, nondimeno, solleva la preoccupazione che essa possa comportare il rischio di un pregiudizio per altri diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta ovvero dalla Convenzione europea, ove la sentenza da riconoscere violasse in concreto tali diritti[49]. Nella ricordata valutazione d'impatto della proposta[50] tale rischio viene sostanzialmente dato per escluso, alla luce della decisione di mantenere la procedura tradizionale di *exequatur* – che continua a contemplare il motivo di rifiuto in esame[51] – per le decisioni ricadenti nell'ambito più sensibile dei diritti della personalità nonché per le azioni risarcitorie collettive, materia relativamente alla quale ancora non si riscontra un sufficiente grado di omogeneità tra gli ordinamenti degli Stati membri[52]. Appare

riferimento alle regole sulla libertà di circolazione delle merci, a quelle del diritto interno in quanto fonti dalle quali dovranno desumersi i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico del foro, in presenza di una violazione dei quali soltanto il limite dell'ordine pubblico è suscettibile di operare. In senso ugualmente restrittivo, ammettendo l'operare dell'ordine pubblico solo in presenza di una violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico dello Stato del foro, sent. 28 aprile 2009, in causa C-420/07, *Apostolides*, in *Raccolta*, 2009, p. I-3571 ss., punti 55 ss. della motivazione. Si veda anche la sentenza del 2 aprile 2009, in causa C-394/07, *Gambazzi*, in *Raccolta*, 2009, p. I-2563 ss., spec. punti 26 ss. della motivazione, in cui la Corte di giustizia, con riferimento nuovamente a profili di ordine pubblico processuale, pur ribadendo quanto già affermato nella sentenza *Krombach* sopra richiamata, nondimeno è parsa adottare un approccio più restrittivo al riguardo, imponendo al giudice *a quo* un'opera di bilanciamento tra il rispetto di tali diritti e le esigenze di efficiente funzionamento della giustizia che, nella specie, avrebbero potuto giustificare la restrizione del diritto al contraddittorio. Si vedano in proposito, tra gli altri, CUNIBERTI G., RUEDA I., *Abolition of* Exequatur, cit., p. 295 s.; LOPES PEGNA O., *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea*, cit., p. 47 ss.; TUO C., *La nozione di ordine pubblico processuale*, cit., p. 934 ss.; WINKLER M.M., *The Empire Strikes Back. Diritto processuale inglese e ordine pubblico europeo a margine della vicenda*, Gambazzi – Stalzenberg, in *Dir. del Comm. Int*., 2011, p. 703 ss.

[49] Preoccupazioni in questo senso sono state espresse in particolare da CUNIBERTI G., RUEDA I., *op. cit.*, p. 313 s.

[50] Doc. SEC(2010) 1547 def., cit., punto 2.1.3, *sub* Policy Option 4, p. 15 s.

[51] Si veda l'art. 48, n. 1 della proposta e il considerando n. 27 del preambolo della stessa, in cui è fatto specifico riferimento all'esigenza di garantire i diritti fondamentali affernati nella Carta europea dei diritti fondamentali, con particolare riferimento, oltre ai diritti processuali oggetto dell'art. 47 della Carta, ad alcuni diritti di carattere sostanziale, tra cui il diritto alla libertà di espressione ed informazione, contemplato dall'art. 11, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 7, e il diritto dei lavoratori, dei datori di lavoro e delle rispettive organizzazioni rappresentative di agire collettivamente per la tutela dei loro interessi, oggetto dell'art. 28, diritti i quali specificamente ineriscono alle materie relativamente alle quali la procedura di *exequatur* viene ad essere mantenuta.

[52] Si veda in proposito la relazione di accompagnamento della proposta, cit., punto 3.1.1, p. 7 s.

tuttavia audace escludere *a priori* che il problema possa presentarsi in altri ambiti non ricadenti nelle eccezioni contemplate[53].

[53] Critiche alla generalizzata esclusione del ricorso all'ordine pubblico come motivo di esclusione del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni rese negli altri Stati membri, eccettuate quelle rientranti nelle materie che rimangono soggette all'ordinaria procedura di *exequatur,* sono rivolte dalla gran parte della dottrina che si è sinora espressa al riguardo: tra gli altri, BEAUMONT P., JOHNSTON E., *Can* Exequatur *be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?*, in *Journal of Private Int. Law*, 2010, p. 249 ss., spec. p. 263 s., ove gli A. rilevano che il mantenimento del limite dell'ordine pubblico in sede di *exequatur* trova giustificazione anche in quelle materie in cui i giudici dei diversi Stati membri applicano regole di conflitto uniformi, come in materia di obbligazioni, dato che i regolamenti che prevedono tali regole fanno sempre salva l'eccezione dell'ordine pubblico; p. 276 ss., ove osservano che una clausola che salvaguardasse unicamente i diritti umani fondamentali non potrebbe sostituire appieno il meccanismo dell'ordine pubblico, che le stesse disposizioni del Trattato di Lisbona relative alle libertà fondamentali fanno salve; CUNIBERTI G., RUEDA I., *op. cit.*, p. 313 s., i quali rilevano come la proposta non giustifichi la limitazione dell'esclusione del riconoscimento ai soli motivi di carattere procedurale, per quanto la prassi riveli la scarsa frequenza di casi di rifiuto del riconoscimento per motivi di carattere sostanziale; FERACI O., *L'abolizione dell'*exequatur, cit., p. 841 ss., ove l'A. osserva che se tale esclusione può essere funzionale ad una piena attuazione dell'integrazione economica, nondimeno questa non può andare disgiunta dalla tutela di valori differenti e che la stessa Corte di giustizia ritenga superiori, i quali si prestano ad essere tutelati dal mantenimento del limite dell'ordine pubblico; SCHLOSSER P., *The Abolition of* Exequatur *Proceedings – Including Public Policy Review?*, in *IPRax*, 2010, p. 101 ss., spec. p. 104, il quale osserva come il mantenimento dell'ordine pubblico come motivo di esclusione del riconoscimento si giustifica non tanto nell'ottica di una gelosa difesa di carateristiche peculiari dei singoli ordinamenti giuridici, quanto piuttosto quale incentivo all'adesione ad una nozione internazionalmente condivisa di ordine pubblico.

TERZA SESSIONE

DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA E DIRITTI UMANIA

INTRODUZIONE AL PANEL SU DIRITTO INTERNAZIONALE ECONOMICO E DIRITTI UMANI

di
Nerina BOSCHIERO·

Il Panel che presiediamo è dedicato al tema molto complesso dell'interazione tra diritto del commercio internazionale e diritti umani, da anni al centro di una vastissima quanto interessante letteratura giuridica, la cui profondità e sofisticazione molto deve anche al fondamentale contributo di pensiero dato dai Relatori oggi invitati a discutere questo tema.

Il cuore di questa letteratura, e anche ciò che ha generato e stimolato l'interessante dibattito tra studiosi, è rappresentato dai numerosi studi condotti sotto l'egida delle Nazioni Unite dal Consiglio economico e sociale e dagli organi sussidiari creati in seno all'Organizzazione allo scopo precipuo di promuovere e incoraggiare la protezione dei diritti umani (in particolare, la Commissione per i diritti umani (ora Consiglio) e l'Alto Commissario per i diritti umani). Alla fine degli anni 90 del secolo scorso questi Organismi hanno iniziato ad esaminare in dettaglio gli effetti esplicati della globalizzazione sul rispetto e godimento dei diritti umani fondamentali, avviando un fondamentale programma di studi dal titolo *Globalization and its impact on full enjoyment of all human rights* (cfr. la Risoluzione della Commissione dei diritti umani, *Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights*, E/CN/4/RES/1999/59, del 28 aprile 1999 e la Risoluzione dell'Assemblea generale sullo stesso tema, A/RES/54/165, del 17 dicembre 1999). Programma resosi necessario come risposta all'attenzione dedicata a questo problema da alcune importanti Conferenze internazionali organizzate dalle stesse Nazioni Unite (come la Conferenza internazionale del Cairo sulla popolazione e lo sviluppo del 1994, e la quarta Conferenza sulle donne di Pechino del 1995), sia in ragione delle crescenti pressioni della Società civile e di numerose campagne condotte da varie Organizzazioni non governative volte a riportare il diritto del commercio internazionale al centro della moderna agenda dei diritti umani; ci riferiamo in particolare alle proteste che hanno accompagnato le negoziazioni dell'Accordo multilaterale sugli investimenti (MAI)

· Professore ordinario di diritto del commercio internazionale, Università di Milano.

in seno all'OECD, determinandone in parte il fallimento, successivamente sfociate nelle grandi contestazioni delle Conferenze Ministeriali dell'OMC a Ginevra nel 1998 e Seattle nel 1999.

Il mandato di studio affidato dalla Commissione dei diritti umani agli *Special Rapporteurs* consisteva, oltre che nell'individuare le possibili interazioni tra i due settori, soprattutto nel proporre "ways and means by which the primacy of human rights norms and standards could be better reflected in, and could better inform, international and regional trade, investments and financial policies, agreements and practices" (Risoluzione 1998/12, *Human rights as the primary objective of trade, investment and financial policy*, 20 agosto 1998, par. 4.). Il primo risultato di questo programma è rappresentato da un Rapporto del 2003 (E/CN.4/sub.2/2003/14, 25 giugno 2003) a firma dei Rapporteurs Oloka-Onyango and Deepika Udagama, fortemente critico nei confronti delle Istituzioni economiche internazionali (OMC, Fondo monetario, Banca mondiale) che si chiude con un annesso intitolato significativamente *Towards a restatement of the human rights obligations of the principal actors in the globalization process: a proposal*. Un contributo fondamentale al dibattito è venuto anche dall'Alto Commissario per i diritti umani che ha pubblicato, a partire dal 2001, una serie di Rapporti che analizzano nel dettaglio l'impatto sui diritti umani della normativa OMC nei vari settori coperti dal sistema, ossia l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS), l'Accordo generale sugli scambi dei servizi (GATS), gli investimenti, la liberalizzazione dell'agricoltura, il principio di non discriminazione nel contesto della globalizzazione, ed infine le eccezioni generali della normativa OMC (a protezione della morale pubblica, della vita e della salute e dell'ordine pubblico) come ulteriore meccanismo a disposizione per la protezione dei diritti umani nel sistema di soluzione delle controversie dell'OMC (*The impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights*, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 giugno 2001; *Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights,* E/CN.4/2002/54, 15 gennaio 2002; *Liberalization of trade in services and human rights*, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 giugno 2002; *Human rights, trade and investment*, E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 luglio 2003; *An analytical study on the fundamental principle of non-discrimination in the context of globalization*, E/CN.4/2004/40, 15 gennaio 2004; *Analytical study of the HCHR on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization*, E/CN.4/2005/41, 23 dicembre 2004; *Human Rights and World Trade Agreements: Using general exceptions clauses to protect human rights*, New York, Geneva, UN 2005, *http://www.ohchr.org/ Do-*

cuments/Publications/WTOen.pdf.). Non meno influenti e significativi per il dibattito si sono rivelati i contributi offerti da altri organismi delle Nazioni Unite: si segnalano in particolare i lavori del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali su alcuni diritti umani fondamentali come il diritto al cibo, all'educazione, all'acqua, alla salute e allo sviluppo (*General Comments on the right to adequate food*, E/C.12/1999/5, 12 maggio 1999; *General Comments on the right to education*, E/C.12/1999/10, 8 dicembre 1999; *General Comments on the right to the highest attainable standard of health*, E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000); *General Comments on the right to water*, E/C.12/2002/11, 20 gennaio 2003; *The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health - Mission to the World Trade Organization*, Report of the Special Rapporteur Paul Hunt, E/CN.4/2004/49/Add.1, 1 marzo 2004; *Mainstreaming the Right to Development into International Trade Law and Policy at the World Trade Organization (Study by Robert Howse),* E/CN.4/Sub.2/2004/17, 9 giugno 2004).

A fronte di un'attività di ricerca così ricca e stimolante condotta dagli organismi delle Nazioni Unite colpisce, in negativo, la persistente riluttanza dell'Organizzazione mondiale del commercio ad aprirsi al dibattito sul tema della relazione tra commercio e diritti umani. Il problema è stato affrontato per la prima volta in seno all'OMC nel 2004, nel Rapporto dal titolo *The Future of the WTO. Addressing Institutional Challenges in the New Millennium* (WTO ed., Geneva, 2004, *http://www.wto.org/english/thewto_e/10anniv_e/future_wto_e.htm*).

Nel capitolo I, dedicato alla globalizzazione e l'OMC, il Rapporto contiene una apposita sezione (A. *Globalization- responding to the critics*) dedicata alle maggiori critiche formulate nei confronti del sistema multilaterale, in particolare con riguardo alla sua incidenza sul godimento dei diritti umani fondamentali, sugli interessi corporativi prevalenti, sulla povertà, sui *labour standards*, sulla protezione dell'ambiente; la sintetica analisi condotta sui vari aspetti ha portato il Consultative Board a concludere in merito nel senso che "the process of globalization and the role played by the WTO are widely misunderstood and seriously misrepresented. While the WTO represents the most dramatic advance in multilateralism since the 1940s, too many constituencies understand neither its benefits nor its limitations". Simili conclusioni, unite alla posizione assunta nei riguardi dei diritti dei lavoratori nella Dichiarazione Ministeriale di Singapore del 1996, ai sensi della quale "The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards" (par. 4), lasciano chiaramente intendere che l'OMC si concepisce come un'Organizzazione *sui generis*, il cui mandato consiste nell' inaugurare "a

new era of global economic cooperation" e dalla cui competenza "funzionale" esulano i diritti umani. Impressiona in particolare la precisazione inserita nel Rapporto per la quale "the creation and interpretation of WTO rules should be preserved from undue external interference" (in senso fortemente critico sul Rapporto in questione cfr. PAUWELYN, *The Sutherland Report: a missed opportunity for genuine debate on trade, globalization and reforming the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2005, 329–346). Come lucidamente sottolineato dalla Commissione dei diritti umani nell'importante studio dedicato al diritto allo sviluppo, la posizione dell'OMC sui *non-trade concerns* appare dominata da una "watertight compartments" view: "human rights impacts of trade laws and policies are something to be addressed outside the WTO - "we" do the "trade", they do the "human rights". Interpretations of trade rules are owned by the trade people; so whatever might be done to deal with the human rights impacts of trade law and policies doesn't mean changing or affecting those policies, but instead a different unconnected set of policies, which in any case must not threaten the meanings of trade law and policy developed by the trade people" (*Mainstreaming the Right to Development into International Trade Law and Policy at the World Trade Organization,* cit., par. 20). Nemmeno risulta un mutamento di attitudine dell'OMC dopo il rapporto del 2004: navigando nel sito dell'Organizzazione, la ricerca delle parole chiave "trade and human rights", produce come unici risultati *speeches* del Direttore Generale Pascal Lamy (vedi ad esempio: *Trade and human rights go hand in hand,* 26 settembre 2010) e dibattiti con gli *UN Special Human Rights Rapporteurs*, il più recente dei quali nel 2009 con il *Rapporteur* prof. Oliver De Schutter sul diritto al cibo (*http://www.wto.org/english/news_e/news09_e/ag_02jul09_e.htm)*; rapporto molto contestato in seno all'OMC.

Il lavoro svolto dalle Nazioni Unite e dalle Organizzazioni non governative più attive in questo settore (*3D (Trade, Human Rights, Equitable Economy); ESCR-Net network; Amnesty International; The International Federation for Human Rights (FIDH); Oxfam; Institute for Agriculture and Trade Policy (IATP); Trade Law Centre for Southern Africa (TRALAC), Third World Network*) ha invece stimolato un vastissimo, quanto sofisticato, dibattito accademico, di cui non è ovviamente possibile dare compiutamente conto in questa introduzione: limitandoci pertanto alle pubblicazioni e agli eventi più significativi che hanno influenzato in modo determinante il dibattito sul rapporto tra commercio internazionale, globalizzazione e diritti umani, segnaliamo le tre conferenze internazionali organizzate dal 2002 al 2004 dall'*American Society of International Law*, in collaborazione con il Georgetown University Law Center, il Max

Planck-Institute for International Law di Heidelberg e il World Trade Institute di Berna, i cui atti sono stati pubblicati in due importanti volumi collettanei (COTTIER, BÜRGI, PAUWELYN (eds.), *Human Rights and International Trade,* Oxford University Press, 2005; ABBOTT, BREINING-KAUFMAN, COTTIER (eds.), *International Trade and Human Rights: Foundations and Conceptual Issues, ,* Oxford University Press, 2006). Altrettanto influente e determinante è stato lo scambio di vedute sul tema intercorso tra *leading scholars*, ospitato sulle pagine dell'*European Journal of International Law* (ci riferiamo in particolare ai contributi del prof. PETERSMANN, *Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration*, in *EJIL* 2002, 621; alla risposta critica del prof. ALSTON*, Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann*, *ibidem*, 815; nonché alla controreplica di PETERSMANN, *Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston*, *ibidem*, 845; sul punto vedi anche HOWSE, *Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann*, *ibidem*, 651).

Secondo il Prof. Petersmann, che oggi ci illustrerà la sua idea, i diritti umani e la regolamentazione internazionale del commercio possono e debbono essere "collegati" in termini di "teoria costituzionale"; basandosi sull'esperienza europea, in particolare sulla stretta interazione tra diritti economici e diritti umani sancita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dai Trattati dell'Unione, che attribuiscono un fondamento costituzionale alle "market freedoms", Petersmann ritiene che le libertà economiche fondamentali che proteggono il principio di non-discriminazione, la concorrenza e la giustizia sociale, rappresentino lo strumento più potente (un sorta di precondizione) per la realizzazione dei diritti umani. In altre parole, le libertà economiche fondamentali si aggiungerebbero ai diritti economico-sociali individuati negli strumenti delle Nazioni Unite, e dovrebbero essere protette al pari degli altri diritti fondamentali e costituzionali. Il prof. Petersmann auspica pertanto un processo di "costituzionalizzazione" transnazionale, necessario per instaurare una *governance* multilivello basata sul superamento dell'attuale modello stato-centrico proprio del diritto internazionale e del diritto del commercio internazionale, che attribuisca ai cittadini e agli attori economici privati lo status giuridico di "soggetti"; solo una *multilevel economic, environmental, and human rights governance* consentirebbe di operare il necessario contemperamento tra politiche e diritti potenzialmente configgenti, offrendo protezione giuridica ai diritti "individuali" dei singoli, come avviene nel sistema europeo (PE-

TERSMANN, *Human Rights, Markets and Economic Welfare: Constitutional Functions of the Emerging UN Human Rights Constitution*, in ABBOT, BREINING-KAUFMANN, COTTIER (eds), *International Trade and Human Rights* cit, 29; ID., *Human Rights, International Economic law and "Constitutional Justice"*, in *EJIL*, 2008, 769). Per gli internazionalisti, esperti di diritti dell'uomo (Alston, Howse), la costruzione teorica del prof. Petersmann appare criticabile non solo per l'equazione tra diritti umani fondamentali e libertà economiche fondamentali, a loro avviso inaccettabile, ma anche in ragione del diverso ruolo svolto dai diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo rispetto a quello che gli stessi hanno negli ordinamenti costituzionali interni dei singoli Stati e nelle forme di integrazione regionale come quella europea. Si tratta di modelli "costituzionali" che, per quanto sia auspicabile possano fungere da guida per lo sviluppo del diritto internazionale, appaiono al momento incompatibili con il diritto positivo e la struttura dell'ordinamento internazionale. Inoltre, un'equazione tra diritti umani e libertà economiche fondamentali comporta per la dottrina in questione il rischio, che si intende scongiurare, di una sorta di "merger and acquisition" dei diritti umani da parte dell'OMC: da un lato c'è il problema di chiarire qual è l'organo giurisdizionale competente (nell'attuale panorama internazionale caratterizzato dalla frammentazione delle giurisdizioni) ad interpretare ed applicare gli standards di protezione dei diritti umani; dall'altro, c'è il timore di una loro "apprensione" da parte del potente sistema di soluzione delle controversie dell'OMC, supportato da efficienti strumenti di *enforcement*, che finirebbe per comportare la subordinazione dei valori non economici a quelli posti a tutela del libero commercio prevalenti in seno all'Organizzazione.

Quanto ai temi di indagine relativi al rapporto tra commercio internazionale e diritti umani, due in particolare sono da sempre al centro dell'interesse e del dibattito: le c.d. *trade-related human rights measures* come meccanismo di *enforcement* dei diritti umani fondamentali, e il problema dell'impatto del commercio internazionale sul lavoro e sulle condizioni di impiego. Con riguardo al primo tema, il problema non concerne ovviamente le sanzioni economiche decise dal Consiglio di sicurezza coperte dal par. 2, lett. c) dell'art. XXI del GATT 94 (così come dal GATT 47) che consente ad ogni Stato di prendere "misure" conformemente ai suoi obblighi ai sensi della Carta delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (esempi di sanzioni economiche decise dal Consiglio di Sicurezza ai sensi del Capitolo VII della Carta volte a far cessare gravi violazioni dei diritti umani sono quelle adottate nei confronti di Haiti, della Repubblica Democratica del Congo e del Ruanda), quanto gli embarghi "unilaterali" decisi dalle grandi potenze nei

confronti di paesi ritenuti colpevoli di tali violazioni (come le sanzioni economiche decise dagli Stati Uniti nei confronti di Cuba, Cina, Iran e Libia; della Comunità europea nei confronti della Serbia e Montenegro; la c.d. Burma law promulgata dallo Stato del Massachusetts nel 1996 nei confronti del Myanmar). Questo tipo di restrizioni economiche, non decise dal Consiglio di Sicurezza o che vanno al di là di quanto deliberato o raccomandato dallo stesso (come nel caso delle sanzioni unilaterali attualmente decretate dagli Stati Uniti e dall'Unione europea nei confronti della Sira e dell'Iran), devono conformarsi (oltre che al diritto internazionale) agli obblighi OMC. Non stupisce, dunque, che la dottrina abbia molto indagato la possibilità di giustificare misure restrittive unilaterali per perseguire obbiettivi di tutela dei diritti umani sulla base delle eccezioni generali (artt. XX e XXI) dell'OMC. Se, da un lato, la dottrina concorda sulla possibilità per i singoli Stati di reagire con misure restrittive del commercio internazionale a gravi violazioni dei diritti umani o a condotte giudicate lesive di interessi fondamentali della Comunità internazionale nel suo insieme (in virtù del carattere *sovraordinato* delle norme imperative di *jus cogens* e degli obblighi a portata *erga omnes*) (PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, 672) molto discussa è invece la legittimità, oltre all'opportunità, di sanzioni economiche come reazione/contromisura per la violazione di diritti umani in tutti gli altri casi, in particolare per tutelare i diritti umani che si ritengono lesi da specifiche politiche inadeguate adottate da paesi in via di sviluppo o in condizioni di sottosviluppo, dai più ritenute la vera e reale causa della mancata tutela dei diritti fondamentali.

Le stesse considerazioni valgono riguardo alla legittimità di misure restrittive nei confronti di beni o servizi realizzati o forniti in violazione di diritti fondamentali dei lavoratori. Come per i diritti umani in generale, gli accordi OMC non contengono alcuna specifica "clausola sociale" volta a garantire i diritti fondamentali in materia di lavoro, essendo costantemente falliti (per la costante opposizione dei Paesi in via di sviluppo) tutti i tentativi di includere il tema dei diritti sociali nella regolamentazione internazionale degli scambi commerciali. Ciò, precipuamente, al fine di non legittimare – con il pretesto della tutela dei diritti dei lavoratori – l'adozione di misure commerciali "protezionistiche" da parte dei Paesi più avanzati, idonee ad annullare il vantaggio comparativo di mercati del lavoro caratterizzati da bassi livelli salariali o da minori protezioni sociali dettate dal relativo grado di sviluppo (per tutti, vedi BHAGWATI, HUDEC, *Fair Trade and Harmonization*: *Prerequisites for Free Trade*? Cambridge, London,1996). L'unico risultato ottenuto è stato l'impegno solenne degli Stati membri dell'OMC ad assicurare il rispetto dei diritti fondamen-

tali (*core labour standards*) riconosciuti internazionalmente e il sostegno dell'attività dell'OIL, identificata come l'Organizzazione competente a elaborare e promuovere la diffusione di tali diritti, con la quale l'OMC intende coordinarsi (SANNA, *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio internazionale*, Milano, 2004; DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC,* Milano, 2007). Una soluzione simile a quella adottata per i *core labour standards* è stata invocata in dottrina anche per i diritti umani; chi ritiene che l'OMC possa e debba esercitare una fondamentale funzione di raccordo con altri settori del diritto internazionale, diversi dal commercio, insiste per l'inserimento di una esplicita menzione del rispetto dei diritti umani nei testi OMC o per l'adozione di un formale impegno dell'Organizzazione in una nuova Dichiarazione Ministeriale; ma tale proposta è fortemente osteggiata, oltre che dai membri dell'OMC, anche da larga parte della società civile e delle ONG attive nel settore ambientale e dei diritti umani, favorevoli all'opposto ad isolare al massimo i valori non commerciali dal sistema OMC, al fine di limitare la sua competenza ai soli aspetti "tecnici" del commercio internazionale (3D, Trade-Human Rights - *Equitable Economy and Rights& Democracy*, 2003; Dommen, *Trading Rights? Human Rights and the WTO,* London, New York, 2004: ID., *The WTO, International Trade and Human Rights*, in WINDFUHR (ed.) *Mainstreming Human Rights in Multilateral Institution,* consultabile online alla pagina *http://www.3dthree.org/pdf_3D/WTOmainstreaming HR.pdf*.; ID., *Human Rights and Trade: Two Practical Suggestions for Promoting Coordination and Coherence*, in COTTIER, BÜRGI, PAUWELYN (eds.), *Human Rights and International Trade,* 199).

La prospettiva preferita in dottrina, che peraltro trova un significativo riscontro anche nella Giurisprudenza OMC, si colloca invece sul piano interpretativo: partendo dalla considerazione dell'impossibilità per gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC di applicare direttamente regole diverse da quelle contenute negli accordi contemplati, e di dare conseguentemente la prevalenza, in caso di incompatibilità tra norme "interne" ed "esterne" al sistema, a queste ultime al posto delle regole OMC di volta in volta in causa, la dottrina ha molto caldeggiato un' interpretazione aperta delle regole commerciali, in modo da consentire la presa in considerazione di valori normativi esterni. La distinzione è quella ben nota tra "diritto applicabile" in sede di soluzione delle controversie nel sistema OMC e la c.d. interpretazione contestuale ed evolutiva delle norme convenzionali, incluse dunque quelle OMC, sulla base di quanto disposto dalla norma internazionale generale codificata nell'art. 31, par. 3, lett. c) della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che impone di tener conto,

ai fini dell'interpretazione di un trattato, oltre che del contesto anche di "qualsiasi altra regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti". Questo principio consentirebbe di interpretare le norme OMC (e l'art. XX in particolare) alla luce degli sviluppi della normativa internazionale e, secondo una parte della dottrina di considerare ai fini dell'interpretazione delle norme OMC gli accordi successivi (ad esempio in materia ambientale, contenenti norme incompatibili) stipulati tra le medesime parti o anche tra uno solo di questi e uno Stato terzo (MARCEAU, *A Call for Coherence in International Law. Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement*, in *JWT*, 1999, 5). L'idea è quella di ricostruire il significato delle nozioni utilizzate dagli accordi OMC nel più ampio contesto della disciplina internazionale in vigore, come del resto ha fatto l'Organo d'appello nel caso "gamberetti" con riguardo alla nozione di "risorse naturali". Sempre con riguardo alla prospettiva prescelta in dottrina, consistente nel favorire sul piano interpretativo la maggior possibile compatibilità delle regole OMC con le norme internazionali esterne al sistema, e dunque una maggiore tutela dei diritti dell'uomo, dell'ambiente e degli stessi diritti dei lavoratori, rilevano i convincenti ragionamenti dottrinali volti ad allargare il più possibile le basi giuridiche che possano giustificare l'implementazione di standards internazionali di tutela. Molti studi sono stati dedicati all'interpretazione evolutiva delle eccezioni introdotte dal sistema OMC (artt. XX GATT e XIV GATS) per tutelare valori di natura non economica, come la moralità pubblica, o l'ordine pubblico, o finalità c.d. ambientali (art. XX, lett. b) e g)), o la tutela del lavoro e dei diritti umani per quanto concerne i prodotti fabbricati in prigione (art. XX, lett. e)) (FRANCIONI (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, Portland, 2001; SIDI, *Diritto ed organizzazione del commercio Internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998).

All'interno di questo filone dottrinale volto ad identificare criteri e principi interpretativi che favoriscano l'apertura del sistema OMC ai valori non commerciali tutelati dal diritto internazionale, molto significativa appare anche la proposta di consentire agli Stati di prendere in considerazione le violazioni dei diritti (e in particolare dei *core labour standards*) al momento dell'importazione di prodotti che, nonostante la loro *similarità* fisica con quelli nazionali, siano stati prodotti all'estero in violazione di norme minime di tutela dei lavoratori, risultando pertanto non "equivalenti" a quelli nazionali proprio in considerazione del loro "processo di produzione". Si tratta della questione, molto controversa, se sia o meno possibile negare l'accesso al mercato interno di un bene o un servizio ottenuto, ad esempio, con lo sfruttamento del lavoro minorile, incluse le peggiori

forme di lavoro minorile come la schiavitù o pratiche analoghe, o la servitù per debiti, o ottenuto con lavoro forzato. La richiesta è di dare rilievo a queste violazioni ai fini dell'applicazione ed interpretazione della nozione fondamentale di "prodotto similare" ai sensi degli artt. I, III GATT e XVII GATS, che possono giustificare un trattamento discriminatorio del bene o del servizio al di fuori dei regimi derogatori previsti dall'art. XX GATT. Secondo questo ragionamento, il fatto che un pallone da calcio o una scarpa siano state cucite da un bambino nel Paese d'origine dovrebbe rilevare per escludere la "similarità" con un analogo prodotto confezionato da un lavoratore adulto e dunque consentire al Paese di importazione di mettere legittimamente al bando prodotti ottenuti con metodi produttivi contrari agli standards internazionali.

Un secondo punto, da tempo al certo dell'attenzione della dottrina, riguarda la questione altrettanto controversa della possibilità di applicare gli standards internazionali a tutela dei diritti umani con effetti "extraterritoriali", ossia in spazi sottoposti alla giurisdizione di altri Stati o esclusi dalla giurisdizione di qualunque Stato. Il problema in dottrina è stato affrontato principalmente con riguardo alle misure volte alla tutela dell'ambiente e la conseguente necessità di interpretare e ricostruire in modo flessibile il principio di "necessità" delle misure restrittive contemplate dall'art. XX. Nonostante una progressiva quanto lodevole apertura degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC alla presa in considerazione dei valori ambientali (come testimoniano i casi *Tonno Delfini II* e *Gamberetti)* questa possibilità ha un valore puramente teorico alla luce della giurisprudenza dell'OMC, che evidenzia una chiara e persistente riluttanza a giustificare misure unilaterali di questo tipo in ragione di una verifica molto stretta dei requisiti di necessità e proporzionalità. Tutte le misure extraterritoriali adottate dai Paesi importatori e finalizzate alla conservazione di specie animali in via di estinzione in zone non soggette alla loro giurisdizione, per quanto astrattamente ammissibili e potenzialmente giustificabili, sono state invariabilmente giudicate "in concreto" illegittime in ragione del loro contrasto con i limiti posti dal preambolo dell'art. XX, che vieta misure discriminatorie "arbitrarie o ingiustificate tra Paesi che presentano le stesse condizioni", nonché "larvate restrizioni al commercio internazionale". Per quanto gli Stati non abbiano mai tentato di giustificare le proprie misure restrittive invocando la tutela di standards internazionali in materia di diritti umani e diritti sociali dei lavoratori, è probabile che ove lo facessero gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC giudicherebbero tali provvedimenti come non "necessari" alla realizzazione di tali obbiettivi o illegittimi in quanto non rispondenti agli stretti requisiti del preambolo dell'art. XX.

In tempi più recenti, il dibattito dottrinale sulla relazione tra commercio e diritti umani si è notevolmente espanso, allargando il proprio ambito di indagine su altre connessioni tra le relazioni commerciali e diritti umani (per la dottrina italiana, vedi VENTURINI, COSCIA, VELLANO, *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, 2005): si indaga in particolare su come il regime internazionale degli scambi possa influire negativamente sul diritto allo sviluppo dei paesi più poveri del mondo; come il sistema multilaterale degli scambi dei servizi minacci l'accesso ai servizi essenziali (come l'acqua) dei segmenti più vulnerabili e marginalizzati della popolazione; come la tutela internazionale della proprietà intellettuale introdotta dal TRIPS incida negativamente sul diritto fondamentale alla salute pubblica e all'accesso ai farmaci essenziali, oltre che sul diritto di sovranità sulle risorse genetiche degli Stati d'origine e sulla protezione dei saperi tradizionali custoditi dalle comunità rurali dei Paesi in via di sviluppo; come le previsioni *TRIPS plus* inserite in accordi bilaterali conclusi dalle Superpotenze con i Paesi in via di sviluppo riducano fortemente il godimento dei diritti fondamentali delle popolazioni interessate; come le regole in materia di agricoltura incidano negativamente sul diritto fondamentale al cibo e sui diritti degli agricoltori dei paesi poveri del mondo. Il lunghissimo elenco dei settori di indagine comprende anche gli investimenti, la cultura, la protezione dei consumatori, i beni industriali, la responsabilità degli operatori privati.

Tratto comune a tutta questa letteratura è la considerazione per la quale se è difficile identificare una regola del commercio internazionale che di per sé si ponga in contrasto con i diritti umani, il modo in cui le regole del commercio internazionale si sono sviluppate in seno all'OMC e in cui vengono applicate "limita" grandemente la capacità e la possibilità dei singoli governi di adottare politiche a favore dello sviluppo, della protezione ambientale, della difesa dei diritti essenziali, in particolare dei gruppi più vulnerabili. Il fatto che il sistema OMC venga percepito essenzialmente come un insieme di norme vincolanti che incidono negativamente sulla capacità dei singoli membri di perseguire appropriate politiche domestiche di protezione dei diritti umani, commisurate al proprio livello di sviluppo, ha determinato quella che una parte della dottrina non ha esitato a definire una "narrow reformative agenda" (LANG, *Re-thinking Trade and Human Rights*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2007, 335), concentrata essenzialmente sulla richiesta di emendamenti formali delle regole OMC; sull'introduzione di nuove eccezioni alla disciplina GATT; sulla richiesta di nuove deroghe agli obblighi convenzionali in funzione della tutela dei diritti umani (come la *waiver* accordata ai membri OMC che partecipano al Kimberly Process per i

"conflicts diamonds", o quella concessa nel 2003 per liberare gli Stati membri dagli obblighi derivanti dall'art. 31, lett. f) del TRIPS al fine di concedere licenze obbligatorie per la produzione e la vendita di prodotti farmaceutici brevettati in vista dell'esportazione verso Paesi terzi con insufficiente capacità di produzione nel settore farmaceutico, resa successivamente permanente con un apposito emendamento dell'accordo TRIPS, ad oggi – peraltro – non ancora entrato in vigore); sulla richiesta di interpretazioni meno restrittive degli obblighi di non discriminazione posti dal diritto OMC; sulla richiesta di maggiori flessibilità per i Paesi in via di sviluppo per quanto concerne i tempi e gli obblighi di liberalizzazione, e così via.

In realtà, l'equazione tra una maggiore flessibilità accordata agli Stati membri e la loro capacità di sfruttarla, traducendola concretamente in politiche economiche nazionali che favoriscano il godimento dei diritti umani, non è affatto automatica: ne è riprova, ad esempio, lo scarsissimo successo ottenuto dal sistema di licenze obbligatorie per i prodotti farmaceutici introdotto nel 2006 nell'accordo TRIPS. A condizionare gli Stati nelle loro scelte, infatti, non è solo il sistema OMC con i suoi *legal contraints* ma lo sono anche le politiche di altre Organizzazioni internazionali, come la Banca mondiale e il Fondo monetario, i partner commerciali con i quali si sono conclusi accordi bilaterali, le industrie e i poteri locali, oltre che quelli stranieri che nel Paese hanno fatto investimenti.

Non intendiamo certamente togliere importanza all'approccio maggioritario seguito in dottrina, che propone di comporre i potenziali e reali conflitti tra il sistema OMC e i valori normativi esterni ricorrendo sia all'interpretazione estensiva delle clausole di eccezione contenute negli accordi, sia invocando nuovi negoziati multilaterali per mezzo dei quali si dovrebbe integrare "organicamente" il sistema commerciale con gli altri settori del diritto internazionale che tutelano a vario titolo i diritti umani; resta, però, la considerazione per la quale un approccio squisitamente interpretativo presenta incertezze e limiti evidenti, derivanti dall'impossibilità di risolvere per mezzo della sola interpretazione i problemi posti da norme esterne al sistema OMC realmente configgenti con lo stesso. Quanto alla prospettiva di addivenire ad un'integrazione più organica dell'attuale sistema OMC con gli altri settori del diritto internazionale, che con esso possono interferire, ci pare che nessuna modifica della normativa materiale e dei meccanismi di garanzia del diritto OMC possa realizzarsi in assenza di una reale volontà politica degli Stati membri in questo senso, al momento del tutto assente. Di conseguenza, riteniamo fondamentale dedicare una maggiore attenzione alle diverse proposte che sono state avanzate al fine di integrare direttamente i c.d. *non-trade concerns*

nel ragionamento politico-economico, che è alla base della determinazione delle *trade policies*.

L'idea è quella di uscire dall'abito mentale per il quale i diritti umani entrano nel dibattito relativo alle scelte economiche internazionali unicamente come eccezioni, mezzi di difesa per giustificare violazioni delle regole OMC, o come risorse interpretative a disposizione dei panel e dell'Organo d'appello. I diritti umani dovrebbero entrare invece nel ragionamento come valori e regole sostanziali capaci di guidare le scelte commerciali operate dagli Stati dentro e fuori l'OMC. Ci riferiamo in particolare alla nozione di "human rights approach to trade liberalization" sviluppata dagli Organi delle Nazioni Unite come strumento essenziale per la creazione di un "just international and social order". A questo fine vengono in considerazione varie possibilità: la prima è quella relativa alla possibilità/necessità di operare un "human rights impact assessement" delle regole e delle decisioni OMC tanto in fase negoziale che in fase di implementazione delle regole suddette, allo scopo di verificare preventivamente l'impatto che le norme del commercio sul godimento dei diritti umani fondamentali (in questo senso vedi le raccomandazioni contenute nel rapporto delle N.U., *The Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*, cit., par. 53). Per ottenere questo risultato si rivela ovviamente fondamentale la creazione di canali istituzionali che consentano agli organismi che si occupano istituzionalmente di diritti umani di illustrare ai membri dell'OMC l'impatto che determinate politiche potrebbero avere sul godimento di diritti umani fondamentali. Solo un *impact assesment* in termini di conseguenze dirette sui diritti umani può portare ad un ripensamento e ad una riformulazione eventuale delle regole commerciali esistenti o ipotizzate. Si tratta, dunque, non solo di ampliare il numero degli attori chiamati a decidere in materia di politiche commerciali, ma anche e soprattutto di migliorare il coordinamento con gli organismi regionali ed universali che si occupano di diritti umani. Un altro possibile strumento che potrebbe rivelarsi utile in termini di *human rights assesment* potrebbe essere l'attuale *Trade Policy Review Mechanism* (TPRM), il cui compito consiste precisamente nel valutare l'impatto delle politiche commerciali degli Stati membri sul sistema multilaterale dell'OMC. Se gli Stati membri acconsentissero, questo meccanismo potrebbe utilmente essere utilizzato in ambito OMC per valutare anche l'impatto che tali politiche hanno sui diritti umani.

In conclusione, ci pare necessario sottolineare anche l'importanza fondamentale che in questo settore possono rivestire le "azioni positive" liberamente assunte dagli Stati per incentivare buone politiche governative e un maggiore rispetto dei diritti umani, in termini di trasferimenti di

risorse, tecnologia, investimenti, supporto all'educazione e a politiche ambientali sostenibili.

HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL ECONOMIC LAW: COMMON CONSTITUTIONAL CHALLENGES AND CHANGING STRUCTURES

Ernst-Ulrich PETERSMANN*

SUMMARY: 1. Need for Justifying IEL in Terms of Human Rights and Justice – 2. Duties to Protect Human Rights and to 'Constitutionalize' IEL. – 3.'Constitutional Justice' and the Changing Nature of the 'Rules of Recognition' in HRL and IEL. – 4. Need for Cosmopolitan Reforms of IEL: Legal and 'Judicial Balancing' as the 'Ultimate Rule of Law' (Beatty). – 5.'Constitutionalization' of IEL May Require 'Struggles for Justice'. – 6. Respect for 'Margins of Appreciation' and for 'Reasonable Disagreements' on Multilevel Regulation of IEL. – 7. HRL Offers an Inadequate Framework for more Effective Protection of Interdependent 'Public Goods'. – 8. Human Rights, 'Public Reason' and the Competing Conceptions of IEL: Need for Institutional Innovation. – 9. Multilevel HRL and IEL Must be Coordinated Through Multilevel 'Constitutional Bottom-up Pluralism'. – 10. Conclusion: Need for Promoting 'Cosmopolitan IEL'.

Section 1 of this contribution recalls that – due to the 'dual' and 'incomplete nature' of human rights as positive law and moral rights - the legal protection of 'inalienable' human rights risks always remaining contested, especially in international economic law (IEL). In both UN human rights law (HRL) as well as in IEL, the worldwide recognition of 'duties to protect' calls for stronger protection of human rights in international economic regulation (2). Human rights, 'constitutional justice' and IEL increasingly limit the 'rules of recognition' in HRL as well as in IEL (3). The need for 'institutionalizing public reason' and the necessary legal 'balancing' of civil, political, economic, social and cultural rights call for 'constitutional' and 'cosmopolitan reforms' of IEL (4), which may require 'struggles for justice' and for judicial protection of transnational rule of law based on 'judicial balancing' of HRL with other fields of international

* Emeritus Professor of International and European Law, European University Institute, Florence (Italy). Former secretary, member or chairman of numerous GATT/WTO dispute settlement panels; former German representative in UN and European institutions ; and former legal counsel/ consultant for GATT, the WTO, UNCTAD, the OECD, the EU Commission and the European Parliament.

law (5). HRL protects 'margins of appreciation' in the domestic implementation of international obligations and requires respect for 'reasonable disagreement' on the diverse conceptions of IEL (6). The increasing recognition of the 'indivisible' and 'inalienable' nature of human rights, and the worldwide recognition of collective 'third generation human rights', offer inadequate legal constraints for supplying international public goods more effectively (7). The 'collective action problems' require additional institutional innovation and multilevel constitutional restraints of economic regulation (8). Multilevel governance of human rights and of IEL must be coordinated through multilevel 'constitutional bottom-up pluralism' and through multilevel judicial protection of transnational rule of law for the benefit of citizens (9).

As illustrated by Mohammed Bouazizi, the young Tunisian street vendor whose protests against arbitrary market restrictions triggered Tunisia's human rights revolution in 2011, arbitrary political oppression of individual economic freedom may justify a human rights revolution. According to Mohammed's younger brother, the identification of millions of disempowered Arab people during the 'Arab revolutionary spring 2011' with the self-immolation of Bouazizi reflected a common suffering: 'that the poor also have the right to buy and sell'[1]. Modern economics and theories of justice confirm that social welfare depends on reasonable rules and institutions protecting economic freedoms, property rights and non-discriminatory conditions of competition of citizens to engage in mutually beneficial division of labour, subject to legal constraints of 'market failures' as well as 'governance failures'. Just as the arbitrary confiscation of the merchandise and other means of trade owned by Bouazizi destroyed his private business and prospects of autonomous self-development, millions of protesters in the 'Arab spring' are challenging authoritarian, welfare-reducing government restrictions impeding individual and democratic self-development and emancipation of the poor. The 'constitutional challenges' identified in this paper are common to both HRL and IEL and respond to citizen demands for stronger protection of cosmopolitan rights, non-discriminatory market competition and constitutional limitations of abuses of power, also in the power-oriented 'Westphalian structures' of UN HRL and IEL.

[1] Quoted from: H. de Soto, *The free-market secret of the Arab revolutions*, in: Financial Times 9 November 2011, at 9.

1. Need for Justifying IEL in Terms of Human Rights and Justice

Many national constitutions, regional human rights conventions and all UN human rights instruments derive human rights from respect for the human dignity of all human beings who – as stated in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) – 'are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood' (Article 1). National and international courts often agree on only a few 'core elements' of human dignity[2], like the requirements that (1) every human being possesses an intrinsic worth and moral entitlement to human rights, merely by being human; (2) this moral worth and entitlement must be recognized and respected by others; (3) also the state must be seen to exist for the sake of the individual human being, and not *vice versa*. Beyond these core elements, the transformation of moral principles of 'dignity' and human rights into positive law may legitimately vary among jurisdictions according to their respective traditions, resources and democratic preferences (e.g. on how to prioritize and protect legal rights under conditions of scarce resources). Arguably, just as the interpretation of the US Constitution may be influenced by its commitments to 'establish justice' (Preamble) and protect rights 'retained by the people' (as stated in the Ninth Amendment), so must IEL be interpreted in the 21st century in conformity with the legal obligations of all 193 UN member states to respect, protect and fulfil human rights, as explicitly required by the customary methods of treaty interpretation codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties (Preamble and Article 31 VCLT) and emphasized by the UN High Commissioner for Human Rights[3].

The 1966 UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) focuses on 'the right to work' (Article 6), the 'right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work' (Article 7), labour rights and trade union rights (Article 8), the 'right of everybody to social security' (Article 9), protection of the family, mothers and children (Article 10), the 'right of everyone to an adequate standard of living' (Article 11), and the human rights to health (Article 12) and to education (Article 13). Yet, apart from a brief reference to 'safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual' (Article 6.2), the

[2] Cf. C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in: *EJIL* 19 (2008), 655-724.

[3] Cf. E.U.PETERSMANN, *International Trade Law, Human Rights and the Customary International Law Rules on Treaty Interpretation*, in: S. Joseph, D.Kinley, J.Waincymer (eds), *The WTO and Human Rights* (Cheltenham: Edward Elgar, 2009), 69-90.

ICESCR does not refer to the economic freedoms of profession, trade and private property which are recognized as fundamental rights in many European constitutions, in the 2009 Lisbon Treaty and in its EU Charter of Fundamental Rights in conformity with the constitutional traditions in EU member states. The disagreement on economic liberties reflects, *inter alia*, the tradition in many common law countries of protecting freedom of contract, freedom of profession and other economic freedoms as common law guarantees rather than as constitutional and human rights, and of conceiving democracy in terms of 'parliamentary freedom' rather than equal constitutional rights of citizens. The 'dual nature' of human rights as positive law and moral rights, and the 'incomplete nature' of positive HRL and IEL compared with cosmopolitan ideals of moral rights, may justify claims for 'additional human rights' – like 'freedoms of the internet' and the 'right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights', as recognized in UN General Assembly Resolution A/64/L.63 of 28 July 2010 as well as in Resolution A/HRC/Res/15/9 of 30 September 2010 of the UN Human Rights Council (deriving this right from 'the right to an adequate standard of living'). The recognition of 'new human rights' may influence the interpretation of IEL rules, for instance in case of disputes to what extent restrictions of 'essential services' are consistent with market access commitments under the law of the World Trade Organization (WTO).

Ten years ago, I published a series of articles calling for 'mainstreaming human rights into the law of worldwide organizations' in order to strengthen the 'constitutional functions' of IEL to contribute to poverty reduction and to protecting, respecting and fulfilling human rights of citizens[4]. The two constitutional principles underlying this proposition – i.e. (1) the customary law requirement of interpreting international treaties 'in conformity with principles of justice' and human rights, and (2) the need for 'constitutionalizing IEL' through a '4-stage-sequence' of constitutional, legislative, executive and judicial 'institutionalization of public reason' (J.Rawls) in order to protect human rights effectively – had been presented in numerous conferences in Europe without much controversy in view of the successful 'merger' of HRL, IEL and constitutional law in European law[5]. The violent rejection of my proposal in 2002 by a few Anglo-Saxon

[4] Cf. E.U. PETERSMANN, *Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration*, in: *EJIL* 13 (2002) 621-650.

[5] Cf. E.U. PETERSMANN, *Constitutional Functions of Public International Economic Law*, in: V. Van Themaat (ed), *Restructuring the International Economic Order. The Role of Law and Lawyers* (Colloquium on the occasion of the 350th anniversary of the

lawyers (like P. Alston and R. Howse) – arguing for keeping HRL and IEL separate in view of the lack of human rights expertise of economic organizations, and rejecting 'judicial balancing' of human, economic and social rights as practised by courts throughout Europe – illustrated that the 'constitutional conceptions' underlying the European Convention on Human Rights (ECHR), European Union (EU) law and European Economic Area (EEA) law are not shared in many countries outside Europe, notably in non-democratic countries and 'majoritarian democracies' that reject the idea of 'constitutionally limited democracy' with active judicial protection of constitutional rights against the potential tyranny of democratic majority politics[6]. Over the past years, the need for promoting synergies between HRL and trade by interpreting IEL in conformity with human rights has been recognized by ever more international economic organizations (e.g. in speeches by WTO Director-General P. Lamy) and courts as well as by ever more NGOs, including also the worldwide 'International Law Association'[7]. The 'judicial balancing' of human and economic rights in all European courts is now cited and emulated also in regional economic courts outside Europ[8]. Even investor-state arbitral tribunals acknowledge the need for interpreting IEL in conformity with human rights[9]. UN human rights bodies admit ever more the need for strengthening human rights in IEL, as illustrated by the UN Human Rights Council's endorsement on 16 June 2011 of the 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the UN "Protect, Respect and Remedy" Framework' proposed by the UN Special Representative J. Ruggie[10], or by the 'Human Rights Impact Assessments for Trade and Investment Agreements' elaborated by the UN Special Rapporteur for the Right to Food in cooperation with UN

University of Utrecht, Kluwer 1987), p. 49-75; *idem*, *National Constitutions and International Economic Law*, in: M. Hilf, E.U. Petersmann (eds), *National Constitutions and International Economic Law* (The Hague: Kluwer 1993), p. 3-52.

[6] E.U. PETERSMANN, *Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston*, in: *EJIL* 13 (2002) 845-851.

[7] Cf. Petersmann (note 3).

[8] See, e.g., the MERCOSUR arbitral award of 6 September 2006 in the 'Bridges case' between Argentina and Uruguay (cf. L. LIXINSKI, *Human Rights* in MERCOSUR, in : M.T.F.Filho/L.Lixinski/ M.B.O.Giupponi (eds), *The Law of MERCOSUR* (Oxford : Hart Publishing, 2010), at 351 ff.

[9] See, e.g., the UNCITRAL Arbitral Decision on Liability of 30 July 2010 in *AWG v Argentina* (i.e. one of the more than 40 arbitration proceedings against Argentina's restrictions in response to its financial crisis in 2001), at para. 262: 'In the circumstances of these cases, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive'.

[10] Cf. UN document A/HRC/RES/17/4 of 6 July 2011.

bodies and NGOs[11]. UN human rights bodies increasingly recognize the crucial role of trade and IEL for poverty reduction; they no longer discredit the WTO, as in a report for the UN Commission on Human Rights of 2001, as 'a veritable nightmare' for developing countries and women[12]. 'Westphalian interpretations' of UN HRL and IEL, i.e. the traditionally one-sided focus on rights and obligations of states without acknowledging citizens as 'primary subjects' and sources of legitimacy also in international law, are increasingly challenged (e.g. by civil society, human rights courts and economic courts) by invoking human rights and other 'principles of justice' as justifications and 'relevant context' for 'cosmopolitan interpretations' of international law rules for the benefit of citizens. If human dignity, reasonableness, autonomy (including 'human capacities') and human rights of citizens to justification of all governance restrictions and to their judicial challenges are recognized as ultimate legal values, both IEL and HRL can be seen as *instruments* to realize these human rights principles.

2. Duties to Protect Human Rights and to 'Constitutionalize' IEL

UN and regional human rights bodies emphasize that human rights entail corresponding duties of governments to respect, protect and fulfil human rights[13]. 'Global responsibilities to protect' are increasingly limiting 'state sovereignty' and other 'Westphalian rights and obligations'[14]; they are also reflected in the customary law requirement of interpreting international treaties 'in conformity with principles of justice' and with the human rights obligations of states, and reflect a broader constitutional insight as emphasized by J.Rawls' *Theory of Justice* and modern economics: The welfare of citizens and their adequate access to essential goods and

[11] O. DE SCHUTTER, *Draft Guiding Principles on Human Rights Impact Assessments of Trade and Investment Agreements* (1 July 2011), accessible under *http://www.srfood.org.*

[12] *Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*, ECOSOC document E/CN.4/Sub.2/2000/12 of 15 June 2000, at paragraph 15. Apart from a reference to patents and their possibly adverse effects on pharmaceutical prices (depending on the competition, patent and social laws of the countries concerned), the report nowhere identifies conflicts between WTO rules and human rights.

[13] On this tripartite typology of human rights obligations, and on the additional requirements of availability, accessibility, acceptability and adaptability (e.g. of essential services like education), see: O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law* (Cambridge: CUP, 2010), at 242 ff.

[14] See the contributions to the new journal *Global Responsibility to Protect* published by Martinus Nijhoff since 2009.

services depend on 'reasonable rules and institutions' rather than on domestic natural resources; human beings and their capacity to 'institutionalize public reason' are the true wealth of nations. Hence, the World Development Report 2011 rightly identifies the 'absence of legitimate institutions that provide citizens security, justice and jobs' as the main cause of mass violence and unnecessary poverty in so many countries. If protection and fulfilment of human rights depend on 'responsible sovereignty', then constitutional and cosmopolitan rights are a precondition for empowering citizens to govern themselves (e.g. by engaging in mutually beneficial trade) and ensure the accountability of all delegated governance powers. Constitutional democracies and European international law recognize that the legal task of 'institutionalizing public reason' depends – also in IEL – on a 'four-stage sequence' of constitutional, legislative, administrative and judicial safeguards of constitutional and cosmopolitan rights with due respect for 'reasonable disagreement' about particular conceptions for a good life. Civil society increasingly challenges the obvious failures of both UN HRL and worldwide IEL – which are confronted with ever more crises in international monetary, trade, financial, environmental relations and poverty reduction – to institutionalize 'public reason' in international relations. 'Westphalian intergovernmentalism' reflects 'constitutional failures' and 'discourse failures' due to authoritarian treatment of citizens as mere objects of international law and neglect of human rights to reasonable justification of all governance restrictions. Hence, my publications have argued long since that the common 'constitutional problem' of the crises in HRL and IEL is that regulatory discretion and 'rent-seeking' by powerful interest groups are inadequately 'constitutionally constrained' by constitutional rights, 'checks and balances' (e.g. judicial remedies) and democratic 'public reason'.

IEL and international HRL evolved as separate regimes until their successful 'merger' in European international law. In contrast to the hierarchical nature of domestic constitutional systems, UN HRL remains essentially a horizontal legal system respecting sovereign rights to apply *higher* standards in national and regional HRL compared with UN HRL. This respect for legitimate 'constitutional pluralism' entails that the content, legal protection and 'balancing' of civil, political, economic, social and cultural human rights, and their contextual relevance for IEL, often remain contested and vary among countries depending on their diverse constitutional systems. The unnecessary poverty and inadequate access to water, food, health protection, education and rule of law of 1-2 billion people illustrate that neither UN HRL nor worldwide IEL have succeeded in realizing the declared objective of states 'that human rights should be

protected by the rule of law' so as to promote 'universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms for all' (Preamble of the 1948 UDHR). As human rights do not enforce themselves and the lack of any references to human rights in the IMF, World Bank, GATT and WTO agreements impedes protection of human rights in IEL, 'mainstreaming human rights' into IEL remains the central challenge of HRL and IEL in the 21st century. The increasing legal and judicial protection of cosmopolitan rights empowering citizens to challenge welfare-reducing abuses of public and private power – for instance, by invoking 'access to justice' and other human rights, trading rights, investor rights, intellectual property rights, environmental, labour and social rights and corresponding obligations of governments – contributes to promoting structural changes in IEL. As human rights say little about the optimal constitutional, legislative, administrative, international and judicial design of economic regulation, comparative analyses are of crucial importance – albeit often neglected.

3. 'Constitutional Justice' and the Changing Nature of the 'Rules of Recognition' in HRL and IEL

Since 1945, all UN member states have regularly reaffirmed their 'commitment towards the full realization of all human rights for all, which are universal, indivisible, interrelated, interdependent and mutually reinforcing'[15]. The statement in the Preamble of the UDHR – 'it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law' – confirms the moral entitlement of every individual to 'struggles for rights', as illustrated by the Arab human rights revolutions in North Africa in 2011 and by increasing civil society calls for better protection of human rights (like access to essential food, medicines and health services) in IEL so as to fulfil everyone's right to 'a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized' (Article 28 UDHR). As explained by J.Rawls and confirmed by the history of constitutionalism since the ancient Constitution of Athens more than 2'400 years ago, effective protection of rights of citizens depends on constitutional, legislative, administrative and judicial safeguards institutionalizing 'public reason' protecting equal rights of citizens.

[15] See UN Resolution 63/116 on the 60th Anniversary of the UDHR adopted on 10 December 2008.

Protection of human rights by international organizations (like the EU) and 'courts of justice' may delegitimize authoritarian claims that governments (as 'agents' with limited powers) have not conceded such rights to their citizens as the 'democratic principals' of national and international law in the 21st century. Human rights advocates increasingly claim that, from a human rights perspective, also IEL should be conceived as an *instrument* for protecting, respecting and fulfilling human rights. Comparative legal and institutional research suggests that – just as the effectiveness of democratic self-government and of regional human rights conventions depends on constitutional and judicial protection of human rights – constitutional and judicial protection of 'cosmopolitan conceptions' of IEL (e.g. in transnational commercial and investment law, European economic integration law) empowering citizens to challenge and influence 'public reason' has proven to be more effective and more legitimate than state-centred 'Westphalian conceptions' of IEL treating citizens as mere objects of intergovernmental regulation[16].

Legal positivists tend to define 'law' not only by 'primary rules of conduct' but also by legal practices recognizing, developing and enforcing rules in conformity with 'secondary rules' of recognition, change and adjudication. The universal recognition of inalienable human rights by all UN member states has contributed also to the universal recognition of 'principles of justice' (e.g. in the UN Charter, human rights conventions and national constitutions) as integral parts of national and international legal systems. The ancient symbol of the independent, impartial judge administering justice by 'weighing' the arguments of both sides (*justitia* holding the scales) and enforcing the existing law (*justitia* holding the sword), like the common linguistic core of the legal terms *jus, judex* and *justitia* (or *justice* and the designation of judges as *Lord Justice*), recall much older traditions of recognizing justice as the main objective of law. Arguably, the legitimacy of law, governance and adjudication derives from 'constitutional justice' (e.g. as illustrated by the ancient Virtue of Justice protecting due process of law) and from human rights of 'access to justice' requiring governments to protect judicial independence and transparency of courts no less than from 'democracy'. J.Rawls' theories of justice and of 'public reason'[17] explain why – in constitutional democracies with constitutional adjudication – courts of justice may be more principled 'exemplars of public reason' than political institutions based on majority

[16] Cf. E.U. PETERSMANN, *International Economic Law in the 21st Century. Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods* (Oxford: Hart Publishing, 2012).

[17] J. RAWLS, *Political Liberalism* (Cambridge: Harvard University Press, 1993).

decisions favouring organized interest groups. Hence, many lawyers and judges define law by 'the prophecies of what courts will do in fact' (US Supreme Court justice O.W.Holmes) and by how courts of justice will apply legal rules (e.g. 'general principles of law' in terms of Article 38 ICJ Statute). Economic courts in Europe[18] and also investor-state arbitral awards[19] increasingly recognize that rules violating human rights may not be a valid part of positive law. As human rights recognize (e.g. in the UDHR) the need for limiting 'rule by law' through 'rule of law', the human right of 'access to justice' and judicial protection of 'rule of law' are of constitutional importance for both HRL and IEL.

The constitutional guarantees of democratic participation, individual 'access to justice' and judicial protection of 'rule of law' enable citizens, their democratic representatives and 'courts of justice' to increasingly challenge power-oriented, intergovernmental economic regulation, even in case of EU regulations implementing legally binding sanctions approved by the UN Security Council[20]. Arguably, the emerging 'multilevel human rights constitution' changes the 'rules of recognition' of international law by constitutionally limiting 'Westphalian monopolies' of diplomats to interpret and define the scope of international rules, 'general principles of law' and human rights. HRL may justify legal claims by citizens, their representative institutions and 'courts of justice' that human rights (e.g. of access to water and essential medicines) universally recognized in UN Resolutions may be relevant context for interpreting IEL 'in conformity with principles of justice' and the human rights obligations of governments. Also in less-developed countries (e.g. like India and South-Africa), 'courts of justice' – as the most independent guardians of the constitutional rights of citizens which, unlike political bodies, have to justify judicial

[18] In Cases C-402/05P and C-415/05P, *Kadi*, ECR 2008 I-6351, the EU Court confirmed its jurisprudence that respect for human rights is a condition of the lawfulness of EU measures: 'the obligations imposed by an international agreement cannot have the effect of prejudicing the constitutional principles of the EC Treaty, which include the principle that the Community acts must respect fundamental rights, that respect constituting a condition of their lawfulness which it is for the Court to review.' Even though 'the European Community must respect international law in the exercise of its powers', including 'observance of the undertakings given in the context of the United Nations', it is 'not a consequence of the principles governing the international legal order under the United Nations that any judicial review of the internal lawfulness of the contested regulation in the light of fundamental freedoms is excluded.'

[19] Cf., e.g., *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, ICSID Arbitration Award of 15 April 2009 (Case No ARB/06/5), para. 78 (finding that investment protection 'should not be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights').

[20] Cf. Cases C-402/05P and C-415/05P, *Kadi* (note 18).

decisions on the basis of constitutional principles – increasingly insist on their 'constitutional mandate' of interpreting and applying economic law in conformity with human rights so as to protect citizens against abuses of public and private power[21]. The 'changing structures' of human rights law, transnational commercial, trade, investment and European economic integration law are illustrated by the fact that multilevel judicial interpretation and clarification of rules through thousands of dispute settlement findings by national and international courts and other dispute settlement bodies have become no less important for the progressive development of law and protection of individual rights than intergovernmental agreements. Arguably, the cosmopolitan rights and multilevel judicial remedies protected by EU law, EEA law, the ECHR and, increasingly also beyond Europe (e.g. in transnational commercial and investment law) offer empirical evidence that 'cosmopolitan conceptions' of IEL and multilevel judicial protection of cosmopolitan rights are more effective safeguards of human rights and transnational rule of law for the benefit of citizens than 'Westphalian conceptions' focusing on rights and obligations of states.

Table 1: From 'Westphalian IEL' to regionally or functionally limited 'cosmopolitan IEL'

Westphalian IEL focuses on reciprocal rights/obligations among 'sovereign states' and separation of international from national legal systems, usually (e.g. in UN law) without compulsory jurisdiction for peaceful settlement of disputes; the treatment of citizens as mere objects, the lack of effective protection of 'transnational rule of law' and of human rights, and ineffective parliamentary and democratic control of UN law in many states undermine the moral and democratic legitimacy of 'Westphalian international law'.
Cosmopolitan IEL focuses on rights and obligations of individuals and their multilevel legal and judicial protection across national frontiers (e.g. in transnational investment law); it protects transnational rule of law and strengthens the 'constitutional limits' of state sovereignty, popular sovereignty and 'constitutional justice', for instance in regional EU law, EEA law and the ECHR.
EU law integrates international and national, legal and judicial guarantees of common market freedoms, transnational rule of law, human rights and other cosmopolitanrights on the basis of multilevel constitutional principles (e.g. of legal primacy, direct effect and direct applicability of EU legal rules) and EU institutions.
EEA law integrates international and national, legal and judicial guarantees of common market freedoms, transnational rule of law, human rights and other cosmopolitan rights on the basis of more deferential constitutional principles (e.g. of quasi-primacy and quasi-'direct applicability' of EEA rules after their incorporation into domestic law) and EEA institutions.
ECHR law has evolved into a multilevel legal and judicial system protecting human rights and access to justice in the legal and judicial systems of the 47 member states for the benefit of more than 800 million citizens.
Law merchant continues to evolve into cosmopolitan commercial, investment and arbitration law **(*lex mercatoria*)** ith multilevel judicial protection of individual freedoms (e.g. of contract), property rights and transnational rule of law empowering citizens.

[21] See Ernst-Ulrich PETERSMANN, *Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'* (2008) 19 *EJIL* 769-798.

4. Need for Cosmopolitan Reforms of IEL: Legal and 'Judicial Balancing' as the 'Ultimate Rule of Law' (Beatty)

Law as an instrument of governance needs justification. Economists tend to justify economic rules in terms of promoting economic efficiency, 'individual utility', consumer welfare or 'total welfare'. Yet, mere promotion of 'market equilibrium' through supply and demand, or 'price-setting' by monopolist suppliers (e.g. of tap water and patented medicines), may be inconsistent with human rights and corresponding government obligations to fulfil basic needs of everybody (e.g. in terms of human rights of access to water, food and essential medicines at affordable prices). Utilitarian focus on 'output legitimacy' cannot avoid questions of 'input legitimacy', for example regarding the frequent 'producer-bias' in IEL resulting from inadequate regulation of 'market failures' and 'private-public partnerships' favouring special producer interests over general consumer welfare. Similarly, positivist legal claims (based on authoritative issuance of rules and their social efficacy) justifying 'rule of men' and their 'rule by law' continue being challenged, since antiquity, by invoking 'principles of justice' as legal conditions of the validity of rules and of 'rule of law'. Whereas 'conservative' conceptions of justice emphasize the need for rule-following and upholding 'legality', 'reformative' conceptions of justice acknowledge the additional function of law and 'courts of justice' to ensure 'equity' with due regard to the particular circumstances of disputes and the inevitably 'incomplete nature' of rule-making. Hence, there are longstanding traditions of complementing universal conceptions of 'formal justice' (e.g. as defined by equal human rights and 'sovereign equality of states') by particular conceptions of 'substantive justice' (e.g. in terms of 'equity' and 'difference principles' justifying rectification of formally equal treatment so as to 'render to every man his due'). As long as constitutional and legal protection of economic and social rights remains so weak in so many countries (notably outside Europe), effective protection of 'freedom from poverty'[22] and of transnational rule of law for the benefit of citizens requires overcoming the utilitarian and mercantilist traditions of separating HRL and IEL. As inside constitutional democracies and in European economic law, the constitutional task of 'institutionalizing public justice' requires – as explained by Kantian and Rawlsian constitutional theories[23] – multilevel constitutional, legislative, administrative and judi-

[22] Cf. T. POGGE, *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to Whom?* (Oxford University Press, 2007).

[23] Cf. Petersmann (note 16), Chapters II and III.

cial protection of constitutional rights and other 'principles of justice' within a framework of institutional 'checks and balances' protecting market access, general consumer welfare, non-discriminatory conditions of competition, human rights and other reasonable long-term self-interests of all citizens.

Similar to Article 1 of the UN Charter, customary law requires that 'disputes concerning treaties, like other international disputes, should be settled by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law' (Preamble VCLT). The WTO Agreement, like many other international economic treaties, recognizes 'basic principles and objectives […] underlying this multilateral trading system'. Some of these principles are specified in WTO provisions, for instance in the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and other WTO agreements on trade in goods, services and trade-related intellectual property rights. Other principles are incorporated into WTO law by reference to other international law rules, for example in the WTO Dispute Settlement Understanding (DSU) which requires interpreting WTO law 'in accordance with customary rules of interpretation of public international law' (Article 3). These customary rules include rules and principles for textual, contextual and teleological interpretation of treaties aimed at mutually coherent interpretations on the basis of legal presumptions of lawful conduct of states, of the systemic character of international law, and the mutual coherence of international rules and principles. The customary law requirement of interpreting treaties 'in conformity with principles of justice', including 'universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all' (Preamble VCLT), calls for clarifying both *procedural principles of justice* (like due process of law in judicial proceedings) as well as the *substantive principles of justice* underlying IEL, like freedom, non-discrimination, rule of law, independent third-party adjudication and preferential treatment of LDCs. For, rules and adjudication that are not perceived as just by governments, citizens and 'courts of justice', are unlikely to be effective over time[24].

Hence, IEL must not only be justified and evaluated in terms of 'justice' and human rights even if human rights are not specifically incorporated into the law of worldwide economic organizations. Legal and judicial interpretation of IEL must also aim at coherence with other international legal obligations of the countries concerned, as recognized in the

[24] Cf. E.U. PETERSMANN, *Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration*, in: P.M. Dupuy, F. Francioni, E.U. Petersmann (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford: OUP, 2009), 137-194.

1994 Ministerial Decision on the mutual coherence of trade and environmental policies and the 1996 WTO Ministerial Declaration rejecting 'the use of labour standards for protectionist purposes' and calling for cooperation with the International Labour Organization as 'the competent body to set and deal with [labour] standards'. Respect for the 'consistent interpretation principle' recognized in national and international legal systems (like the Preamble and Article 31 of the VCLT) may also be more appropriate for promoting legal coherence among IEL and HRL in worldwide governance institutions than incorporating UN human rights obligations into WTO law following the model of the incorporation of intellectual property treaty obligations into the WTO Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights (TRIPS)[25]. The need for reconciling civil, political, economic, social and cultural human rights, like the need for reconciling legal market access commitments (e.g. under GATT and GATS) with sovereign rights to protect non-economic public interests (e.g. pursuant to Articles XIX-XXI GATT, XIV GATS), requires legal and judicial 'balancing' so as to 'optimize' legal and judicial protection of competing rights and obligations.

Outside Europe, many governments continue to disregard that – due to the 'globalization' of ever more public goods like rule of law, protection of human rights and efficient trade, financial and environment protection systems – national constitutions have become 'partial constitutions' that can protect interdependent public goods only in cooperation with international law and institutions. The necessary 'de-mystification of the state' and international legal limitation of welfare-reducing 'legal nationalism' require new cosmopolitan and constitutional conceptions of international law as an ever more indispensable instrument for limiting governance failures at home and abroad for the benefit of citizens. As in European economic and legal integration, independent and impartial 'courts of justice', and their multilevel judicial protection of constitutional and human rights across frontiers on the basis of 'judicial comity' and 'proportionality balancing' as the 'ultimate rule of law'[26], must often take the lead in protect-

[25] Cf. C. THOMAS, *The WTO and labor rights: strategies of linkage*, in: Joseph, Kinley, Waincymer (note 3), 257 ff.

[26] According to D.M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: OUP, 2004), the constitutional ideal of a 'government by law and not by men' has become replaced in European constitutional law (e.g. governing the EU, the EEA, the ECHR and the domestic implementation of these treaty regimes) by judicial proportionality review securing a more substantial version of the 'rule of law' for the benefit of citizens and their constitutional rights. Also ever more courts outside Europe make use of the three distinct tests of 'suitability' (rationality), 'necessity' (least restrictive means) and 'proportionality *stricto*

ing citizens and their human rights in the worldwide division of labour. While judicial review of whether a restriction is 'suitable' and 'necessary' for realizing specific public policy interests focuses on the rationality and efficiency between the means and the end, the *proportionality stricto sensu* test reviews the reasonableness of the governmental balancing of competing values. In contrast to R. Dworkin's claim that – in 'hard cases' involving conflicts between constitutional rights and other public interests – individual rights should 'trump' public policies, 'proportionality balancing' by European courts tends to perceive constitutional rights and public policies as possibly both reflecting constitutional principles subject to weighting in order to promote their mutual coherence case-by-case[27]. By double-checking legislative and administrative 'balancing' and clarifying 'public reason' and 'principles of justice', judicial proportionality review of restrictions of fundamental rights contributes to 'participatory' and 'deliberative democracy' across frontiers as a necessary compensation of the deficits of parliamentary democracy and other forms of national majority politics in a globally integrating world. Human rights and their multilevel judicial protection are of crucial importance also in IEL for protecting citizens as the 'democratic principals' against abuses of power by government agents and corporations in multilevel economic regulation undermining, all too often, general consumer welfare and constitutional rights of citizens.

5. 'Constitutionalization' of IEL may Require 'Struggles for Justice'

I. Kant was the first legal philosopher explaining why the 'moral imperative' of legal and judicial protection of maximum equal freedoms can become a reality only through antagonistic struggles for 'public justice' and multilevel constitutional protection of equal freedoms in all human interactions at national, transnational and international levels. Reducing the unnecessary poverty of some 2 billion people living on 2 dollars or less per day is not only a 'moral imperative', but also a legal requirement of modern human rights law. As stated already in the Preamble to the UDHR, 'it is essential if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights be protected by the rule of law.' The successful judicial transformation of

sensu' (reasonableness) of legislative and administrative restrictions for realizing public interests.

[27] Cf. Petersmann (note 16), Chapter VIII.

European economic law confirms the important emphasis in UN human rights law on 'access to justice' and the need for international cooperation and assistance for protecting human rights across frontiers; also national and international judges should cooperate in interpreting law, including citizen-driven IEL, in conformity with its rule-of-law objectives and underlying constitutional principles of justice (e.g. as defined by human rights) as expressing rights-based conceptions of justice and transnational rule of law.

Interpreting economic treaties in conformity with 'principles of justice' will inevitably remain contested among citizens and governments with often conflicting self-interests and value preferences. For instance:

- Regional 'market freedoms' (as protected in free trade areas), 'trading rights' (as protected in WTO law) and worldwide liberalization of market access for movements of goods, services, persons, capital and related payments may be justified not only on utilitarian grounds[28], but also as imperfect, cosmopolitan extensions of Rawls' 'first principle of justice', to be defined in terms of equal rights of citizens to 'the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all'[29].

- Worldwide and regional rules on preferential treatment of less-developed countries (e.g. by means of non-reciprocal tariff preferences, financial and technical assistance, 'trade facilitation' and capacity-building) and certain social rights can be interpreted as an international extension of Rawls' 'second principle of justice' calling for differential treatment beneficial for the poor.

- The 'general exceptions' and numerous safeguard clauses in worldwide and regional economic agreements can be construed as reflecting the Rawlsian claim that, as national welfare depends more on a country's social institutions than on its natural resources, each people can and should agree on social and constitutional arrangements that provide its citizens with the natural and social goods essential for satisfying basic needs.[30] Such a 'democratic, social responsibility principle' also supports the human rights claim that respect for human dignity (e.g. in the sense of indi-

[28] On utilitarian Anglo-Saxon theories of 'justice as efficiency' see: R. POSNER, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little Brown, 2nd ed., 1977), at 10: 'Efficiency means exploiting resources in such a way that "value" – human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay – is maximized'.

[29] J. RAWLS, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971), at 250.

[30] See J. RAWLS, *Law of Peoples* (Cambridge: Harvard University Press, 1999), at 37-38, 106-120 ('the crucial element in how a country fares is its political culture – its members' political and civic virtues – and not the level of its resources', at 117).

vidual autonomy and responsibility) requires empowering citizens by rights-based regulation of international economic cooperation among citizens.

- The ever more comprehensive compulsory jurisdiction of national and international courts for protecting rule of law in international economic cooperation, and the customary law requirement of interpreting international treaties and settling related disputes 'in conformity with principles of justice' and the human rights obligations of states, can be seen as protecting 'constitutional justice' (e.g. in the sense of access to independent 'courts of justice') as one of the oldest paradigms of legal systems.

The universal recognition of human rights and the increasing dependence of citizens' welfare on globalization and collective supply of international 'public goods' challenge traditional claims that national law and international law must remain based on categorically different kinds of public reason (e.g. citizen-oriented democratic legislation vs inter-state rules)[31]. Transnational protection of human rights and of many 'global public goods' requires cosmopolitan conceptions of international law. Whereas international trade liberalization can be justified in terms of welfare economics and protection of human rights to equal freedoms to engage in mutually beneficial exchanges enhancing human self-development[32], the longstanding traditions of trade protection and other kinds of discrimination against foreign goods, services, 'foreigners' and less-developed countries are often driven by non-transparent forms of power politics for the benefit of 'rent-seeking interest groups' at the expense of general consumer welfare. The European common market rules, for example their replacement of protectionist anti-dumping laws by welfare-maximizing competition rules among the 30 member countries of the EEA, confirm an important constitutional insight: within a reasonable framework of rules and institutions, power politics can be legally transformed for the benefit of citizens not only inside states, but also in international relations among states which, for centuries, had engaged in wars and mutually harmful protectionism.

[31] Rawls' moral justification of the different 'public reason' underlying national and international law is rightly challenged by human rights advocates emphasizing the transnational legal obligations of modern HRL. Even though former UN Secretary-General K. Annan convincingly claimed that 'the poor are poor not because of too much globalization, but because of too little' (UN doc. SG/SM/7411 of 22 May 2000), the prevailing 'public reason' in many LDCs does not (yet) support global economic integration in view of the ubiquity of 'governance failures'.

[32] Cf. A. SEN, *Development as Freedom* (New York: A. Knopf, 2000). For comparative studies of protection of freedom of trade as a fundamental right in national and European constitutional laws see Hilf/Petersmann (note 5).

6. Respect for 'Margins of Appreciation' and for 'Reasonable Disagreements' on Multilevel Regulation of IEL

International human rights conventions recognize that human rights 'shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others'[33]. Yet, human rights and democracy also protect individual and democratic diversity and 'reasonable disagreement' reflecting legitimately diverse democratic preferences, for instance on the 'politically optimal level of legal regulation' of human rights that may be protected by means of constitutional, legislative, administrative or judicial safeguards at national and international levels. Hence, human rights courts and also economic courts tend to recognize governmental 'margins of appreciation' concerning domestic implementation and legitimate 'balancing' of human rights obligations and fundamental freedoms. The intergovernmental recognition by UN bodies of 'derived human rights' like the human right of access to water, and the diverse legal methods of protecting this human right inside national legal systems by means of constitutional, legislative, administrative and/or judicial rights (often derived from diverse human rights like the rights to life, health and/or an adequate standard of living)[34], illustrate such legitimate 'margins of appreciation' regarding optimal legal design and protection of human rights. Depending on the respective 'constitutional context' (e.g. the constitutional provisions on judicial review), 'legislative' and 'judicial interpretations' and legal clarifications may lead to 'institutionalized public dialogues' progressively developing 'public reason' supported by citizens. For instance:

- The adoption by the UN Human Rights Committee, in July 2011, of 'General Comment No. 34' on Article 19 ICCPR (freedom of opinion and expression) replaces the previous 'General Comment No 10' and considerably extends the 'obligation to respect freedoms of opinion and expression (as) binding on every State party as a whole' and on '(a)ll branches of the State (executive, legislative and judicial) and other public or governmental authorities, at whatever level'. The new Comment clarifies, *inter alia*, the scope of freedom of opinion and expression (e.g. by

[33] Cf. Article 9 ECHR. For different limitation clauses see, *e.g.*, Articles 8, 10 or 11 ECHR. Some human rights guarantees (like the prohibition of torture in Article 3 ECHR) do not provide for any governmental limitation.

[34] Cf.: P. THIELBÖRGER, *The Right(s) to Water*, EUI doctoral thesis defended in December 2010 (Florence: European University Institute, 2011).

explicitly including commercial advertising and 'all forms of audio-visual as well as electronic and internet-based modes of expression', protecting a 'right of access to information held by public bodies') and limits the admissible restrictions (e.g. by permitting only content-specific restrictions of, and prohibiting 'generic bans' on, the operation of certain websites and internet-based information dissemination systems)[35].

- Economic courts and dispute settlement bodies confronting disputes over market access commitments for the electronic supply of services (e.g. in the WTO disputes over *US-Gambling restrictions* and *China-Restrictions on publications and audiovisual products*) and over sovereign rights to protect 'public morals' and 'public order' (e.g. pursuant to Articles VI, XIV GATS) may have to decide whether, and to what extent, human rights, and their 'dynamic interpretations' by human rights bodies, may be 'relevant context' for interpreting economic rules (e.g. on market freedoms and related 'commercial freedom of expression').[36] Yet, they may also have to respect that the state parties to a dispute – as in the *China-Restrictions on audiovisual products* case – may deliberately refrain from invoking human rights and from contesting China's right to engage in 'content control' of internet services.

- WTO dispute settlement bodies have so far hardly ever referred to human rights in view of the usual abstention of WTO complainants and defendants to invoke human rights in WTO dispute settlement proceedings. Yet, the various studies by the UN High Commissioner for Human Rights on the consistency of international trade and investment law with human rights[37] – like the ever larger number of academic case-studies on the human rights dimensions of IEL[38] – have so far produced no evidence for inherent conflicts between worldwide economic treaties and HRL. As international treaties must be interpreted and applied in conformity with the human rights obligations of states, state practice and dispute settlement practices continue to progressively clarify the often controversial human

[35] Cf. UN document CCPR/C/GC/34 of 21 July 2011.

[36] On these WTO disputes, and the deliberate abstention by the parties to the dispute as well as by WTO judges from referring to human rights, see: P. DELIMATSIS, Protecting Public Morals in a digital Age : Revisiting Public Morals in a Digital Age: Revisiting the WTO Rulings on *US-Gambling* and *China-Publications and Audiovisual Products*, in : *JIEL* 14 (2011), 257-293.

[37] Cf. J. HARRISON, *The Human Rights Impact of the WTO* (Oxford: Hart Publishing, 2007).

[38] Cf. T. COTTIER, J. PAUWELYN, E. BÜRGI (eds), *Human Rights and International Trade* (Oxford: OUP, 2005); F. ABBOTT, C. BREINING-KAUFMANN, T. COTTIER, *International Trade and Human Rights* (Ann Arbor: Michigan University Press, 2006); Joseph/Kinley/Waincymer (note 3).

rights dimensions of IEL, often without specifically referring to human rights. For instance, in the *EC-Tariff Preferences* dispute, the WTO Panel interpreted the non-discrimination requirement in the WTO's Enabling Clause as requiring that identical tariff preferences under Generalized Systems of Preferences (GSP) be provided to all LDCs without differentiation; the Appellate Body reversed this finding and concluded that 'the term "non-discriminatory" … does not prohibit developed-country Members from granting different tariffs to products originating in different GSP beneficiaries, provided that such differential tariff treatment meets the remaining conditions in the Enabling Clause. In granting such differential treatment, however, preference-granting countries are required, by virtue of the term 'non-discriminatory', to ensure that identical treatment is available to all similarly-situated GSP beneficiaries, that is, to all GSP beneficiaries that have the 'development, financial and trade needs' to which the treatment in question is intended to respond'[39]. In response to the various disputes over compulsory licensing of medicines, WTO Members adopted a 'waiver' in August 2003, as well as a subsequent amendment of Article 31 *bis* of the TRIPS Agreement, authorizing compulsory licensing of medicines for export to countries with insufficient or no production capacity in the pharmaceutical sector. Yet, the fact that Canada's license for exports to Rwanda has remained the single compulsory license to date and only Zambia among Sub-Saharan African countries ratified the TRIPS Amendment, supports the view that access to essential medicines may be secured also by interpreting the TRIPS Agreement in conformity with the human rights obligations of WTO Members[40].

Similar to the story of the blind men touching different parts of an elephant and describing the same animal in contradictory ways, private and public, national and international lawyers tend to describe and analyze IEL from very diverse perspectives, for instance as (1) public international law, (2) 'global administrative law', (3) 'conflicts law', (4) multilevel constitutional regulation or (5) multilevel economic regulation of the economy[41]. Arguably, like the interdependencies between private and public autonomy in legal protection of human rights, the private law and public law dimensions of the regulation of trade and investments are often inseparable.

[39] WT/DS246/AB/R, para. 173 (adopted April 2004). The argument that the EC's 'drug preferences' were justifiable in order to help Pakistan to combat drug abuses and their harmful effects on human health, were not reviewed by the WTO dispute settlement bodies in terms of human rights.

[40] Cf. H. HESTERMEYER, *Human Rights and the WTO. The Case of Patents and Access to Medicines* (Oxford: OUP, 2007).

[41] Cf. the discussion of the various conceptions of IEL in: Petersmann (note 16), Chapter II.

Just as human rights protect both private and public autonomy, most economic transactions among citizens take place from a *private law perspective* of traders, producers, investors and consumers and derive their value from respect for 'normative individualism'. Also investment law has both *public* and *private law* dimensions; their dialectic evolution through more than 2'700 Bilateral Investment Treaties (BITs) and hundreds of investment arbitral awards may be viewed positively (e.g. as progressive 'multilateralization' of bilaterally agreed standards in BITs) or negatively (e.g. as power struggles for imposing private investor interests on less-developed countries). Also in commercial arbitration, the constitutional limits of private party autonomy and of the freedom of arbitrators must be determined in conformity with human rights and public order. The ever increasing interdependencies between national and international 'public goods' and the importance of multilevel judicial protection of transnational rule of law for the benefit of citizens argue for 'integrating' the multilevel conceptions of IEL and the multilevel legal frameworks of HRL for the benefit of citizens so as to limit the ubiquity of abuses of 'Westphalian power politics'.

7. HRL Offers an Inadequate Framework for More Effective Protection of Interdependent 'Public Goods'

The indivisibility of human dignity and human liberty is recognized in numerous human rights instruments like the 1993 Vienna Declaration adopted by the UN World Conference on Human Rights: 'All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated'[42]. Even though some UN human rights conventions separate civil and political human rights (as protected in the 1966 UN Convention on Civil and Political Rights) from economic and social human rights (as protected in the separate ICESCR), the holistic conception of the 'indivisibility' of human rights continues to be acknowledged in numerous human rights instruments since its first affirmation in the UDHR of 1948[43]. The EU Court of Justice has acknowledged that respect for human rights – including a 'human right to respect of human dignity' – is a condition of the lawfulness of acts of the EU institutions, even if EU acts implement UN Security

[42] Paragraph 5 of the Declaration, reproduced in: *The UN and Human Rights* 1945-1995 (UN: New York, 1995), at 450.

[43] See, e.g., note 15 above and the 'integrated' protection of civil, political, economic and social rights in the 1989 UN Convention on the Rights of the Child.

Council decisions asserting legal primacy (Article 103 UN Charter)[44]. The European Court of Human Rights has likewise recognized in a series of judgments that the human rights guarantees of the ECHR also apply when states implement intergovernmental rules adopted in international organizations[45]. Such court judgments confirm the increasing recognition that national and international human rights also limit *foreign policy* powers even if they are exercised collectively in intergovernmental organizations.

Disagreements over the 'indivisibility' of human rights often reflect diverse conceptions of human and constitutional rights to liberty. For instance, Anglo-Saxon jurisdictions tend to interpret the human right to liberty (Article 3 UDHR) narrowly in terms of freedom of bodily movement. Some other constitutional democracies protect equal freedoms as 'first principle of justice' (in terms of Kantian and Ralwsian legal philosophy) not only through specific liberty rights, but also through a general constitutional right to liberty (as recognized in Article 2:1 of the German Basic Law) in order to offer additional constitutional and judicial protection to the legal autonomy of citizens against arbitrary restrictions, for instance in terms of human rights to justification and judicial review of governmental restrictions of freedom. This includes also protection against restrictions resulting from *multilevel* governance, for instance if *intergovernmental* restrictions adopted in distant international organizations lack sufficient justification in the national legal system[46]. The multilevel constitutional guarantees of 'free movement of persons, services, goods and capital, and freedom of establishment' as 'fundamental freedoms' across the 30 member countries of the European Economic Area (EEA) are explicitly based

[44] See note 18 above.

[45] See Case *Bosphorus v Ireland*, Application no. 45036/98, ECtHR Grand chamber judgment of 30 June 2005: 'a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations' (para.153). 'In … establishing the extent to which State action can be justified by its compliance with obligations flowing from its membership of an international organisation to which it has transferred part of its sovereignty, the Court has recognised that absolving Contracting States completely from their Convention responsibility in the areas covered by such transfer would be incompatible with the purpose and object of the Convention'… (para.154). 'State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides' (para.155).

[46] On constitutional protection in Germany of a general right to liberty, complemented by specific constitutional liberty rights and other civil, political, economic, social and cultural rights, see R. ALEXY, *A Theory of Fundamental Rights* (Oxford: OUP, 2002), notably chapter 7.

on 'the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights' (cf. Article 2 TEU). There is also increasing recognition that constitutional commitment to respect for human dignity and 'market freedoms' (e.g. free movement of workers and their families) may require legal protection of 'positive liberties' by means of social rights (e.g. to education, health protection) in order to effectively empower individuals to develop their 'human capacities' autonomously[47]. The diversity of provisions and institutional safeguards for social rights in national and regional laws, UN and ILO conventions reflects not only diverse legal conceptions for designing social rights as 'indivisible parts' of human rights. Constitutional agreement on how to reconcile and 'institutionalize' civil, political, economic and social rights is also inevitably influenced by democratic preferences and the scarcity of resources for effective protection of social rights. Legal and judicial remedies for enforcing civil, political, economic and social rights continue to differ enormously among countries and jurisdictions. Constitutional and judicial protection of a general right to liberty and of 'common market freedoms' can strengthen the reasonableness of IEL, for instance by offering judicial review of the 'necessity' (rationality) and 'proportionality' (reasonableness) of governmental restrictions on the basis of equal constitutional rights and judicial 'administration of justice.'

In common law countries, the common law tends to protect specific liberties without constitutional protection of a general right to liberty[48]. As a major function of constitutional guarantees of maximum equal freedoms is to protect rights to justification and to judicial remedies vis-à-vis gov-

[47] On the 'capabilities approach' in human rights law and philosophy see, e.g., M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2006), at 69 ff. The German Constitutional Court, for example, recognizes a human right to respect and protection of human dignity based 'on an understanding of the human being as an intellectual and moral creature capable of freely determining and developing itself. The Basic Law conceives of this freedom not as that of an isolated and autonomous individual, but as that of an individual related and bound to society' (BVerfGE Vol. 45, 187, at 227). The Constitutional Court derives from the human right to dignity individual social rights of access to the resources necessary for a life in dignity, cf. D. Merten, H.J. Papier (eds), *Handbuch der Grundrechte* Vol. II (Heidelberg: Müller Verlag, 2006), § 40 ('Leistungsrechte'), §44 ('Schutzplichten').

[48] Cf. T.T.S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice* (Oxford: OUP, 1993), at 135-143. D.Z. Cass, *The Constitutionalization of the WTO* (Oxford: OUP, 2005) claims that in 'mature constitutional systems, for example in the United States, Canada and Australia', neither individual economic freedom nor other individual rights are 'a matter considered essential to constitutionalization in the received tradition of constitutionalization' (at 168, 176, 191); yet, Cass ignores comparative constitutional law beyond common law countries as well as the constitutional problems of international public goods.

ernmental restrictions, judicial review of economic regulation tends to be less comprehensive in common law countries than in European economic law. For instance, since the judicial abandonment of 'substantive due process' review of economic legislation in the 1930s, US constitutional law protects individual economic freedom and a common market mainly by democratic legislation based on constitutional requirements of a '*rational basis*' for governmental restrictions of economic liberty[49]. In view of the judicial deference by US courts vis-à-vis economic legislation by the US Congress and the traditions of 'majoritarian democracy' in many Anglo-Saxon countries, many Anglo-Saxon lawyers see no need for 'strict judicial scrutiny' of governmental restrictions of economic freedoms as it is practiced by European courts, WTO dispute settlement bodies and investor-state arbitral tribunals in order to protect transnational rule of law and public goods beyond state borders. Judicial protection of cosmopolitan rights and transnational rule of law in the international division of labour promote mutually beneficial trade transactions (e.g. by reducing transaction costs) providing *private goods* and services demanded by citizens.

Public goods differ from private goods by their 'non-excludable' and/or non-rival consumption entailing 'market failures' and collective action problems: 'pure public goods' (like street signs, peace and security) whose benefits are available for all and whose use by one person does not diminish their availability for others, must be produced by public regulation because private producers lack incentives for their production (e.g. due to the lack of private property rights and market prices) and consumers can 'free-ride'; 'impure public goods', which are either non-excludable but rival in consumption (like the atmosphere) or non-rival but excludable (like patented pharmaceutical knowledge), also tend to be confronted with 'market failures' and 'collective action problems' requiring public regulation, notably in case of 'aggregate efforts public goods' or 'weakest link public goods'[50]. The under-supply of ever more *global public goods* – like monetary and financial stability, a liberal (i.e. liberty-based) worldwide trading system, transnational rule of law protecting human and cosmopolitan rights, prevention of climate change – reflects also 'governance failures' which increasingly undermine effective protection of interdependent

[49] Cf., e.g., F.L. MORRISON, R.E. HUDEC, *Judicial Protection of Individual Rights under the Foreign Trade Laws of the United States*, in: Hilf, Petersmann (note 5), 91-133, at 92 f.

[50] On the distinction of 'single best efforts public goods' that can be supplied unilaterally or minilaterally (like medicine against a pandemic), 'aggregate efforts public goods' depending on the combined efforts of all states, and 'weakest link public goods' that risk being undermined by the state that contributes the least, see: Cf. S. BARRETT, *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods* (Oxford: OUP, 2007).

national and *regional public goods*.[51] Economic public goods theories acknowledge the diversity of public goods and the lack of a 'one-size-fits all' strategy for dealing with the multiplicity of collective action problems (like 'free-riding' and the need for 'common but differentiated responsibilities'). The history and theory of constitutionalism suggests that – just as supply of national public goods necessary for protection and fulfilment of human rights depends on protection of constitutional rights and institutional 'checks and balances' limiting abuses of public and private power – supply of transnational public goods likewise depends on multilevel legal and judicial protection of cosmopolitan rights. Since the recognition – in Article 28 UDHR – of a human right 'to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized', *individual* civil, political, economic, social and cultural human rights are ever more complemented by *collective* human rights at national and international levels, such as rights to democratic governance, popular self-determination, the 'right to development', collective labour rights, and rights to transnational rule of law and protection of the environment. Yet, many individual and collective human rights are not effectively protected at national and international levels due to inadequate constitutional restraints and institutions.

As explained in Sections I to IV, multilevel abuses of public and private power (e.g. in the private banking, financial and public 'sovereign debt' crises since 2008) undermining the collective supply of public goods may be counteracted most effectively by stronger constitutional 'checks and balances' and 'countervailing rights' (e.g. under constitutional, competition, social and environmental law) empowering citizens, civil society institutions, courts of justice and independent supervisory bodies to challenge abuses of power, as illustrated by the successful 'judicial transformation' of European economic law for the benefit of citizens and their human rights. Such 'constitutional reforms' of IEL can be promoted by reinforcing the functional interrelationships between multilevel legal protection of interdependent *national*, *regional* and *global public goods*; for instance, the GATT/WTO guarantees of economic freedoms and non-discriminatory conditions of competition have served 'constitutional functions' for protecting a mutually beneficial common market among the 30 EEA/WTO member states and, increasingly, also for the economic reunification of the 4 Chinese customs territories of Hong Kong, Macao, the Peoples' Republic of China and Taiwan. Just as the EU's customs union

[51] Cf. E.U. PETERSMANN, *International Economic Law, Public Reason and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods*, in: *JIEL* 14 (2011), 23-76.

(cf. Arts. 30-32 TFEU) continues to be based on GATT/WTO rules and their multilevel constitutional protection inside the EU, so do GATT/WTO rules promote progressive, peaceful economic integration of the four independent Chinese customs territories. Had China – rather than withdrawing from GATT in 1949 – complied with GATT rules since 1948, the impoverishment of hundreds of millions of Chinese citizens could have been avoided.

8. Human Rights, 'Public Reason' and the Competing Conceptions of IEL: Need for Institutional Innovation

This contribution has argued for additional cosmopolitan and 'constitutional reforms' of IEL based on the following five propositions: (1) The prevailing conceptions outside Europe of 'legal nationalism' and 'international law among sovereign states' fail to protect human rights and other international public goods effectively in transnational relations; due to the overlapping nature of many interdependent public goods (like rule of law, an efficient trade and financial system, protection of the environment), they risk undermining the reasonable self-interests of citizens and states. (2) The international governance failures are largely due to inadequate regulation of the 'collective action problems' in the multilevel governance of international public goods, such as the 'jurisdiction gap', the 'governance gap', the 'incentive gap', the 'participation gap' and the 'rule of law gap'[52]. (3) The 'collective action problems' differ among policy areas and require sector-specific, multilevel regulation avoiding the utopia of unitary 'global governance'; for instance, citizen-driven markets and environmental pollution require multilevel regulation and judicial protection of rights and responsibilities not only of states, but also of citizens, with due respect for the legitimate diversity of constitutional conceptions of how human rights must be protected in the worldwide division of labour. (4) The competing conceptions of IEL as 'international law among sovereign states', 'Global Administrative Law', multilevel economic regulation (e.g. in NAFTA) and international 'conflicts law' (e.g. in commercial arbitration) must be integrated into a more coherent, multilevel governance based on common constitutional 'principles of justice' (e.g. as defined by human rights and national constitutions), multilevel constitutional restraints of abuses of power and multilevel, judicial protection of cosmopolitan

[52] These five major collective action problems are explained in: Petersmann (note 46).

rights[53]. The needed 'institutional innovation' must be based on the 'principle of subsidiarity', e.g. by strengthening the involvement of national parliaments, courts and self-interested citizens in reviewing and enforcing international rules protecting human rights and public goods. The 2009 US Supreme Court finding in *Massachusetts v Environmental Protection Agency* that six key greenhouse gases (such as carbon dioxide) are 'air pollutants' endangering public health in terms of the US Clean Air Act, illustrates the potentially systemic, constitutional implications of citizen-oriented interpretations of economic and environmental rules for jurisdictional competences in collective protection of public goods (like public health and climate change prevention)[54]. (5) The inevitable 'legal fragmentation' among national and functionally limited, transnational legal regimes must be mitigated by multilevel legal and judicial cooperation in protecting transnational rule of law and cosmopolitan rights of citizens, as required also by the human rights obligations of all UN member states and the customary law requirement of interpreting international treaties, and settling international disputes, 'in conformity with principles of justice' and the human rights obligations of governments.

Sections I and II argued that – just as European economic law is explicitly 'founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights' (Article 2 TEU) – worldwide IEL should likewise be interpreted and further developed in the 21st century in conformity with the legal obligations of all UN member states to respect, protect and fulfil human rights, as explicitly required by the customary methods of treaty interpretation and emphasized by the UN High Commissioner for Human Rights. The needed limitation of the 'animal spirits' and rational egoism of economic 'market competitors' by means of institutionalizing 'public reason' in the international division of labour must be based on stronger constitutional, legislative, administrative and judicial protection of cosmopolitan rights empowering self-interested citizens and 'public-private partnerships' to defend equal rights vis-à-vis abuses of public and private power also in transnational

[53] These five competing conceptions of IEL are discussed by E.U. PETERSMANN, *The Future of International Economic Law*: *A Research Agenda*, in: C. Joerges, E.U. Petersmann (eds), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law* (Oxford: Hart Publishing, 2011), 533-575.

[54] *Massachusetts v Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497. As, following the rejection by the US Senate of the American Clean Energy and Security Act of 2009, the US failed to adopt federal legislation on climate change prevention and the various 'Regional Greenhouse Gas Initiatives' adopted at state levels failed to effectively reduce greenhouse gas emissions, the judicial confirmation of EPA's regulatory competences is of potential constitutional importance for protecting public health and welfare of citizens.

economic cooperation. Human rights and constitutional principles say little about the optimal design of legal institutions (such as independent regulatory agencies). HRL must – as inside constitutional democracies and in European economic law – become the 'constitutional foundation' for the design of multilevel economic governance for the benefit of citizens. As discussed in Sections III to IV, comparative institutional analysis confirms that rights-based 'cosmopolitan regimes' in transnational commercial, trade, investment and regional economic and environmental law have proven to be more effective and more legitimate than state-centred 'Westphalian regimes'. Yet, as illustrated by the current banking, financial and 'sovereign debt' crises in the EU and the USA, limitation of 'market failures' as well as of 'governance failures' remains a perennial task in IEL due to the rivalry and self-interests of economic as well as 'political competitors'. Bottom-up strengthening of constitutional and cosmopolitan safeguards is ever more necessary for protecting the common reasonable interests of citizens and their democratic representatives against abuses of intergovernmental 'Westphalian governance' and against the rational egoism and 'prisoner dilemmas' of selfish private economic actors. Human rights and their moral value premises (normative individualism) require designing national and international governance as an integrated, multilevel constitutional framework for the protection of citizen rights, democratic self-government and cooperation among free citizens across frontiers[55]. Multilevel *international constitutionalism* is a functionally limited, but necessary complement to *national constitutionalism* that, only together, can protect human rights, democratic self-government and global public goods more effectively across frontiers.

9. Multilevel HRL and IEL Must be Coordinated Through Multilevel 'Constitutional Bottom-up Pluralism'

The failures of the Doha Round negotiations in the WTO since 2001, like the failures of the UN negotiations on a new 'Kyoto II Climate Change Agreement' and the inadequate remedies in many UN human rights conventions, illustrate that 'waiting for global consensus' on pro-

[55] On the 'constitutional functions' of international organizations as a 'fourth branch of government' see: E.U. PETERSMANN, *Constitutionalism and International Organizations*, in: (1996) 17 *Northwestern Journal of International Law & Business*, at 398, 415 *et seq*. On this view, both states and international organizations should be conceived as agents for the benefit of citizens, with constitutionally limited, delegated powers similar to government agencies inside constitutional democracies.

tecting global public goods (like a liberal trading system, prevention of climate change, human rights) is an unreasonable governance strategy; bilateral and regional agreements (e.g. on carbon emission reductions) and unilateral safeguard measures (such as border tax adjustments) are usually necessary 'building blocks' for worldwide consensus-building. Proposals for coordinating the hundreds of fragmented, international and national legal regimes by using the formal 'conflict rules' codified in the VCLT (such as *lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) are based on 'Westphalian principles' (like 'sovereign equality of states') that may neglect effective protection of human rights, for instance if corrupt rulers abuse their 'lending privilege' and 'resource privilege' for appropriating and transferring wealth abroad to the detriment of domestic citizens. The diverse forms of European international law in the EU, the EEA and ECHR illustrate how – by interpreting state sovereignty, popular sovereignty and 'individual sovereignty' in mutually coherent ways and subjecting multilevel economic governance to multilevel constitutional restraints (e.g. by multilevel judicial protection of transnational rule of law) – IEL can be transformed 'bottom-up' into an instrument for promoting consumer welfare, rule of law and human rights across frontiers[56]. 'Constitutional pluralism', as applied by national and international courts throughout Europe, argues that interdependent national and international legal regimes need to be interpreted in mutually coherent ways on the basis of 'universalizable' principles of justice and human rights; the plurality of legitimate, yet potentially conflicting claims based on diverse, national and international constitutional systems must be reconciled by legal and judicial 'balancing' of competing constitutional principles, human rights and 'deliberative democracy', especially in mutually beneficial cooperation among citizens across frontiers.

Similar to the private and public, national and international regulation of international economic cooperation, human rights are regulated and protected at local, national and international levels. Like economic and social rights, human rights can be interpreted as fundamental freedoms protecting legal autonomy and 'human capacities' to institutionalize 'public reason' protecting human rights and reducing unnecessary poverty. As UN HRL tends to prescribe only *minimum standards* of protection with due respect for national 'margins of appreciation' for regulating, prioritizing and mutually 'balancing' civil, political, economic, social and cultural

[56] Cf. E.U. PETERSMANN, *State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: From Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law?* in: W. Shan, P. Simons, D. Singh (eds), *Redefining Sovereignty in International Economic Law* (Oxford: Hart Publishing, 2008), 27-60.

rights, human rights require respecting legitimate 'constitutional pluralism' in multilevel protection of human rights and of international economic cooperation among citizens. The UN High Commissioner for Human Rights has argued for a 'human rights approach' to multilevel economic regulation so as to limit the often one-sided focus on producer interests by promoting synergies between economic regulation and human rights. The UNHCHR differentiates between obligations to respect human rights (e.g. by refraining from interfering in the enjoyment of such rights), to protect human rights (e.g. by preventing violations of such rights by third parties), and to fulfil human rights (e.g. by taking appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures towards the full realization of such rights). As recourse to trade sanctions for promoting respect for human rights abroad can aggravate the problems of people adversely affected by trade sanctions, the UNHCHR reports emphasize both potential synergies as well as potential conflicts between human rights and economic rules in the context of trade liberalization, trade restrictions and other economic regulation. Arguably, modern HRL requires going beyond the prevailing 'Rawlsian conception of international law among sovereign peoples' and requires respecting, protecting and fulfilling human rights and other cosmopolitan rights across frontiers as 'the foundation of freedom, justice and peace in the world' (Preamble UDHR).

The Rawlsian argument – that it is 'the fact that in a democratic regime political power is regarded as the power of free and equal citizens as a collective body' which requires that the democratic exercise of coercive power over one another can be recognized as being democratically legitimate only when 'political power […] is exercised in accordance with a constitution (written or unwritten) the essentials of which all citizens, as reasonable and rational, can endorse in the light of their common human reason'[57] – applies also to multilevel regulation of mutually beneficial economic cooperation among citizens in the worldwide division of labour. The less national parliaments control intergovernmental rulemaking, the more must the deficit in parliamentary and deliberative democracy be compensated by rights-based constitutionalism and multilevel judicial protection of constitutional rights, 'participatory democracy' and other 'principles of justice' across frontiers. As explained by Rawls, 'in a constitutional regime with judicial review, public reason is the reason of its supreme court'; transparent, rules-based and impartial judicial reasoning, subject to procedural guarantees of due process of law, makes independent

[57] J. RAWLS, *Justice as Fairness: A Restatement* (Cambridge: Harvard University Press 2001), at 41.

courts less politicized '*fora* of principle' that are of constitutional importance for an 'overlapping, constitutional consensus' necessary for legally stable and just relations among free, equal and rational citizens who tend to remain deeply divided by conflicting moral, religious and philosophical doctrines. Just as the EU Courts, the European Court of Human Rights, the EFTA Court and national courts have successfully transformed the international EC and EEA treaties and the ECHR into constitutional orders founded on respect for human rights, so can incremental 'judicial constitutionalization' of international trade, investment and environmental treaty regimes contribute to making IEL more consistent with HRL for the benefit of citizens. As explained by I. Kant's theory of multilevel constitutional guarantees of equal freedoms (as 'first principle of justice') in all human interactions at national, transnational and international levels, multilevel constitutionalism is not based on naïve assumptions about individuals' moral capacities; it is necessary for institutionalizing 'public reason' so that – also in a 'society of devils' (I. Kant) – human interactions remain constitutionally restrained[58]. The diverse forms of multilevel constitutionalism in the EU, the EEA and the ECHR, like the multilevel judicial protection of cosmopolitan rights in international commercial, trade, investment, regional integration and human rights law outside Europe illustrate that 'multilevel constitutionalism' has become a politically feasible and realistic conception of 'constitutional justice' and is no longer only a 'cosmopolitan dream'. The legitimacy of 'cosmopolitan IEL' and of the necessary, additional 'multilevel constitutional restraints' of worldwide economic organizations derives from protecting human rights, other 'principles of justice' and national democracies' promise of self-governance of citizens limited by rule of law.

10. Conclusion: Need for Promoting 'Cosmopolitan IEL'

Worldwide HR treaties and IEL treaties continue to evolve as separate legal regimes without explicit coordination, as illustrated by the lack of any references to human rights in the IMF, World Bank, GATT and WTO Agreements. The 'intuitive, unconscious fast thinking'[59] of most human rights lawyers, economic lawyers and diplomats remains that the complex-

[58] Cf. Petersmann (note 16), chapter II.

[59] On the distinction – as two dialectic thinking processes characteristic of human rationality – of 'unconscious, intuitive fast thinking' from 'conscious slow thinking' based on deductive reasoning double-checking the cognitive biases of expert intuition, see: D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow* (New York: Allen Lane, 2011).

ity of IEL should not be further complicated by linking IEL to the complexities and different legal culture of HRL. This contribution has emphasized the need for 'slow constitutional thinking' challenging 'legal fragmentation': market economies, democratic politics and IEL as an ever more important instrument for reducing unnecessary poverty need to be justified and 'constitutionalized' in terms of human rights and other 'principles of justice'. Just as human rights do not enforce themselves inside national legal systems, so do the UN Charter, HRL and the customary methods of treaty interpretation rightly acknowledge the need for legal and judicial protection of human rights in all areas of transnational relations as "the foundation of freedom, justice and peace in the world" (UDHR, Preamble). At national levels, these interrelationships between justice, rule of law, democratic peace, human rights and social welfare have been confirmed both empirically as well as theoretically in virtually all constitutional democracies. The UN Charter – notwithstanding its treaty obligations for "promoting respect for human rights and for fundamental freedoms for all" (Articles 1, 55, 56) – has failed to effectively integrate UN human rights law into the legal practices of UN organizations and UN member states; arguably, this failure is also the main reason for the failure of UN institutions and many UN member states to protect rule of law, democratic peace and prevent unnecessary poverty. The common 'constitutional problem' of the crises in HRL and IEL is that legislative and executive foreign policy discretion at national levels remains inadequately 'constitutionally constrained' by constitutional rights and institutional 'checks and balances' (e.g. judicial remedies).

HRL and IEL differ from other areas of 'Westphalian international law among states' by their citizen-driven 'bottom-up' evolution in response to 'struggles for rights', as illustrated by the American and French human rights revolutions in the 18th century and by the establishment of the ILO in response to trade union pressures following World War I. The modern emergence of 'cosmopolitan IEL' protecting individual trading rights, investor rights, intellectual property rights, environmental rights, labor rights and other fundamental rights such as access to justice likewise responds to civil society claims and their judicial protection. European economic law confirms that overcoming the selfish resistance by governments and self-interested bureaucracies against 'the rule of law and respect for human rights' (Article 2 TEU) in IEL, including 'strict observance of international law' (Article 3 TEU), depends on judicial protection of constitutional rights. Yet, in contrast to the Eu's comprehensive constitutional protection of market freedoms, social rights and 'the freedom to conduct a business in accordance with Union law' (Article 16 EU Charter of Fun-

damental Rights), most Anglo-Saxon ountries continue their different Anglo-Saxon traditions of prioritizing civil and political over economic and social rights. Constitutional and judicial protection of economic freedoms and social rights remains contested in many countries outside Europe as well as in the prevailing 'Rawlsian conceptions' of an 'international law among sovereign peoples'.

International trade, investment, intellectual property, competition, environmental and regional economic integration law confirm that rights-based 'constitutional conceptions of IEL' – in contrast to utilitarian, communitarian and one-sidedly libertarian conceptions of IEL – depend on individual 'access to justice' and the willingness of 'courts of justice' to 'administer justice' in conformity with the customary law requirement of interpreting treaties and settling disputes 'in conformity with principles of justice' and human rights (cf. the Preamble and Article 31 VCLT, Article 1 UN Charter). The success of the increasing challenges by civil society of the prevailing 'Westphalian conceptions' of IEL (as an ever more important part of 'international law among sovereign states') by 'constitutional approaches' (e.g. in the EU and EEA), 'global administrative law approaches' (e.g. in UN Specialized Agencies), 'multilevel economic regulation approaches' (e.g. in NAFTA), cosmopolitan approaches (e.g. in ILO and investment law) and transnational commercial law approaches (e.g. based on ICC, UNCITRAL and WIPO arbitration, private self-regulation and non-governmental standard-setting organizations) likewise depends on 'struggles for justice' and their judicial support. The customary methods of treaty interpretation and the inherent powers of 'courts of justice' offer sufficient flexibility for preventing or resolving 'conflicts of norms' and 'conflicts of jurisdiction' between HRL and IEL by consistent interpretation (cf. Article 31 VCLT) and cooperation among different jurisdictions (e.g. judicial comity and deference towards 'margins of appreciation'). Just as 'intra-regime conflicts' inside HRL have to be resolved by transparent 'balancing' of all rights involved, so does respect for legitimate 'constitutional pluralism' (e.g. for constitutional guarantees of economic freedoms as an integral part of the 'first principle of justice' in terms of Kantian and Rawlsian theories of justice) justify the preference of most economic courts for the 'consistent interpretation paradigm' over claims to 'human rights-based hierarchies' as a means for resolving 'inter-regime conflicts' among HRL and IEL. Human rights courts, by contrast, often insist on the priority of human rights (e.g. property rights of indigenous communities) over economic rights (e.g. of foreign investors).

The comprehensive legal and judicial remedies in regional human rights and economic agreements confirm that HRL and IEL share common

'constitutional functions' of empowering, protecting and limiting citizens in their mutually beneficial cooperation across frontiers so as to enable individual and democratic self-development, rule of law and a public conception of justice. Rights-based constitutional theories explain why the effectiveness of both HRL and IEL depends on recognizing citizens as primary subjects of HRL and IEL and on protecting their equal freedoms and other human rights by constitutional, legislative, administrative and judicial safeguards. As justice depends on citizens' support for 'public reason', human rights require 'constitutionalizing' IEL by transforming authoritarian 'rule by law' conceptions into 'cosmopolitan rule of law' conceptions of IEL based on an 'overlapping consensus' on multilevel judicial protection of constitutional freedoms and other human rights. In order to promote the rational and reasonable self-interests of citizens in a cosmopolitan IEL based on voluntary compliance with – and decentralized enforcement of – legal and judicial protection of cosmopolitan rights and duties, multilevel, constitutional and judicial safeguards of cosmopolitan rights must be strengthened in both HRL and IEL, as explained by Kantian 'cosmopolitan constitutionalism' and successfully illustrated by European integration law. Even though international guarantees of economic freedoms, property rights and social rights often go far beyond national economic law, the constitutional legitimacy and political effectiveness of IEL – like that of HRL – depend on 'bottom-up support' by citizens based on cosmopolitan theories of justice and 'public reason' promoting synergies and mutual coherence between HRL and IEL. Lawyers and 'courts of justice' have crucial responsibilities in helping citizens in their 'struggles for rights', rule of law and 'public reason'. The need for integrating HRL and IEL is empirically and theoretically confirmed not only by European integration law which has evolved into the most effective 'democratic peace treaty' of all times. Also the Arab human rights revolutions in 2011 – like the 'Occupy Wall Street' demonstrations in ever more cities worldwide – call for making market regulation consistent with human rights and 'corporate social responsibilities' as emphasized by the UN's 'Global Compact' with more than 8'000 transnational corporations. As the supranational features of European economic law make it an unlikely model for worldwide IEL, citizens have good reasons to insist on decentralized, constitutional safeguards and judicial remedies for holding governments and corporation accountable in terms of human rights and related responsibilities of governments and non-governmental actors. –

DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI E TUTELA DEI DIRITTI UMANI: CONVERGENZA O CONFLITTO?

Francesco FRANCIONI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'illusione della separatezza. – 3. Diritti umani e diritti dell'investitore estero nella prospettiva storica. – 4. Tipologia degli strumenti e dei criteri idonei ad armonizzare diritti umani e diritti dell'investitore. – 5. Scelta del diritto applicabile; presunzione di conformità e integrazione sistemica; ruolo dell'equità. – 6. L'integrazione dei diritti umani nel diritto e nella prassi degli investimenti esteri: valutazione 'ex ante' dell'impatto dell'investimento sulla realtà socio-economica-culturale dello stato ospite e sui diritti umani. Il ruolo della "due diligence". – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il diritto internazionale relativo alla tutela degli investimenti esteri ha avuto uno sviluppo fenomenale negli ultimi quindici anni. Di pari passo con il processo di liberalizzazione degli scambi di merci e del movimento di capitali si è verificata una crescita vertiginosa del volume di investimenti e del numero di accordi bilaterali sulla loro tutela (Bilateral Investment Agreements, BITs), oggi quasi 3.000[1]. A livello multilaterale sono sorti, all'ombra della tutela offerta dalla Convenzione della Banca Mondiale del 1965 istitutiva dell'ICSID[2], vari sistemi regionali quali il NAFTA, CAFTA, ASEAN, che includono specifiche norme in materia di promozione e protezione degli investimenti esteri. La stessa Unione Europea, con il Trattato di Lisbona, ha esteso le sue competenze in materia di politica commerciale comune al settore degli investimenti[3], e su di

* Professore ordinario di diritto internazionale, Istituto Universitario Europeo, San Domenico di Fiesole, Firenze

[1] UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, *IIA Issues Note n. 1* (2011).

[2] Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States, Washington, D.C. 18 March 1965, 575 UNTS 159, 4 ILM 532 (1965).

[3] Articoli 206 e 207 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in avanti TFEU).

esso la Commissione ha già predisposto un corposo pacchetto di iniziative[4]. Ma è stata soprattutto la prassi arbitrale sviluppatesi nell'ambito di tali sistemi a far crescere in modo esponenziale un corpus di norme, di principi e di procedure che oggi costituisce uno dei settori più importanti e dinamici del diritto internazionale. Alla base di tale sviluppo sta la facoltà ormai generalmente accordata al privato investitore di sottoporre ad arbitrato internazionale le controversie che possano sorgere con lo stato territoriale in materia di trattamento dell'investimento stesso, senza dover ricorrere, come nel passato, all'interposizione dello stato nazionale in funzione di protezione diplomatica.

Ma la rapida crescita di questo settore del diritto internazionale non è andata esente da contraccolpi e battute di arresto che in modo diretto o indiretto hanno all'origine il rapporto problematico tra sistema di protezione degli investimenti e tutela dei diritti umani.

A livello politico una prima incrinatura nel consenso a favore degli investimenti esteri si è verificata nel sistema ICSID a seguito della decisione di alcuni Paesi dell'America Latina di recedere dalla Convenzione del 1965 a causa di quello che viene percepito come un eccessivo sbilanciamento dell'arbitrato a favore degli interessi economici dell'investitore estero e a scapito dei diritti della popolazione locale e del potere di governo dello stato ospite[5]. Tale percezione trova terreno fertile anche nella storica avversione dei Paesi dell'America Latina ad accettare l'arbitrato internazionale in materia d'investimenti esteri (vedi dottrina Calvo). Ma in realtà il problema non è limitato all'America Latina, né può essere minimizzato come sporadica manifestazione di velleitarie aspirazioni terzomondiste. Negli stessi Stati Uniti, il paese campione della promozione del diritto internazionale a tutela degli investimenti, si sono levate voci critiche nei confronti dell'arbitrato internazionale e della sua eccessiva invadenza nella sfera delle istituzioni democratiche del potere di governo dello stato territoriale[6].

[4] COM(2010)343 final.

[5] La Bolivia e l'Ecuador hanno denunciato la Convenzione ICSID e altri stati dell'America Latina, come il Nicaragua, sembra abbiano intenzione di farlo, in una sorta di reviviscenza della dottrina Calvo. Vedi UNCTAD, Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor – State Claims, IIA Issues Note N. 2, December 2010.

[6] Le critiche maggiori si sono verificate a seguito del famoso caso *Loewen* nel quale un investitore canadese aveva messo in discussione la correttezza del sistema tipicamente americano della giuria popolare nelle cause civili e del principio dei "punitive damages", che nel caso di specie aveva portato ad una spoliazione di fatto del patrimonio dell'investitore in una causa intentata da un imprenditore locate. Concorrente dell'investitore estero, davanti al giudice dello Stato del Mississippi. Per una critica al caso, FRANCIONI, *Access to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law*, in

Accanto a queste contestazioni di natura politica, il problema che si è posto con sempre maggiore insistenza sul piano normativo è se il diritto internazionale degli investimenti e quello della tutela dei diritti umani svolgano un ruolo complementare nella promozione di un equilibrato e sostenibile sviluppo economico e sociale, e siano quindi aperti a possibili osmosi; ovvero siano sistemi separati, ciascuno dotato di un proprio ed esclusivo sistema di garanzie tali da renderli impervi a reciproche influenze.

I problema della "separatezza" dei due sistemi, e del loro eventuale conflitto, è stato visto nell'ottica della c.d. frammentazione del diritto internazionale[7]. Ma a poco servirebbe, a nostro parere, ridurre tale problema ad un aspetto puramente formale del dibattito eminentemente accademico sulla frammentazione. Se è vero, infatti, che in materia d'investimenti e di diritti umani ci troviamo di fronte allo sviluppo di due sistemi normativi apparentemente disgiunti l'uno dall'altro, è anche vero che essi fanno parte ormai del diritto internazionale generale, oltre ad essere, entrambi i sistemi fondati su accordi internazionali che, a loro volta. sottostanno sul piano formale ai principi dell'ordinamento internazionale. Ma a nostro avviso non si tratta solo di un problema 'formale' da affrontare sulla base di regole astratte come quella della *lex posterior* o *lex specialis,* secondo l'orientamento adottato dalla Commissione del Diritto Internazionale[8]. I rapporti tra diritto internazionale degli investimenti e diritti umani sollevano problemi "sostanziali" di contemperamento tra valori condivisi dell'ordinamento internazionale, quali la difesa delle persone contro l'abuso del potere statale, il principio di legalità, il contrasto alla discriminazione, l'accesso alla giustizia, la tutela della proprietà e della libera iniziativa privata, nonché la tutela di beni comuni come l'aria, l'acqua, la salute e la sicurezza. Nell'esperienza recente non sono mancati casi nei quali l'attivazione dei meccanismi di tutela dell'investitore ha determinato tensioni e veri e propri conflitti tra norme a tutela degli interessi economici dell'investitore e principi di diritto internazionale direttamente o indirettamente riconducibili alla tutela dei

Dupuy, Francioni, Petersmann (eds), *Human rights in International Investment Law and Arbitration,* Oxford, OUP, 2009, p. 63 at 65 ff.

[7] Si veda in proposito il saggio di P.M. DUPUY, *Unification rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights*, in Dupuy, Francioni, Petrsmann (eds), *op. cit*. supra n. 3.

[8] Sul punto si vedano i lavori della Commissione del Diritto Internazionale, 'Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law" adopted by the ILC at its 56th session. *Ybk Int.l Law Commission,* 2006, vol. II , Part 2. per una critica di questi lavori, si veda il saggio di Conforti in *Revue Générale de Droit International Public*, 2007, p. 1-9.

diritti umani. Basti ricordare i casi relativi a investimenti esteri contestati a livello locale per il loro impatto sui diritti delle popolazioni indigene o delle comunità locali[9], nonché la serie di casi sorti in Argentina a seguito della grave crisi economico-finanziaria degli inizi di questo secolo. In questi ultimi, com'è noto, il governo argentino ha ripetutamente invocato la 'necessità' di salvaguardare gli standard essenziali di welfare del popolo argentino come esimente o attenuante dell'obbligo di indennizzare gli investitori esteri gravemente danneggiati dalle misure assunte dallo stesso governo per far fronte alla crisi[10]. Al tempo stesso, i diritti dell'investitore estero hanno trovato occasione di contrapposizione con la tutela dei diritti umani anche nell'ambito di controversie portate davanti a organi di garanzia dei diritti umani da individui o comunità locali che contestavano la legittimità dell'investimento o le forme del suo esercizio nell'ambito dello stato territoriale[11].

È su questo sfondo che occorre affrontare il quesito posto nel titolo di questa presentazione: se, cioè, fra diritti umani e diritto internazionale degli investimenti esista un rapporto di separazione e di potenziale conflitto o, viceversa, un rapporto di reciproco supporto e integrazione come parti complementari dello stesso ordinamento internazionale.

2. L'illusione della separatezza

La dottrina specializzata in materia di arbitrato e di tutela degli investimenti tende a vedere i diritti umani come un corpo separato rispetto alla disciplina internazionale degli investimenti[12]. Tutt'al più si ritiene che essi possano essere presi in considerazione in via incidentale in quei rari casi in cui siano idonei a fornire utili analogie o criteri interpretativi ai fini dell'accertamento degli obblighi specifici derivanti dai trattati internazionali in materia di investimenti. A tale visione non è estranea

[9] *Mayagma Sumo Awas Tingni v Nicaragua* IACHR Series C No 79, 31 Aug. 2001; *Glamis Gold Ltd - United State* ICSID award under UNCITRAL rules of June 8, 2009 .

[10] Si veda ad esempio *CMS Gas v Argentina,* ICSID Case No ARB/01/08, award 12 May 2005; *Azurix v Argentina,* ICSID Case N0 ARB/01/12, award 14 July 2006.; *Siemens v Argentina,* ICSID Case N0 ARB/02/08 award, 6 february2007

[11] Si rinvia per la relativa giurisprudenza ai capitoli 10 (De Sena), 11 (Kriebaum) e 12 (Nikken) del volume Dupuy, Francioni, Petersmann, cit, supra n. 6

[12] Si veda in generale il rapporto del rapporteur dell'Institut de droit internatonal (IDI) A. Giardina presentato alla sessione di Rodi (2011) dell IDI, nonché nella recente letteratura TORAL and SCHULTZ, *The State a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations*, in Waibel et al (eds) *The Backlash against Investment Arbitration:Perceptions and Reality,* Kluwer, 2010, p. 577 ff.

l'influenza ancora esercitata, specie a livello di pratica, dalla tradizione dell'arbitrato commerciale, fondato sul consenso delle parti e sulla delimitazione della materia del contendere in modo tale da non influenzare le posizioni giuridiche di terzi. Ma tale visione "contrattualistica" mal si concilia con il tipo di giustizia internazionale oggi prevalente in materia d'investimenti. E ciò non tanto perché contrasti con un supposto assunto ideologico che porrebbe i diritti umani in una posizione preminente rispetto alle altre norme del diritto internazionale, quanto perché essa non riflette la realtà delle cose.

Nella realtà, e in particolare nella prassi arbitrale, che esamineremo nei paragrafi che seguono, si assiste ad una sempre più intensa interazione tra diritti economici dell'investitore ed istanze di tutela dei diritti umani. Tali istanze possono essere avanzate sia dall'investitore, a ulteriore sostegno della sua richiesta di giustizia e di eventuali pretese risarcitorie contro lo stato territoriale, sia da quest'ultimo, nel caso in cui esso adduca i diritti umani a giustificazione di misure che abbiano effetti negativi sugli interessi economici dell'investitore estero.

In questo secondo caso, il più frequente, lo stato ospite si trova nella posizione di dover invocare l'adempimento dei suoi obblighi internazionale in materia di rispetto e protezione dei diritti umani della popolazione sottoposta alla sua giurisdizione come giustificazione di politiche economiche, sociali, culturali, ambientali, o comunque di pubblico interesse. Ciò può verificarsi di frequente nel caso di investitori esteri che gestiscano servizi di interesse pubblico – emblematico è il caso dell'acqua – o operino in settori industriali o tecnologici che comportano rischi per la salute o la sicurezza dei cittadini, o nel caso di industrie estrattive che hanno un impatto significativo sull'ambiente naturale e sulle condizioni di vita della popolazione locale. In questi casi è, in effetti, possibile un conflitto tra norme internazionali che tutelano i diritti economici dell'investitore e norme a tutela dei diritti fondamentali della popolazione. Una aprioristica e meccanica applicazione delle prime, in regime di totale separazione dalle seconde, non appare giustificata sul piano strettamente giuridico dai principi che regolano i rapporti tra norme internazionali di pari grado, in questo caso norme pattizie e in certa misura norme consuetudinarie. Né appare opportuna sul piano politico, nella misura in cui alimenta la già menzionata diffidenza nei confronti dell'arbitrato e ne mette in discussione la stessa legittimità come forma di *judicial review* di atti di governo dello Stato ospite[13].

[13] Per una più ampia trattazione di questo aspetto si rinvia a FRANCIONI, *Access to Justice*, cit. supra n. 6.

Altro aspetto della realtà che occorre tener presente è che il fenomeno socio-economico degli investimenti esteri, al contrario del commercio internazionale, è caratterizzato dalla forte permanenza e durata nel tempo dell'investitore e della sua impresa nel territorio dello stato ospite. La sua presenza assume un carattere strutturale cui non può restare indifferente l'esercizio del potere di governo dello stato ospite. Ciò si può osservare nella stragrande maggioranza delle situazioni che caratterizzano gli investimenti esteri. Esse vanno dalla presenza di capitali esteri nello sfruttamento di risorse naturali – quali il petrolio, il gas, i minerali – alla costruzione di opere pubbliche, alla somministrazione di servizi essenziali quali trasporti e telecomunicazioni, lo smaltimento di rifiuti, l'energia, per fare solo qualche esempio. Immaginare che in questo contesto la vita dell'investimento si svolga in un sistema di regole totalmente separato dalla sfera delle competenze , poteri e responsabilità, anche in materia di diritti umani, che fanno capo allo stato ospite e ad altri soggetti coinvolti nell'investimento, sarebbe una forzatura della realtà e frutto di pregiudizio ideologico.

Ma non è solo la particolare fenomenologia degli investimenti esteri a indicare la necessità di non disconnettere il loro regime giuridico dalla tutela internazionale dei diritti umani. Sussistono anche motivi di politica legislativa che suggeriscono di non aggravare l'attuale squilibrio del diritto internazionale a favore dei diritti dell'investitore. Occorre osservare, infatti, che l'investitore estero gode oggi di un notevole vantaggio rispetto alla potenziale vittima di violazioni dei diritti umani. Mentre per l'accesso ai rimedi internazionali – ove essi siano previsti – contro asserite violazioni dei diritti umani la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni rimane in vigore e condiziona in modo rigoroso l'ammissibilità del ricorso, la stessa regola non è condizione imperativa di ammissibilità dell'arbitrato ed è prevista come semplice opzione eventuale[14]. Ciò comporta a livello pratico che l'autorità giudiziaria o amministrativa dello stato ospite resti privata dell'opportunità di valutare le pretese dell'investitore, e la sua contestazione della legittimità delle misure statali ritenute lesive dei suoi interessi economici, nel contesto complessivo della vita sociale e di un corretto bilanciamento tra interessi pubblici e privati. Quindi, in assenza di opportuni correttivi, l'internazionalizzazione immediata della controversia e la delega della sua soluzione all'arbitrato può diventare la via per disconnettere il regime di tutela

[14] Articolo 26 Convenzione ICSID: "… A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration…". È evidente che l'uso del "may" denota che il previo esaurimento costituisce l'eccezione e non la regola.

dell'investitore estero dal funzionamento delle norme sui diritti umani alla cui osservanza lo stato territoriale è tenuto in virtù del diritto internazionale generale, ma anche in forza di eventuali obblighi assunti in base a specifici accordi internazionali.

Ma quali sono i criteri che ci permettono di correggere eventuali discrepanze e di superare eventuali conflitti (apparenti o reali) tra tutela dei diritti umani e protezione dei diritti dell'investitore?

3. Diritti umani e diritti dell'investitore estero nella prospettiva storica

A nostro modo di vedere, il primo correttivo è di carattere epistemologico e concerne la rivalutazione in una corretta prospettiva storica della matrice comune delle norme internazionali a tutela degli investitori esteri e delle norme sui diritti umani. Com'è noto, e come abbiamo avuto occasione di approfondire in altra sede[15], le norme internazionali sulla tutela degli investitori esteri si sono sviluppate sin dal Medio Evo sulla spinta delle stesse motivazioni etiche e giuridiche che stanno alla base della moderna tutela dei diritti umani: la necessità di sottrarre gli stranieri investitori all'arbitrio del potere locale, e di salvaguardare la loro vita, la loro sicurezza, i loro beni in una situazione di oggettiva debolezza causata della lontananza dal paese di provenienza e, talvolta dal principio della personalità della legge che, in passato, impediva la protezione dello straniero da parte del diritto locale. È su questo presupposto che si è radicato nella prassi internazionale il concetto di "standard minimo di trattamento degli stranieri" come limite alla sovranità dello stato territoriale. La stessa terminologia usata per indicare la violazione di tale standard minimo – "diniego di giustizia" – contiene una forte assonanza con il linguaggio dei diritti umani e con i relativi concetti di "due process", tutela giurisdizionale dei diritti individuali e diritto ad un rimedio contro eventuali abusi del potere. Nel diritto contemporaneo la convergenza tra diritti umani e diritti dello straniero è accentuata dalla comune tendenza alla "internazionalizzazione" dei meccanismi di tutela dei soggetti privati interessati: nel primo caso, mediante l'accesso alle giurisdizioni internazionali sui diritti umani; nel secondo caso mediante l'accesso diretto del privato investitore all'arbitrato internazionale. Vero è che una differenza importante rimane tra le norme sui diritti umani e quelle sulla tutela degli investimenti esteri. Le prime infatti hanno lo scopo di proteggere

[15] FRANCIONI, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, cit. supra note 6.

l'individuo, la persona nella sua dignità e nella sua libertà, mentre le seconde si rivolgono soprattutto alle imprese e alle società commerciali che nel processo di internazionalizzazione dell'economia hanno ormai quasi totalmente preso il posto dell'imprenditore individuale. Tuttavia, come vedremo in seguito, questa differenza non impedisce che certi diritti umani di natura economica (pacifico godimento dei propri beni) o processuale (accesso alla giustizia), o lo stesso principio di non discriminazione, possano indistintamente applicarsi alle persone fisiche e alle persone giuridiche. Ma quel che più conta ai fini della nostra discussione è il tratto comune che unisce i due sistemi di norme: l'aver emancipato i soggetti privati investitori dalla tutela paternalistica dello Stato nazionale tipica della protezione diplomatica[16], nel caso dei diritti dello straniero investitore; e l'aver riconosciuto l'individuo come soggetto del diritto internazionale, con diritto di accesso anche a tribunali internazionale nei sistemi convenzionali che lo consentono, nel caso dei diritti umani.

4. Tipologia degli strumenti e dei criteri idonei ad armonizzare diritti umani e diritti dell'investitore

Una volta posto il problema nella corretta prospettiva storica, vediamo ora quali strumenti mette a disposizione il diritto internazionale per armonizzare il regime di protezione dell'investitore estero e l'osservanza degli obblighi in materia di diritti umani. Occorre distinguere a questo riguardo tra a) strumenti che permettono la considerazione dei diritti umani come parte della legge applicabile al regime degli investimenti, b) metodi interpretativi che consentono l'armonizzazione tra norme e sistemi di norme, e c) ruolo dell'equità. Infine, ci soffermeremo su brevemente sulla questione se a livello di sviluppo progressivo del diritto internazionale siano auspicabili nuovi e più efficaci strumenti per facilitare la convergenza e la coesione tra regime di protezione degli investimenti e rispetto delle norme internazionali sui diritti umani.

[16] È significativo che anche gli articoli adottati nel 2006 dalla Commissione del Diritto Internazionale riconoscano a titolo di "Recommended Practices" la considerazione delle vittime dell'illecito sia ai fini della decisione di esercitare o meno la protezione diplomatica, sia ai fini dell'effettivo trasferimento ad esse della riparazione eventualmente versata allo stato reclamante (Art. 19) GAOR, Sixty-first Session, Supplement N0 10 (A/61/10).

5. Scelta del diritto applicabile; presunzione di conformità e integrazione sistemica; ruolo dell'equità

a) *La legge applicabile*. Uno sguardo ai vari sistemi che regolano la la risoluzione delle controversie in materia d'investimenti ci consente di accertare che, con l'unica eccezione delle regole UNCITRAL, tutti richiamano il diritto internazionale come legge potenzialmente applicabile. L'art. 42 (1) della Convezione ICSID stabilisce che in assenza di una specifica manifestazione di volontà delle parti circa la legge applicabile, il tribunale arbitrale applicherà "… the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of International law as may be applicable". Una clausola simile si trova nel Capitolo 11 (investimenti) del NAFTA, articolo 1131, secondo il quale la "governing law" delle controversie è lo stesso accordo NAFTA nonché "… applicable rules of International law". Così anche l'Energy Charter Treaty, art. 26 (6) e tutta una serie di Model BITs promossi da singoli stati, tra cui quello del Canada, Model BIT, articoli 40 (1) e 11, Stati Uniti, 2004 Model BIT art 30 (1) e India, Model BIT art. 12 (1).

Nella misura in cui i citati strumenti a tutela dei diritti dell'investitore richiamano le norme del diritto internazionale, è ovvio che esse comprendono le norme sulla protezione dei diritti umani. La questione è se esse siano "applicabili", per usare il termine ricorrente nelle clausole appena richiamate. La risposta a questa domanda va data tenendo conto dei vari livelli a cui tali norme operano. A livello di norme convenzionali, nel caso in cui le parti dell'accordo bilaterale o multilaterale per la tutela degli investimenti siano anche parti contraenti di un trattato per la tutela dei diritti umani che viene in rilevo nella controversia, la risposta è agevole: le norme sui diritti umani saranno parte del diritto applicabile. Questa soluzione è scontata nel caso di convenzioni a partecipazione quasi universale, quali la convenzione sui diritti del fanciullo (1989[17] e quella sul divieto di discriminazione razziale (1965)[18] per le quali le probabilità di coincidenza degli obblighi in materia di tutela dell'investitore e di rispetto dei diritti umani sono massime. Lo stesso può dirsi per il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e per quello sui diritti economici, sociali e culturali[19] che per ampiezza di ratifiche presentano buone probabilità di coincidenza con l'ambito di applicazione di accordi in materia d'investimenti. La prassi arbitrale recente dimostra che in

[17] Adottata il 20 novembre 1989, 1577 UNTS 3.
[18] Adottata il 21 dicembre 1965 , 660 UNTS 195, conta 174 Parti.
[19] Questo secondo Patto è stato oggetto di ratifica o accessione da parte di 160 Stati.

questi casi gli obblighi dello stato ospite in materia di diritti umani determinano anche il contenuto e la portata degli obblighi che lo stesso stato ha nei confronti dell'investitore estero. Il caso *Foresti* ne è un esempio. Un investitore privato italiano lamentava la violazione da parte del Sud Africa del principio di non-discriminazione contenuto nel BIT in vigore tra il Sud Africa e l'Italia[20]. Il Sud Africa, dal canto suo difendeva la sua legislazione (il Black Economic Empowerment Act) sulla base dell'argomento che certe misure di discriminazione "positiva" si rendevano necessarie per ripristinare una effettiva uguaglianza a favore dei gruppi che in passato erano stati vittime di discriminazione razziale e di apartheid. In queste circostanze, dal momento che gli stati parti del BIT applicabile erano anche parti contraenti della Convenzione del 1965 sul divieto di discriminazione razziale, era naturale che il Tribunale arbitrale tenesse conto di quest'ultima ai fini della determinazione del significato di discriminazione. Ciò avrebbe consentito di accertare che la Convenzione non solo permette l'"affirmative action" a favore di gruppi svantaggiati, ma addirittura prevede l'obbligo che gli Stati Parti

"… shall … take, in the social, economic, cultural and other fields, special and concrete measures to ensure the adequate development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them for the purpose of guaranteeing them the full and equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms"[21]

Il caso non è pervenuto ad una decisione nel merito a causa della desistenza della parte attrice e dell'accordo transattivo intervenuto tra le parti; ma esso illustra in modo esemplare come norme sui diritti umani possano svolgere un ruolo sostanziale nella determinazione degli obblighi dello stato territoriale nei confronti dell'investitore.

Quando invece non ci sia una perfetta coincidenza di obblighi convenzionali nascenti da trattati per la protezione degli investimenti e obblighi in materia di diritti umani, il problema è più complesso, ma anche in questo caso il diritto internazionale consente una certa armonizzazione. In primo luogo è possibile utilizzare la tecnica ormai ampiamente sperimentata dai giudici nazionali nei casi di apparente o reale contrasto tra norme internazionali e norme interne di pari grado. Si tratta del criterio interpretativo ispirato alla *presunzione di conformità*, che consiste

[20] *Foresti and Others v. Republic of South Africa*, ICSIDCase N. ARB (AF)/7/1, award 4 August 2010.

[21] Art. 2 (2).

nello sforzo di ricostruire il significato e la portata della norma interna in modo tale da renderla compatibile con gli obblighi internazionali dello stato del foro. Tale criterio può essere utilizzato anche nella dimensione orizzontale dei rapporti tra norme internazionali per la protezione degli investimenti e norme a tutela dei diritti umani. In tale dimensione la presunzione di conformità con i diritti umani può agire sia a supporto delle pretese dell'investitore, sia a sostegno della legittimità delle misure adottate dallo stato ospite. Il primo caso è illustrato dalla controversia *Saipem c. Bangladesh*, concernente un investitore italiano operante nel settore petrolifero che lamentava la violazione del BIT tra Italia e Bangladesh a causa della illecita interferenza da parte dei giudici dello stato ospite nella regolare attivazione da parte dell'investitore della procedura arbitrale prevista a tutela dell'investimento. Sia la decisione del Tribunale ICSID sulla giurisdizione, sia la sentenza nel merito hanno fatto ampio uso delle norme internazionali sulla protezione dei diritti umani, e in particolare della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, per concludere che il diritto ad un equo processo e alla tutela prevista dalla procedura arbitrale costituiscono diritti soggettivi il cui arbitrario annullamento da parte dei tribunali dello stato ospite equivale ad un atto di espropriazione[22].

Il secondo caso, di invocazione dei diritti umani come giustificazione di misure restrittive adottate dallo stato ospite nei confronti dell'investitore si è verificato di frequente in relazione al complesso contenzioso tra Argentina e investitori esteri che ha fatto seguito alla grave crisi finanziaria attraversata da quel Paese a partire dai primi anni 2000. In vari casi, alle pretese risarcitorie degli investitori esteri il governo argentino ha opposto argomenti fondati sul rispetto dei diritti fondamentali della popolazione, in particolare laddove gli investimenti riguardavano la fornitura di servizi essenziali alla vita e alla salute dei cittadini (come la fornitura di acqua, di energia o lo smaltimento di rifiuti). In questi casi l'orientamento riscontrabile nella giurisprudenza arbitrale è che in linea di principio la tutela dei diritti dell'investitore non debba tradursi in una lesione dei diritti fondamentali della popolazione locale[23], salvo poi per lo più concludere nel merito che lo stato ospite avrebbe potuto salvaguardare tali diritti con misure aventi un minor impatto negativo sulle posizioni dell'investitore[24]. Nella giurisprudenza arbitrale più recente so-

[22] *Saipem c. Bangladesh,* ICSID Case No ARB/05/07, decision 21 March 2007 on jurisdiction and provisional measures, par. 130 ss. La decisione nel merito è del 30 giugno 2009.

[23] *CMS Gas Transmission Co v. Argentina,* ICSID Case No ARB/01/08 12 May 2005 , par 114.

[24] Vedi *Sampra Energy International v. Argentina* ICSID Case No ARB/02/16, 28

no emerse anche considerazioni relative alla tutela dei diritti della popolazione locale relativi alla salvaguardia del territorio nei suoi aspetti sia ecologici che culturali. Nel caso *Glamis Gold v. United States*, il Tribunale arbitrale istituto nell'ambito del NAFTA per decidere se misure restrittive in materia di autorizzazione a svolgere attività di estrazione mineraria costituissero violazione dei diritti di un investitore canadese, ha riconosciuto che la protezione della qualità dell'ambiente e dei diritti culturali della popolazione indigena stanziata sul territorio costituivano legittima giustificazione delle misure restrittive delle libertà economiche e dei diritti di proprietà dell'investitore estero[25]. Una versione particolarmente avanzata della applicabilità delle norme a tutela dei diritti umani come limite alla protezione dei diritti dell'investitore si riscontra in una decisione arbitrale recente nel caso *Phoenix Action v Czech Republic,* nella quale il tribunale ICSID arriva a prospettare la revoca della protezione legale dell'investitore nel caso in cui esso sia coinvolto nella violazione di diritti fondamentali della persona umana[26].

b) *Diritti umani come criteri interpretativi*. A risultati analoghi a quelli cui si perviene mediante il richiamo delle norme sui diritti umani come legge applicabile si può arrivare utilizzando le stesse norme come criteri interpretativi delle specifiche regole in materia di protezione dell'investimento. È quasi superfluo ricordare a questo riguardo il ruolo svolto dall'art. 31 (3) (c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il quale prevede che nella interpretazione di un trattato.

" … 3. Si terrà conto, oltre che del contesto… c) di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti".

Tale articolo è ormai invocato 'ad ogni piè sospinto' dalla dottrina che si occupa del problema della frammentazione del diritto internazionale e della risoluzione dei conflitti tra norme internazionali[27] Esso non è certo una panacea per risolvere tutti i problemi di incoerenza e conflitto che nascono dalla proliferazione di regimi speciali nel diritto internazionale contemporaneo. Come è stato giustamente ricordato di recente da autorevole dottrina[28], l'articolo 31 (3) (c) fornisce solo un criterio di interpretazione dei trattati. Ma anche come semplice criterio di interpreta-

september 2007.

[25] *Glamis Gold Ltd. . United States,* decisione arbitrale giugno 2009.

[26] " … nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investmentsmade in violation of the most fundamental rules of protection of human rights" .Decisione arbitrale 2009 <*http://icsid.worldbank.org*>.

[27] Si veda ILC Study Group on Fragmentation, supra nota 7; J. PAWELYN, *Conflict of norms in Iternational Law*.

[28] B. SIMMA, *Foreign Investment Arbitration: a Place for Human Rights*?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 60, July 2011, pp. 573-596.

zione esso può svolgere un ruolo importante nella determinazione del contenuto dei diritti dell'investitore e degli obblighi dello stato ospite. La prassi arbitrale offre numerosi casi di ricorso a fonti dei diritti umani come criterio d'interpretazione delle regole applicabili al regime degli investimenti. Nel caso *Mondev v United States,* il tribunale NAFTA non ha esitato a utilizzare la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, e la giurisprudenza della Corte Europea, al fine di determinate il significato e la portata del diritto di accesso alla giustizia, in presenza di una pretesa di immunità dell'autorità locale, e del principio di non retroattività della legge penale[29]. Trattandosi di controversia sorta nell'ambito del NAFTA (e riguardante un ricorrente canadese e gli Stati Uniti) in nessun modo si può ritenere che la Convenzione Europea potesse essere considerata alla stregua di legge applicabile. Ciò non ostante i diritti umani in essa garantiti sono stato considerati come possibili criteri ispiratori per una corretta interpretazione delle norme internazionali applicabili. Allo stesso risultato è pervenuto il tribunale ICSID nel già citato caso *Saipem v. Bangladesh*, là dove i diritti acquisiti dall'investitore in virtù di legittime decisioni giurisdizionali o arbitrali sono stati equiparati a diritti di proprietà proprio ricorrendo a criteri interpretativi dedotti dalla Convenzione Europea, altrimenti del tutto irrilevante per il Bangladesh. Nel caso *Tecmed Sa v. Mexico* il tribunale ICSID ha utilizzato sia la Convenzione Europea, sia la Convenzione Inter-americana sui diritti dell'uomo per determinare il significato del concetto di espropriazione indiretta di fatto dei diritti dell'investitore e per giustificare il differenziale di trattamento degli investitori stranieri rispetto ai soggetti nazionali[30].

c) *Il ruolo dell'equità*. È noto che la quasi totalità dei trattati bilaterali per la protezione degli investimenti, nonché accordi regionali quali il NAFTA e ASEAN, contengono la classica clausola sul "fair and equitable treatment" dell'investitore. Si tratta di una clausola intesa ad aggiungere alle garanzie legali previste dal diritto internazionale generale e dal singolo trattato l'ulteriore parametro di legittimità dato dall'equità. Ciò consente all'investitore di poter contestare la legittimità di misure prese nei suoi confronti dallo stato ospite, le quali non costituiscano prima facie violazione di alcuna norma del contratto d'investimento o del diritto internazionale applicabile ma, ciononostante, incidano sugli interessi economici e sulle legittime aspettative dell'investitore. Rientrano in que-

[29] ICSID Case No ARB/(AF)/99/2 (NAFTA), award 11 October 2002, par. 139-143.

[30] ICSID Case No ARB(AF)/00/2 Award 29 May 2003, par. 116.

sta categoria le misure che hanno l'effetto di limitare l'accesso all'approvvigionamento di materie prime o di prodotti necessari allo svolgimento dell'impresa, o limitazioni al trasporto o alla vendita delle merci prodotte, nonché misure direttamente o indirettamente limitative dell'accesso alla giustizia, o adottate in assenza dei requisiti minimi di trasparenza e in modo tale da mettere l'investitore davanti ad un fatto compiuto a lui sfavorevole. Sicuramente, l'applicazione di questa clausola nelle sue innumerevoli varianti ha fornito agli investitori e ai tribunali arbitrali un ulteriore strumento per sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dallo stato ospite nei confronti dell'investitore estero[31]. Ma in che senso essa può essere rilevante ai fini del contemperamento tra tutela dei diritti dell'investitore e diritti umani? A nostro modo di vedere il ricorso all'equità, come espresso nei trattati in materia di protezione degli investimenti non può essere accolto come garanzia a senso unico ed esclusivamente a tutela degli interessi economici dell'investitore. Per sua natura il concetto di equità implica la ricerca di un equilibrio tra interessi contrapposti, un bilanciamento che per definizione richiede una valutazione complessiva dei rapporti tra le parti in vista di un compromesso giusto e ragionevole[32]. Ora, anche se all'origine della clausola del 'fair and equitable treatment' sta la preoccupazione di salvaguardare la sicurezza e l'ordinato svolgimento delle attività dell'investitore estero e di tutelarlo dal rischio di abusi di potere da parte dello stato territoriale, non sfugge che con la generalizzazione dell'arbitrato obbligatorio e vincolante tale clausola può svolgere una funzione anche a favore dello stato territoriale. Non va dimenticato infatti che in molte controversie recenti la facoltà concessa all'investitore di portare lo stato ospite davanti ad un organo arbitrale per rispondere di asseriti danni alla sua proprietà e ai suoi interessi commerciali ha riguardato misure adottate dallo stato territoriale al fine di promuovere beni pubblici necessari al soddisfacimento di diritti sociali, ambientali e culturali della popolazione locale. In questi casi è nostra opinione che il principio del "fair and equitable treatment" debba svolgere un ruolo anche a supporto delle istanze avanzate dallo stato territoriale e delle esigenze di tutela e promozione dei diritti individuali e collettivi della popolazione locale, quali il diritto alla salute, ad

[31] Per una disamina della prassi applicativa della clausola si veda I. KNOLL-TUDOR, *The fair and Equitable Tratment Standard and Human Rights Norms*, in Dupuy, Francioni, Ptersmann, *Human Rights and International Investment Law,* cit. supra note 6, pp. 310-343.

[32] Sul concetto e sul ruolo dell'equità nel diritto internazionale, ci sia consentito di rinviare alla voce FRANCIONI, *Equity, International Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011.

un ambiente decente, alla preservazione di un sistema di sicurezza sociale, e al godimento della propria cultura e dei beni materiali ad essa connessi[33]. Questa chiave di lettura del principio di equità trova riscontro in recenti casi della prassi arbitrale nei quali le pretese e le legittime aspettative dell'investitore estero sono state valutate nel contesto di una giusta ponderazione con l'interesse generale dello stato ospite a perseguire politiche sociali,ambientali e culturali necessarie al rispetto e alla protezione di diritti fondamentali della popolazione[34]

6. L'integrazione dei diritti umani nel diritto e nella prassi degli investimenti esteri: valutazione 'ex ante' dell'impatto dell'investimento sulla realtà socio-economica-culturale dello stato ospite e sui diritti umani. Il ruolo della "due diligence"

Le tecniche di armonizzazione sopra esaminate riescono nella maggior parte dei casi a colmare il divario tra tutela dei diritti umani e regime di protezione degli investimenti. Resta però il fatto che esse operano in una fase della vita dell'investimento che è successiva all'insorgere della controversia tra stato ospite e investitore. Tutti i casi esaminati nei paragrafi precedenti riguardano, infatti, sentenze arbitrali nelle quali in un modo o nell'altro si è dovuto affrontare il problema *ex post* , cioè nella fase successiva all'insorgere della controversia e in assenza di un quadro di riferimento normativo tale da offrire coerenza e continuità nella gestione del bilanciamento tra diritti dell'investitore e il rispetto dei diritti umani. Questo approccio non è del tutto soddisfacente. Dal punto di vista dell'investitore, la protezione dei suoi diritti fondamentali, quali l'accesso alla giustizia, la non discriminazione, il rispetto della proprietà, trova un limite nella stessa natura dell'arbitrato, una forma di giustizia che consente solo il rimedio dell'indennizzo monetario e non forme di

[33] Anche se è vero che nella prassi arbitrale non è dato riscontrare casi di esplicita applicazione del principio in esame a giustificazione delle misure adottate dallo stato territoriale, è pur vero che in molti casi il bilanciamento tra diritti dell'investitore e diritti della popolazione locale è stato effettuato attraverso un approccio molto simile all'equità, e cioè utilizzando il principio di proporzionalità (*Tecmed SA v Mexico,* ICSID Case No ARB/05/07, 21 March 2007, par. 130-132; *SD Myers v. Canada,* NAFTA/UNCITRAL award, 13 November 2000 40 ILM 1408), la tutela di beni essenziali alla salute come l'acqua e l'aria (*Methanex v. United States,* 44 ILM 1345) o la tutela dei beni culturali di grande importanza per la popolazione locale (*Parkering v Lithuania*, ICSID Case No ARB705/08, 11 September 2007).

[34] Si vedano in particolare i casi *Methanex,* supra nota 33; *Sedco Inc. v Iran,* 9 Iran – US Claims Tribunal Reports; *Glamis Gold* , cit. supra note 25.

restituito in integrum. Dal punto di vista dello stato ospite, la delega ad arbitri del potere di decidere su ricorsi dell'investitore estero, che mettono in discussione politiche sociali e di pubblico interesse ritenute funzionali alla protezione di diritti umani della popolazione, alimenta il senso di insoddisfazione e la stessa contestazione della legittimazione dell'arbitrato internazionale come strumento di *judicial review* del diritto pubblico statale. Sarebbe quindi preferibile che la convergenza tra diritti umani e diritti dell'investitore estero si realizzasse *ex ante*, cioè prima dell' insorgere della controversia e in anticipazione della procedura arbitrale preposta alla sua risoluzione. È ovvio che il modo migliore per realizzare questa "infusione" dei diritti umani nella disciplina degli investimenti esteri è quello di una generalizzata incorporazione negli accordi bilaterali o regionali in materia di standards obbligatori di rispetto e protezione dei diritti umani internazionalmente riconosciuti. Oggi siamo ancora lontani da questo risultato. Tuttavia non mancano segnali incoraggianti in questa direzione. In alcuni recenti "modelli" di accordi bilaterali per la protezione degli investimenti si fa esplicito riferimento alla considerazione dei diritti umani nella fase preparatoria allo stabilimento dell'investitore nel paese ospite. È questo il caso del modello IISD che all'art. 21 (B) richiama i rispetto di "… high levels of labour and human rights protection"[35]. Per altro verso, nella prassi delle istituzioni finanziarie internazionali quali la International finance Corporation e la Banca Mondiale si è ormai fatta strada la valutazione preventiva dell'impatto che un eventuale investimento finanziato da queste istituzioni potrà avere sulla salute, sull'ambiente e nella sfera sociale dello stato ospite[36]. Non si vede, dunque, per quale motivo lo stesso approccio "preventivo" non possa essere adottato anche con riguardo al prevedibile impatto degli investimenti sul rispetto dei diritti umani. Questo approccio non richiede necessariamente una revisione degli attuali accordi bilaterali o regionali. Anche nel quadro dell'attuale sistema sarebbe, a nostro avviso, possibile, migliorare la congruenza tra diritti umani e tutela degli investimenti attraverso una opportuna valutazione d'impatto sociale e culturale dell'investimento sulla società in cui esso è destinato a collocarsi ed operare. Se è vero che già oggi questa valutazione d'impatto è richiesta *de lege lata* per quanto riguarda l'ambiente[37], è anche vero, come dimostra-

[35] International Institute for Sustainable Development, Model BIT, April 2005.

[36] Si vedano a questo riguardo i c.d "Equator Principles" <*http://www.eequator - principles.com*>, nonché le guidelines della International Finance Corporation.

[37] Se pure nel contesto di uno specifico accordo internazionale, l'importanza della valutazione preventiva dell'impatto ambientale di nuovi progetti d'investimento suscettibili di alterare lo stato di risorse naturali condivise è stata riconosciuta dalla stessa Corte

no molti dei casi esaminati in precedenza, che l'impatto ambientale è spesso inscindibile da quello sociale e culturale[38]. Si tratterebbe, quindi, di estendere ai diritti umani ed alla realtà socio-culturale una pratica ormai consolidata in materia di rispetto dell'ambiente. D'altra parte non si può obiettare che ciò comporterebbe eccessivi oneri per l'impresa. Se si valutano i costi inevitabilmente connessi alla gestione di un eventuale contenzioso – in questo caso consistente in un arbitrato internazionale – gli oneri di una corretta "due diligence" preventiva da parte dell'investitore appaiono del tutto ragionevoli anche per imprese di modeste dimensioni. D'altra parte il concetto di "due diligence" preventiva ha ormai trovato pieno riconoscimento nei lavori del Rappresentante Speciale delle Nazioni Unite su diritti umani e società commerciali, J. Ruggie. I *Guiding Principles on Business and Human Rights* , approvati dal Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite nel giugno 2011, si fondano sui tre "pilastri" della responsabilità dell' impresa, accanto ovviamente a quella dello stato, di "proteggere", "rispettare" e "rimediare". Si tratta di un quadro flessibile di principi che costituiscono parametri di legittimità cui commisurare gli standards di condotta dell'impresa e dello stato. Alla base di tali principi sta il criterio generale della "due diligence", dello sforzo che sia l'operatore economico sia le autorità pubbliche interessate devono fare al fine di prevenire e rimediare le violazioni dei diritti umani. È interessante notare come questo dovere di "due diligence" non riguarda soltanto l'operatore commerciale e lo stato territoriale in cui si svolge l'investimento: ma concerne indistintamente tutti gli stati coinvolti, e quindi anche lo stato di origine dell'impresa nella misura in cui esso sia in grado di svolgere appropriate forme di sorveglianza e controllo nell'ambito della propria giurisdizione al fine di prevenire operazioni e pratiche commerciali suscettibili di causare violazioni di diritti umani. Questo è particolarmente importante nel caso degli investimenti esteri poiché per essi è spesso lo stato nazionale dell'investitore a fornire supporto all'esportazione di capitali e alla realizzazione dell'investimento attraverso il rilascio di licenze, la fornitura di credito all'esportazione, e finanche la copertura assicurativa, con strumenti di diritto pubblico, dei rischi non commerciali cui l'investitore nazionale può incorrere nel paese estero[39]. E, non va dimenticato, è lo stato nazionale a

Internazionale di Giustizia nel caso *PulpMills on the River Uruguay* (Argentina v Uruguay) Judgment 20 Apr. 2010, par. 94-122.

[38] Si vedano in particolare i casi *Glamis Gold* nota 25 e *Parkering* nota 33.

[39] Per un'analisi dei collegamenti tra stato e impresa che determinano il sorgere di un obbligo di due diligence dello stato al fine di prevenire o rimediare eventuali violazioni di norme internazionali, si rinvia alla nostra monografia FRANCIONI, *Imprese multina-*

predisporre, attraverso la stipulazione di accordi bilaterali o regionali di protezione degli investimenti, la garanzia degli interessi economici delle persone e società che intraprendono attività economiche all'estero.

7. Conclusioni

Nella sentenza emessa dalla Corte Internazionale di Giustizia il 30 novembre 2010 nel caso *Diallo*[40]*,* concernente il ricorso intrapreso dalla Repubblica della Guinea contro la Repubblica Democratica del Congo per la protezione diplomatica di un proprio cittadino investitore maltrattato ed espulso dallo Stato dell'investimento, la Corte ha accolto il ricorso sulla base di una serie di norme desunte da strumenti internazionali sui diritti umani tra cui il Patto sui diritti civili e politici, la Carta Africana dei diritti umani e dei popoli e la Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari. È significativo che la Corte non ha seguito in questo caso il paradigma classico della protezione diplomatica come meccanismo di tutela di diritti elusivamente statali ma ha sottolineato la natura di diritti fondamentali "individuali" dell'investitore estero sottoposto a misure di privazione dei suoi beni, della sua libertà e dei suoi diritti di difesa[41]. Ciò è servito a rafforzare la tutela dello straniero investitore attraverso l'applicazione diretta di norme internazionali sui diritti umani.

Tale risultato può essere meno facile da conseguire quando i diritti umani sono invocati dallo stato ospite a giustificazione di misure che l'investitore ritiene lesive dei diritti garantiti dalle norme internazionali applicabili al suo investimento. In tale situazione, come abbiamo cercato di dimostrare nei paragrafi che precedono, i due sistemi normativi – diritti umani e diritti dell'investitore – rimangono separati. Tuttavia, come risulta dalla prassi esaminata i diritti umani hanno dimostrato una notevole capacità di penetrazione nel sistema di protezione degli investimenti. Essi possono esser parte della legge applicabile, laddove i destinatari degli obblighi in materia di investimenti siano anche destinatari degli obblighi in materia di diritti umani che rilevano nel caso di specie[42]; pos-

zionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale, Milano, 1979, Cap. IV.

[40] I.C.J, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea v Democratic Republic of Congo), Judgment of 30 Novemebr 2010.

[41] La Corte ha accertato la responsabilità dello stato convenuto per la violazione dell' articolo 9 e 13 (arbitraria privazione della libertà personale e illecita espulsione dello straniero investitore, dei corrispondenti articoli 6 e 12 della della Carta africana dei diritti umani e dei popoli, nonché dell'articolo 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari.

[42] Vedi caso *Foresti* supra nota 20.

sono servire come criteri interpretativi del diritto internazionale applicabile all'investimento. Infine possono fornire spunti per una corretta applicazione del principio del "fair and equitable standard" che, come abbiamo sostenuto, richiede una valutazione complessiva del ruolo dell'equità sia a favore dell'investitore, sia a favore dello stato ospite e dell'interesse pubblico da esso perseguito. Al di là di queste tecniche di integrazione *ex post*, il progresso nella ricomposizione tra tutela dei diritti umani e protezione degli interessi economici dell'investitore, rimane affidato alla istituzione di pratiche di valutazione preventiva dell'impatto socio-economico e culturale che l'investimento ha nella società dello stato ospite. La generalizzazione di queste pratiche potrebbe ridurre notevolmente il contenzioso che negli ultimi anni si è prodotto intorno al conflitto tra "legittime aspettative" dell'investitore e esigenze di regolazione dei paesi ospiti. In tale prospettiva, potrebbe anche servire a dare più forte legittimazione all'arbitrato in materia d'investimenti come metodo di risoluzione delle controversie internazionali e come strumento di supporto alla crescita e al benessere economico degli stati.

DROIT DU COMMERCE ET CULTURE : LA PORTEE DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITE DES EXPRESSIONS CULTURELLES

Hélène RUIZ FABRI·

SOMMARIO : 1. Une convention représentative des problématiques juridiques liées à la mondialisation. – 2. Une convention qui consacre la spécificité des biens et services culturels. – 3. Les apports substantiels de la Convention. – 4. L'insertion de la Convention dans l'ensemble du droit international.

La Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles, négociée de 2003 à 2005, entrée en vigueur dès 2007 et désormais ratifiée par plus de 120 Etats, a suscité un très grand intérêt, indicatif de l'importance des enjeux qu'elle porte. On ne peut, pour apprécier ces enjeux et les apports de la convention, se limiter à une approche purement juridique, tant les dimensions politiques inévitablement présentes dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit sont en l'occurrence éclairantes.

L'idée de diversité culturelle est aujourd'hui très familière. Elle s'est historiquement présentée d'abord dans la perspective des droits de l'homme où elle recoupe par de nombreux aspects la question des droits des minorités, même si elle peut être traitée sous les auspices plus généraux de la non-discrimination et donc d'instruments généraux tels que la Convention européenne des droits de l'homme ou les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme compte d'ailleurs nombre d'arrêts qui abordent la question de la diversité culturelle notamment par le biais de la liberté de religion, du respect dû aux modes de vie traditionnels, de la liberté des parents concernant l'éducation des enfants. L'efficacité des instruments internationaux s'apprécie alors sans conteste en fonction de leur aptitude à préserver une cohabitation sociale harmonieuse tout en permettant le maintien ou le développement de

· *Professeure à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne) Directrice de l'UMR de droit comparé de Paris (UMR 8103, CNRS/Paris 1).*

pratiques ou expressions culturelles diverses, sous réserve qu'elles ne se révèlent pas oppressives pour l'individu et conformément à l'idéal d'une société démocratique.

Mais une autre perspective, plutôt économique, a également émergé, concernant plus précisément la question de l'articulation entre commerce et culture[1]. C'est à son propos qu'on s'est posé le plus récemment le problème du rôle que peuvent avoir des instruments internationaux pour préserver la diversité culturelle, à travers l'élaboration puis l'adoption, au sein de l'UNESCO, de la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles[2]. Cette convention, élaborée très rapidement et dont la négociation a suscité un intérêt sans précédent à l'UNESCO, a catalysé la réflexion et révélé l'ambivalence de bien des problématiques liées à la question de l'articulation entre commerce et culture.

La négociation a en elle-même été d'un apport certain, en termes d'efficacité, si l'on prend en compte la prise de conscience qu'elle a provoquée. Mais la mise en œuvre est évidemment le test réel de cette efficacité, à condition d'inclure dans la perception la dimension symbolique et la fonction rhétorique liées à l'existence même de la convention. Pour l'illustrer, on peut insister plus précisément sur quatre aspects :

1 - la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles illustre, au prisme de la question de l'articulation entre commerce et culture, les problématiques juridiques liées à la mondialisation ;

2 - l'approche des questions d'articulation est construite sur la consécration de la spécificité des biens et services culturels ;

3 - les apports substantiels de la convention concernent principalement la réhabilitation de l'action publique au bénéfice de la diversité culturelle ;

[1] L. RICHIERI HANANIA, « *Diversité culturelle et droit international du commerce* », col. Monde européen et international, CERIC, *La Documentation française*, 2009, 480 p.

[2] H. RUIZ FABRI (dir.), *La Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle : premier bilan et défis juridiques*, Paris, Collection de l'UMR de droit comparé, Ed. SLC, 2010.

4 - la question de l'insertion de la convention dans le droit international et, consécutivement, de son articulation avec le reste du droit international est particulièrement cruciale.

1. Une convention représentative des problématiques juridiques liées à la mondialisation

La brièveté de l'histoire de la convention – moins d'une décennie – se prête particulièrement bien à la reconstitution de sa généalogie et à la compréhension du projet qui l'a portée. Le cas présente même une certaine exemplarité, dans la mesure où il est représentatif des problématiques juridiques liées à la mondialisation[3].

Car c'est bien de cela qu'il s'agit d'abord. Vue sous l'angle de la culture, la mondialisation favorise certes la diffusion de la diversité, grâce au développement des échanges et des communications. Mais elle la menace tout autant, dans la mesure où le développement des échanges et communications bénéficie en priorité aux cultures dominantes, au risque d'une homogénéisation dont on doute qu'elle soit source de bonheur humain, ou au risque de replis identitaires préfigurateurs de réactions plus ou moins violentes. A cet égard, les évolutions récentes du droit de l'internet, tant à travers la multiplication des mesures de contrôle étatiques qu'à travers l'action, les comportements ou le *lobbying* des grandes industries culturelles, bousculent l'idée d'un internet démocratique et égalisateur par la liberté d'accès et d'utilisation qu'il offrirait à tous.

En d'autres termes, un des problèmes les plus importants que pose la mondialisation est celui de la possibilité de maintenir une expression culturelle distincte ou, pour le traduire en termes crus mais concrets, de maintenir des expressions culturelles autres qu'américaines, car la domination américaine est non seulement ancienne mais écrasante[4], y compris dans sa capacité d'attraire et de s'approprier l'influence d'autres cultures.

[3] J. SMIERS, *Arts under pressure – Promoting Cultural Diversity in the Age of Globalization*, Zed Books Ltd, London, 2003, 275p; *Artistic Expression in a Corporate World*, Utrecht, Utrecht School of the Arts, Février 2004, 95p, at: *http://www.culturelink.org/news/members/2004/Smiers_Artistic_Expression.pdf.*

[4] M. HAHN, « *A clash of cultures ? The UNESCO diversity convention and international trade law* », *9 J. Int'l Econ. L.*, p. 520.

Pour autant, il n'existe pas de mise en perspective globale des problèmes que pose la régulation de la mondialisation. L'édifice du droit mondialisé, s'il a un pilier commercial fort, déjà très consolidé et en développement constant – car l'absence d'aboutissement du cycle de négociations de Doha ne saurait laisser penser que le droit international du commerce ne bouge pas –, est en revanche dépourvu de pilier culturel susceptible de le rééquilibrer. C'est une manière particulière d'exprimer l'existence d'asymétries dans les développements normatifs relatifs à des questions qu'on pourrait pourtant considérer, en principe, comme d'égale dignité. C'est bien l'un des constats qui est à l'origine de la Convention[5].

Il existait déjà toute une série de conventions internationales qui concernent la culture, mais aucune qui abordait de manière globale la question de la diversité culturelle dans la mondialisation. L'effet de cette situation était, en quelque sorte, de laisser le terrain dégagé pour l'application de règles orientées vers une autre logique. Or, la logique qui imprègne la libéralisation des échanges tend corrélativement à empêcher les Etats aussi bien d'adopter des mesures qui limitent, directement ou indirectement, la circulation des biens et des services culturels que de recourir à des modes d'intervention d'utilisation courante dans le secteur des industries culturelles tels que les subventions, les quotas, les restrictions à l'investissement étranger, les mesures réglementaires, etc.

Ce problème n'est pas seulement un problème de pays développés qui auraient des difficultés à assurer la compétitivité de leur secteur culturel dans les échanges internationaux. Il concerne au premier chef les pays en développement, si l'on en croit les réflexions qui montrent l'apport de la culture au développement économique non seulement parce qu'elle contribue à recentrer la finalité du développement sur l'homme mais aussi parce que la diversité culturelle apparaît comme un levier de développement économique. Or, ces pays sont bien souvent dépourvus d'industries culturelles et peuvent être d'autant plus aisément tentés de ne pas s'en préoccuper et de laisser ou rendre les marchés correspondants ouverts qu'elles n'apparaissent pas comme une priorité et que les moyens manquent.

[5] H. RUIZ FABRI, « *Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* », *Revue générale de droit international public*, 2007, n°1, pp. 43-88.

Pour répondre à ces préoccupations, on s'est donc efforcé d'imaginer une convention internationale en bonne et due forme destinée, d'une part, à contrebalancer les règles existant dans d'autres domaines mais qui peuvent affecter la diversité culturelle, en particulier les règles commerciales, et, d'autre part, à réhabiliter l'intervention publique dans le domaine culturel.

2. Une convention qui consacre la spécificité des biens et services culturels

Il faut se rappeler que le projet de convention n'est pas parti de rien. Il s'enracine dans l'échec de l'« exception culturelle » lors des négociations qui ont abouti à la mise en place de l'OMC[6]. Le défi auquel confrontait l'échec de l'exception culturelle était de parvenir à la dépasser, sans pour autant renoncer aux objectifs qu'elle voulait satisfaire. En bref, il fallait innover. Le changement n'a pas été seulement de vocabulaire – passer de l'exception à la diversité culturelle –, mais aussi de perspective – passer de la logique défensive de l'exception à l'approche positive de la spécificité[7].

Un régime d'exception culturelle au sens exact du terme aurait consisté à faire échapper, par une exclusion *a priori*, le secteur des services culturels au droit international du commerce. Mais ce régime n'était sans doute pas, à l'analyse, aussi adéquat qu'on pouvait le penser. L'exception culturelle ne pouvait résoudre le problème réellement en cause et qui est lié non à l'existence des échanges (ceux-ci sont anciens et importants), mais à leur déséquilibre, avec la position dominante des produits et services culturels américains, en particulier en matière audiovisuelle.

L'accroissement de ce déséquilibre a enraciné l'idée que l'ouverture aux échanges se traduisait en réalité dans leur monopolisation, avec le risque que les productions nationales soient peu à peu évincées et ne disparaissent. La crainte est devenue, plus fondamentalement, qu'il n'en résulte une acculturation problématique si l'on prend en compte « le rôle capital » des médias audiovisuels « dans la bonne marche de nos sociétés

[6] J.-M. BAER, « *L'exception culturelle – Une règle en quête de contenus* », *En Temps Réel*, Cahier 11, 2003, 32 p.

[7] M. BURRI-NENOVA, « *Trade and Culture: Making the WTO Legal Framework Conducive to Cultural Considerations* », *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol. 5, No. 3, pp. 3-39 ; « *Trade and Culture in International Law: Paths to (Re)Conciliation* », *Journal of World Trade*, Vol. 44, 2010.

démocratiques modernes ainsi que dans le développement et la transmission de valeurs sociales. Ils exercent une influence profonde sur ce que savent, pensent et ressentent les citoyens »[8].

Ce n'était donc pas seulement une question de marché mais un enjeu politique et social, les gouvernements et les élites se sentant eux-mêmes menacés par la perte de contrôle d'instruments désormais essentiels pour le développement des débats publics. Dès lors, les discussions n'étaient plus axées sur l'idée de soustraire la culture aux négociations commerciales internationales – même si l'idée qu'il ne faut pas prendre d'engagements de libéralisation resterait omniprésente – mais sur l'idée d'un instrument international consacré spécifiquement à la diversité culturelle et qui reconnaîtrait le rôle légitime des politiques culturelles nationales pour la préserver, voire la développer. La perspective changeait ainsi radicalement, au profit d'une approche qui se voulait désormais positive.

L'utilisation d'un nouveau fondement conceptuel, celui de la diversité culturelle, allait permettre de promouvoir une nouvelle approche juridique construite sur l'idée de spécificité. Certes, la notion de diversité culturelle n'était pas totalement nouvelle, et c'était un de ses mérites, mais elle était aussi très large, et c'était un de ses pièges, d'autant qu'elle a d'abord été un nouveau slogan politique, avant qu'on cherche à lui donner un contenu intellectuel, puis à la doter d'un cadre juridique. Le risque a d'ailleurs été bien ressenti par ses promoteurs qui ont toujours œuvré pour en faire prévaloir une interprétation ouverte et dynamique, qui la relie au pluralisme culturel, au développement, aux droits de l'homme, à la paix, à la démocratie, à la libre circulation des idées, à la diffusion nationale et internationale des biens et services culturels, etc.

Mais, même si la diversité culturelle est toujours restée le « produit d'appel », elle ne pouvait être, en tant que telle, que la ligne de mire et nécessitait d'être déclinée vers des concepts plus opératoires, correspondant aux objectifs plus précis qui guidaient la démarche. Celle-ci s'est concentrée sur la diversité des « expressions culturelles » et s'est articulée sur la « reconnaissance », nouvelle d'un point de vue juridique, de la « nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeur et de sens »[9]. Cette reconnaissance constitue une base sur laquelle peut être contestée une approche

[8] Communication de la Commission européenne, « *L'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel* », 15 décembre 2003, COM(2003) 784 final, p. 3

[9] Article 1 g) de la Convention.

exclusivement commerciale. La nature spécifique ainsi reconnue est, en effet, « une double nature, économique et culturelle, parce qu(e les activités, biens et services culturels) sont porteurs d'identités, de valeurs et de sens et qu'ils ne doivent donc pas être traités comme ayant exclusivement une valeur commerciale »[10].

La spécificité joue comme justification à deux niveaux. D'une part, elle justifie de faire en sorte que les Etats puissent continuer à utiliser ou maîtriser un certain nombre de moyens ou méthodes nécessaires pour assurer de manière adéquate leur politique culturelle présentée désormais comme au service de la protection et la promotion de la diversité culturelle. D'autre part, elle justifie la possibilité d'élaborer en dehors de l'OMC un instrument juridique international auquel les Etats puissent s'adosser, contrairement à l'exception culturelle qui, en tant que clause d'exclusion, ne pouvait prendre place que dans le droit de l'OMC.

3. Les apports substantiels de la Convention

Le texte finalement adopté a un objet certes limité mais assorti d'un champ d'application large et, s'il affirme fortement les droits des Etats, les contraintes sont quant à elles plutôt suggérées.

3.1. Centré sur les expressions culturelles c'est-à-dire « les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel »[11], le texte vise donc essentiellement les contenus, c'est-à-dire les messages transmis et non des formes ou des véhicules précis.

Le texte concerne aussi bien la protection que la promotion de la diversité des expressions culturelles et elles sont presque toujours visées de pair, ce qui montre que la volonté d'une approche qui ne soit pas seulement défensive mais incorpore largement la perspective d'ouverture aux autres cultures et de développement des échanges. On retrouve cette volonté d'une telle approche aussi bien au plan des objectifs de la convention (notamment de dialogue entre les cultures et d'interculturalité), que de ses principes directeurs (notamment principe d'accès équitable et principe d'ouverture et d'équilibre) ou de ses règles opérationnelles.

[10] Préambule de la Convention, point 18.
[11] Article 4 § 3 de la Convention.

La convention « s'applique aux politiques et aux mesures adoptées par les Parties relatives à la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles »[12]. Elle concerne donc avant tout les moyens d'action des Etats, avec l'objectif qu'ils évitent de s'en départir sans en avoir conscience, à la faveur d'engagements de libéralisation dont ils n'auraient pas mesuré la portée. C'est d'ailleurs dans cette perspective que la réaffirmation du « droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire »[13] prend tout son sens. La convention ne fait pas obstacle à ce que les Etats fassent le choix de limiter ou de renoncer à ce droit souverain, par exemple par le biais d'engagements de libéralisation de leurs marchés de biens et services culturels. Mais son sens profond, dans sa version idéale, est de les inciter à s'emparer de leurs prérogatives et à s'engager activement en faveur de la diversité culturelle.

Centrée sur les moyens d'action des Etats, la convention n'a pas pour vocation de réglementer d'autres questions, même à titre subsidiaire. Ainsi, ne traite-t-elle pas des droits culturels. La notion de droits de l'homme apparaît essentiellement pour rappeler que la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sont indissociables du respect des droits de l'homme et pour interdire que la convention soit invoquée pour couvrir, au prétexte de la protection de la diversité culturelle, des mesures attentatoires aux droits de l'homme internationalement garantis. Il faut préciser que, même si cela n'a pas été explicité, nombre de négociateurs avaient en tête le refus que la diversité culturelle ne soit avancée pour justifier, sous le couvert de « traditions culturelles », des pratiques telles que les mutilations génitales des femmes ou des pratiques plus généralement oppressives. En outre, la Convention ne vise que les droits des individus, à l'exclusion donc de toute référence à des droits de groupe ou de droits collectifs, même s'il est fait plusieurs mentions des minorités et peuples autochtones.

3.2. Toutefois, il faut bien reconnaître que la convention est plus ferme sur les droits qu'elle reconnaît aux Etats que sur les obligations qu'elle leur impose et qui sont plutôt du registre de l'incitation.

[12] Article 3 de la Convention.
[13] Article 1 h) de la Convention.

Le cœur normatif de la convention se situe en effet dans la réaffirmation, au profit des Etats, du « droit souverain de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ainsi que pour renforcer la coopération internationale afin d'atteindre les objectifs de la présente Convention »[14].

Le texte ne donne pas de définition générale des mesures que les Parties peuvent prendre à ce titre, ce qui leur laisse le libre choix des moyens, mais il évite d'être à la fois trop vague et trop limitatif en en donnant une liste exemplative, qui contient, dans des termes plus ou moins clairs, les principaux types de mesures que peuvent utiliser les Parties. On y trouve notamment les mesures de soutien, les quotas, une mention explicite des institutions de service public, les mesures en faveur des industries culturelles nationales indépendantes et du secteur informel, afin de leur garantir un accès aux moyens de production, de diffusion et de distribution, ainsi que les mesures de soutien aux artistes.

L'avant-projet de convention envisageait l'affirmation, sur le même plan que le droit souverain, d'une obligation générale de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles, déclinée ensuite en des obligations substantielles positives qui venaient lui donner un contenu minimum. Mais toute formule réellement contraignante a disparu du texte final, s'agissant de mesures à prendre. Il est le plus généralement question de « s'efforcer », « s'employer », « favoriser », « encourager ». L'argument invariablement avancé pour justifier ce genre de formulation de *soft law* au sens substantiel, et qui pourrait donc être utilisé concernant la convention, est que des obligations trop contraignantes pourraient dissuader les Etats les moins dotés économiquement d'adhérer à une convention leur imposant des obligations dont ils n'ont pas les moyens. Il n'est cependant pas sûr qu'il s'agisse de la cause réelle ou principale de l'affadissement de la convention.

Il reste que sont visées des mesures qui jouent un rôle important pour le maintien et le développement de la diversité des expressions culturelles et dont l'identification et donc la reconnaissance comme telles est déjà utile. Il est en effet bon de rappeler que la diversité des expressions culturelles peut appeler des mesures concernant non seulement la création mais aussi la production, la diffusion et la distribution, qu'elle implique une diversité d'acteurs également importants, que l'éducation et la sensibilisation du public contribuent à

[14] Article 5 de la Convention.

créer un environnement favorable, que la société civile joue un « rôle fondamental » et doit être associée à l'action[15].

Concernant la coopération internationale, au-delà de l'énonciation d'objectifs généraux, le texte vise des dispositifs plus précis qui présentent deux caractéristiques essentielles. D'une part, dans la lignée de la reconnaissance du lien entre culture et développement, l'accent est particulièrement mis sur la coopération avec et l'assistance aux pays en développement, afin de leur permettre de renforcer leurs industries culturelles. D'autre part, la convention prévoit la création d'un Fonds international pour la diversité culturelle et la mise en place de mécanismes d'échange, d'analyse et de diffusion de l'information. Néanmoins, si des formules novatrices de coopération sont certes identifiées, il s'agit toujours, d'un point de vue normatif, de « s'employer », « s'efforcer », « encourager », etc. De plus, le Fonds international pour la diversité culturelle reste tributaire, pour son alimentation, de contributions volontaires, donc aléatoires, et dont on observe à la pratique que les montants restent modérés. Si bien que la question des moyens nécessaires pour la mise en œuvre de véritables politiques de protection et promotion de la diversité des expressions culturelles par les pays en développement n'est pas vraiment réglée.

4. L'insertion de la Convention dans l'ensemble du droit international

Jamais la convention n'a été pensée comme un projet isolé. Bien au contraire, elle a été conçue pour produire des effets sur d'autres normes internationales, en particulier le droit de l'OMC. La négociation a amplement prouvé que tel était bien l'enjeu[16].

4.1. Afin de régler la question, la convention comporte deux dispositions. L'une (article 20) indique, en substance, que la convention, sans modifier les autres engagements internationaux des parties, ne leur est pas non plus subordonnée. La signification de cette clause est qu'il

[15] V. GUEVREMONT, « *La Convention sur la diversité des expressions culturelles: le défi d'une action concertée de la société civile* », *Étude commandée par le Ministère de la Culture, des Communications et de la Condition Féminine*, Québec, 2007, 22 pages, en ligne: *http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/societecivile.pdf.*

[16] I. BERNIER, *Les relations entre la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et les autres instruments internationaux : l'émergence d'un nouvel équilibre dans l'interface entre le commerce et la culture*, août 2009, at : *http://www.diversite-culturelle.qc.ca/index.php?id=133.*

doit exister un soutien mutuel entre la convention et les autres traités, ce qui débouche sur une logique de conciliation et de complémentarité.

Ce type de clause est destiné, en cas de tension entre la convention et un autre traité, à éviter que la convention ne soit purement et simplement écartée. Sans développer une longue argumentation technique, il est néanmoins utile de signaler que, bien souvent, des textes en première analyse contradictoires ou qui sont invoqués au soutien de positions opposées, peuvent être interprétés de façon à être conciliés. C'est le résultat ici recherché.

Mais on a aussi envisagé de favoriser la prise en compte de la convention par des procédés d'articulation préventifs et de nature davantage politique, sous la forme de consultations entre les Parties à la convention, afin de promouvoir les objectifs et principes de la convention dans d'autres enceintes internationales (article 21).

L'intérêt de ce type de disposition est de recentrer l'attention sur les enjeux réels de l'articulation entre la convention et le reste du droit international. La question est en effet moins de savoir si, en soi, la convention va prévaloir sur d'autres instruments, ce qui correspond à une logique de concurrence, que de s'assurer que les objectifs qu'elle veut servir non seulement ne pourront pas être sacrifiés ou oubliés par ailleurs mais sont et seront positivement pris en compte, ce qui correspond à une logique de complémentarité.

En d'autres termes, il s'agit de faire en sorte que l'effort de conciliation des différents aspects et implications de la diversité culturelle, qui est accompli dans le texte, n'y reste pas limité mais déborde dans d'autres enceintes où la question pourrait être traitée directement ou indirectement. Dans cette perspective, l'articulation repose essentiellement sur les Parties qui doivent non seulement faire preuve de cohérence dans leurs engagements mais agir en sorte de promouvoir les principes et objectifs de la convention dans d'autres enceintes.

Le dispositif exprime ainsi le point de vue réaliste et pragmatique que des positions collectives auront davantage de poids et seront plus efficaces, en montrant qu'elles sont communes et partagées. Encore faut-il que cette volonté de conciliation qui ne concerne, à ce stade, que les Parties à la convention et selon des termes faiblement contraignants, soit suivie d'effets, ce qui n'est pas totalement avéré en pratique. On voit bien en effet que les Etats répugnent en général – ce n'est pas l'exclusivité de la convention – à l'exercice de cohérence et de discipline que requiert tout mécanisme de coordination du type de celui prévu par la convention.

En toute hypothèse, ce dispositif ne conjure pas le risque de conflits dès lors qu'il faudra envisager le point de vue d'autres espaces normatifs, en particulier celui du droit de l'OMC.

4.2. Nul doute, dans cette perspective, que l'aptitude de la convention à « peser » dépend de son niveau de ratification mais aussi d'application effective. Il ne suffit pas, en effet, qu'elle soit entrée en vigueur, au-delà du constat que la négociation a déjà été à l'origine d'une prise de conscience importante. En cela, la convention a d'ores et déjà exercé une fonction pédagogique très importante, en alertant les Etats sur les risques et conséquences de leurs engagements, en particulier de libéralisation commerciale. Le degré d'adhésion qu'elle recueille (121 ratifications + celle de l'Union européenne étaient acquises mi-février 2012[17]) est également important, car si elle ne peut lier juridiquement les négociations commerciales, elle peut servir d'appui pour marquer politiquement la limite entre ce qui est négociable et ce qui ne l'est pas, en constituant un point de ralliement des Etats.

Mais qu'elle accomplisse cette fonction a supposé de trouver comment valoriser un instrument dont l'analyse juridique du texte final amenait à un bilan plus nuancé que celui énoncé dans les discours politiques, que ceux-ci soient au demeurant en faveur de la convention ou contre elle. Si celle-ci n'est pas le monstre juridique dénoncé par les Etats-Unis, elle n'est pas non plus un bouclier absolu contre la réduction de la diversité culturelle générée par la mondialisation et une libéralisation sans nuance des échanges, loin s'en faut. D'une part, en effet, l'objet du texte, pour important qu'il soit, reste limité et ne couvre pas l'ensemble des questions liées à la préservation de la diversité culturelle. Principalement consacré à rappeler le droit souverain des Etats de mener les politiques culturelles de leur choix et d'utiliser à cette fin les instruments adéquats, la convention ne traite pas la question fondamentale des atteintes que peuvent porter à la diversité culturelle des industries culturelles toujours plus concentrées fonctionnant selon une logique oligopolistique et qui maîtrisent parfaitement les règles de l'économie de marché. D'autre part, le texte est, d'un point de vue juridique, faiblement contraignant. Il énonce davantage des incitations que de véritables obligations d'agir en faveur de la diversité culturelle et de coopérer internationalement à cette fin. Néanmoins, en soutenant juridiquement l'égale dignité des préoccupations culturelles avec

[17] Liste à *: http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=31038&language=F*

d'autres préoccupations, en particulier commerciales, et en donnant aux parties un point d'appui pour s'en prévaloir, il recèle des potentialités importantes.

Encore fallait-il et faut-il encore conjurer un certain nombre de risques. Le premier risque était que la convention ne soit « avalée » dans la mécanique bureaucratique de l'UNESCO, auquel son secrétariat a été confié, ce qui appelait une vigilance politique. A cet égard, l'attention portée à la mise en place des organes de la convention puis à la dynamique de leur fonctionnement a été un facteur important. Le fait de tenir la première session ordinaire de la Conférence des Parties dès juin 2007 a marqué la volonté d'aller de l'avant aussi vite que possible pour assurer le fonctionnement multilatéral de la convention. La mise en œuvre appelait en effet, au-delà de la mise en place du Comité intergouvernemental chargé de préparer les décisions substantielles de la Conférence des Parties, un certain nombre de décisions, mais aussi l'enclenchement de procédures telles que celles de l'élaboration de directives opérationnelles ou de mise en place du très symbolique Fonds international pour la diversité culturelle. De ce point de vue, la décision d'ajouter aux sessions ordinaires du Comité intergouvernemental des sessions extraordinaires (si bien qu'il s'est réuni pas moins de cinq fois entre décembre 2007 et décembre 2009) a confirmé la volonté d'accélérer autant que le permettait le calendrier la mise en place des mécanismes de suivi de la convention et la prise des mesures lui permettant de déployer visiblement ses effets. Pour autant, ce rythme soutenu n'impliquait ni que l'on prendrait des mesures efficaces, ni que l'on prendrait les mesures les plus importantes. D'une part, il est vite apparu un certain flottement sur la définition de ce qu'il fallait entreprendre une fois les procédures mises en place. Le champ à couvrir est si large, sur quoi se concentrer ? Dans un paradoxe apparent, les débats se sont abrégés et les sessions se sont achevées avant le terme prévu. Peut-être parce que, d'autre part, il n'est pas si sûr ni que les parties à la convention, pour avoir voulu celle-ci, veuillent aussi un investissement massif et interventionniste de l'UNESCO, ni que l'UNESCO elle-même y soit prête. Certes, il a fallu agir, en particulier au bénéfice des pays en développement auxquels la convention promet, bien qu'en termes *soft*, soutien et coopération pour promouvoir leurs expressions culturelles. C'est ce que l'on s'est d'ailleurs efforcé de faire, donnant ainsi une impulsion supplémentaire à la coopération culturelle.

Au plan multilatéral, en définitive, les acquis résident essentiellement dans l'adoption de sept directives opérationnelles concernant neuf dispositions de la convention et dans la mise en place et

en état de fonctionnement du Fonds international pour la diversité culturelle qui, doté aux yeux de nombre de pays en développement d'une importance symbolique dès la négociation, doit faire ses preuves au plan pratique du soutien à l'émergence d'un secteur culturel dynamique dans ces pays. Encore faut-il que les ressources de ce Fonds soient pérennes, alors qu'elles dépendent essentiellement de contributions volontaires qui peinent à être véritablement substantielles. Les autres modalités de coopération, en particulier le traitement préférentiel promis aux pays en développement, dépendent de négociations *ad hoc*. A cet égard, la bataille menée au sein de l'Union européenne pour que la question ne soit pas noyée dans le cadre des négociations des accords commerciaux régionaux avec des pays tiers, menées sous le contrôle essentiel de la Direction Générale Commerce, et fasse l'objet de protocoles séparés a montré comment, y compris au sein d'un des acteurs majeurs de la négociation de la convention, les vieilles logiques pouvaient rapidement reprendre le pas.

De façon plus générale, dès le moment de passer aux actes, il est devenu évident que les Etats, venus chercher dans la convention la préservation de leur marge de manœuvre, entendaient clairement, même si implicitement, garder également celle-ci dans la mise en œuvre des engagements plus ou moins précis qu'ils avaient pris en contrepartie. Le centrage des directives opérationnelles et, plus généralement, de l'action multilatérale, sur la coopération au bénéfice des pays en développement, ainsi que sur la visibilité de la convention et la participation de la société civile, ne doit ainsi pas faire oublier le silence pudique qui entoure la question de l'action coordonnée que les parties à la convention seraient censées avoir concernant la promotion et la prise en compte de celle-ci dans d'autres enceintes multilatérales.

C'est donc par d'autres voies que la convention rayonne – encore faiblement – vers d'autres espaces normatifs, puisqu'après tout, c'était aussi un des objectifs qui avaient mené à son élaboration, qu'elle devienne un point de référence. Cela n'a pu se produire que de façon dispersée dès lors que rien n'a été fait pour l'organiser, en fonction de la capacité des différents acteurs à se saisir de l'instrument. De fait, c'est dans l'arène judiciaire que la convention a connu un certain élan. Invoquée devant la Cour de justice de l'Union européenne au soutien d'une réglementation espagnole obligeant les radiodiffuseurs à consacrer 5% de leurs recettes annuelles au financement anticipé de films cinématographiques et de télévision européens, 60% de ce financement étant réservé à des œuvres dont la langue originale est l'une des langues officielles de l'Espagne, la convention a alors reçu l'hommage d'une

citation directe, et en quelque sorte solennelle, par la Cour pour souligner que la langue et la culture sont intrinsèquement liées[18]. Elle a ainsi passé, certes dans une enceinte simplement régionale, le test du droit positif. Les juges de l'OMC, sollicités quant à eux par la Chine qui s'est prévalue de la convention pour défendre, au nom du caractère unique des biens et services culturels, des mesures restreignant la commercialisation et la distribution de produits audiovisuels et de publications importés, n'ont pas été aussi audacieux. Le Groupe spécial a tout au plus (mais au moins) cité la Déclaration universelle sur la diversité culturelle dans une note de bas de page, pour accepter une affirmation générale de la Chine dont il relevait cependant qu'elle n'avait pas d'incidence directe sur le règlement du cas d'espèce[19]. L'Organe d'appel a, quant à lui, cité la convention, dans une note de bas de page, mais simplement pour indiquer que la Chine s'y était référée, tout comme à la Déclaration universelle, pour souligner la spécificité des biens et services culturels[20]. On peut trouver que c'est peu. Mais c'est un début. Certes, cela ne lève pas totalement le soupçon non seulement que la convention soit avant tout un instrument au profit de ceux qui, déjà dotés de politiques culturelles interventionnistes, veulent en conserver les outils, mais aussi qu'elle ne conjure pas le risque qu'ils en abusent. Mais il faut peut-être, et surtout, en retenir que les Etats n'hésitent pas à s'appuyer sur la convention et que l'on verra donc vraisemblablement revenir l'argument, avec la perspective de réponses, voire de prises en compte, plus étayées de la part des juges.

[18] Arrêt de la CJCE du 5 mars 2009, Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) (C-222/07), § 32.

[19] *Chine - Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/R, 12 août 2009, note 538 au § 7.758.

[20] *Chine - Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009, note 238 au § 241.

TRADEMARK PROTECTION V. TOBACCO CONTROL IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Valentina VADI·

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Global Health Governance and Tobacco Control. – 3. The 'Tobacco Wars': Case Studies in International Investment Law. – 4. Expropriation. – 5. Non-Discrimination. – 6. Fair and Equitable Treatment. – 7. The Prohibition of Unreasonable Measures. – 8. Reconciling Investor Rights and Tobacco Control in International Investment Law through Negotiation/Mediation. – 9. Interpretation. – 10. Textual Interpretation. – 11. Teleological Interpretation. – 12. Systemic Interpretation. – 13. Stipulating *ad hoc* Safeguards. – 14. Conclusions.

1. Introduction

Is a State free to adopt measures to protect the public health of its citizens? If so, what are the limits, if any, to such regulatory powers? This study addresses these questions by focusing on some recent international investment arbitrations which have questioned the legitimacy of tobacco control measures. Under most investment treaties, States have waived their sovereign immunity, and have agreed to give arbitrators a comprehensive jurisdiction over what are essentially regulatory disputes. Some scholars and practitioners have expressed concern regarding the magnitude of decision-making power allocated to investment treaty tribunals[1]. Indeed, many of the recent arbitral awards have concerned the determination of the appropriate boundary between two conflicting values: the legitimate sphere for State regulation in the pursuit of public goods on the one hand, and the protection of foreign private property from State interference on the other.

· Marie Curie Postdoctoral Fellow, Maastricht University, The Netherlands. The author may be contacted at v.vadi@maastrichtuniversity.nl . The author thanks Professor Nerina Boschiero, Professor Benedetto Conforti, Professor Francesco Francioni, Professor G.L.H. Griffiths and Professor Ernst-Ulrich Petersmann for their comments and encouragement. The usual disclaimer applies.

[1] See, *e.g.*, VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007.

Tobacco control is a part of public health law dedicated to preventing and controlling the use of tobacco, thus limiting the illness and mortality it causes. Since the recent inception of the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control (FCTC)[2], which has established a «cognitive and normative consensus» for promoting global public health through tobacco control[3], states have gradually adopted a series of measures to comply with such convention.

However, investment treaties have furthered foreign direct investment (FDI) in the tobacco business, thus increasing competition and lowering tobacco prices. In addition, as investment treaties broadly define the notion of investment, a potential tension exists when a State adopts tobacco control measures interfering with foreign investments, as such a regulation may be considered as tantamount to a violation of investment treaty provisions protecting the trademarks of tobacco companies. As investment treaties provide foreign investors with direct access to investment arbitration, foreign investors can directly challenge national measures aimed at tobacco control and can seek compensation for the impact of such regulation on their business.

Several questions arise in this context. Are investment treaties compatible with states' obligations to protect public health? Is investor-state arbitration a suitable forum to protect public interests? The argument will proceed in three parts. First, the international law instruments concerning tobacco control will be sketched out. Second, the conflict areas between investment law and tobacco control will be explored and some recent cases will be examined. This survey will show that, in some cases, the regime established according to investment treaties does not strike an appropriate balance between the different interests concerned. Third, this chapter offers a series of legal tools available to policy makers and adjudicators in order to reconcile the different interests at stake. Some preliminary conclusions will follow.

[2] World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control, WHA Res. 56.1, World Health Assembly, 56th Ass 4th plenary meeting, Annex WHO Doc. A56.VR/4, 21 May 2003, 42 ILM 3 (2003) 518-539 [hereinafter FCTC]. The Convention entered into force on 27 February 2005 and has 174 parties as of 20 October 2011. The list of the parties is available at *http://www.who.int/fctc/signatories_parties-/en/index.html.*

[3] *See* MEIER, *Breathing Life into the Framework Convention on Tobacco Control: Smoking Cessation and the Right to Health*, in *Yale Journal of Health Policy & Ethics*, 2005, pp. 137-188, at p. 137.

2. Global Health Governance and Tobacco Control

Tobacco control is an important aspect of contemporary public health governance. Whatever its conceptualization, be it considered a human rights issue or a mere public policy objective, the legitimacy of such a goal is uncontested[4]. It is estimated that tobacco use causes the death of more than five million people a year, and that this figure could rise to more than eight million by 2030 unless measures are taken to control the tobacco epidemic[5]. This section explores the conceptualization of tobacco control as a public health objective and examines the relevant legal framework.

Tobacco control epitomizes a typical public health issue as it highlights the special responsibility of states in public health matters and requires regulation of individuals who may pose a risk to the public health[6]. When the World Health Organization adopted the Framework Convention on Tobacco Control (hereinafter FCTC), this move represented a major break through in international public health law, as the WHO had never before adopted conventions[7]; only soft law instruments such as recommendations, and regulations[8]. This new approach reflects the cognitive consensus on the lethal effects of tobacco smoke[9]. Due to the uncertain political viability of obtaining consensus on a conventional treaty structure, the World Health Assembly opted for a Framework Convention to institute a structure for further course of action[10]. While

[4] For the conceptualization of tobacco control as a human rights issue, see LEARY, *Concretizing the Right to Health: Tobacco Use as a Human Right Issue* in COOMANS, GRÜNFELD, WESTENDORP & WILLEMS (eds.) *Rendering Justice to the Vulnerable: Liber Amicorum in Honour of Theo van Boven*, The Hague, 2000, pp. 161-169, at p. 161.

[5] WHO, Tobacco Fact Sheet No. 339/2010, May 2010, available at *http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs339/en/index.html.*

[6] *See* GOSTIN, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, Berkeley, 2000, at p. 4.

[7] *See* TAYLOR, *Global Health Governance and International Law*, in *Whittier Law Review*, 2003, pp. 253-272, at pp. 261-262.

[8] On the 'soft law ethos' of the World Health Organization, see PRABHU and ATAPATTU, *The WHO Framework Convention on Tobacco Control: When the WHO Meets the WTO* in MC CORDONNIER SEGGER & CG WEERAMANTRY (eds) *Sustainable Justice: Reconciling Economic, Social and Environmental Law*, The Netherlands, 2005, pp. 365-380, at p. 367.

[9] SHIBUYA et al., *WHO Framework Convention on Tobacco Control: Development of an Evidence-Based Global Health Treaty*, in *British Medical Journal*, 2003, pp. 154-157.

[10] The structural basis for framework conventions is to use an incremental process in law making. The process begins with a framework convention that establishes a system of governance for an issue area, in order to facilitate the development of consensus about the relevant facts and the appropriate international response. This is followed by

the FCTC sets general objectives, it can be supplemented by specialized protocols.

The main objective of the FCTC is to protect present and future generations from the health, social and economic consequences of tobacco use[11]. The Convention covers a wide range of issues, including measures relating to the reduction in the demand and supply of tobacco, such as price and tax measures, regulation and disclosure of the contents of tobacco products, packaging and labelling, education, and ban and restriction on tobacco advertising. For instance, State Parties are required to take effective measures to ensure that tobacco product packaging and labelling do not promote a tobacco product by any means that are misleading, deceptive or likely to create an erroneous impression about its characteristics and health effects[12]. Each unit package should also carry a health warning of the prescribed size and visibility[13]. In addition, the parties are required to «undertake a comprehensive ban on tobacco advertising, promotion and sponsorship»[14]. Among the measures aimed at reducing the supply of tobacco are: the elimination of the illicit trade of tobacco products, restriction on sales to and by minors, and technical and financial assistance for tobacco growers and workers to move to alternative occupations. In addition, the FCTC encourages parties to implement measures beyond those required by the Convention[15].

The Convention also includes a monitoring mechanism based on periodic national reporting. Where a dispute arises among State Parties concerning the interpretation and application of the FCTC, the State Parties should make a good faith attempt to settle it through negotiation. If negotiation fails, the parties might submit the dispute to *ad hoc* arbitration[16]. On the enforcement issue, the FCTC provides that the parties shall

the development of more specific commitments in subsequent treaties, the Protocols, which supplement the original Convention and require States to undertake specific legal obligations. See SETEAR, *An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law*, in *Harvard International Law Journal* (1996) 139-229, at 217.

[11] For a general overview of the FCTC, *see* for instance, DEVILLIER, *La Convention cadre pur la lutte anti-tabac de l'Organisation Mondiale de la Santé*, in *Revue Belge de Droit International*, 2005, pp. 701-728.

[12] FCTC Article 11.1 (a).

[13] FCTC, Article 11.1(b).

[14] FCTC, Article 13.

[15] FCTC, Article 2 (1).

[16] FCTC, Article 27.

consider taking legislative action to deal with criminal and civil liability, including compensation where appropriate[17].

As the regulation of the manufacture and advertising of tobacco products necessarily involves both free market and public health concerns, the FCTC provides a conflict clause to discipline its relationship with other international agreements and legal instruments. The provisions of the Convention and its protocols shall in no way affect the right of parties to enter into agreements on issues relevant or additional to the Convention and its protocols, provided that such agreements are compatible with their obligations under the convention and its protocols[18].

The FCTC, which furthers a process of international harmonization by identifying and listing the existing tools of tobacco control, is one of the most widely supported treaties in the history of the United Nations. In the case of disputes concerning the linkage between tobacco control regulation and the protection of foreign investments, will international adjudicators take into account the provisions of the FCTC? If the FCTC is not applicable to the parties[19], it may be questioned whether its existence amounts to scientific evidence or consensus over the lethal effects of tobacco. Another interesting question is whether adjudicators would consult the World Health Organization.

3. The 'Tobacco Wars': Case Studies in International Investment Law

Investment treaties have facilitated the tobacco business, protecting related trademarks as a form of investment[20]. As countries are gradually implementing tobacco control measures, a number of disputes have arisen with regard to these regulations. In a preliminary way, three types of investment disputes concerning tobacco control may be outlined. First, although it may be very difficult to prove, an affected IP owner may

[17] See MURPHY, *Liability and the WHO Framework Convention on Tobacco Control*, in *International Law Forum du Droit International*, 2003, pp. 62-71.

[18] FCTC, Article 2 (2).

[19] Besides the states which have never signed the Convention, Argentina, Cuba, the Czech Republic, El Salvador, Ethiopia, Haiti, Morocco Mozambique, the United States and Switzerland signed but never ratified the Convention. *http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/index.html* (accessed on 26 October 2011).

[20] See, e.g., Article 1 of the Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signed on 11 July 1995 and entered into force on 6 May 1996. The BITs mentioned in this chapter are available at the United nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) repository, *http://www.unctadxi.org/templates/docsearch779.aspx* .

claim that an unlawful expropriation has taken place and/or contest the adequacy of the amount of compensation. Trademark owners may argue that labelling regulations by imposing the use of certain warning phrases or images infringe their trademark. Second, some claims may concern the alleged discrimination suffered by the foreign investor. Third, trademark owners may also allege violation of: the fair and equitable treatment standard and the prohibition of unreasonable measures. The following sections will describe and assess these emerging tobacco control related investment arbitrations.

4. Expropriation

With regard to the first type of claim, the arbitration will be concerned with the issues of determining which acts of the state may be characterized as amounting to an expropriation, and under what circumstances will such an expropriation be considered lawful. Treaty provisions lack precise definition of indirect expropriation and their language encompasses a potentially wide variety of state activity that may interfere with an investor's property rights in his or her investment[21]. Crucially, even regulatory measures may be deemed to amount to indirect expropriation.

In this sense, three subsidiaries of Philip Morris International (hereinafter PMI) have recently filed an arbitration claim against the Republic of Uruguay, alleging, *inter alia*, expropriation of their intellectual property rights under the Switzerland-Uruguay BIT[22]. Presidential Decree No. 287/2009 required that at least 80 percent of each side of cigarette boxes be covered by graphic images of the possible detrimental effects of smoking, and extended the prohibition on the use of deceptive product names (such as «light» and «mild»), to restrict the use of different shades or colours on tobacco packaging[23]. To implement the decree, the Minis-

[21] RATNER, *Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law*, in 102 *American Journal of International Law*, 2008, p. 475.

[22] *FTR Holding S.A. (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (PMI v. Uruguay)*, Request for Arbitration, 19 February 2010, available at *http://ita.law.uvic.ca/-documents/PMI-UruguayNoA.pdf* (ICSID Case No. ARB/10/7). The case was registered on 26 March 2010. The Accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des investissements was signed on 7 October 1988 and entered into force on 22 April 1991.

[23] Presidential Decree N° 287/009, promulgated on 15 June 2009 and entered into force on 12 December 2009, Article 12. *PMI v. Uruguay*, Request for Arbitration, § 21.

try of Public Health issued Ordinance 514 which required each cigarette brand to have a single presentation and prohibited different packaging or presentations for cigarettes sold under a given brand[24].

Admittedly, «The Claimants do not challenge the Uruguayan Government's sovereign right to promote and protect public health», but claim that in the alleged furtherance of public health goals, «the Government cannot abuse that right»[25]. According to the claimants, the combined effect of the enacted regulations amounts to an indirect expropriation[26]. First, being «highly shocking»[27] the images illustrating the adverse health effects of smoking would undermine the good will associated with PMI protected trademarks «depriving them of their commercial value»[28]. Second, according to the claimants, «because of its size, the 80 per cent health warning […] effectively deprives the Claimants of their right to use the trademarks»[29]. Third, the claimants hold that Ordinance 514 forced them to remove from the market seven of the twelve cigarette products it previously sold, allegedly wiping out the commercial value of the intellectual property rights[30]. Thus, the companies seek both compensation for losses in relation to their investments in Uruguay and suspension of the application of Uruguay's recent regulatory measures[31].

More recently, as Australia announced its legislation requiring «plain packaging» for cigarettes[32], Philip Morris filed a notice of claim on the Federal Government stating that it intends to file an investor-state arbitration over the legislation under the Hong-Kong Australia BIT[33]. Plain packaging means that «trademarks, graphics and logos are removed from cigarette packs with the exception of the brand name which is displayed in a standard font»[34]. While the stated goal of plain packag-

[24] Ministry of Public Health Ordinance N° 514, issued on 18 August 2009 and entered into force on 14 February 2010.

[25] *PMI v. Uruguay*, Request for Arbitration, § 7.

[26] *Ibidem*, § 82.

[27] *Ibidem*, § 4.

[28] *Ibidem*, § 48.

[29] *Ibidem*, § 47.

[30] *Ibidem*, § 44.

[31] See PETERSON, *Philip Morris Files First-Known Investment Treaty Claim against Tobacco Regulations*, in *Investment Arbitration Reporter*, 3 March 2010.

[32] Tobacco Plain Packaging Bill, Exposure Draft 2011, released on 7 April 2011, available at the website of the Department of Health and Ageing of the Australian Government, *http://www.yourhealth.gov.au/internet/yourhealth/publishing.nsf/Content/C550AA264BA53F7ACA25786B0001B34A/$File/Tobacco%20Plain%20Packaging%20Bill%202011%20-%20Exposure%20Draft%20-%2031%20March%202011.pdf* .

[33] KENNY, *Big Tobacco Ignites Legal War*, in *The Australian*, 27 June 2011.

[34] ALEMANNO and BONADIO, *The Case of Plain Packaging of Cigarettes*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2010, pp. 268-270 at p. 268.

ing is to reduce tobacco consumption by making cigarette packs less attractive and making health warnings more visible, the company contends that plain packaging will encroach on its trademark rights, constituting an indirect expropriation. Furthermore, the company contests the case for plain packaging, as this policy could ease trade in counterfeit cigarettes.

In a previous case, *Grand River v. United States*, the arbitral tribunal held that tobacco control measures did not amount to an indirect expropriation[35]. Although the case did not concern trademarks, it is relevant for our discussion as it illustrates that certain tobacco measures do not amount to indirect expropriation but to a legitimate regulation. Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. (a Canadian corporation), and members of Canadian First Nations filed a claim against the United States concerning the claimants' distribution and sale of tobacco products in the United States. The claimants alleged that the Master Settlement Agreement (MSA)[36] between U.S. States and major tobacco companies requiring tobacco companies to make cash payments to a central account in respect of each cigarette sold to pay state costs incurred in the treatment of patients suffering from tobacco-related illnesses *inter alia* amounted to indirect expropriation of their investment. According to the claimants, the requirement to make payments into state accounts would constitute an expropriation in violation of Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA)[37] because it would raise prices by an amount that would neutralize cost advantages and prevent small companies from offering meaningful price competition[38].

The Arbitral tribunal rejected the expropriation claim in its entirety. Because «trade in tobacco products has historically been the subject of close and extensive regulation by U.S. States» the tribunal held that the investor should not have reasonably expected to engage in a large-scale tobacco distribution business without encountering state regulation[39]. Relying on previous NAFTA cases, the tribunal also stated that NAFTA

[35] *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. v. United States*, Award, 12 January 2012, *http://www.state.gov/documents/organization/156820.pdf*.

[36] In exchange for payments, the States dropped all antitrust and consumer protection lawsuits. In order to avoid free riding by competitors not participating in the initiative, opting out firms had to contribute a percentage of their sales to non-refundable escrow accounts to pay eventual lawsuits against tobacco companies. The text of the Master Settlement Agreement is available at website of the National Association of Attorneys General, *http://www.naag.org/backpages/naag/tobacco/msa* .

[37] North American free Trade Agreement (NAFTA) 32 I.L.M. 289 (1993) (table of contents, preamble, parts I-III) and 32 I.L.M. 605 (1993) (parts IV-VII, annexes).

[38] *Grand River Enterprises Six Nations Ltd, et al. v. United States of America*, Award at §18.

[39] *Ibidem*, § 144.

Article 1110 requires «a complete or very substantial deprivation of owners' rights in the totality of the investment»[40]. As the claimant's business had remained «profitable», the tribunal concluded that there was no expropriation[41].

5. Non-Discrimination

One of the very objectives of BITs is to prevent discrimination based on the nationality of an investor[42]. Non-discrimination promotes efficient economic production and prevents the rising of political disputes[43]. While detecting direct discrimination is a relatively easy task as this involves discriminating against companies on the basis of their nationality; ascertaining indirect discrimination is a complex task as it involves state measures that, without making reference to the nationality criterion, *de facto*, affect foreign vis-à-vis national companies. In fact, disguised discrimination is more difficult to identify than direct discrimination because it requires distinguishing between the legitimate exercise of government authority and discrimination[44].

In the *Malvin Feldman Karpa* case[45], the arbitral tribunal upheld the claim of violation of national treatment. While Mexican law imposed a tax on the production and sale of cigarettes in the domestic market, it applied a zero tax rate to cigarette exports under certain circumstances. In particular, rebates were applied only to cigarette producers, but were denied to resellers, such as CEMSA, the company owned by Mr. Karpa. CEMSA initiated an action before the Mexican courts, alleging that these measures infringed upon the constitutional principle of tax equity. The Mexican Supreme Court of Justice ruled in favor of CEMSA, finding unanimously that measures allowing rebates only to producers violated constitutional principles of non-discrimination. As Mexican authorities asked CEMSA to fulfil other requirements, Mr. Karpa filed an arbitra-

[40] *Ibidem*, § 148.

[41] *Ibidem*, §§ 153-155.

[42] NEWCOMBE, *Paradell, Law and Practice of Investment Treaties*, Austin/Boston/Chicago/New York, 2009, p. 148.

[43] VON MOLTKE, *Discrimination and Non-Discrimination in Foreign Direct Investment Mining Issues*, Paris, 2002, at p. 5.

[44] Di MASCIO, PAUWELYN, *Non-Discrimination in Trade and Investment Treaties: World Apart or Two Sides of the Same Coin?* in *American Journal of International Law*, 2008, pp. 48-89.

[45] *Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States*, Award, 16 December 2002, ICSID Case No ARB (AF)/99/1.

tion request to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) on behalf of his company. The claimant did not believe that the Mexican government policy of limiting cigarette exports was justified by public policy grounds, particularly in light of the stated purpose of the law, which was to encourage Mexican exports of tobacco products. The arbitral tribunal upheld the discrimination claim.

6. Fair and Equitable Treatment

Other cases have arisen relating to the fair and equitable treatment (FET) standard. This standard requires that foreign investors be accorded a minimum standard to treatment «in accordance with international law»[46]. Although there is no commonly accepted definition of this standard[47], it is generally deemed to include access to justice to the national courts, due process (in judicial and administrative decision making), good faith, and the respect of the legitimate expectations of the investor. In this respect, if a state makes a specific or implicit representation to a foreign investor, and the investor relies on such representation in making his or her investment and the state then frustrates the expectation it previously raised, then this would be considered to be a breach of the FET standard[48]. The investor's legitimate expectations are thus an element of fair and equitable treatment. However, in assessing whether legitimate expectations exist, arbitral tribunals have to scrutinize the relevant circumstances in the respondent country at the time the investment was made, «including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host state. In addition, such expectations must arise from the conditions that the State offered to the investor, and the latter must have relied upon them when deciding to invest»[49].

[46] *See* NAFTA Article 1105.

[47] For a detailed study, see TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investments*, Oxford, 2008.

[48] See, e.g., *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico (Tecmed v. Mexico)*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003; *International Thunderbird Gaming Corporation v Mexico*, NAFTA arbitration under the UNCITRAL arbitration rules, Award, 26 January 2006.

[49] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. the Argentine Republic*, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/19, 30 July 2010, § 230, quoting *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Award, ICSID Case No. ARB/04/19, 18 August 2008, at § 340.

In the *Grand River* case, the claimants argued that their investment was harmed by the US Master Settlement Agreements and alleged a violation of the fair and equitable treatment standard[50]. According to the claimants, which were members of the Six Nations of Native Americans, the interpretation of Article 1105 of the NAFTA required respect of international law including the rights of indigenous peoples[51]. More specifically, the claimants argued that an emerging norm of customary international law required states to actively consult with indigenous peoples before taking regulatory action that will substantially affect their interests[52].

The tribunal, with the exception of one member, found that state legal officers «acted less than optimally» in working together to discuss and develop the proposed regulatory measures. It also considered that the «First Nations or tribal governments, particularly those in the United States whose regulatory authority is or may be implicated by application of the MSA, should have been included in these discussions»[53]. Nonetheless, the tribunal concluded that «whatever unfair treatment was rendered to [the claimant] or his business enterprise, it did not rise to the level of an infraction of the fair and equitable treatment»[54].

Similarly, in *PMI v. Uruguay*, the claimants contend that «while a host State has the sovereign right to change its regulatory framework, including changes for the purpose of pursuing its public health policies, such changes must be fair and equitable in light of the investor's legitimate expectations»[55]. *In casu*, the claimants argue that the «Respondent failed to maintain a stable and predictable framework consistent with [the claimants] expectations»[56]. According to the claimants, not only did the host state fail to respect private property[57], but it also adopted measures incompatible with Uruguay's treaty obligations under the Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement[58], as well as the Paris Convention for the Protection of Industrial Property[59].

[50] See *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, Award, §173 ff.
[51] *Ibidem*, § 180.
[52] *Ibidem*, § 190.
[53] *Ibidem*, § 185.
[54] *Ibidem*, § 187.
[55] *PMI v. Uruguay*, Request for Arbitration, § 84.
[56] *Ibidem*.
[57] *Ibidem*.
[58] Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization («WTO Agreement»), Annex 1C, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights («TRIPS Agreement»), 33 ILM 81 (1994).
[59] *PMI v. Uruguay*, Request for Arbitration, § 84.

It is still too early to predict how this case will be settled; however, if the argument that the host states have to maintain a stable and predictable framework *consistent with the claimants' expectations* were to be upheld by the arbitral Tribunal, then this would pave the way to other cases being filed against countries adopting tobacco control measures as tobacco control policies have only recently emerged in regulatory settings. One may argue, however, that regulatory measures would have to be in conformity with best regulatory practice, rather than in accordance with investors' expectations only. Regulatory efforts need to adequately deal with new scientific evidence, and new regulatory techniques should not be dismissed *a priori* because they have never been tested before. Accepting such a line of argument would freeze regulation and isolate it from new scientific evidence. The existence of international standards such as Guidelines elaborated under the aegis of the World Health Organization[60], and similar regulations adopted by a number of other nations would be factors to take into account[61].

7. The Prohibition of Unreasonable Measures

Some BITs also prohibit the adoption of «unreasonable or discriminatory measures … that impair … the management … use, enjoyment, extension, sale and … liquidation» of foreign investments[62]. While some authors have noted that «unreasonable» can be equated with «unfair» or discriminatory and state regulatory measures have been scrutinized in the light of the more common FET or non-discrimination standards, such an approach would render a separate prohibition of unreasonable measures «superfluous»[63]. If such a provision is inserted in a BIT, it must have an autonomous *raison d'être*. In this sense, some arbitral tribunals have given this provision an autonomous meaning[64].

[60] The Conference of the Parties (COP) adopted Guidelines which provide recommendations and guidance to Parties to the FCTC to assist them in implementing their legal obligations. See Articles 7 and 9 of the FCTC. As Guidelines form part of the context of the FCTC, they matter when interpreting the relevant provisions of the FCTC under customary rules of treaty interpretation.

[61] On the need of comparative surveys of best regulatory practices, see EECKHOUT, *The Scales of Trade - Reflections on the Growth and Functions of the WTO Adjudicative Branch*, in *Journal of International Economic Law*, 2010, pp. 3-26.

[62] See e.g. Article 2.2. of the Argentina-UK BIT.

[63] NEWCOMBE, PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, *cit.*, at p. 304.

[64] *Tecmed v. Mexico*, Award, § 122.

As the term «reasonable» is not defined in BITs, one has to consider its ordinary meaning. Reasonable regulatory measures would surely include logical, consequential and well-founded measures reflecting good governance. In this sense, «unreasonabless» is very close to «arbitrariness» which, under international law, involves a breach beyond the ordinary meaning of reason, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety[65].

Despite the apparent simplicity of this concept, the fundamental dilemma is: should reasonableness be measured against the expectations of the parties to the BIT rather than as a function of the means chosen by a state to achieve its goals? In the *BG v Argentina* case, the arbitral tribunal held that reasonableness should be measured against the expectations of the parties to the BIT[66]. For instance, withdrawal of undertakings and assurances given in good faith to investors as an inducement to their making an investment is by definition unreasonable and a breach of the treaty[67]. By contrast, if reasonableness had to be measured against the best regulatory practices, the arbitral tribunals would need to rely on comparative surveys of best regulatory approaches. In conclusion, given the unsettled jurisprudence on the matter and the vagueness of the reasonableness text, «the determination of reasonableness is in its essence a matter for the arbitrator's judgment»[68].

In *PMI v. Uruguay*, the claimants contend that prohibiting the use of colours to identify and differentiate brand packs constitutes a breach of the prohibition of unreasonable measures under the BIT for several reasons, because the measure would be overbroad and, as such, unreasonable[69]. According to the claimants, the single presentation requirement also arbitrarily reduces the number of available product varieties without any rational public health justification[70]. Tobacco companies argue that colours are used to identify and differentiate different brand packs, not to communicate whether one product is less harmful than another[71]. Finally, the claimants note that «no other jurisdiction has adopted a single presentation requirement like the one in Ordinance 514»[72]. The claimants

[65] *Contra*, *BG Group Plc v. Argentina*, UNCITRAL (UK/Argentina BIT), Award, 24 December 2007, § 341.

[66] *BG Group Plc v. Argentina*, § 342.

[67] *Ibidem*, § 343.

[68] *Ibidem*, § 342.

[69] *PMI v. Uruguay*, Request for Arbitration, § 78.

[70] *Ibidem*, § 79.

[71] See, however, WILSON, *Coded to Obey Law, Lights Become Marlboro Gold*, in NEW YORK TIMES, 19 February 2010.

[72] *PMI v. Uruguay*, Request for Arbitration, § 25.

also allege that the excessive 80 per cent warning requirement does not bear any rational relationship to a legitimate governmental policy[73] and the protection of public health could have been achieved with a narrower and more tailored measure[74]. Finally the claimants contend that «offensive and repulsive» images «are neither necessary nor justified to warn consumers of the health risks associated with smoking»[75].

Undeniably tobacco control is a legitimate public health objective. In order to assess the reasonableness and rationality of regulatory measures such as those adopted by Uruguay, the arbitral tribunal will have to consider whether the regulatory measures have been adopted in good faith or whether the host state measure has a protectionist aim. *In casu*, as a Party to the FCTC, Uruguay is bound by its provisions which require health warnings[76]. Article 11 of the FCTC indicates that no less than 30% of the display area must be reserved for such purpose, and that such areas «should take up 50% of the principal display area …» As a general clause, FCTC Article 2 encourages the Parties to implement measures beyond those required by the FCTC. The FCTC Guidelines urge the Parties to «cover as much of the principal display areas as possible»[77]. National courts, on the other hand, have recognized the reasonableness of health warnings[78]; they have not compensated any company for any economic loss in this process[79].

Under Article 11 of the FCTC health warnings may be in the form of, or include, pictures. Pictorial warnings are particularly effective as the pictures are hard to ignore and alert potential smokers to danger every time they look at a pack[80]. The World Health Organization urged gov-

[73] *Ibidem*, § 81.
[74] *Ibidem.*
[75] *Ibidem.*
[76] FCTC Article 11(1)(b).
[77] Guidelines for Implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Packaging and Labelling of Tobacco Products) in Third Session of the Conference of the Parties of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, Durban, South Africa, 17-22 November 2008, available at *http://www.who.int/-fctc/guidelines/article_11/en/index.html* .
[78] For instance, in *Canada Attorney General v. JTI-Macdonald Corp*, the Supreme Court of Canada recently held that a requirement that fifty percent of the principal display surface of a package be devoted to a warning of the health hazards of a product is a «reasonable measure demonstrably justified in our society and is constitutional…» *Canada (Attorney General) v JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2.S.C.R. 610, 2007 SCC 30 (Can.).
[79] FREEMAN, CHAPMAN and RIMMER, *The Case for Plain Packaging of Tobacco Products*, Sydney, 2007, p. 7.
[80] FONG, HAMMOND, and HITCHMAN, *The Impact of Pictures on the Effectiveness of Tobacco Smoking*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2009, pp. 640-643.

ernments to require that all tobacco packages include pictorial warnings to depict the sickness and suffering caused by tobacco use[81]. In 2010 almost 39 states had adopted pictorial warnings[82] and the number is on the rise[83].

Plain packaging, on the other hand, that requires the removal of all colors, corporate logos and trademarks, permitting manufacturers to only print the brand name in a mandated size, font and place, in addition to required health warnings and other legally mandated product information such as toxic constituents, is a more controversial measure[84]. While plain packaging is not mentioned in the treaty text of the FCTC, it is addressed in the Guidelines to both Articles 11 (Packaging and Labelling of Tobacco Products) and 13 (Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship) of the FCTC[85]. The guidelines recommend that parties consider plain, generic packaging «to eliminate the effects of advertising or promotion on packaging» and that «packaging […] should carry no advertising or promotion, including design features that make products attractive»[86]. Indeed, the World Health Organization has welcomed plain packaging as «a new gold standard for the regulation of tobacco products»[87], as colours and attractive packaging attract consumers. Furthermore, public health experts have stressed that compared to brand packages, plain packs can «reduce the flair and appeal associated with smoking»[88].

[81] WHO, *Call for Pictorial Warnings on Tobacco Packs*, 29 May 2009, available at *http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2009/no_tobacco_day_20090529/en/index.html*.

[82] Canadian Cancer Society, *Cigarette Package Health Warnings International Status Report* (2010) p. 3 available at *http://www.tobaccolabels.ca/factshee/cigarettepackagehealthwarningsinternationalstatusr*.

[83] The WHO FCTC *Health Warning Database* is available at *http://www.who.int/tobacco/healthwarningsdatabase/en/index.html*.

[84] See e.g. VADI, *Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law* in *Stanford Journal of International Law*, 2012, pp. 101-138, at p. 115.

[85] The FCTC Conference of the Parties adopted guidelines for implementation of 11 and 13 of the WHO FCTC at its second and third session held in Bangkok, Thailand, 30 June - 6 July 2007 and Durban, South Africa, on 17–22 November 2008 respectively. The text of the guidelines is available at *http://www.who.int/fctc/guidelines/article_11.pdf* and *http://www.who.int/fctc/guidelines/article_13.pdf* .

[86] Guidelines to the implementation of Article 13, at § 17.

[87] WASSENER, *Australia Fights Tobacco With Taxes and Plain Packs*, in *New York Times*, 29 April 2010.

[88] FREEMAN, CHAPMAN and RIMMER, *The Case for Plain Packaging of Tobacco Products*, cit., at p. 10.

8. Reconciling Investor Rights and Tobacco Control in International Investment Law through Negotiation/Mediation

Having examined the conflict areas between international investment law and tobacco control measures, it seems that none of the provisions of the FCTC are inherently inconsistent with respect to investment law. Therefore, as the real issue is the coordination between the FCTC and international investment law. This chapter illustrates three different methods: 1) negotiation/mediation; 2) interpretation and 3) legal drafting. This section focuses on negotiation/mediation.

BITs typically include a negotiation or consultation period, the so called «cooling-off period», before a claim may be initiated[89]. The duration of such period is usually anywhere from three to six months from the date in which the dispute arose or was formally notified by the investor to the host state, at the end of which arbitration proceedings may be commenced. The practical purpose of the cooling off period is two-fold. On the one hand, the host State is granted «an *opportunity* to redress the problem before the investor submits the dispute to arbitration»[90]. On the other hand, the cooling off period aims to facilitate settlement before positions become entrenched. Failure to observe a treaty's cooling-off period results in a tribunal declining jurisdiction[91]. As an arbitral tribunal recently clarified, the obligation to negotiate is an obligation of means, not of results[92].

Negotiation and mediation are useful dispute resolution methods alternative to judicial settlement and arbitration, and are both based on cooperative and interest-based approaches. In abstract terms, they create a situation where both parties cooperate to reach a satisfactory result, looking at their underlying interests, rather than at their stated legal positions. These processes may also produce more successful outcomes than the adversarial «winner takes all» approach[93]. Where the degree of animosity between the parties is so great that direct negotiations are unlikely to lead to a dispute settlement, the mediator may facilitate communication between the discussants.

[89] See, for instance, Hong Kong Australia BIT, Article 10.

[90] *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5), Decision on Jurisdiction, 2 June 2010, § 315.

[91] *Murphy Exploration and Production Company International v Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4 - Award on Jurisdiction, 15 December 2010, available at the ICSID website *http://icsid.worldbank.org*.

[92] *Ibidem*, § 135.

[93] *See* FISHER & URY, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, New York, 1983.

These alternative dispute resolution methods usually achieve results in a short time frame as they are not necessarily required to deal with the past: they ask the parties to look at their future and to reshape their duties and responsibilities towards each other. Foreign investors thus participate in the decision-making process that will ultimately affect them, and, in so doing, they also become aware of the interests of the local population. In addition, experience shows that agreements entered into through a voluntary process stand out on account of their durability, because the parties highly identify with the agreement achieved. At the national level, in some cases, negotiation between tobacco companies and the State has led to positive results. For instance, in the US, the Master Settlement Agreement between States and tobacco companies has settled thousands of disputes.

At the international level, the FCTC provides for consensual mediation or conciliation for disputes among member States[94]. However, the FCTC only applies to the States which have ratified it. For instance, in the case of *PMI v. Uruguay*, Switzerland has signed but not ratified the FCTC; thus it is not bound by the dispute settlement provisions of same. Uruguay could use diplomatic channels to raise the matter as an issue for discussion between the two states. Nonetheless, this is precluded by the fork in the road provision of the ICSID Convention.

Nevertheless, the advantages of alternative dispute resolution (ADR) mechanisms should not lead us to overestimate these methods. While such methods can be extremely useful in situations in which both contracting parties have equal or similar bargaining power, they may lead to unsatisfactory results, as they offer no guarantees of an even playing field[95]. Concretely, unbalanced negotiation or mediation may lead States to accept unnecessary limits on their regulatory power. For instance, an agreement between the Mexican government and the tobacco industry which *inter alia* excluded graphic health warnings was widely criticized by public health experts because it contrasted with the key articles of the FCTC, concerning disclosure of ingredients[96].

As developing and least developed countries need foreign investments to foster development and growth, these countries may have an

[94] FCTC, Article 27.

[95] *See* CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement* in *Modern Law Review*, 1995, p. 288.

[96] SAMET, WIPFLI, PEREZ-PADILLA & YACH, *Mexico and the Tobacco Industry: Doing the Wrong Thing for the Right Reason?*, in *British Medical Journal*, 2006, pp. 353-354.

incentive to lower health and environmental standards (i.e. *race to the bottom*) to attract foreign investment flows. For instance, this happened in Uzbekistan, where a foreign tobacco company lobbied and obtained a series of regulatory benefits as part of its investment conditions. Advertising bans were replaced by an advertising code drafted by the tobacco industry, and smoke-free restrictions were scaled back to cover only healthcare facilities and kindergartens and schools[97].

The existence of investment treaty obligations and the threat of an investor-state dispute by a foreign investor may have a chilling effect on policy makers. Proposals to introduce plain packaging of tobacco products in the United Kingdom have raised the protests of major tobacco companies which decried such proposals as a form of expropriation[98]. In general industrialized countries seem to resist such pressures. When Australia adopted plain packaging, its government announced it «made no apology for the measures»[99]. The threat of an investment dispute, however, may prove potent in less industrialized countries. When Philip Morris filed an ICSID claim against Uruguay, it was reported that Uruguay was going to water down tobacco control legislation[100]. Serendipitously, in November 2010, Mayor Michael R. Bloomberg of New York pledged his financial assistance to Uruguay's legal defense[101].

Acknowledging the special nature of tobacco products, Article 5.3 of the FCTC requires that «in setting and implementing their public health policies with respect to tobacco control, Parties shall act to protect these policies from commercial and other vested interests of the tobacco industry in accordance with national law»[102]. The guidelines to the implementation of Article 5.3 of the FCTC recommend that «the Parties should interact with the tobacco industry only when and to the extent strictly necessary to enable them to effectively regulate the tobacco industry and tobacco products»[103]. More interestingly, the guidelines also recommend that Parties should not accept, support or endorse partner-

[97] GILMORE, COLLIN & MCKEE, *British American Tobacco's Erosion of Health Legislation in Uzbekistan*, in *British Medical Journal*, 2006, pp. 355-358.

[98] PETERSON, *Plain Packaging of Tobacco Products Decried as Expropriation, Contrary to Treaties; Long-Running Debate Rejoined*, in *Investment Arbitration Reporter*, 9 February 2010.

[99] *Australia to Ban Cigarette Logos*, in *BBC News*, 29 April 2009.

[100] *Uruguay to Relax Tobacco Laws to Combat Philip Morris Claim*, in *Global Arbitration Review Briefing*, 28 July 2010.

[101] WILSON, *Bloomberg Backs Uruguay's Anti-smoking Laws*, in *New York Times*, 15 November 2010.

[102] Article 5.3 of the FCTC.

[103] *Ibid*em, § 20.

ships and non-binding or non-enforceable agreements as well as any voluntary arrangement with the tobacco industry[104].

It may be argued that Article 5.3 of the FCTC and respective guidelines are irreconcilable with the cooling-off provisions of BITs. However, while the text of Article 5.3 of the FCTC does not prohibit consultations, the guidelines are not binding. In turn, the cooling-off provisions of BITs put forward obligations of means and not of results. Good faith requires the investor to clarify its positions, explaining why it deems state regulation to be in violation of BIT provisions. On the other hand, the host state will provide the investor information concerning the state obligations under the FCTC and refer to relevant scientific studies. Under the cooling-off provision the host state is not obliged to make any concession. The ratio of the cooling-off period is not necessarily to reach an amicable solution, rather, it serves the function of providing the host state the right to be informed in advance of the forthcoming dispute and to facilitate dialogue between the parties.

In conclusion, while negotiation and mediation may represent useful means to settle disputes between foreign investors and the host state, where there is no equal bargaining power, approaches of a more legal character are preferable. In this respect, in the following sections, treaty interpretation and legal drafting will be examined.

9. Interpretation

Customary rules of treaty interpretation, as restated by the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)[105], offer the adjudicators the conceptual and legal framework to settle disputes «in conformity with the principles of justice and international law»[106]. Customary rules of treaty interpretation are applicable to investment treaties because investment treaties are international law treaties. Furthermore, some investment treaties expressly mention these rules[107]. According to the *general rule of interpretation*, which comprises several sub-norms, «a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light

[104] *Ibidem*, § 21, recommendation 3.1.

[105] Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, entered into force on 27 January 1980.

[106] VCLT, Preamble.

[107] See, for instance, AUSFTA Article 21.9.2.

of its object and purpose»[108]. As a matter of convenience, the following analysis will follow the order in which these norms generally appear.

10. Textual Interpretation

According to the principle of textuality, treaties are to be interpreted on the basis of their actual text. In examining the literal terms of treaty norms, the Preamble of the FCTC states that the contracting parties are determined «to give priority to the right to protect public health». On the other hand, recent free trade agreements which include chapters on investments expressly provide general clauses allowing public health measures. NAFTA Article 1114 (2) concisely states that: «The parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health […] measures. Accordingly, a party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other party and the two parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement»[109].

In a more detailed fashion, Annex 10-C (4) (b) of the Central America Free Trade Agreement (hereinafter CAFTA) expressly states: «Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health […], do not constitute indirect expropriations»[110].

With regard to intellectual property, investment treaties usually build upon the relevant provisions of the TRIPS Agreement[111]. Notoriously, Article 8 of the TRIPS Agreement expressly governs the interface between public heath protection and intellectual property, stating that WTO Members «may […] adopt measures necessary to protect public

[108] VCLT, Article 31.1.

[109] NAFTA Article 1114, para. 2.

[110] The Dominican Republic – Central America Free Trade Agreement encompasses the United States and the Central American countries of Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua and the Dominican Republic. The final text was signed on August 5, 2004, and is available at *http://www.ustr.gov/assets/-Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTADR_Final_Texts/asset_upload_file747_3918.pdf.*

[111] For instance, Article 15.1.7 of the CAFTA states that «… the parties affirm their existing rights and obligations under the TRIPS Agreement …».

health […], and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement». Such a provision seems to provide space for reconciliation between private and public interest in intellectual property regulation. *Prima facie*, this clause may be interpreted as giving precedence to intellectual property over other interests. But, at a closer glance, it merely requires taking the whole agreement into account when adopting measures necessary to protect public health. In a sense, it reaffirms the need of interpreting the treaty «in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty *in their context and in the light of its object and purpose*» (emphasis added)[112].

11. Teleological Interpretation

The method of teleological interpretation searches for the purpose of a norm to clarify uncertainties in its exact content. The protection of trademarks can be seen as serving two main purposes. The first function of trademarks is to indicate the producer, so that the linkage between a producer and its product is clear (*Origin function*). The second function, which is strictly related to the first one, is to protect the consumers from deception, that is, to prevent the public from purchasing inferior goods in the mistaken belief that they originate from another trader (*Quality or guarantee function*). By knowing that a product is produced by a certain company, the consumer immediately assumes certain product qualities. A third function of trademarks would be the *investment* or *advertising function*. Through this function, trademarks advertise a certain product or service, enhancing the efficiency of the consumer's choice and creating an incentive for trademark holders to invest in quality to create reputation[113].

Arbitral tribunals should not replace the traditional rationale for trademark law with a conception in which «trademark owners are given strong rights over the marks without much regard for the social costs of such rights»[114]. Like other intellectual property rights, trademarks offer an intrinsic dichotomy between private and public interests. Although

[112] VCLT, Article 31.1.

[113] *See* CORNISH and LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, fifth edition, London, 2003, at 15:22.

[114] For an analogous argument, see LEMLEY, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, in *Yale Law Journal*, 1999, at p. 1697.

these interests often go hand in hand in that high-quality products build the producer's reputation, in some contexts, however, there may be a divergence between these polarities. In fact, the object of trademark protection presents a dichotomy between property rights and other external values such as public health. If one puts too much emphasis on the proprietary aspects of trademarks, the risk is that the other value will be jeopardized. According to Articles 7 and 8 of the TRIPS Agreement[115] private remuneration should not be given more weight than social welfare, rather a harmonious balance between different interests needs to be struck.

In particular, Professor Gervais and Professor Geiger suggest the recognition of two *equilibria* within intellectual property[116]. While the *intrinsic equilibrium* would concern the very structure or architecture of intellectual property norms, the *extrinsic equilibrium* would indicate the search for a balance between intellectual property and other rights as established by different treaty regimes. The intrinsic equilibrium is evident in the conceptual matrix of certain norms of the trademark regime, such as TRIPS Article 20 which forbids unjustifiable special requirements for trademarks. Such a provision does not forbid special requirements *tout court*, but it gives a certain margin of appreciation to policy makers and adjudicators to determine what a justifiable requirement is. In other words, by presenting a certain degree of flexibility, the same trademark regime does not offer an absolutist paradigm, but an intrinsic equilibrium. As Geiger notes, «Already in the 13th century, the theologian and philosopher Thomas Aquinas held the opinion that «positive rights» (*ius positivum*) could be regarded only as fair and legitimate as long as they aimed for general well-being …Where this is no longer the case, property must be limited; otherwise it will lose legitimacy»[117].

In parallel, the extrinsic equilibrium appears in the *thelos* or ultimate goal of intellectual property. If one adopts an instrumentalist view of intellectual property, its international regulation should function for the

[115] Article 7 of the TRIPS Agreement states: «The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to *social and economic welfare*, and to a *balance of rights and obligations*» [emphasis added].

[116] See GEIGER, *"Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, in *IIC International Review Intellectual Property and Competition Law*, 2006, 351; GERVAIS, *The Changing Landscape of International Intellectual Property*, in HEATH, KAMPERMAN SANDERS (EDS), *Intellectual Property and Free Trade Agreements*, Oxford, 2007, at ch. 3.

[117] See GEIGER, *op. cit*., at p. 374.

common weal[118]. According to Professor Gervais, «one should not protect beyond what is necessary to achieve policy objective(s) because the risk of a substantial general welfare impact is too high»[119]. Similarly, Professor Cornides points out that «property is not an end in itself. Obviously, it must be used in a way that contributes to the realisation of the higher objective of human society»[120].

The end which intellectual property protection should serve is the objective of human well-being[121]. In examining most constitutional traditions and regional treaties[122], it appears that property rights are not absolute, rather their owners can enjoy them within the limits established by the law[123]. Trademarks, which are a type of intellectual property, are no exception to this general understanding of property[124].

12. Systemic Interpretation

If referring to the object and purpose of the treaty does not help, another criterion of treaty interpretation requires adjudicators to take into account «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties»[125].

Many public health principles which belong to national constitutional orders have already been translated in international law. Some such norms have become rules of customary international law; others have been codified in a series of international treaties, and are binding on the states which have ratified them. If the States, parties to the BIT, were also parties to the FCTC, the provisions of the FCTC could be examined and taken into account by the arbitrators when adjudicating an invest-

[118] See GERVAIS, *op. cit*., at para. 5.

[119] *Ibidem.*

[120] See CORNIDES, *Human Rights and Intellectual Property, Conflict or Convergence?*, in *Journal of World Intellectual Property*, 2004, p. 143.

[121] UN Committee on Economic Social and Cultural Rights, Statement on *Human Rights and Intellectual Property* UN Comm. on Econ. Soc. & Cultural Rights, 27th Sess., § 12, UN Doc E/C12/2001/15, 2001, at § 4.

[122] *See*, for instance, Italian Constitution, Article 42; German Basic Law Article 14.

[123] *See* SINGER, *The Ownership Society and Takings of Property: Castles, Investments and Just Obligations*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2006, p. 309.

[124] See VADI, *Trademark Protection, Public Health and International Investment Law: Strains and Paradoxes*, in *European Journal of International Law*, 2009, pp. 773-803.

[125] VCLT, Article 31 (3) (c).

ment dispute[126]. As some authors point out, «a conflict between the FCTC and the BIT might be avoided by adopting a harmonious interpretation of the two treaties»[127]. It is also worth recalling that Article 18 of the VCLT requires the signatories to a Treaty not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force[128]. Thus, the FCTC is of relevance also for those states which have signed but not ratified it. Furthermore, as Weiler points out, the home state of the investor could notify its views on the matter to an arbitral tribunal «either by way of an amicus submission to the Tribunal or by agreeing to an exchange of diplomatic notes between itself and the [host country] agreeing to a shared interpretation of the mutual obligations under the BIT and the FCTC»[129].

Although arbitral tribunals cannot issue a finding of compliance or non compliance with the FCTC because this ultimately falls outside their mandate[130], they can evaluate the legitimacy and good faith character of a given regulatory measure in the light of international «objective standards» such as those elaborated in the FCTC. As Sands puts it, «those charged with interpreting and applying treaties on the protection of foreign investment need to take into account the values that are reflected in norms that have arisen outside the context of the investment treaty which they are applying»[131].

Finally, as investment provisions often encapsulate a *renvoi* to the TRIPS Agreement, it is worth recalling that paragraph 4 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health[132] states that: «the TRIPS Agreement does not and should not prevent Members from

[126] If the applicable law is that of the host state, and the host state is a party to the FCTC, then this Convention again would become relevant regardless of whether or not the home country of the investor is a party to the FCTC.

[127] VOON and MITCHELL, *Implications of International Investment Law for Tobacco Flavouring Regulation*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2011, at p. 12.

[128] See Article 18 of the VCLT.

[129] WEILER, *Philip Morris v. Uruguay- An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, 28 July 2010, available at *http://italaw.com/documents/WeilerOpinion-PMI-Uruguay.pdf*, p. 35.

[130] The principle *nec ultra petita* or *nec ultra fines mandati* requires the arbitral tribunal to limit itself to the scope of power allowed, and its violation is widely recognized as a cause for the annulment of the international arbitral award. New York Convention, Article V.1 (c) However, arbitrators have to interpret international law treaties according to customary rules of treaty interpretation which *inter alia* require systemic interpretation. *See* FRENCH, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, pp. 281-314.

[131] See SANDS, *Searching for Balance: Concluding Remarks*, in *New York University Environmental Law Journal*, 2002, p. 202.

[132] See *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, IV Ministerial Conference, Doha, WT/MIN(01)/DEC/W/2, 20 November 2001.

taking measures to protect public health. Accordingly, … the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members' right to protect public health …»[133]. While the legal status of the Declaration is uncertain, it can provide a useful context for arbitrators interpreting the content and limits of investment provisions protecting trademarks.

13. Stipulating ad hoc Safeguards

Having analysed the *ex post* approach to the interplay between tobacco control and international investment governance in the context of litigation, this section scrutinizes an *ex ante* or legislative approach to tobacco control in investment treaties. Both approaches – the preventive and the jurisprudential one – can be used cumulatively, as they aim to achieve the same objective: reaching equilibrium between the protection of foreign direct investment and public health.

In general, public health goals are more directly achievable through the political and legal processes than through litigation. Therefore, it is crucial to critically assess the impact that investment treaties may have on public policy measures *before* signing and/or ratifying them. Such a critical assessment may prevent a country from adhering to certain international obligations, and can lead the parties to introduce new terms and safeguard clauses in their conventional practice. While a number of BITs already mention public health in their preambles, there is no certainty as to the legal meaning of such provisions[134]. As investment treaties are periodically re-negotiated, the discretion and uncertainty of arbitral tribunals may be narrowed through the use of much more detailed treaty language.

Should tobacco products be excluded *tout court* from investment treaties? Setting up an exception to investment protection for the tobacco trade would be a feasible option[135]. In parallel, investment treaties might exclude the tobacco trade from their application scope. According to such an exemption, if an investor invoked dispute settlement to challenge

[133] *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, para. 4

[134] *See* CROOK, *New Investment and Dispute Settlement Provisions in U.S.-Peru Trade Agreement*, in *American Journal of International Law*, 2009, at p. 768.

[135] This approach was adopted in the US-Vietnam Free Trade Agreement, which excludes tobacco from its tariff regulation and reduction scheme. Agreement Between the United States of America and the Socialist Republic of Vietnam on Trade Relations, signed on 13 July 2000, *http://www.ustr.gov/assets/World_Regions/Southeast-_Asia_Pacific/Vietnam/asset_upload_file917_10731.pdf*.

any regulatory measure taken by the State under this provision, an arbitral tribunal would not have jurisdiction.

Should investment treaties recognize the need to promote policy regulation aimed at tobacco control? Theoretically, there is no need for such a specific provision, as protecting public health is a traditional police power of a given state. The police power of a state stems from the concept that good governance aims at public welfare and it may restrain private property for the protection of public safety and health. Where a deprivation of property or other economic loss arises out of *bona fide* general regulation aimed at preventing nuisance, it should be considered within the boundaries of acceptable exercise of police powers and would be non compensable. Scrutinizing the arbitral jurisprudence, arbitral tribunal have accepted as a principle of customary international law that a state is not responsible for *bona fide* regulation that falls within the scope of a generally recognized *police power*[136].

Nonetheless, as the conceptual distinction between police power and indirect expropriation is often vague, a detailed provision clarifying that tobacco control measures in conformity with the FCTC will not be considered as measures tantamount to expropriation, would help arbitrators to issue consistent decisions.

14. Conclusions

This study has explored the linkage between tobacco control and investment treaty guarantees. Recent case studies show that investors may claim that tobacco control measures infringe their rights under BITs. In this context, an excessive protection of investment treaty guarantees may negatively affect tobacco control policies.

The existing customary canons of treaty interpretation may help interpreters to avoid conflicts of norms. As investment law is part of international law, the former must be consistent with the norms of the latter and be interpreted in accordance with the customary rules of treaty interpretation. Although examined in a separate manner, the legal canons of treaty interpretation are complementary and may be used cumulatively. First, according to the canon of literal interpretation, there is no manifest inconsistency between the two sets of norms. On the contrary, some re-

[136] See, for instance, *Methanex Corp. v United States*, Final Award on Jurisdiction and Merits 3 August 2005, 44 ILM (2006) 1345; *Chemtura Corp. (formerly Crompton Corp.) v. Government of Canada*, Award, 2 August 2010, available at *http://italaw.com/documents/ChemturaAward.pdf.*

cent BITs expressly mention the need to protect public health in their text.

Second, according to the canon of systemic interpretation, investment treaties should not be considered as self-contained regimes, but as an important part of public international law. Accordingly, arbitrators should adopt a holistic approach, taking public health into account when they interpret relevant investment treaty provisions. When discussing the investment law-legality of any tobacco control measure, it may first be necessary to consider whether and why the value of public health would not necessarily be of greater importance than that of investment protection and should therefore be given priority when serious health risks arising from smoking have been widely reconfirmed.

Third, guarantees protecting private property should be interpreted purposively. While the concept of equity requires that a property owner not be compelled by the state to bear a greater burden vis-à-vis society at large, the *telos* of property encapsulates both private rights and the public interest in property guarantees.

Finally, given the recent rise of international disputes concerning tobacco control measures before international economic law *fora*[137], introducing specific clauses in investment treaties clarifying that tobacco control measures in conformity with international standards are not to be considered as a form of expropriation would be a feasible option. While due consideration to public health may be considered an implicit requirement of any economic activity, contemporary public health includes tobacco control. Through accurate treaty clauses, the host state may ensure that foreign investors are made aware of the selected level of public health protection. The use of *ad hoc* clauses would preventatively settle potential conflicts of interests between the host state and the investor. In addition, such clauses might constitute a useful compass for the arbitrators in eventual investment treaty disputes.

[137] See generally VADI, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, *forthcoming*, 2012.

GLI OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI IN MATERIA DI INVESTIMENTI STRANIERI E LA PRIVATIZZAZIONE DEL "NUOVO" DIRITTO UMANO ALL'ACQUA

Claudia CINELLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli obblighi positivi degli Stati in materia di investimenti stranieri. – 2.1. I diritti dell'uomo e il superamento della classica dicotomia tra obblighi negativi e positivi. – 2.2. L'interazione tra il regime dei diritti umani e quello degli investimenti stranieri nell'unità del Diritto Internazionale. – 3. La privatizzazione del "nuovo" diritto umano all'acqua. – 3.1. I diritti dell'uomo come catalogo aperto: il "nuovo" diritto all'acqua. – 3.2. Il diritto all'acqua e l'evoluzione giurisprudenziale dei tribunali ICSID. – 3.3. Riflessioni sull'"effetto orizzontale" degli obblighi positivi rispetto al diritto umano all'acqua. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Negli ultimi sessant'anni si è verificato uno sviluppo particolarmente significativo di regole internazionali volte a disciplinare i rapporti tra Stati e privati. Tale sviluppo riguarda principalmente il ruolo emergente della persona fisica e giuridica nel Diritto Internazionale contemporaneo che ha portato alla creazione di meccanismi di accertamento del rispetto e della protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cui si associano quelli che tutelano i diritti economici degli operatori e investitori stranieri; entrambi da considerare come meccanismi costituenti regimi internazionali autonomi (*lex specialis*), anche se necessariamente interdipendenti nell'unità del Diritto Internazionale (*lex generalis*)[1].

*Claudia Cinelli é *profesora doctora ayudante* di Diritto Internazionale della Facoltá di Giurisprudenza dell'Università di Siviglia. L'autrice ringrazia Valerio Banchini per l'incoraggiamento ed i preziosi spunti di riflessione che le ha fornito.

[1]Si veda, *inter alia*, S. KRASNER, *International Regimes*, Cornell University Press, 1983; P.M. DUPUY, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", 297 *RCADI* (2002) pp. 9-489; M. KOSKENNIEMI, *Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law: The Function*

Muovendo da tali premesse, segue la necessità di analizzare gli obblighi positivi degli Stati nell'ambito degli investimenti stranieri. L'applicabilità dei diritti dell'uomo nelle controversie concernenti gli investimenti stranieri è infatti una questione sempre più d'attualità tanto più il fenomeno contemporaneo di globalizzazione dei mercati avanza. Davanti al fenomeno della globalizzazione – caratterizzato principalmente da processi di decentramento delle funzioni statali, di privatizzazione dei servizi pubblici e di de-regolamentazione delle istituzioni statali verso il consolidarsi di ordinamenti giuridici originari come la nuova *lex mercatoria* propria della *business community*[2] –, risulta difficile rispettare la tradizionale dicotomia tra obblighi "negativi/positivi" e settore "pubblico/privato" (2). Una volta trattate queste considerazioni in termini generali, questo studio si propone di analizzare, in termini più specifici, il fenomeno di privatizzazione del servizio pubblico di fornitura dell'acqua alla luce degli obblighi positivi degli Stati di protezione effettiva del "nuovo" diritto umano all'acqua (3).

2. Gli obblighi positivi degli Stati in materia di investimenti stranieri

Com'è noto, il Diritto Internazionale dei diritti dell'uomo e degli investimenti stranieri (entrambi *lex specialis*) presentano un'essenziale distinzione rispetto alla *lex generalis*: l'assenza del principio di reciprocità tra Stati proprio del Diritto Internazionale classico creato *dagli* Stati e *per* gli Stati[3]. Contrariamente, il Diritto Internazionale dei diritti dell'uomo e degli investimenti stranieri è stato creato *dagli* Stati ma *non per* gli Stati, bensì *per* i privati.

La diversità tra i due regimi giuridici nell'unità del Diritto Internazionale riflette la dinamicità e sinergia dell'ordinamento giuridico internazionale nella sua totalità, dove lo Stato continua a svolgere un ruolo di fondamentale importanza chiamato ora a rispondere a nuove necessità completamente diverse, ma non escludenti: il rispetto della dignità dell'uomo e la tutela degli interessi economici degli investitori stranieri.

and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes (2003) pp. 2-10, p. 9. Si veda anche, *International Law Commission, Report of the 58ª Session* (2006), A/61/10; B. CONFORTI, "Unité et Fragmentation du droit international: «glissez, mortels, n'appuyez pas !» " CXI *RGDIP* (2007) pp. 5-18.

[2] Si veda, P. ALSTON e A. CASSESE, *Ripensare i diritti umani nel XXI secolo*, EGA, 2003.

[3] J.A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, 2 ed., Tecnos, 2004.

Le nuove necessitá implicano l'esigenza di un cambiamento per essere soddisfatte. Cambiamento che, in materia di diritti dell'uomo, sembra dover iniziare con il superamento della tradizionale distinzione tra i cd. obblighi statali "negativi" e obblighi statali "positivi", per far fronte a questa società del secolo XXI caratterizzata da una tendenza verso la liberalizzazione dei mercati e privatizzazione dei servizi pubblici.

Proprio a causa di tale tendenza – o come conseguenza della stessa –, il tracciato della classica linea di confine tra ciò che è stato teoricamente qualificato come settore pubblico da un lato, e settore privato dall'altro, si sta spostando verso l'ampliazione del settore privato in modo inversamente proporzionale rispetto alla presenza del settore pubblico, riducendo così drasticamente il ruolo dello Stato di Diritto e modificando, in termini di responsabilità internazionale, le implicazioni pratiche di adempimento ai suddetti obblighi negativi e positivi. Non va dimenticato che tale tracciato è determinato dalla necessità di un ordine civile e politico proprio di una società che è tale per definizione, *ubi societas ibi ius*, laddove la certezza del diritto è un principio reale ed effettivo, ma solo in relazione ad un dato momento storico e contesto economico, sociale e culturale.

Nel momento storico nel quale viviamo, caratterizzato dall'era della globalizzazione economica, lo Stato sta de-regolarizzando l'ordine giuridico prestabilito in epoche precedenti, mediante la cessione del controllo dei servizi pubblici dalla gestione pubblica statale alla gestione privata. Inoltre, sembra addirittura disposto a correre il rischio di non essere piú in grado di adempiere alle sue funzioni di Stato, quali quelle di garantire le condizioni minime per una vita degna alle persone come singoli che come membri della società che lo costituisce.

Dalla situazione appena descritta derivano, a nostro avviso, le maggiori problematiche giuridiche di una netta distinzione tra obblighi "negativi" e "positivi" degli Stati in un contesto di interazione tra il regime dei diritti dell'uomo e quello degli investitori stranieri che saranno analizzate successivamente (2.1 e 2.2, rispettivamente).

2.1. I diritti dell'uomo ed il superamento della classica dicotomia tra obblighi negativi e positivi

Il regime dei diritti dell'uomo comprende un ampio spettro di obblighi statali che vanno, da obblighi cd. "negativi" a "positivi". La classificazione "negativo/positivo" deriva dalla tradizionale divisione in categorie di diritti di prima generazione – ovvero i diritti civili e politici,

che implicano l'obbligo (negativo) statale di non ingerenza nel godimento di tali diritti; ed i diritti di seconda generazione – ovvero i diritti economici, sociali e culturali –, che implicano l'obbligo (positivo) statale di attuare le misure necessarie per garantirne l'esercizio. La prima categoria è violata da un comportamento dello Stato consistente in un'azione, mentre la seconda da un comportamento dello Stato consistente in una omissione.

Tuttavia, nella prassi risulta difficile determinare il contenuto della responsabilità dello Stato davanti alla violazione di un obbligo internazionale teoricamente classificato come "negativo" o "positivo". Sembra infatti piú opportuno affermare che la tutela dei diritti dell'uomo impone un comportamento statale diretto a "tutelare l'individuo in modo reale e pratico"[4].

Così infatti, il preambolo del Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (Convenzione del 1950) – richiamando la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948 – manifesta la risoluzione dei Governi Firmatari, Membri del Consiglio d'Europa, "a prendere le prime misure adatte ad assicurare la *garanzia collettiva* di certi diritti enunciati nella Dichiarazione Universale"[5].

Inoltre, gli articoli 1 e 14 della Convenzione del 1950, rispettivamente, riconoscono *l'obbligo di rispettare* e il *dovere di assicurare* ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti dalla stessa Convenzione del 1950. In tal senso, già nel primo caso interstatale, il caso Irlanda contro Regno Unito del 1978, la Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) stabilì che "[u]nlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a *"collective enforcement"*. [...] The Convention does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States to respect for their own part the rights and freedoms it embodies; as is shown by Article 14 (art. 14) and the English text of Article 1 (art. 1) *("shall secure")*, the Convention also has the consequence that, in order to secure the enjoyment of those rights and

[4] *Airey v Ireland*, ECHR (1978), Serie A No. 32, para. 26.

[5] Preambolo della Convenzione del 1950, ultimo paragrafo. [L'enfasi è dell'autrice].

freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels"[6].

Non a caso, anche l'articolo 1 della Convenzione Americana sui diritti dell'uomo del 1969 (Convenzione del 1969), stabilisce che gli Stati Parti si impegnano *a rispettare* i diritti e le libertà riconosciuti dalla stessa e *ad assicurare* a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà.

A differenza della Convenzione del 1950, quella del 1969 si occupa anche di regolamentare, in forma esplicita, gli effetti della sua applicazione negli ordinamenti nazionali. A tale proposito, l'articolo 2 stabilisce che "quando l'esercizio di uno dei diritti o delle libertà menzionati all'articolo 1 non sia già assicurato dalla legge o da altre disposizioni interne, gli Stati Parti si impegnano ad adottare, nel rispetto delle rispettive procedure costituzionali e delle norme di questa Convenzione, le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà".

Al di lá della classica dicotomia tra obblighi negativi di rispettare i diritti umani e gli obblighi positivi di assicurarne un godimento effettivo, la Commissione e la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo (ComADU e CADU, rispettivamente), fin dall'inizio del loro lavoro, hanno individuato tre diverse tipologie di obblighi statali: l'obbligo di astensione dalle violazioni dei diritti riconosciuti nella Convenzione del 1969, l'obbligo di prevenzione delle violazioni da parte degli Stati e degli attori non statali; ed infine, l'obbligo di svolgere le indagini per la ricostruzione dei fatti e la conseguente punizione degli autori (statali e non statali) di violazioni dei diritti umani[7].

A conferma di questo, la CADU nella sentenza *Velásquez Rodríguez c. Honduras* del 1988 in riferimento all'articolo 1 della Convenzione del 1969, al paragrafo 167 sancisce che "[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que *comporta la necesidad de una conducta gubernamental* que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Tuttavia, in riferimento all'articolo 2 continua nel paragrafo 172: "[e]n efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión,

[6] *Ireland v. United Kingdom,* ECHR (1978), Serie A No. 91, para. 239.
[7] Res. 38/81, caso No. 4425 (Guatemala) 1981.

puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención".[8]

Analogamente, a livello universale, l'articolo 2 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (PIDCP), afferma che ciascuno degli Stati Parti si impegna a rispettare ed a garantire i diritti riconosciuti nel presente Patto a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione.

La sua applicazione a livello nazionale é inoltre rafforzata dall'Osservazione Generale n. 3 del Comitato per i diritti dell'uomo. Questa, infatti, indica che l'articolo 2 del PIDCP "recognizes, in particular, the implementation does not depend solely on constitutional or legislative enactments, which in themselves are often not *per se* sufficient. The Committee considers it necessary to draw the attention of States parties to the fact that the obligation under the Covenant is not confined to the respect of human rights, but that States parties have also undertaken to ensure the enjoyment of these rights to all individuals under their jurisdiction. This aspect calls for specific activities by the States parties to enable individuals to enjoy their rights. This is obvious in a number of articles […], but in principle this undertaking relates to all rights set forth in the Covenant"[9].

Infine, come ultimo esempio in analisi, l'articolo 2 del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (PIDESC) riafferma che "[c]iascuno degli Stati Parti del presente Patto si impegna ad operare [...], al fine di *assicurare progressivamente* con tutti i mezzi appropriati, compresa in particolare l'adozione di misure legislative, la piena attuazione dei diritti riconosciuti nel presente Patto". Al rispetto, il Comitato per i diritti economici, sociali, e culturali sottolinea la natura degli obblighi degli Stati Parti del PIDESC e specifica, d'accordo con una interpretazione d'insieme del Patto, che l'articolo in questione "describes the nature of the general legal obligations undertaken by States parties to the Covenant. Those obligations include both what may be termed (following the work of the International Law Commission) obligations of conduct and obligations of result. While great emphasis has sometimes been placed on the difference between the formulations used in this provision and that contained in the equivalent article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, it is not always

[8] *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Corte IDH (1987). [L'enfasi é dell'autrice].

[9] *CCPR General Comment Nº. 3: Implementation at the national level (Art. 2), 29/07/1981.*

recognized that there are also significant similarities. *In particular, while the Covenant provides for progressive realization and acknowledges the constraints due to the limits of available resources, it also imposes various obligations which are of immediate effect*. […] *Thus while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken within a reasonably short time after the Covenant's entry into force for the States concerned*. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant"[10]. Con base in questa premessa, il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali classifica gli obblighi statali in tre tipologie diverse, ovvero quelli di "respect, protect and fulfil human rights".

Facendo un breve riferimento alla dottrina e ad altre fonti ausiliarie, Koch osserva che: "although the CESCR [Committee on Economic, Social and Cultural Rights] has done a tremendous job in explaining the obligations of States parties, a reading of the General Comments show how difficult it is to fit a certain obligatory measure into the tripartite typology [*i.e.* State obligations to respect, protect and fulfil human rights]"[11].

Dal canto suo, Pisillo Mazzeschi divide gli obblighi positivi degli Stati in materia di diritti dell'uomo in tre categorie: gli obblighi di risultato, gli obblighi di *due diligence* e quelli di progressiva realizzazione[12]. Mentre, l'attuale Rappresentante Speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo e delle imprese multinazionali, J. Ruggie, fa riferimento alla seguente trilogia: *protect, respect, remedy*[13].

Dopo quanto analizzato si conclude che, nelle parole di Shue: "[t]ypologies are ladders to be climbed and left behind, not monuments to be caressed or polished [...]. Thus, there is no ultimately significant of the form, how many kinds of duties are involved in honouring rights? Three? Four? A dozen? Waldron is closer to the mark in saying 'successive waves of duties'"[14].

Quindi, l'obbligo classico negativo di rispetto dei diritti dell'uomo può essere riqualificato in termini generali come un'azione obbligatoria

[10] *CESCR General Comment 3: The nature of States parties obligations (Art. 2, par. 1):14/12/1990.* [L'enfasi è dell'autrice].

[11] "Dichotomies, Trichotomies or waves of duties?" 5 *HRLR* (2005) pp. 81-103.

[12] "Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", 333 *RCADI* (2008), pp. 175-506.

[13] A/HRC/14/27.

[14] SHUE, *Basic Rights: Substistence, Affluence and U.S. Foreign Policy* 2nd ed., Princeton University Press, 1996, citato da Koch, *supra*.

positiva verso il rispetto effettivo dei diritti dell'uomo, laddove l'effettività dipende da molteplici variabili che presentano le circostanze del caso concreto.

2.2. L'interazione tra diritti umani e investimenti stranieri nell'unitá del diritto internazionale

Sembra ancora più difficile accertare la violazione di "successive ondate di doveri" quando l'ambito di applicazione del Diritto Internazionale risulta essere di carattere trasversale interessando non solo il regime giuridico dei diritti dell'uomo, ma anche quello degli investimenti stranieri, anch'esso oggi caratterizzato principalmente da meccanismi attivabili direttamente da un soggetto privato nei riguardi di uno Stato.

A differenza però del regime internazionale dei diritti dell'uomo composto da un ampio *corpus juris* di norme pattizie e consuetudinarie, secondo la dottrina maggioritaria non si sono ancora formate delle specifiche norme di diritto consuetudinario sugli investimenti stranieri. Così, ogni Stato cd. "ospite" rimane libero di ammettere o non ammettere tali investimenti e di regolarne lo statuto giuridico all'interno del territorio statale.

Ad oggi però il Diritto Internazionale dei diritti umani ha una capacitá molto limitata di prevenire e sanzionare gli abusi commessi dagli investitori stranieri. Questo è dovuto soprattutto al fatto che il Diritto Internazionale dell'economia e il Diritto Internazionale dei diritti umani si sono sviluppati in modo isolato l'uno dall'altro. Infatti, gli investitori stranieri – dopo una relazione verticale Stato-investitore in base alla quale hanno ottenuto la concessione di un servizio pubblico – si situano nella categoria del settore privato secondo una relazione orizzontale tra persone fisiche o giuridiche. I diritti dell'uomo, invece, si situano solo nel settore pubblico in relazione ad una relazione verticale Stato-individuo.

Non vi è però dubbio che lo Stato "ospite" degli investitori stranieri, esercitando la propria sovranità territoriale, ha la facoltà di pretendere il rispetto dei diritti umani secondo la normativa in vigore[15]. L'operatore o l'investitore straniero sono dunque tenuti ad adeguarsi agli standard di tutela previsti dal diritto dello Stato territoriale. Non sempre però lo Stato "ospite" vuole o è in grado di imporre la propria autorità davanti

[15] Articolo 2 (1) e articolo 7 della Carta dei diritti e doveri economici degli Stati di cui alla risoluzione n. 3281-XXIX del 12 dicembre 1974 dell'Assemblea Generale dell'ONU.

all'esigenza di attrarre investimenti esteri, relegando la tutela dei diritti dell'uomo ad un ruolo marginale[16].

Recentemente, proprio con il fine di arginare la discrezionalità degli Stati in materia di protezione dei diritti dell'uomo davanti alle esigenze imposte dai mercati globali, esattamente il 16 giugno del 2011, il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite ha approvato le "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework" (Linee Guida del 2011) [17].

Le Linee Guida del 2011 evidenziano la preoccupazione circa il fatto che la debole normativa nazionale cosí come l'applicazione delle norme internazionali non possono efficacemente equilibrare gli aspetti positivi come quelli negativi della globalizzazione economica. Allo stesso tempo, sottolineano la necessità di effettuare ulteriori sforzi per colmare le lacune ancora oggi esistenti per garantire un godimento effettivo dei diritti dell'uomo, anche attraverso il rispetto del diritto ad un ricorso effettivo, non trascurando il fatto che i meccanismi di garanzia sono indispensabili per l'esistenza dei diritti stessi.

In sintesi, le Linee Guida del 2011 ruotano intorno a tre principi che riconoscono: "the duty of the State to protect against human rights abuses by, or involving, transnational corporations and other business enterprises, the corporate responsibility to respect all human rights, and the need for access to effective remedies, including through appropriate judicial or non-judicial mechanisms"[18]. Per agevolarne a sua volta l'applicazione, il Consiglio per i diritti dell'uomo, crea un "Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises" che serva anche a guidare un nuovo forum a livello internazionale "to discuss trends and challenges in the implementation of the Guiding Principles and promote dialogue and cooperation on issues linked to business and human rights"[19].

[16] Si veda, *inter alia*, SIMMA e KILL, "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights. First Step towards a Methodology", in BINDER, KRIEBAUM, REINISCH E WITTICH (eds.) *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford, 2009, pp. 678 ss.; PETERSON, "Human Rights and Bilateral Investment Treaties" International Centre for Human Rights and Democratic Development, *Rights & Democracy*, Montreal, 2009, pp. 21 ss; DUPUY, FRANCIONI E PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009; SIMMA, "Foreign Investment Arbitration. A Place for Human Rights?", *Int'l Comp. Law Quart.*, Vol. 60, 2011, pp. 573 ss.

[17] A/HRC/RES/17/4.

[18] *Ibidem*, para. 3.

[19] *Ibidem*, para 3 e seguenti.

Accanto a questi sviluppi di *soft law* ed alle riflessioni circa il loro limite in termini di accertamento della responsabilità statale in caso di non adempimento alle suddette Linee Guida del 2011, non si deve però dimenticare l'esistenza di diversi – sebbene complementari – sviluppi normativi di *hard law*. Basti pensare al recente riconoscimento del diritto all'acqua come "nuovo" diritto umano e le conseguenze giuridiche che tale riconoscimento comporta in termini di responsabilità statale proprio davanti ad attività che coinvolgono l'attuazione di processi di privatizzazione del servizio pubblico di gestione idrica.

Grazie all'esempio di tale riconoscimento, si puó quindi affermare che l'esistenza di una certa unità del Diritto Internazionale nella pluralitá dei diversi regimi che lo compongono (nella fattispecie in esame, quello dei diritti umani e quello degli investimenti stranieri), e la loro interazione – sebbene talvolta conflittiva *prima facie* –, ha portato ad un dinamico sviluppo normativo per colmare le lacune – almeno a livello teorico – circa l'obbligatorietá di una condotta statale a regola d'arte in caso di privatizzazione del "nuovo diritto all'acqua".

3. La privatizzazione del "nuovo" diritto umano all'acqua

La privatizzazione del diritto all'acqua è un fenomeno che sembra ben esprimere a livello pratico le problematiche che sorgono dall'interazione tra il regime dei diritti dell'uomo e quello degli investimenti stranieri in materia di concessioni ai privati dei servizi pubblici. Nonostante il suo riconoscimento esplicito come diritto umano nel 2010 da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (3.1), si osserva però l'esistenza di un *deficit* istituzionale nel Diritto Internazionale contemporaneo[20], quale la discrasia tra gli sviluppi normativi di norme che consacrano la presenza di interessi comuni, come l'acqua che è un bene dell'umanità e che gli Stati devono assicurare, e l'assenza di soluzioni istituzionalizzate che permettano la loro realizzazione effettiva.

Dall'altra parte, però, si nota una certa evoluzione giurisprudenziale soprattutto da parte dei tribunali istituiti mediante il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (ICSID, secondo la sigla inglese) che, sebbene inizialmente abbiano preso in considerazione il diritto all'acqua in modo molto sottile e spesso

[20] J. ALCAIDE FERNADÉZ, *Orden Público y Derecho Internacional: Desarrollo normativo y déficit institucional*, in *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Servicios de Publicaciones Universidad de Córdoba, Sevilla e Málaga, 2005, pp. 91-115.

implicito, sembrano invece oggi propensi a dare ad esso un'attenzione maggiore (3.2).

A questo punto, è lecito domandarsi fino a che punto il Diritto Internazionale dei diritti dell'uomo sia applicabile in tema di investimenti stranieri in consonanza con l'"effetto orizzontale" degli obblighi positivi dello Stato, ipotizzando la possibilitá di un accertamento della responsabilitá statale anche in relazione al rapporto orizzontale tra privati, siano esse persone fisiche e/o giuridiche (3.3).

3.1. I diritti dell'uomo come catalogo aperto: il nuovo diritto all'acqua

Gli Stati, come già è stato sottolineato precedentemente, godono di un ampio margine di discrezionalità nel determinare le misure da adottare per garantire il rispetto effettivo dei diritti dell'uomo alla luce di un Diritto Internazionale che assolve (o dovrebbe assolvere) alla sua funzione di continuo adattamento ad una comunità in costante evoluzione, dove il catalogo dei diritti umani è un catalogo aperto.

I "nuovi" diritti dell'uomo si aggiungono infatti ai precedenti nell'ampliarsi degli strumenti che li proclamano – in altre parole "strumenti vivi"[21] –, o, indipendentemente da questi, negli sviluppi della giurisprudenza, delle osservazioni generali e delle note informative degli organi competenti in materia, che li interpretano alla luce delle "condizioni attuali"[22].

Si può quindi affermare che i diritti dell'uomo sono diritti storici, cioè gradualmente riconosciuti secondo le necessità del dato momento storico, e sono nati, non tutti in una volta e non una volta per sempre[23].

Un esempio recente di "nuovo" diritto é quello all'acqua consacrato come "diritto umano essenziale al pieno godimento della vita e di tutti i diritti umani" dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nell'agosto del 2010.

Tra i maggiori contribuiti che sono stati apportati durante i lunghi anni di discussione sulla questione, quello del Comitato per i diritti economici sociali e culturali riserva una particolare importanza. Nel 2002, infatti, alla luce degli obblighi generali *supra* indicati degli Stati di realizzazione progressiva del godimento effettivo dei diritti riconosciuti nel PIDESC, il Comitato sancisce che "States parties have a constant and continuing duty under the Covenant to move as expeditiously and

[21] *Tyrer v. United Kingdom*, ECHR (1978), Serie No 26; paras. 31, 53.
[22] *Airey v. Ireland* , cit., para 26.
[23] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

effectively as possible *towards the full realization of the right to water*. Realization of the right *should be feasible and practicable, since all States parties exercise control over a broad range of resources, including water*, technology, financial resources and international assistance, as with all other rights in the Covenant"[24].

Pochi anni piú tardi, nel 2005, il rapporto del relatore speciale El Hadji Guissé sulla realizzazione del diritto all'acqua e risanamento non manca di ribadire che "States should progressively by ensure that everyone has access to water and sanitation services and that these services are equitably distribuited", concludendo che "States should refrain from interfere with the enjoyment of the right to water and sanitation [also] in other countries and *should prevent individuals and companies under their jurisdiction from taking such action*"[25].

Solo pochi mesi prima della risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il Consiglio per i diritti dell'uomo pubblicò una nota informativa che, in primo luogo definisce il diritto all'acqua; in secondo luogo illustra il suo significato tanto a livello individuale quanto collettivo, includendo i gruppi cd. vulnerabili come i popoli indigeni; ed, infine, elabora il contenuto degli obblighi statali rispetto allo stesso diritto, concludendo con una panoramica sul contenuto ed il significato della responsabilità – a livello nazionale, regionale ed internazionale – e sui meccanismi di monitoraggio necessari per l'accertamento della stessa. Il messaggio finale della nota informativa è quello di richiedere ancora una volta agli Stati di "ensure everyone's access to a sufficient amount of safe drinking water for personal and domestic uses, defined as water for drinking, personal sanitation, washing of clothes, food preparation, and personal and household hygiene. These obligations also require States to progressively *ensure access* to adequate sanitation, as a fundamental element for human dignity and privacy, but also *to protect* the quality of drinking-water supplies and resources"[26].

Sembra doveroso notare che il Consiglio per i diritti umani, in questo caso, riprende la trilogia del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali circa la responsabilitá di *respect, protect and fulfil* i diritti dell'uomo, tralasciando la trilogia del relatore speciale J. Ruggie – *protect, respect and remedy* – che peró, come é stato notato precedentemente, ha richiamato nelle Linee Guida del 2011.

[24] *CESCR General Comment No. 15 (2002), The Right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, para. 18.
[25] E/CN.4/Sub.2/2005/25.
[26] *Fact Sheet No. 35, The Right to Water* (2010), p. 3 e ss.

Mentre il verbo *fulfil* comporta l'obbligatorietá *a priori* di una azione dello Stato di prevenire la violazione soddisfacendo le condizioni date dal caso concreto, il verbo *remedy* comporta l'obbligatorietá *a posteriori* di una azione dello Stato di riparare la violazione ormai avvenuta. Quindi, gli obblighi di *fulfil* e *remedy* hanno due contenuti diversi, ma complementari sotto il denominatore comune della necessitá di azioni positive dello Stato.

Quanto notato conferma la velleitarietá delle costruzioni di categorie giuridiche, spesso utilizzate per classificare in compartimenti standard gli obblighi degli Stati come negativi o positivi. Al contrario, invece, ribadisce l'importanza del raggiungimento dello scopo finale, ovvero la protezione dei diritti umani in modo reale ed effettivo e non teorico ed illusorio. Il raggiungimento dello scopo puó, quindi, avvenire mediante un'azione positiva dello Stato che comprenda anche l'adozione di nuove norme inerenti i rapporti orizzontali tra privati, in modo da regolare la condotta di attori non statali che gestiscono un servizio pubblico di primaria importanza, quale l'accesso all'acqua.

Finalmente, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella risoluzione del 3 Agosto 2010, adottata con 122 voti a favore, 41 astensioni e nessuno contrario[27], riconosce a livello universale l'importanza di "un'equa disponibilità di acqua potabile sicura e pulita e di servizi igienici come parte integrante della realizzazione di tutti i diritti umani"[28] e ribadisce "la responsabilità degli Stati nella promozione e protezione dei diritti umani che sono universali, indivisibili, interdipendenti ed interconnessi e devono essere trattati globalmente ed in modo equo ed affrontati tutti sullo stesso piano e con il medesimo impegno"[29].

Alla globalizzazione dei mercati, fa quindi riscontro un'altra forma di globalizzazione, ben più nobile e di carattere giusnaturalistico: la globalizzazione dei diritti dell'uomo. Lo dimostra l'impegno assunto dalla comunità internazionale per raggiungere appieno gli Obiettivi di Sviluppo del Millennio, *inter alia*, quello di dimezzare entro il 2015 la percentuale di persone prive di accesso all'acqua potabile sicura, e di dimezzare la percentuale di persone senza accesso ai servizi igienici di base[30].

A tale scopo, l'Assemblea Generale nella menzionata risoluzione plaude alla decisione del Consiglio dei Diritti dell'Uomo di chiedere che

[27] A/RES/64/292 (traduzione dell'autore).
[28] *Ibidem* (traduzione dell'autore).
[29] *Ibidem*.
[30] Cfr. *http://www.un.org/millennium/*.

i periti indipendenti, esperti sulla questione degli obblighi connessi ai diritti umani in relazione all'accesso all'acqua potabile sicura ed ai servizi igienici, presentino una relazione annuale all'Assemblea Generale.

L'Assemblea Generale dell'ONU, però, può solo fare raccomandazioni agli Stati Membri e resta ancora da verificare se la *universal periodic review* del Consiglio dei Diritti dell'Uomo risulterà efficace, mentre il Protocollo Facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali – di rilevante importanza per l'istituzione del meccanismo delle comunicazioni individuali – adottato il 10 dicembre 2008, é stato ratificato ad oggi da solo tre Stati (Ecuador, Mongolia e Spagna) e, pertanto, non é ancora in vigore.

3.2. Il diritto all'acqua e la evoluzione giurisprudenziale dei tribunali ICSID

Con il fine di incentivare gli investimenti privati all'estero, il procedimento conciliativo-arbitrale (principalmente, dei tribunali ICSID) si è dimostrato essere uno strumento efficace per mediare tra gli interessi dello Stato "ospite" e quello del privato investitore, lasciando ampia libertà alla volontà delle parti circa l'individuazione del diritto applicabile alla controversia sulla base dell'accordo bilaterale sull'investimento stesso stipulato (BIT, secondo la sigla inglese). In termini generali, la prassi attuale manifesta che i diritti dell'uomo – e in termini particolari, il diritto all'acqua – non formano parte del diritto applicabile negli arbitrati sugli investimenti stranieri e, di conseguenza, l'accertamento di una eventuale violazione non rientra nella competenza del tribunale arbitrale ICSID.

Dall'altra parte, i tribunali arbitrali ICSID nei due noti casi argentini *Aconquija* e *Azurix*[31] e quello boliviano *Aguas del Tunari*[32] hanno preso in considerazione il diritto all'acqua in modo molto sottile ed indiretto[33].

[31] *Compañia de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3) *e Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/30).

[32] *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3).

[33] Si veda, *inter alia*, P. THIELBÖRGER, "The Human Right to Water versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict?", in P.M. DUPUY, F. FRANCIONI e E.U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, cit.; J.D. FRY, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *DJCIL*, vol. 18, 2009, pp. 77-149, pp. 93-96; A. TANZI, "Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law: The

Piú recentemente, nel 2008, alla luce dei menzionati sviluppi normativi verso il riconoscimento del diritto all'acqua, sia come diritto umano vero e proprio che come conseguenti esortazioni agli Stati per garantirne il rispetto effettivo[34], compare il caso *Gauff Tanzania Ltd. v. Repubblica Unita di Tanzania* che giá evidenzia un sintomo di cambiamento[35].

Il caso in questione tratta di un appalto su un progetto di gestione del sistema idrico e fognario a Dar es Salaam, in Tanzania, vinto da una joint venture anglo-tedesca –*Gauff Tanzania Limited* – con sede in Inghilterra e Galles. La *Gauff Tanzania Ltd.* stabilisce una compagnia a livello locale – *City Water Servicies Limited (City Water)* – che nel 2003 conclude specifici accordi con l'impresa pubblica della Tanzania –*Dar es Salaam Water and Sewerage Authority (DAWASA)* – per la realizzazione del menzionato progetto. Accordi però che la DAWASA considera opportuno risolvere anticipatamente per inadempimento da parte della City Water delle condizioni generali sottoscritte negli stessi, creando così i presupposti che hanno dato inizio alla controversia.

Sono stati gli *amici curiae* – e non lo Stato parte in causa – coloro che hanno offerto volontariamente un contributo all'ICSID circa "broad policy issues concerning sustainable development, environment, human rights and governmental policy"[36]. Hanno infatti fatto notare al tribunale ICSID che "the issue of investor responsibility in this case must be assessed in the context of sustainable development and human rights"[37] considerando che "human rights and sustainable development issues are factors that condition the nature and extent of the investor's responsibilities, and *the balance of rights and obligations as between the investor and the host State*"[38].

Finalmente concludono che "foreign corporations engaged in projects intimately related to human rights and the capacity to achieve sustainable development (such as the project here), *have the highest level of responsibility to meet their duties and obligations as foreign investors, before seeking the protection of international law*. This is precisely

UNECE Protocol on Water and Health", 12 *ICLR* (2010), pp. 265-285: L. LIBERTI, "Investissements et droits de l'homme", in P. KAHN e T. W. WÄLDE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Pubblishers, 2007, pp. 791-852.

[34] Vedi *supra* Sezione 3.1.

[35] *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, (ICSID case No. ARB/05/22).

[36] *Ibidem*, para. 366.

[37] *Ibidem*, para. 379.

[38] *Ibidem*, para. 380. [L'enfasi é dell'autrice].

because such investments necessarily carry with them very serious risks to the population at large[39]. By not fulfilling the promises contained in its bid, BGT had created a situation of urgency requiring governmental action. In fact, *the Government*, *carrying the duty to provide access to water to its citizens, had to take action under its obligations under human rights law to ensure access to water for its citizens. In this light, terminating the agreement cannot be found to be a breach of a contract whose very purpose was to promote and enhance the achievement of human rights*[40].

È da notare che, nonostante il fatto che lo Stato demandato non faccia nessun riferimento ai suoi obblighi internazionali in materia di diritti umani, comunque quest'ultimo afferma in linea di principio che "[w]ater and sanitation services are vitally important, and the Republic has more than a right to protect such services in case of a crisis: *it has a moral and perhaps even a legal obligation to do so*"[41].

Come già é stato analizzato, l'obbligatorietà della protezione del diritto di accesso all'acqua come diritto umano è stata cristallizzata, circa due anni dopo, rispetto al caso in questione.

Tuttavia, già nella decisone sulla responsabilitá del 30 luglio 2010 relativa al caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. contra Argentina* (*Suez*)[42], l'evoluzione giurisprudenziale del tribunale ICSID in materia sembra evidente. Il tribunale ICSID riconosce infatti esplicitamente l'esistenza di obblighi internazionali statali rispetto al diritto all'acqua quale diritto umano.

Il caso si basa principalmente sul congelamento delle tariffe di somministrazione dell'acqua da parte delle autorità argentine. Tale congelamento fu stabilito contro il tentativo di apportare una maggiorazione sulle stesse da parte della societá Suez, a causa della svalutazione dei prezzi per la crisi economica.

Ma a differenza del caso precedentemente analizzato che ha coinvolto la Tanzania, la Repubblica Argentina menziona esplicitamente il diritto all'acqua come diritto dell'uomo; infatti considera che i suoi obblighi in materia di diritti umani implicano addirittura la necessitá di "assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and the existence of the human right to water also

[39] *Ibidem*.
[40] *Ibidem*, para. 387.
[41] *Ibidem*, para. 434.
[42] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina,* (ICSID N° ARB/03/19).

implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations"[43].

In altre parole, la Repubblica Argentina considera lo stato di necessitá come causa escludente la responsabilitá per inadempimento degli obblighi derivanti dal BIT, per invece poi adempiere a quelli sui diritti umani.

Dal canto suo, il Tribunale ICSID "does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, *i.e.* human rights and treaty obligations, and must respect both of them. Under the circumstances of this case, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive. Thus, as was discussed above, Argentina could have respected both types of obligations"[44].

Senza entrare nelle dettagliate implicazioni specifiche che il caso in questione comporta, ció che è rilevante sottolineare in questo studio è proprio il fatto che il tribunale ICSID, in modo nuovo rispetto alla pratica precedente, solleva una serie di complesse questioni di diritto pubblico e internazionale, tra cui anche importanti considerazioni sui diritti umani, oltre alla questione strettamente relativa all'adempimento o meno del BIT.

3.3. Riflessioni sull'effetto orizzontale degli obbligi positivi rispetto al diritto umano all'acqua

Alla luce dell'evoluzione descritta, si apre una riflessione circa la possibilitá allora di applicare il diritto internazionale dei diritti dell'uomo in tema di investimenti stranieri in consonanza con l'"effetto orizzontale" degli obblighi positivi degli Stati.

L'espressione "effetto orizzontale" (o "effetto a terzi") si utilizza con frequenza con riferimento al termine tedesco "Drittwirkung", il cui significato appare manifesto nelle parole che lo compongono, "dritte" e "wirkung", in italiano "terzo" e "effetto", rispettivamente. Dal livello nazionale a quello internazionale, la dottrina dell' "effetto a terzi" si riferisce alla possibile applicazione dei diritti dell'uomo nei casi in cui entrambe le parti siano enti privati. Quindi, "terzi" si riferisce alla parte estranea alla classica relazione verticale Stato-individuo.

[43] *Ibidem*, para. 240.
[44] *Ibidem*.

In questo caso, la responsabilità statale non si fonda nel vincolo dello Stato con il fatto che da origine alla violazione, bensì sulla sua condotta. Questo permette dà liberarsi dalla percezione che i diritti dell'uomo interessano solo i rapporti verticali Stato-individuo, bensí anche quelli orizzontali tra privati.

Giá nel 1984, in una presentazione alla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Young, James and Webster* case[45], il professor Sperduti si espresse nella seguente forma: "[l]a théorie dite de la 'Drittwirkung' vue sous l'angle d'une théorie pouvant porter dans le domaine des droits fondamentaux aussi sur des répercussions d'ordre interne de certain traits internationaux, trouve un fondement rationnel du point de vue de droit internationale de Etats à la suite d'atteintes portées par des particuliers à des droit reconnus au niveau international".

Così, solo pochi anni piú tardi, nel caso Plattform "Ärzte für das Leben", la CEDU afferma che "[…] effective freedom of peaceful assembly cannot, therefore, be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere: a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of Article 11 (art. 11). Like Article 8 (art. 8), Article 11 (art. 11) *sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals, if need be*"[46].

Ed ancora nel caso *Gustafsson del 1996*, la CEDU affermò: "it follows that *national authorities may, in certain circumstances, be obliged to intervene in the relationship between private individuals* by taking reasonable and appropriate measures *to secure the effective enjoyment of the negative right to freedom of association*"[47].

Molti altri casi potrebbero essere citati, ma quanto detto puó bastare per affermare, d'accordo con Clapham, che la Commissione Europea dei diritti dell'uomo e la CEDU "have taken the first step in recognizing that the European Convention on Human Rights covers behaviour in the private sphere'[48] [49].

[45] *Young, James and Webster v. United Kingdom*, Judgment of 13 August 1981, *cit.* at 209-15 at 213. See also, G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale: contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio dell'effettività* (Giuffre editore, 1950); A. CASSESE, *Human rights in a Changing World* (Cambridge Polity Press, 1990).

[46] *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria* ECHR (1988), para. 32. *Mutatis mutandis*, the X and Y v. the Netherlands judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 23).

[47] *Gustafsson v. Sweden*, ECHR (1996) Serie II No. 9, para. 45.

[48] A. CLAPHAM, 'The Drittwirkung' of the Convention,' in MACDONALD, MATSCHER AND PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights* (Martinus Nijhoff Publisher, 1993) p. 200. ID., *Human rights in the Private SPhere* (Ox-

E la CADU non ha fatto un passo indietro. Tutt'altro, affermò nel suo Parere consultivo, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados* del 17 settembre 2003, l'esistenza degli obblighi statali verso la prevenzione delle discriminazioni sul lavoro da parte di imprenditori privati. Inoltre, in materia di protezione dei diritti umani collettivi dei popoli indigeni, conferma la possibilità di applicazione dell'effetto orizzontale degli obblighi positivi. Infatti, nel caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* contro Nicaragua del 2001, la CADUM ha ritenuto lo Stato responsabile degli abusi effettuati da imprese private nel territorio di appartenenza alla comunità. Di conseguenza, la CADUM ha accertato la violazione dell'articolo 21 della Convenzione del 1969 (diritto di proprietá) – insieme con ai già menzionati articoli 1 e 2 – per non aver delimitato a dovere il territorio collettivo della comunità indigena grazie ad una intepretazione evolutiva che ha incluso il significato di proprietá collettiva nello stesso concetto di proprietà individuale espresso dal menzionato articolo 21[50].

Mutatis mutandis, non c'è ragione per escludere l'effetto orizzontale degli obblighi positivi degli Stati anche in riferimento alla privatizzazione del "nuovo" diritto umano all'acqua, quale diritto essenziale al pieno godimento della vita e di tutti i diritti dell'uomo generalmente riconosciuti negli strumenti internazionali.

A conferma di quanto affermato, sembra particolarmente rilevante la constatazione contenuta nel rapporto del giá menzionato Rappresentante Speciale del Segretario Generale ONU sui diritti umani e le imprese

ford University Press, 1993); ID., *Human Rights Obligations of Non-States Actors* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

Si veda anche, A. DRZEMCZEWSKI, 'The European Convention on Human Rights and Relation Between Private Parties', 26 *Netherlands International Law Review* (1979).

[49] D'accordo con J.A. CARRILLO SALCEDO: 'The European Convention on Human Rights introduced as early as 1950 three important innovations in international law. The first was the system of collective guarantee provided for in Article 24 of the Convention; the second was the right of individual petition to the European Commission of Human Rights on the part of persons within the jurisdiction of States Parties accepting that right (Article 25); and the third was the provision for a mechanism to resolve complaints, by settlement if possible, but, if necessary, through their adjudication by the European Court of Human Rights or, if the case is not referred to the Court, by the Committee of Ministers of the Council of Europe.' Si veda, J.A. CARRILLO SALCEDO, 'The place of the European Convention in International Law,' in MACDONALD, MATSCHER and PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights* (op. cit.) pp. 15-25, p. 17.

[50] In materia di diritti collettivi dei popoli indigeni alla proprietà della terra, di fronte a violazioni da parte di imprese private, si veda, *Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua*, CADH (2001), Serie C, No. 79. *Comunidad Yakye Axa c. Paraguay*, CADH (2005), Serie C No. 125; *Comunidad Sawhoyamaxa c. Paraguay*,CADH (2006), Serie C No. 146.

multinazionali del 22 aprile 2009, laddove osserva che: "[t]he State duty *to protect is a standard of conduct*, and not a standard of result. That is, States are not held responsible for corporate-related human rights abuse per se, *but may be considered in breach of their obligations where they fail to take appropriate steps to prevent it and to investigate, punish and redress it when it occurs*. Within these parameters, States have discretion as to how to fulfill their duty"[51].

Inoltre, il Consiglio per i diritti umani nella menzionata nota informativa sul diritto all'acqua del 2010 afferma esplicitamente che "[t]he obligation on States to protect human *rights includes ensuring that non-State actors do not infringe upon the right to water*[52].

4. Conclusioni

Il Diritto Internazionale dei diritti dell'uomo e quello degli investimenti stranieri sono stati entrambi creati *dagli* Stati ma *non per* gli Stati, bensì *per* i privati. Il loro pilastro costitutivo si basa dunque su di una relazione verticale Stato-privato, dove lo Stato ha l'obbligo di garantire tanto il rispetto della dignità dell'uomo quanto la tutela degli interessi economici degli investitori stranieri. Tale relazione verticale ricade inevitabilmente su quella orizzontale tra i privati: individuo-investitore straniero.

È palese, quindi, che gli Stati "ospiti" dell'investimento devono tenere certi comportamenti in modo tale da permettere il godimento effettivo dei diritti dell'uomo all'interno del territorio statale, evitando così di ammettere investimenti privati che potrebbero lederne il godimento effettivo e disciplinando il loro statuto giuridico a regola d'arte. E tali obblighi di condotta statale sono di *per se* positivi –nel senso che implicano sempre e comunque un'azione da parte dello Stato– perchè anche laddove lo Stato ha l'obbligo negativo di non interferire, come nel caso del godimento dei diritti civili e politici, deve comunque essersi previamente preoccupato della sussistenza delle condizioni necessarie per la realizzazione effettiva di tale godimento.

Quanto detto risulta ancora piú evidente alla luce dell'attuale momento storico di privatizzazione dei servizi pubblici, dove lo Stato cede il passo ad attori non statali anche in ambiti delicati e direttamente implicati con l'esercizio effettivo dei diritti umani.

[51] A/HRC/11/13, para. 14.
[52] *Ibidem*, p. 28 ss.

Così, il rispetto e la protezione del diritto alla vita – il diritto civile per eccellenza garantito anche attraverso l'esercizio del diritto all'acqua – non è effettivo se lo Stato non interviene con azioni positive davanti all'abuso di privati, ai quali lo stesso Stato ha ceduto la gestione pubblica del servizio idrico sotto precise condizioni stipulate nell'accordo bilaterale sull'investimento.

Allora, essendo il diritto d'accesso all'acqua un diritto essenziale per il pieno godimento della vita e, visto che gli abusi fatti dall'investitore straniero implicano una violazione del diritto alla vita, lo Stato risulta responsabile anche se la violazione non deriva direttamente da una sua azione, bensì dall'azione dell'investitore. Tale responsabilitá la si attribuisce grazie all' "effetto orizzontale" che l'inadempimento verso i suoi obblighi positivi provoca nella relazione individuo-investitore; in altre parole, lo Stato può essere considerato responsabile per aver tenuto una condotta negligente che non ha evitato l'abuso dell'investitore privato verso l'individuo.

In materia di diritti dell'uomo, l'applicazione dell'"effetto orizzontale" sembra confermare un chiaro obbligo statale in materia di investimenti stranieri eccepibile davanti agli organi giurisdizionali (o quasi giurisdizionali) competenti. Però, in materia di investimenti stranieri, l'applicazione dell'"effetto orizzontale" sembra risultare più difficile davanti ai tribunali ICSID proprio *ratione materiae*.

Non va comunque dimenticato che i tribunali ICSID devono interpretare il BIT applicabile al caso concreto alla luce dell'oggetto e dello scopo stabiliti dal loro trattato costitutivo, ovvero la Convenzione di Washington del 1965. È infatti generalmente accettato secondo regole consuetudinarie di interpretazione – codificate dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (ed in particolare il suo articolo 31) – che i trattati devono essere interpretati in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del loro oggetto e scopo, laddove il contesto comprende, oltre al testo, anche il preambolo e gli allegati ivi compresi.

Nel primo paragrafo del Preambolo della Convenzione di Washington del 1965, si prende in considerazione la necessità della cooperazione internazionale per lo sviluppo economico. Di conseguenza, sembra logico i tribunali ICSID debbano interpretare i BIT alla luce degli Obiettivi di Sviluppo del Millennio. Come è già stato ricordato precedentemente in questo studio, tali obiettivi includono anche quello di dimezzare entro il 2015 la percentuale di persone prive di accesso all'acqua potabile sicura, e di dimezzare la percentuale di persone senza accesso ai servizi igienici di base.

Pertanto, in linea di principio, anche i tribunali ICSID potrebbero pronunciarsi sulla controversia relativa all'investimento, interpretando le norme di diritto convenute tra le parti nel BIT alla luce degli obiettivi della Convenzione di Washington del 1965. In altre parole, sembra sussistere tutt'altro che un impedimento normativo *ratione materiae* per i tribunali ICSID, circa la possibilità di considerare che l'accesso all'acqua potabile e ai servizi igenici è una *conditio sine qua non* per la realizzazione dello sviluppo economico.

Si deve inoltre considerare che, ogni eventuale eccezione di competenza *ratione materiae* al rispetto sollevata dall'investitore, deve essere esaminata dal tribunale ICSID secondo l'articolo 41 della Convenzione di Washington del 1965. Il tribunale ICSID è infatti giudice della propria competenza e decide se l'eccezione sollevata debba essere trattata come questione pregiudiziale o se il suo esame vada fatto congiuntamente a quello delle questioni di merito.

Per concludere, nelle parole di J. Fry "international arbitration does not necessarily have to change, and instead [this Section] prefers placing the burden squarely on States to take grater care in protecting the rights of citizens, which is founding principle underlying the entire field of human rights"[53].

Davanti al fenomeno contemporaneo di privatizzazione del "nuovo" diritto all'acqua, l'interazione tra il regime dei diritti umani e quello degli investimenti stranieri nell'unità del Diritto Internazionale, si riflette nel comune denominatore dato dalla relazione verticale Stato-privati. Appunto per questo, gli obblghi positivi degli Stati in materia di investimenti stranieri, sembrano dare allo Stato l'onere della prova di dimostrare di aver adottato tutte le misure appropriate e necessarie per proteggere, da un lato, il "nuovo" diritto umano all'acqua e, dall'altro lato, gli interessi economici dell'investitore straniero. Interessi che, però, devono essere valutati nell'ambito più ampio della cooperazione internazionale per lo sviluppo economico della società globalizzata nella quale viviamo.

[53] "International Human Rights law in Investment Arbitration …", *op. cit.*, p. 107.

INVESTIMENTI DIRETTI ESTERI, *LAND DEALS* E TUTELA DEI DIRITTI UMANI

Mariagiovanna SILVESTRI·

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dalla promozione dell'*agribusiness* ai c.d. *land deals*. – 3. Diritti umani e investimenti nelle terre. – 4. I limiti alla tutela dei diritti umani nei *land deals*. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Negli ultimi anni si è assistito ad una considerevole modifica della configurazione degli investimenti diretti esteri (IDE). Due interessanti novità, infatti, emergono dal *World Investment Report* 2009 dell'UNCTAD: in primo luogo, il crescente interesse degli investitori per il settore agricolo rispetto al trend negativo registrato sin dalla fine della seconda guerra mondiale[1]; in secondo luogo, un notevole cambiamento nella distribuzione globale degli investimenti. In particolare, a fronte di una generale riduzione degli IDE riconducibile alla recessione economica, infatti, l'UNCTAD ha registrato un aumento della quota di investimenti destinati ai paesi in via di sviluppo (PVS) e alle economie in transizione pari al 43% del flusso totale di investimenti[2]. Nella nuova geografia degli IDE, inoltre, quelli destinati al continente africano hanno raggiunto livelli record, con la crescita più alta, pari al 63%, nei paesi dell'Africa occidentale, nonché un afflusso totale di investimenti pari a 88 miliardi di dollari nel 2008[3].

· Dottoranda in diritto internazionale e comunitario dello sviluppo socio-economico, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

[1] *World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, UNCTAD, 2009, p. XVII, disponibile sul sito *http://www.unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf*. In particolare, l'UNCTAD rileva che "FDI flows in agricultural production tripled to $3 billion annually between 1990 and 2007".

[2] *Ibidem,* p. XVII.

[3] *Ibidem,* p. XVII E XXIII.

Il nuovo trend degli IDE può rappresentare un'importante opportunità di crescita e modernizzazione per i PVS, in cui la lunga assenza di investimenti nel settore agricolo è stata spesso associata alle difficoltà di incidere sulle preoccupanti statistiche relative alla povertà e alla fame[4]. È ampiamente riconosciuto, infatti, il ruolo centrale degli investimenti nel trainare lo sviluppo dei paesi di destinazione, grazie ai benefici, sia diretti che indiretti (*spill over*), che essi comportano a favore dell'economia locale[5]. D'altra parte, va rilevato che gli investimenti destinati al settore primario, oltre a provocare esternalità negative sul piano ambientale, possono tradursi anche in una riduzione della sicurezza alimentare, soprattutto nei paesi in cui la sopravvivenza della popolazione è strettamente connessa alla terra[6]. Non vanno sottovalutati, infine, i rischi derivanti da tali investimenti in termini di creazione di "neo-colonial relations between countries producing and consuming agricultural produce"[7].

Tali rischi assumono particolare rilievo nel quadro ricostruito dal *World Investment Report*, soprattutto alla luce dell'aumento dei c.d. *large-scale land investments* nei PVS, ovvero investimenti nel settore agricolo che comportano acquisizioni di vaste superfici di terreni da parte di investitori stranieri[8]. Anche un recente rapporto della Banca Mondiale

[4] *Ibidem,* p. 93.

[5] Per benefici diretti si intendono prevalentemente l'apporto di nuovo capitale finanziario, l'aumento della domanda di lavoro, nonché l'aumento delle esportazioni e, in alcuni casi, delle spese in ricerca e sviluppo. I benefici indiretti (sia *intra* che *inter*settoriali) sono, invece, generati dal trasferimento di nuove tecnologie e conoscenze, interessando tutti i fattori della produzione. Cfr. L. RESMINI, *Il ruolo degli investimenti diretti esteri*, in G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 72-73.

[6] A. MIHALACHE-O'KEEF, Q. LI, *Modernization vs. Dependency Revisited: Effects of Foreign Direct Investment on Food Security in Less Developed Countries*, APSA (*American Political Science Association*), Annual Meeting Paper, 2010, p. 9.

[7] *World Investment Report 2009*, cit., p. 94.

[8] Per vaste superfici si intendono generalmente aree superiori ai 1000 ettari. Cfr. L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *Land grab or development opportunity? Agricultural investment and international land deals in Africa*, FAO, IIED and IFAD, 2009, p. 3. In relazione agli investimenti nelle terre si usa frequentemente l'espressione *land grabbing*, ad indicare, con un'accezione chiaramente negativa, la pratica consistente nell'accaparramento di terre coltivabili da parte di investitori stranieri. Al riguardo, cfr. M. DISTEFANO, *La globalizzazione agricola tra esigenze di liberalizzazione degli scambi e tutela dei diritti umani*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI, *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia.* Liber amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 303. La recente *Tirana Declaration*, adottata il 26 maggio 2011 nel corso dell'*International Land Coalition Global Assembly* (alla quale hanno partecipato, tra gli altri, anche la FAO, l'IFAD, l'UNEP e la Banca Mondiale) definisce il fenomeno del *land grabbing* come acquisizione o concessione di terre: "(i) in violation of human rights, par-

rileva che "the demand for land has been enormous. ... More than 70% of such demand has been in Africa, and countries such as Ethiopia, Mozambique and Sudan have transferred millions of hectares to investors in recent years"[9].

In considerazione della crescente risonanza che tale fenomeno sta assumendo, a tale tipologia di investimenti è dedicato il presente contributo.

*2. Dalla promozione dell'*agribusiness *ai* land deals

La tendenza degli IDE a spostarsi nel settore primario e, in particolare, nei c.d. *land markets*, è in atto già da un decennio, nonostante abbia assunto rilievo in seguito alla pubblicazione del Rapporto UNCTAD 2009. Al riguardo, va sottolineato che tale tendenza ha ricevuto un forte impulso da parte del Gruppo della Banca Mondiale, in particolare attraverso il ruolo di promozione dell'*agribusiness*[10] svolto dall'*International Finance Corporation* (IFC). Come è noto, tale istituzione finanziaria concede prestiti alle imprese private per investimenti nei PVS, senza la garanzia dello Stato, potendo anche partecipare direttamente all'investimento[11]. Di particolare interesse, inoltre, sono i servizi di consulenza[12] che l'IFC fornisce alle imprese e ai governi degli Stati membri. Sotto quest'ultimo profilo, l'assistenza dell'IFC è volta a favorire processi di riforma nei PVS tali da incidere positivamente sulle loro capacità di attrarre investimenti stranieri. Proprio attraverso tali servizi, l'IFC ha contribuito, *inter alia*, a rendere i mercati fondiari dei PVS più accessibili ai privati stranieri in termini di formalizzazione dei diritti di proprietà, non-

ticularly the equal rights of women; (ii) not based on free, prior and informed consent of the affected land-users; (iii) not based on a thorough assessment, or are in disregard of social, economic and environmental impacts, including the way they are gendered; (iv) not based on transparent contracts that specify clear and binding commitments about activities, employment and benefits sharing, and; (v) not based on effective democratic planning, independent oversight and meaningful participation". La *Tirana Declaration* è consultabile sul sito *http://www.landcoalition.org/sites/default/files/aom11/-Tirana_Declaration_ILC_2011_ENG.pdf.*

[9] *Rising Global Interest in Farmland. Can It Yield Sustainable and Equitable Benefits?*, World Bank, 2010, p. vi, consultabile sul sito *http://siteresources.-worldbank.org/INTARD/Resources/ESW_Sept7_final_final.pdf.*

[10] Cfr. *http://www.ifc.org/ifcext/agribusiness.nsf/content/home*.

[11] S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, in G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia,* Torino, 2006, p. 170-171.

[12] *https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services*/.

ché di riduzione di tempi, costi e procedure necessari per la realizzazione di nuovi investimenti legati all'utilizzo delle terre[13].

Al di là della promozione dell'*agribusiness* da parte dell'IFC, altri fattori, soprattutto negli ultimi anni, hanno influito in maniera determinante sull'incremento di questa particolare tipologia di investimenti. Tra essi, vengono in rilievo soprattutto l'aumento dei prezzi dei prodotti agricoli tra il 2007 e il 2008, lo sviluppo del settore dei biocarburanti, nonché la recente crisi finanziaria internazionale[14]. Tali fattori, tra l'altro, hanno determinato anche una diversificazione dei soggetti coinvolti nelle acquisizioni di terre all'estero.

In primo luogo, va rilevato che, a fronte della necessità di rafforzare la sicurezza alimentare ed energetica, molti Stati, in particolare quelli importatori di materie prime[15], hanno assunto un ruolo centrale nelle scelte di investimento, che non si limita alla conclusione dei c.d. BITs (*Bilateral Investment Agreements*)[16]. Attraverso il ricorso a fondi sovrani

[13] Cfr. D. SHEPARD, M. ANURADHA, *(Mis)investment in agriculture, The role of the International Finance Corporation in global land grabs*, The Oakland Institute, 2010, p. 13 ss., consultabile sul sito *http://www.oaklandinstitute.org/pdfs/misinvestment_web.pdf*. Il rapporto dell'Oakland Institute è particolarmente critico nei confronti dei servizi di consulenza dell'IFC indicate con l'espressione *Access to Land Product*. Al momento in cui si scrive, tuttavia, le informazioni relative a tale *Product* sono state rimosse dal sito ufficiale dell'istituzione. È comunque possibile avere un'idea delle funzioni originarie di tale servizio consultando il sito relativo agli indicatori IAB (*Investing Across Borders*): *http://iab.worldbank.org/Data/Explore%20Topics/Accessing-land.*

[14] L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *op. cit.*, p. 52; S. LIBERTI, *Land grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Roma, 2011, p. 19; *Seized: The 2008 land grab for food and financial security*, GRAIN, 2008, p. 2 (*http://www.grain.org/briefings_files/landgrab-2008-en.pdf*); C. SMALLER, H. MANN, *A Thirst for Distant Lands: Foreign investment in agricultural land and water*, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2009, p. 4-6 (*http://www.iisd.org/pdf/2009/thirst_for_distant_lands.pdf*); J. VON BRAUN, R. MEINZEN-DICK, *"Land Grabbing" by Foreign Investors in Developing Countries: Risks and Opportunities,* IFPRI, 2009 (*http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/ bp013all.pdf*); *Land grabbing: il fenomeno dell'accaparramento delle terre in Africa*, ItaliAfrica - Terre Contadine, I quaderni della cooperazione, 2010, p. 33 ss. (*http://www.europafrica. info/it/pubblicazioni/*).

[15] Si tratta dei paesi arabi del Golfo, ma soprattutto degli Stati del continente asiatico, la cui quota totale di importazioni di materie prime dal resto del mondo nel 2008 è stata pari al 48,7%, "contribuendo ad alimentare le tensioni internazionali per ottenere approvvigionamenti sicuri nel tempo e adeguati alle crescenti necessità interne". Al riguardo, cfr. *L'Italia nell'economia internazionale*, Rapporto ICE 2009-2010, p. 34-35.

[16] La principale funzione degli accordi bilaterali di investimento è quella di proteggere gli investitori di uno Stato contraente sul territorio dell'altro Stato parte. Sull'argomento cfr. L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, in G. PORRO (a cura di), *op. cit.*, p. 87 ss.; M. VALENTI, *Il contributo dei trattati in materia di investimenti stranieri allo sviluppo del paese ospitante*, in G. VENTURINI, *op. cit*., p. 83 ss.; F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investi-*

di investimento[17] o ad imprese a partecipazione statale[18], sono in via di negoziazione e, in alcuni casi, di conclusione, accordi di investimento con i PVS[19], finalizzati ad importare nell'*home State* la produzione alimentare e/o quella di biocarburanti necessaria al proprio approvvigionamento interno.

In secondo luogo, lo sviluppo di nuove politiche energetiche da parte degli Stati economicamente avanzati e gli interessi puramente speculativi legati al basso costo delle terre nei PVS hanno spinto le imprese pri-

menti esteri nel diritto internazionale, in A. COMBA (a cura di), *Neoliberismo internazionale e* global economic governance. *Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Torino, 2008, p. 245 ss.

[17] L'*International Working Group on Sovereign Wealth Funds* (IWG) del Fondo Monetario Internazionale ha fornito la seguente definizione di fondi sovrani di investimento (*Sovereign Wealth Funds* - SWFs): "SWFs are defined as special purpose investment funds or arrangements, owned by the general government. Created by the general government for macroeconomic purposes, SWFs hold, manage, or administer assets to achieve financial objectives, and employ a set of investment strategies which include investing in foreign financial assets. The SWFs are commonly established out of balance of payments surpluses, official foreign currency operations, the proceeds of privatizations, fiscal surpluses, and/or receipts resulting from commodity exports. These exclude, inter alia, foreign currency reserve assets held by monetary authorities for the traditional balance of payments or monetary policy purposes, state-owned enterprises (SOEs) in the traditional sense, government-employee pension funds, or assets managed for the benefit of individuals", reperibile sul sito *http://www.iwg-swf.org/mis/kuwaitdec.htm#P31_4301*. Sui fondi sovrani di investimento cfr. B. DE MEESTER, *International Legal Aspects of Sovereign Wealth Funds: Reconciling International Economic Law and the Law of State Immunities with a New Role of the State*, Institute for International Law, 2008 (*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1308542&download=yes*); P. J. KEENAN, C. OCHOA, *The Human Rights Potential Of Sovereign Wealth Funds*, Indiana Legal Studies Research Paper No. 132 (*http://ssrn.com/abstract=1374880*); S. M. CARBONE, *Investimenti pubblici esteri e libera circolazione dei capitali*, in A. LIGUSTRO e G. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 637 ss.

[18] "The exact definition of an SOE (State-owned enterprise) varies from country to country, but in broad terms SOEs are profit-making entities registered under company law that are majority or wholly owned by the state". L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *op. cit*, p. 31, 37. Con riguardo alle imprese a partecipazione statale, cfr. anche L. CATÁ BACKER, *Sovereign Investing in Times of Crisis: Global Regulation of Sovereign Wealth Funds, State Owned Enterprises and the Chinese Experience*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2009 (*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444190*).

[19] Due esempi di fondo sovrano e impresa a partecipazione statale sono, rispettivamente, la *QIA* (*Qatar Investment Authority*) che ha creato fondi in *joint venture* con i governi dell'Indonesia e del Vietnam, al fine di realizzare investimenti in diversi settori, e l'impresa cinese *COFCO* (*China National Cereals, Oils and Foodstuffs Import and Export Company*), che sta negoziando accordi per la concessione di terre in Zambia e Mozambico, per la coltivazione di jatropa (utilizzata per la produzione di biocarburante), riso e soia. L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *op. cit.*, p. 31, 35 e 37.

vate a concludere contratti di investimento[20], i c.d. *land deals*, direttamente con i governi di diversi PVS. Gli studi che si sono occupati del fenomeno[21] e lo stesso *World Investment Report* attestano che le imprese multinazionali rappresentano i soggetti maggiormente coinvolti nell'acquisizione di terre all'estero. Tuttavia, va rilevato che i dati relativi ai *land deals* sono molto limitati: raramente, infatti, il contenuto di tali atti viene reso pubblico dai governi o dalle agenzie governative coinvolte nell'investimento. Inoltre, le informazioni sui *land deals* sono riportate soprattutto da fonti mediatiche[22] o nei rapporti di organizzazioni non governative[23], risultando estremamente frammentarie. Nonostante ciò, emergono alcuni elementi comuni: in particolare, la maggior parte dei *land deals* è volta a regolare aspetti concernenti l'affitto o l'acquisto di vaste superfici di terreni per la produzione agricola o di biocarburanti, per periodi che variano dai 30 ai 99 anni; essi, inoltre, attribuiscono all'investitore straniero generici impegni relativi al miglioramento delle infrastrutture locali e alla creazione di nuovo impiego[24]. Nell'evidenziare la scarsa trasparenza e la debolezza del contesto istituzionale in cui tali contratti sono generalmente negoziati ed implementati[25], la stessa UNCTAD rileva che "it is fair to conclude that the sensitive balance between the positive and negative impacts of TNC participation (in agricultural production, *ndr*) may well be skewed in favour of the latter"[26].

3. Diritti umani e investimenti nelle terre

Le considerazioni dell'UNCTAD in relazione alle modalità con cui

[20] Tali contratti possono essere ricondotti, *lato sensu*, alla tipologia degli *State contracts*. Al riguardo, tra i tanti, cfr. F. GALGANO, F. MARELLA, *Diritto e prassi del Commercio internazionale. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, p. 192 ss.

[21] Cfr. s*upra*, nota 12.

[22] Cfr., tra i tanti, il sito *http://www.farmlandgrab.org/home/post_special?filter=contracts* in cui sono raccolte informazioni aggiornate tratte da numerose fonti mediatiche.

[23] Tra gli ultimi, cfr. *The growing scandal surrounding the new wave of investments in land*, Oxfam Briefing Paper, 2011, disponibile al link *http://www.oxfam.org/en/grow/policy/land-and-power*.

[24] L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *op. cit*., p. 76-77, 81-82.

[25] "… host governments have usually not negotiated favorable contracts (due to the weak institutional capacities), the process of negotiation and implementation is normally not transparent (stakeholders' views are seldom solicited or considered) and post-deal compliance structures are inadequate". *World Investment Report 2009*, cit., p. 159.

[26] *Ibidem*, p. 159. *TNC* sta per *transnational corporation*.

vengono negoziati i *land deals* e ai loro potenziali effetti negativi consentono di inquadrare tale fenomeno nell'ambito del dibattito relativo al rapporto tra investimenti e tutela dei diritti umani, di norma riferiti a due rami separati del diritto internazionale. Tale considerazione è ascrivibile, in particolare, alla prevalente tutela riservata agli interessi degli investitori stranieri, piuttosto che a quelli dell'*host State*, ma soprattutto all'assenza di riferimenti ai diritti umani sia negli accordi internazionali di investimento[27] che nei contratti di investimento.

I tentativi di sanare tale squilibrio si sono tradotti nell'elaborazione di diversi strumenti di *soft law*, adottati, in particolare, dall'OCSE, dall'ILO e da alcuni organi delle Nazioni Unite[28], volti a raccomandare comportamenti ai quali gli investitori – e, in particolare, le imprese multinazionali – dovrebbero attenersi nello svolgimento delle proprie attività, al fine di evitare violazioni di diritti umani nell'*host State*.

La necessità di realizzare un coordinamento tra il diritto internazionale degli investimenti e il diritto internazionale dei diritti umani appare ancora più evidente in considerazione del rinnovato interesse degli investitori per le terre ad uso agricolo, nonché dell'impatto negativo che i *land deals* possono avere sulle popolazioni locali, in termini di violazioni di diritti umani. Tra questi ultimi, il diritto all'alimentazione e il diritto di proprietà hanno assunto un ruolo centrale nel recente dibattito relativo agli effetti degli investimenti nelle terre dei PVS.

Come è noto, il diritto all'alimentazione è riconosciuto in diversi atti internazionali di varia natura[29], tra cui rileva, in particolare, il Patto sui

[27] Al riguardo, cfr. M. JACOB, *International Investment Agreements and Human Rights*, INEF Research Paper Series, 03/2010, p. 9-10, disponibile al link *http://www.humanrightsbusiness.org/files/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf*. L'autore, peraltro, cita rari esempi di BIT in cui sono rinvenibili generici riferimenti ai diritti umani, sia pure limitati ai preamboli dei trattati.

[28] Si tratta, in particolare, delle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* del 1976, oggetto di revisione nel 2000; della *ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinationals Enterprises and Social Policy* del 1977, da ultimo emendata nel 2006; del *Global Compact* lanciato nel 2000 su iniziativa del Segretario Generale Kofi Annan e, infine, delle *Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, adottate nel 2003 dalla Sotto-Commissione per la promozione e la protezione dei diritti umani. Al riguardo, cfr. A. ODDENINO, *Attuali prospettive di regolazione internazionale dell'attività delle imprese multinazionali*, in G. PORRO, *op. cit*., pag. 61 ss.; A. GIGANTE, *L'evoluzione della politica dell'ONU e dell'UE nel campo della responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, in *La Comunità internazionale*, 2009, p. 589 ss.

[29] Si ricordano, in particolare, la Dichiarazione universale dei diritti umani (art. 25), la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (artt. 12 co. 2, 14 co. 2.4), la Convenzione sui diritti dell'infanzia (artt. 21, 24 co. 2, c, 27

diritti economici, sociali e culturali, che vi fa riferimento all'art. 11[30]. Come specificato dal *General Comment n. 12*, adottato nel 1999 dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali[31], il diritto al cibo richiede che gli Stati si astengano dal prendere misure che possano privare gli individui dell'accesso ad un nutrimento sufficiente, inteso anche come possibilità di trarre la propria alimentazione direttamente dalla terra o dalle altre risorse naturali[32]. Gli Stati, inoltre, dovrebbero assicurare che le attività degli attori non statali, quali le imprese, rispettino il diritto al cibo[33], nonché adottare politiche e strategie volte a garantire un'alimentazione adeguata, avendo particolare riguardo per gli individui e i gruppi più vulnerabili[34]. Alla luce dell'interpretazione fornita dal Comitato, nel contesto degli investimenti nelle terre, il diritto in questione può essere compromesso laddove, ad esempio, lo Stato confischi le terre delle popolazioni locali senza valide ragioni o senza corrispondere un indennizzo o, ancora, quando conceda permessi o licenze per attività industriali o di altro genere che si traducono in allontanamenti forzati delle popolazioni locali dalle terre da cui dipende la loro sussistenza[35].

Con riguardo al diritto di proprietà, vengono in rilievo, sul piano universale, la Dichiarazione universale dei diritti umani che vi fa espresso riferimento all'art. 17, nonché, sul piano regionale, i sistemi di tutela dei diritti umani riconducibili, rispettivamente, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla Convenzione interamericana dei diritti umani e,

co. 3), le *Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security*.

[30] Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali è stato adottato dall'Assemblea generale il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore 10 anni più tardi. L'art. 11, co. 1 del Patto stabilisce che "The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent".

[31] Il *General Comment n. 12* (E/C.12/1999/5) adottato il 12 maggio 1999 dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali è unanimemente considerato come l'interpretazione ufficiale del diritto al cibo di cui all'art. 11 del relativo Patto. Cfr. M. CUTAZZO, *Il diritto all'alimentazione*, in S. DE BELLIS (a cura di), *Studi su diritti umani*, Bari, 2010, p. 70.

[32] Cfr. i paragrafi 12 e 13 del *General Comment n. 12*, relativi ai due elementi essenziali di cui consta il diritto al cibo, ovvero quelli dell'*availability* e dell'*accessibility*.

[33] "As part of their obligations to protect people's resource base for food, States parties should take appropriate steps to ensure that activities of the private business sector and civil society are in conformity with the right to food". Cfr. par. 27 del *General Comment n. 12*.

[34] Cfr. par. 13 e 28 del *General Comment n. 12*.

[35] M. CUTAZZO, *op. cit*., p. 76 ss.

infine, alla Carta africana dei diritti umani e dei popoli[36]. Giova evidenziare, in tale contesto, la stretta interdipendenza tra il diritto al cibo e il diritto di proprietà, rappresentando quest'ultimo un diritto strumentale alla realizzazione del diritto all'alimentazione[37]. In particolare, la tutela del diritto di proprietà svolge un ruolo fondamentale nella protezione dei diritti di coloro che utilizzano la terra, contribuendo "al raggiungimento, da parte di questi ultimi, di un livello di vita dignitoso"[38]. Va rilevato, tuttavia, che l'effettiva tutela di tale diritto, solleva problemi di non facile soluzione in molti PVS, in ragione del "preminente ruolo pubblico nella gestione e distribuzione delle terre"[39], nonché dell'assenza di un concetto di proprietà privata terriera equiparabile al concetto occidentale di proprietà[40]. Particolare attenzione meritano contesti come quello africano, in cui si è spesso in presenza di regimi fondiari misti, ovvero caratterizzati dalla titolarità pubblica da parte dello Stato, cui si affiancano pratiche collettive di accesso alle terre, basate su consuetudini locali, nonché forme embrionali di proprietà privata individuale[41]. Nonostante la forte prevalenza delle pratiche collettive di accesso alle terre e di utilizzo delle stesse, nella maggior parte dei casi, tali pratiche non godono di riconoscimento giuridico, anche a causa delle lunghe e costose procedure necessarie per la registrazione della proprietà[42].

In tale contesto, gli investimenti volti all'acquisizione di terre nei PVS rischiano di colpire maggiormente gruppi di persone già svantag-

[36] Il Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Convenzione interamericana dei diritti umani e la Carta africana dei diritti umani e dei popoli riconoscono rispettivamente il diritto all'alimentazione agli artt. 1, 21 e 14.

[37] Oltre al diritto di proprietà, altri diritti sono considerati strumentali alla realizzazione del diritto all'alimentazione, in particolare, il diritto all'alloggio, il diritto a disporre liberamente delle proprie risorse naturali, il diritto di partecipazione ai processi decisionali, il diritto a un rimedio effettivo. Al riguardo, cfr. L. COTULA, M. DJIRÉ, R. W. TENGA, *The Right to Food and Access to Natural Resources, Using Human Rights Arguments and Mechanisms to Improve Resource Access for the Rural Poor*, FAO, Roma, 2008, p. 13-14.

[38] I. BIGLINO, *L'accesso alla terra e la realizzazione del diritto al cibo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 175.

[39] P. GUIDONE, *Diritti umani e proprietà fondiaria in Etiopia, Analisi sulle ripercussioni economiche e sociali dell'assenza di garanzie giuridiche sul possedimento dei terreni coltivabili*, p. 23, disponibile al link *http://creg.uniroma2.it/wpcontent/uploads/2010/10/GUIDONE-Diritti-Umanieproprietà%C3%A0-fondiaria-in-Etiopia.pdf*.

[40] I. BIGLINO, *op. cit*., p. 175.

[41] P. GUIDONE, *op. cit*., p. 24 ss.

[42] Al riguardo, cfr. E. BOOS, *Plans, Promises and Problems with Privatization in Tanzania,* Sokoine University of Agriculture, Morogoro – Tanzania, 2003, p. 10-11, disponibile al *link http://ssrn.com/abstract=460760*.

giate, come le donne[43], le popolazioni indigene e quelle dedite alla pastorizia, cui generalmente sono riconosciuti solo diritti consuetudinari di accesso e di utilizzo delle terre, con il rischio, non solo di violare il loro diritto ad un'adeguata alimentazione, ma anche di esacerbare i frequenti conflitti locali per l'accesso alle risorse.

Le sfide che tali investimenti pongono alla piena realizzazione dei diritti summenzionati sono alla base di recenti iniziative volte a promuovere investimenti responsabili nel settore agricolo[44]. Tra queste si distinguono soprattutto quelle che hanno portato all'elaborazione di una serie di principi che si ispirano ai già citati strumenti di *soft law* volti a favorire la responsabilità sociale delle imprese multinazionali. Al riguardo, vengono in rilievo, in particolare, 11 *principles*[45] elaborati da Olivier de Schutter, il quale, in qualità di Relatore Speciale sul diritto al cibo[46], sta dedicando grande attenzione ai potenziali effetti del fenomeno degli investimenti nelle terre sul diritto ad un'alimentazione adeguata. Tali Principi rappresentano degli *standard* minimi, basati su preesistenti norme internazionali in materia di diritti umani, rivolti agli Stati (sia *home* che *host States*), agli investitori nonché alle istituzioni finanziarie internazionali[47]. Essi sottolineano, *inter alia*, la necessità che gli investimenti nelle terre vengano negoziati in trasparenza, con la partecipazione e la consultazione delle popolazioni locali, salvaguardando i loro diritti e assicurando che i proventi dell'investimento siano usati anche a loro beneficio.

Ad essi ha fatto seguito l'elaborazione dei c.d. *Principles for responsible agro-investment*[48], adottati dalla Banca Mondiale, dalla FAO,

[43] ItaliAfrica - Terre Contadine, *op. cit.*, p. 20; J. BEHRMAN, R. MEINZEN-DICK, A. QUISUMBING, *The Gender Implications of Large-Scale Land Deals*, IFPRI, 2011, p. 4, disponibile al link *http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/ifpridp01056.pdf*.

[44] Per una panoramica di tali iniziative, cfr. K. GORDON, J. POHL, *Responsible Investment in Agriculture*, OECD, 2010, p. 9, disponibile al link *http://www.oecd.org/dataoecd/4/50/45424283.pdf*.

[45] UN Doc. HRC/13/33/Add.2, *Addendum to Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier De Schutter, Large-scale land acquisitions and leases: A set of minimum principles and measures to address the human rights challenge*, 28 December 2008, p. 16.

[46] De Schutter è stato nominato nel 2008 dal Consiglio delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo al fine di contribuire alla piena realizzazione del diritto al cibo. Cfr. *http://www.srfood.org/index.php/en/special-rapporteur-*.

[47] UN Doc. A/HRC/13/33/Add.2, p. 4, par. 5.

[48] I *Principles for responsible agro-investment* riguardano i seguenti aspetti: 1. Respecting land and resource rights; 2. ensuring food security; 3. ensuring transparency, good governance, and a proper enabling environment; 4. consultation and participation; 5. responsible agro-investing; 6. social sustainability; 7. environmental sustainability. Cfr. *http://www.responsibleagroinvestment.org/rai/*. Cfr. anche *Rising Global Interest in Farmland,* cit., p. IX, X, 27.

dall'IFAD e dall'UNCTAD, insieme ad alcuni governi, nel corso di una tavola rotonda svoltasi nel settembre 2009. I Principi in questione fanno espresso riferimento alla necessità che gli investimenti rispettino i diritti relativi alla terra e all'accesso alle risorse, in un'ottica volta a rafforzare la sicurezza alimentare e ad assicurare la sostenibilità sociale e ambientale dei progetti. Essi, tuttavia, costituiscono solo una guida e una piattaforma di dialogo e consultazione tra governi, organizzazioni internazionali e società civile. Al riguardo, la stessa Banca Mondiale ha assunto un approccio molto cauto, sottolineando che "[b]etter understanding of what is happening, the underlying factors, and ways in which key stakeholders can most effectively play their role will be critical to determine how these principles can be made operational in specific country context" [49].

4. I limiti alla tutela dei diritti umani nei land deals

Alla scarsa valenza giuridica degli strumenti specificamente adottati per far fronte alle sfide poste dagli investimenti nelle terre si accompagnano gli altrettanto scarsi e limitati strumenti di tutela azionabili dalle comunità locali per far valere un'eventuale violazione dei loro diritti nell'ambito dei *land deals*. Una ricostruzione di tali strumenti, allo stato attuale, non può che avere fini prevalentemente esemplificativi, in considerazione della recente comparsa del fenomeno in questione e della conseguente difficoltà di riscontrare nella prassi rivendicazioni di diritti umani direttamente associate a tale tipologia di investimenti.

Ciò premesso, nel considerare i mezzi di ricorso a disposizione delle comunità danneggiate dagli investimenti nelle terre, occorre rilevare, in primo luogo, che le violazioni associabili ai *land deals* sono, in molti casi, attribuibili allo stesso governo locale che autorizza il trasferimento delle terre nelle mani dell'investitore straniero. La realizzazione dell'investimento, infatti, è spesso preceduta da evacuazioni, espropriazioni o sfratti coatti delle comunità locali, senza una previa consultazione e, soprattutto, senza che sia corrisposto alcun indennizzo. Di conseguenza, al di là della violazione del diritto all'alimentazione, che "manca di un sistema di protezione giurisdizionale – internazionale, regionale e, nella maggior parte dei casi, nazionale"[50], – le operazioni condotte dall'*host*

[49] *Ibidem*, p. X.

[50] Il diritto al cibo, ad oggi riconosciuto nelle costituzioni di 23 Stati, infatti, "non può essere direttamente ed immediatamente invocato, da un singolo individuo o da un gruppo umano, davanti ad un tribunale, in caso di una sua violazione". M. CUTAZZO, *op. cit*., p. 85. Al riguardo, cfr. anche L. COTULA, M. DJIRÉ, R. W. TENGA, *The Right to Food*,

State a monte dell'investimento comportano prevalentemente una violazione del diritto di proprietà, con tutte le problematiche già richiamate che la tutela di tale diritto solleva in contesti come quello africano. Inoltre, nonostante la tendenza da parte di alcuni tribunali africani a riconoscere i diritti di proprietà sulle terre ancestrali dei ricorrenti[51], va evidenziato che i rimedi giurisdizionali risultano limitati da una serie di fattori, quali la stessa difficoltà di accesso ai tribunali locali (per motivi linguistici, geografici ed economici), la corruzione degli organi giudiziari, la scarsa consapevolezza dei propri diritti, nonché la difficoltà di reclamare le proprie terre in assenza di un titolo formale[52].

Tali fattori inevitabilmente incidono anche sulle possibilità di ottenere tutela nell'ambito del sistema previsto dalla Carta africana dei diritti umani e dei popoli, essendo necessario il previo esaurimento dei ricorsi interni[53]. Anche in tal caso non sono mancate decisioni della Commissione africana, a favore delle comunità locali ricorrenti, che potrebbero costituire importanti precedenti nell'ambito di eventuali ricorsi riconducibili ai *land deals*. Al riguardo, si ricorda, in particolare, il caso *SERAC v. Nigeria*[54], in cui il popolo Ogoni lamentò la violazione di una serie di diritti previsti dalla Carta africana – tra cui quello di proprietà (art. 14) e

cit., p. 13; I. BIGLINO, *op. cit*., p. 174.

[51] L. COTULA, M. DJIRÉ, R. W. TENGA, *The Right to Food*, cit., p. 27-28. L'Autore cita, in particolare, due sentenze, rispettivamente della Court of Appeal della Tanzania (*Attorney General v. Akonaay, Lohar and Another*, del 1997) e della High Court del Botswana (*Sesana, Setlhobogwa and Others v. Attorney General*, del 2006). Al riguardo, si veda anche la sentenza della Supreme Court of Appeal of South Africa, nel caso *Alexkor Ltd v. Richtersveld Community* (n. 488/2001), disponibile al link *http://www.justice.gov.za/sca/judgments/sca_2003/2001_488.pdf*. Per i riferimenti alla prassi giurisprudenziale di diverse Corti nazionali, anche al di fuori del continente africano, relative a rivendicazioni delle terre tradizionali da parte dei popoli indigeni, cfr. S. ERRICO, *L'ordinamento internazionale e il diritto dei popoli indigeni alle terre tradizionali: la decisione della Corte Suprema del Belize nei casi* Maya Village of Santa Cruz *e* Maya Village of Conejo, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 433 ss.; F. LENZERINI, *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*, Oxford, 2008, p. XXI-XXVII.

[52] L. COTULA, P. MATHIEU, *Legal empowerment in practice - Using legal tools to secure land rights in Africa*, IIED, 2008, p. 44; L. COTULA, S. VERMEULEN, R. LEONARD, J. KEELEY, *op. cit*., p. 95.

[53] Sul sistema di tutela africano cfr. M. C. MAFFEI, *I meccanismi di controllo nel sistema africano di tutela dei diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani, Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 675 ss.

[54] *SERAC (The Social and Economic Rights Action Centre) and CESR (The Center for Economic and Social Rights) v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 155/96, 27 October 2001. Al riguardo, cfr. A. FODELLA, *La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni*, in L. PINESCHI (a cura di), *op. cit*., p. 715; L. COTULA, M. DJIRÉ, R. W. TENGA, *The Right to Food*, cit., p. 19, 25, 29.

il diritto a disporre delle proprie risorse naturali (art. 21) – da parte del governo nigeriano, che aveva intrapreso, anche con la collaborazione di multinazionali straniere, attività di sfruttamento petrolifero sul loro territorio. Più di recente, inoltre, viene in rilievo il caso *Endorois Welfare Council v. Kenya*[55] che, come il precedente, si è concluso con un riconoscimento da parte della Commissione dei diritti di proprietà dei ricorrenti sulle loro terre ancestrali. La rilevanza di queste pronunce, tuttavia, si scontra con una serie di limiti insiti nel sistema africano di tutela dei diritti umani e riconducibili alla prevalenza del ruolo della Commissione, che adotta semplici raccomandazioni, rispetto a quello della Corte africana che, invece, emana sentenze. Con riguardo al diritto di proprietà, inoltre, la mancata previsione, all'art. 14 della Carta africana, di un adeguato indennizzo nei casi di espropriazione rende il sistema di tutela regionale africano decisamente più debole rispetto a quelli europeo ed americano[56].

La tutela dei diritti umani, nell'ambito o a seguito dei *land deals*, è altrettanto complessa laddove si configuri una responsabilità dell'investitore privato straniero[57]. Il problema, come è noto, si pone soprattutto

[55] *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 276/2003, 25 November 2009. Il caso in questione - che rileva anche per essere stato il primo ricorso di una comunità indigena dinanzi ad un organo internazionale a seguito dell'adozione della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni - riguardava attività ascrivibili unicamente al governo. Per un commento cfr. K. SING' OEI, J. SHEPHERD, *"In Land We Trust": the Endorois' Communication and the Quest for Indigenous Peoples' Rights in Africa*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, 2010, p. 57; S. VEZZANI, *L'unicorno esiste (ed è africano): il diritto allo sviluppo nel rapporto della Commissione africana dei diritti umani e dei popoli nel caso degli Endorois*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, spec. p. 605-606.

[56] In base all'art. 14 della Carta africana, infatti, "The right to property shall be guaranteed. It may only be encroached upon in the interest of public need or in the general interest of the community and in accordance with the provisions of appropriate laws". Per un'analisi della prassi giurisprudenziale europea ed inter-americana in materia di tutela dei diritti dei popoli indigeni sulle loro terre tradizionali cfr. T. KOIVUROVA, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2011, p.1; J. LYNN ZWEIG, *A globally Sustainable Right to Land: Utilizing Real Property to Protect the Traditional Knowledge of Indigenous Peoples and Local Communities*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2010, p. 769; A. M. DUSSIAS, *Spirit Food and Sovereignty: Pathways for Protecting Indigenous Peoples' Subsistence Rights*, in *Cleveland State Law Review*, 2010, p. 273.

[57] Non saranno oggetto della presente analisi le fattispecie concernenti presunte violazioni di diritti umani riconducibili all'*home State* nell'ambito di acquisizioni di terre realizzate attraverso le ipotesi cui si è già fatto riferimento (ricorso a fondi sovrani di investimento o ad imprese a partecipazione statale). Tali situazioni, infatti, offrono scarsi

con riguardo alle imprese multinazionali che, grazie alla loro struttura disarticolata e delocalizzata, riescono ad "approfittare dei vuoti normativi e di giurisdizione rinvenibili a livello nazionale"[58], rendendosi frequentemente autrici di gravi violazioni dei diritti umani. In mancanza di una normativa internazionale volta a regolare l'attività di tali imprese, nonché a fronte dell'impunità di cui esse godono nell'*host State*, specie laddove si tratti di un PVS, assume particolare rilievo l'approccio del c.d. *home country control*[59] cui si rifà, in particolare, la prassi statunitense riconducibile ad uno Statuto federale del 1789, ovvero l'*Alien Tort Claim Act* (ATCA). Tale Statuto stabilisce che "The district court shall have original jurisdiction of any civil action by alien for a tort only committed in violation of the law of Nations or a treaty of the United States"[60]. In diversi casi, i giudici federali statunitensi hanno fatto applicazione dell'ATCA a seguito di ricorsi aventi ad oggetto pretese violazioni di diritti umani da parte di imprese multinazionali operanti al di fuori del territorio americano. Al riguardo, tuttavia, vanno rilevati alcuni profili giurisprudenziali relativi all'ATCA che incidono negativamente su eventuali possibilità di ricorso connesse agli investimenti nelle terre. La competenza delle corti federali, infatti, finora è stata esercitata in presenza di una "complicità, nella violazione dei diritti umani, tra la multinazionale ed il governo dello Stato straniero ospitante l'investimento"[61] o, in mancanza dell'elemento della complicità, in relazione a violazioni di norme internazionali che vietano il lavoro forzato o il genocidio[62].

margini di azione agli individui o alle comunità lese, sollevando ben più ampie questioni che esulano dalla presente trattazione, quale quella dell'immunità giurisdizionale degli Stati. Al riguardo, si rimanda a D. GAUKRODGER, *Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors*, *OECD Working Papers on International Investment*, 2010/2.

[58] A. BONFANTI, *Imprese multinazionali e diritti umani: la prassi dei Punti di contatto nazionali dell'OCSE e la giurisprudenza statunitense*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Napoli, 2010, p. 196.

[59] F. GALGANO, F. MARELLA, *op. cit.*, p. 858-862.

[60] 28 USC § 1350.

[61] F. GALGANO, F. MARELLA, *op. cit.*, p. 860.

[62] A. BONFANTI, *op. cit*., p. 205-206. L'Autore, inoltre, sottolinea (p. 213) che "la giurisprudenza statunitense sulla responsabilità civile delle imprese multinazionali per violazione dei diritti umani presenta … limiti connessi all'applicazione, da parte delle corti adite, di istituti mediante i quali esse declinano la propria competenza a favore di altri tribunali o dichiarano irricevibile la controversia". Si tratta, in particolare, del *forum non conveniens* e della c.d. *political question*, "l'operatività dei quali ha impedito che molti casi fossero decisi nel merito dalle corti federali". Al riguardo, cfr. anche J. WOUTERS, C. RYNGAERT, *Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century: Litigation for Overseas Corporate Human Rights Abuses in the European Union: the*

Non da ultimo, va sottolineato che l'ATCA rappresenta un caso piuttosto raro, strettamente "legato all'esperienza giuridica statunitense e, come tale, difficilmente trasferibile ad altri sistemi giuridici"[63].

La possibilità che un investitore privato straniero sia sottoposto ad una valutazione delle proprie attività è prevista, infine, anche nell'ambito di alcune organizzazioni internazionali che hanno predisposto appositi meccanismi extra-giudiziari[64] volti a verificare la conformità della condotta delle imprese a *standard* non vincolanti, cui già si è accennato.

Di particolare interesse, ai fini del presente contributo, è il meccanismo di ricorsi previsto nell'ambito dell'IFC, che, come già evidenziato, contribuisce ad indirizzare gli investimenti nel settore agricolo e, in generale, nei *land markets.* Tale meccanismo fa capo ad una struttura indipendente, ovvero *The Office of the Compliance Advisor/Ombudsman* (CAO)[65] che, nel suo ruolo di mediatore (*Ombudsman*), è abilitato a ricevere istanze da parte di singoli, comunità locali o ONG relative ai presunti impatti negativi dei progetti finanziati dall'IFC (e dalla MIGA). In particolare, l'attività dell'*Ombudsman* è volta a verificare il rispetto da parte delle imprese dei c.d. *Policy and Performance Standards on social and environmental sustainability*[66], elaborati dall'IFC nel 2006. Tali *standard* disciplinano, tra le altre cose, anche questioni concernenti

Challenge of Jurisdiction, in *George Washington International Law Review*, 2009, p. 945 ss.

[63] F. GALGANO, F. MARELLA, *op. cit*., p. 860.

[64] Al riguardo viene in rilievo la procedura di *follow-up* istituita in ambito OCSE nel 2000, al fine di garantire l'attuazione delle Linee guida per le imprese multinazionali, procedura affidata all'*Investment Commitee* nonché ai c.d. Punti di Contatto Nazionali (PCN). Sull'argomento cfr. A. BONFANTI, *op. cit*., spec. p. 199-204. Ad oggi, sui 160 casi analizzati dai PCN, non si registrano istanze direttamente legate ad acquisizioni di terre all'estero da parte di imprese multinazionali. Sul punto in questione cfr. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Report by the Chair of The 2010 Meeting of the National Contact Points*, disponibile al link *http://www.oecd.org/dataoecd/15/23/46385752.pdf*; *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2010: Corporate responsibility: Reinforcing a unique instrument*, *Appendix E*, p. 215 ss., disponibile al link *http://www.oecd-ilibrary.org/governance/annual-report-on-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-2010_mne-2010-en.*

[65] *http://www.cao-ombudsman.org*/. D. D. BRADLOW, *Private Complainants and International Organizations: a Comparative Study of the Independent Inspection Mechanism in International Financial Institutions,* in *Georgetown Journal of International Law*, 2005, p. 432 ss.

[66] Gli 8 *Performance Standards* riguardano i seguenti aspetti: 1) Social and Environmental Assessment and Management System; 2) Labor and Working Conditions; 3) Pollution Prevention and Abatement; 4) Community Health, Safety and Security; 5) Land Acquisition and Involuntary Resettlement; 6) Biodiversity Conservation and Sustainable Natural Resource Management; 7) Indigenous Peoples; 8) Cultural Heritage. Al riguardo, cfr. *http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/EnvSocStandards*.

l'acquisizione di terre da parte di investitori stranieri e i c.d. re-insediamenti "involontari"[67], nonché il trattamento dei popoli indigeni (*Performance Standards* 5 e 7). In più occasioni, l'*Ombudsman* si è occupato di questioni relative alla richiesta di indennizzi da parte delle comunità locali soggette ad evacuazioni e re-insediamenti causati da progetti di investimento, come anche di richiami relativi alla loro mancata consultazione nelle fasi preliminari dei progetti. Con riguardo ai Paesi africani, viene in rilievo il ricorso presentato nel 2002 dal *Lawyers Environmental Action Team* a favore dei minatori e proprietari terrieri di Bulyanhulu, in Tanzania, contro la multinazionale canadese Barrick Gold, accusata, tra le altre cose, di aver acquisito, col supporto del governo, le loro terre e di aver costretto ad evacuare la popolazione locale, senza aver corrisposto alcun indennizzo. Il caso, tuttavia, è stato chiuso nel 2005 con un *Assessment Report* dell'*Ombudsman* che sollevava la multinazionale da tutte le accuse dei ricorrenti, individuando nel governo locale il responsabile delle violazioni[68]. Analogamente si è concluso, nello stesso anno, un ricorso presentato dai *Representatives of First People of the Kalahari*, in Botswana, a favore dei diritti degli aborigeni San, costretti ad abbandonare le proprie terre ancestrali a causa di un progetto di investimento, supportato dall'IFC, nel settore dell'estrazione dei diamanti[69].

Al di là dei casi riportati, conclusisi a sfavore dei ricorrenti, non si può fare a meno di sottolineare un limite, insito nei meccanismi come quello azionabile dinanzi all'*Ombudsman*, che incide sulle effettive possibilità di tutela delle popolazioni locali danneggiate dagli investimenti: ci si riferisce alla circostanza che, anche dinanzi ad un'accertata violazione dei *Performance Standards*, il ruolo dell'*Ombudsman* non va oltre il monitoraggio delle misure raccomandate alle imprese ritenute responsabili, le quali, di conseguenza, non sono tenute a rimediare ai danni cagionati nell'esercizio delle loro attività.

[67] In base al Performance Standard n. 5, "Land acquisition includes both outright purchases of property and purchases of access rights, such as rights-of-way". *http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/pol_PerformanceStandards2006_PS5/$FILE/PS_5_LandAcqInvolResettlement.pdf.*

[68] Tanzania/Bulyanhulu Project-01/Kankola (*http://www.cao-ombudsman.org/ cases/case_detail.aspx?id=113*).

[69] Botswana/Kalahari Diamond-01/Kalahari (*http://www.cao-ombudsman.org/ cases/case_detail.aspx?id=90*).

5. Conclusioni

Il fenomeno degli investimenti volti all'acquisizione di terre nei paesi in via di sviluppo contribuisce ad evidenziare la sproporzione tra il regime di tutela degli investimenti ed i vari regimi di tutela dei diritti dei singoli danneggiati dalle attività di investimento. In particolare, tale sproporzione si sostanzia, da un lato, nel vantaggio dell'investitore di poter ricorrere direttamente all'arbitrato, laddove ritenga di aver subito un pregiudizio (ad esempio un'espropriazione) da parte dell'*host State*; dall'altro, nello svantaggio del singolo di dover esperire tutti i mezzi di ricorso interni (peraltro, non sempre accessibili ed efficaci) prima di far valere la violazione di un suo diritto dinanzi ad un'istanza internazionale, nonché nella difficoltà di agire in giudizio direttamente contro l'investitore straniero.

Nell'ambito del fenomeno in esame, si assiste, peraltro, al fatto paradossale che il rischio di espropriazione dell'investitore straniero viene annullato a monte dallo stesso *host State*: esso, infatti, pur di garantire l'investimento sotto forma di concessione di terre a privati stranieri, sottrae le terre alle proprie comunità. A ciò si aggiunga che, spesso, nelle operazioni di espropriazione, evacuazione e re-insediamento non è sempre chiaro il confine tra le attività svolte dallo Stato e quelle svolte dalle imprese multinazionali[70]. La questione assume tanto più rilievo ove si consideri che nella maggior parte dei casi non si provvede a compensare la perdita delle comunità locali con un indennizzo, che invece rappresenta uno dei cardini della disciplina dell'espropriazione nell'ambito degli investimenti.

Tale paradosso assume contorni ancora più forti in considerazione del fatto che "foreign investors and/or arbitrators have sometimes referred to human rights law for interpretive guidance in determining the substantive protections owed to foreign investors"[71]. In particolare, alcune recenti sentenze arbitrali hanno fatto espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo in materia di diritto di proprietà come au-

[70] Al riguardo cfr. il Rapporto Oxfam 2011 (*supra,* nota 23), p. 14-17, relativo al caso dell'azienda inglese *New Forest Company* (NFC), il cui investimento in Uganda è supportato anche dall'*International Finance Corporation*. Cfr. anche *Media statement: Update on allegations related to forestry concessions in Uganda,* disponibile al seguente link: *http://www.ifc.org/ifcext/pressroom/ifcpressroom.nsf/0/7FF4467CE20BE4EB8525791900747D4E?OpenDocument.*

[71] *Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights*, IIA MONITOR No. 2, UNCTAD, 2009, p. 4.

silio all'interpretazione delle clausole di espropriazione contenute in alcuni accordi di investimento[72].

Il fenomeno analizzato, inoltre, permette di esprimere qualche considerazione in ordine ai rischi derivanti dalla promozione di talune riforme nei PVS da parte di agenzie internazionali, come l'IFC. Supportare, infatti, la creazione di mercati fondiari caratterizzati dalla formalizzazione dei diritti di proprietà può avere conseguenze negative, in particolare per alcune categorie di individui che dipendono dall'accesso alle risorse naturali[73]. In tale contesto, va tenuto conto del fatto che il processo di attribuzione dei titoli di proprietà può essere facilmente intercettato dalle élite locali, con il rischio che "della terra si impossessi chi ha più facilità di accedere ai capitali e che, conseguentemente, ha un potere di acquisto maggiore"[74]. Considerando la crescente domanda di terra nei PVS da parte di investitori stranieri, è auspicabile che simili argomentazioni, peraltro autorevolmente sostenute dal Relatore Speciale De Schutter, assumano un posto centrale nelle politiche delle principali istituzioni finanziarie internazionali e, *in primis*, nel Gruppo della Banca Mondiale[75].

D'altra parte, il ruolo di tali istituzioni appare tanto più fondamentale quanto più si è in presenza di fenomeni come i *land deals*, in relazione ai quali i governi di alcuni paesi sembrano aver abbandonato l'idea che la sovranità permanente sulle risorse naturali debba essere da loro esercitata sia nell'interesse dello sviluppo nazionale che per garantire il benessere dei propri cittadini.

[72] *Ibidem*, p. 5-7, in cui si segnalano, in particolare, le seguenti sentenze: *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of July 14, 2006, at paragraphs 311-312; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican* States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003, at paragraphs 116-122; *ADC Affiliate Limited and ADC and ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of October 2, 2006, at paragraph 497.

[73] I. BIGLINO, *op. cit*., p. 176. Le categorie di individui più a rischio sono lavoratori quali mandriani, pastori e pescatori. Cfr. anche UN Doc. A/65/281, *Interim report of the Special Rapporteur on the right to food*, 11 August 2010, p. 13 ss., par. 25-26. Con particolare riguardo ai pescatori cfr. anche A. DI LIETO, *I popoli indigeni e la pesca*, in M. L. TUFANO (a cura di), *Le zone di pesca: regime, strutture, funzione*, Napoli, 2009, p. 153-155.

[74] *Ibidem,* p. 176.

[75] E. TRAMONTANA, *Diritti delle popolazioni indigene e controllo sulle operazioni della Banca Mondiale in alcune recenti decisioni del* Panel *di ispezione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, spec. p. 465, in cui si sottolinea la necessità che la Banca Mondiale adegui le proprie politiche e i propri standard ai recenti sviluppi del diritto internazionale in materia di popoli indigeni, al fine, in particolare, di garantire il rispetto della dimensione collettiva della proprietà ogni qualvolta un'attività della Banca comporti un impatto sulle terre tradizionali delle comunità locali. Al riguardo, cfr. anche E. SCISO, *Il panel d'ispezione della Banca Mondiale*, in E. SCISO (a cura di), *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2007, p. 101 ss.

SESSIONE CONCLUSIVA

LE GIURISDIZIONI INTERNAZIONALI E LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE DEI DIRITTI DELL'UOMO

INTRODUZIONE ALLA TAVOLA ROTONDA FINALE

di
Luigi CONDORELLI·

Sono onorato di essere stato designato dagli organizzatori di questo importante convegno a presiedere la tavola rotonda finale. Dopo due giornate di dibattiti sui vari aspetti del tema "diritti umani e diritto internazionale", dobbiamo ora cercare di tirare le somme del nostro discorso: un discorso che ci ha già portato a constatare quale straordinario processo di crescita e sviluppo si sia verificato e si stia verificando nell'ordinamento internazionale in virtù dei diritti umani. Questo processo appare tanto più notevole se non si dimentica che i diritti umani sono per così dire dei "nuovi venuti" in diritto internazionale. Vi si sono affacciati – come tutti sappiamo – appena l'altro ieri, nella temperie ed a seguito della Seconda Guerra Mondiale per il tramite di un parto laborioso, caratterizzandosi per giunta con una valenza essenzialmente programmatica: nel nuovo ordine che la Carta delle Nazioni Unite configura e delinea i diritti umani (da "promuovere" ed "incoraggiare", secondo quanto proclama il punto 3 dell'articolo 1) sono un fine verso cui orientarsi, come sono "un ideale comune da raggiungersi … mediante misure progressive di carattere nazionale e internazionale" nella Dichiarazione universale del 1948. Che trasformazione, se si pone mente al processo tumultuoso che, in qualche decennio, ha fatto dei diritti umani uno dei capitoli più cospicui del diritto internazionale contemporaneo, ricchissimo di strumenti obbligatori e no, dotato di istituzioni, di meccanismi d'ogni genere, di giudici e di congegni di controllo di mille tipi! Ma c'è di più: i diritti umani – ed è di questo soprattutto che stiamo discutendo – hanno inoltre rivelato e continuano ogni giorno a rivelare quelle che possiamo chiamare straordinarie capacità "invasive", penetrando in tutti i settori e le articolazioni tanto del vecchio che del nuovo diritto internazionale. Di modo che ormai si può dire senza tema di smentite che i diritti umani non sono più (o non sono solo) un importante capitolo tra i tanti di tale ordinamento: essi esprimono oggi principi che permeano quest'ultimo per intero e ne rappresentano un aspetto centrale, essenziale e caratterizzante.

· Professore ordinario di diritto internazionale, Università di Firenza, Professore onorario di diritto internazionale, Università di Ginevra.

È in questa logica che il nostro convegno ha lavorato: abbiamo studiato – si può dire – la penetrazione dei diritti umani (qui strisciante e lenta, là diretta, decisa e più o meno rapida) nei vari segmenti del diritto internazionale. Abbiamo constatato in sostanza che oggigiorno non c'è struttura, elemento, settore, sottosistema del diritto internazionale su cui non sia verificabile l'incidenza sempre più pronunciata dei diritti umani. Tanto che si possono addirittura formulare ipotesi per così dire "sovversive", quale quella delineata da Rosario Sapienza, il quale suggerisce che il diritto internazionale possa essere ormai considerato come integralmente rinnovato da questo intervento dei diritti umani, diventati non più un elemento, ma diventati progressivamente il cardine dell'ordinamento, atti quindi a consentire di rivederlo per intero, di rifondarlo. Ipotesi affascinante senza dubbio, ma direi d'indole prospettica, la quale si colloca cioè essenzialmente in una logica *de jure condendo*, dato che presenta come già compiuto un processo di cui al massimo si può dire per ora – mi sembra – che è in corso. Indubbio è comunque (e ne abbiamo ampiamente dibattuto) questo inarrestabile sviluppo che porta man mano i diritti umani a farsi spazio in ogni distretto o provincia del diritto internazionale tradizionale o meno, apportandovi modifiche, revisioni, integrazioni, arricchimenti e ristrutturazioni d'ogni genere e portata.

Certo è però è che bisogna guardarsi bene dal lasciarsi andare a discorsi in chiave trionfalistica, quando si dibatte di diritti umani e se ne nota lo sviluppo e l'affermazione sempre maggiori: non ci scordiamo che cosa succede nella prassi, non ci scordiamo che i diritti umani – di cui diciamo tante belle cose sottolineandone l'innegabile progressiva crescita – incontrano difficoltà gravissime per potersi concretamente affermare. Il divario tra il continente delle asserzioni giuridiche, delle proclamazioni e delle regolamentazioni (magari formulate in termini perentori), da una parte, e quello della realtà fattuale, dall'altra, continua ad essere malauguratamente smisurato: basta guardarsi d'attorno per constatarlo. Le autorità che sono venute a darci il benvenuto all'apertura del convegno ce lo hanno ricordato alludendo molto opportunamente alle vicende relative alle ondate di immigranti clandestini ed al trattamento che si tende a riservare a costoro, spesso in dispregio dei principi e delle regole più elementari in materia di diritti della persona. È un esempio, questo, che ci segnala come il problema maggiore di oggi in materia di diritti umani non sia quello di creare nuove norme per una loro tutela più completa, bensì quello di ottenere una migliore attuazione delle norme esistenti, in modo da ridurre il divario cui facevo allusione poc'anzi: occorre, in altre parole, impegnarsi sempre di più per la loro effettiva e completa realizzazione, cosa che siamo ancora ben lontani dal vedere accadere veramente.

Fatta questa premessa, un'altra si impone, riferendosi stavolta al modo in cui siamo venuti trattando i vari aspetti del tema generale del convegno: si potrebbe dire che stiamo discutendo di diritto internazionale, e di diritti umani in particolare, restando in buona misura ostaggi di una sorta di deformazione professionale che è assai diffusa tra noi giuristi: quella di concepire che il giudice sia il vero centro del diritto, il cuore del processo giuridico; e di tendere in conseguenza a studiare il funzionamento e l'evoluzione del diritto come se essi non potessero essere compresi a fondo se non ragionando essenzialmente sull'azione dei giudici, sulla giurisprudenza. Sennonché, checché si possa pensare della correttezza di un simile approccio con riferimento ai diritti interni, certo è che chi si occupa di diritto internazionale non deve scordare che il giudice internazionale non ne è affatto il cuore, non è la via principale e privilegiata attraverso la quale si mettono in opera le norme e si risolvono le controversie: è uno dei tanti modi utilizzabili a tal fine, anzi – come si deduce chiaramente, ad esempio, dalla lettera e dallo spirito dell'articolo 33 della Carta delle Nazioni Unite – è un mezzo tra gli altri che non gode nemmeno di una posizione di primato o di favore: non è paradossale allora, in queste condizioni, che per capire dove va il diritto internazionale si accordi tanta considerazione all'opera dei giudici?

Ora, è il caso di notare che questa deformazione progressivamente appare sempre meno – per così dire – "deformante" (e il paradosso meno … "paradossale") nella misura in cui stiamo assistendo a quella che viene chiamata, nel nostro gergo, la "proliferazione" dei giudici internazionali o, per usare un linguaggio meno "oncologico", la loro moltiplicazione. Si può dire che la tendenza alla "giurisdizionalizzazione" del diritto internazionale sta producendo conseguenze davvero notevoli: effettivamente, sempre di più dei giudici si vedono offerta la possibilità di riconoscere ed enfatizzare lo sviluppo di aspetti salienti e progressisti del diritto internazionale contemporaneo. Tra l'altro, come si sa, ciò è accaduto più specialmente per il diritto internazionale dei diritti umani, settore di punta con riguardo al fenomeno della "giurisdizionalizzazione". Non a caso la nostra prima seduta ha visto due importanti giudici internazionali, Bruno Simma e Fausto Pocar, intrattenerci sullo sviluppo dei diritti umani studiando il tema nell'ottica della giurisprudenza degli apparati giudiziari di appartenenza (o, specie per quanto riguarda Pocar, di quelli più prossimi). Non a caso anche in questa tavola rotonda finale ci apprestiamo ad ascoltare autorevolissimi personaggi che vengono dalle giurisdizioni internazionali principali, i quali ci faranno profittare della loro straordinaria esperienza in materia.

Prima che essi prendano la parola, però, mi sembra il caso di presentare almeno qualche considerazione sintetica sui lavori dei tre *panels* che si sono svolti stamattina in parallelo, visto che in essi si è discusso della penetrazione dei diritti umani in tre sottosistemi importanti con un approccio il quale è pur sempre debitore, in fondo, della progressiva o già pienamente realizzata giurisdizionalizzazione dei settori in questione.

Comincio dal *panel* numero tre, quello presieduto da Nerina Boschiero. Esso ha studiato aspetti centrali del settore del diritto internazionale dell'economia, la cui crescente giurisdizionalizzazione è dovuta ai meccanismi di regolamento delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio nonché al funzionamento ed alla diffusione di congegni arbitrali internazionali di vario tipo (tra i quali spicca il sistema ICSID o CIRDI). Ed è specialmente attraverso l'esame di questi elaborati *lato sensu* giurisprudenziali che si è potuto constatare quanto sia man mano venuta imponendosi la presa in conto dei diritti umani nella logica di questi sistemi. Una presa in conto peraltro ancora molto embrionale e del tutto insufficiente: così, ad esempio, ci sono state presentate considerazioni critiche di rilievo quando il presidente ed i relatori notavano come, tra i *non trade concerns*, i diritti umani entrino sì ormai nell'analisi dei problemi e nella ricerca delle soluzioni in materia di diritto internazionale dell'economia, ma in modo per così dire secondario o addirittura accessorio. Laddove occorrerebbe invece progressivamente ottenere che non si tratti più di un ingresso laterale, ma che essi vengano riconosciuti come facenti parte a pieno titolo del cuore stesso del diritto dell'economia e siano quindi tenuti in piena considerazione quali elementi strutturali fondamentali di cui andrebbe obbligatoriamente ammessa in primissima battuta l'incidenza, anziché come elementi di contorno, come limitazioni periferiche. I professori Petersmann e Francioni ci hanno intrattenuto specificamente in modo approfondito su questi aspetti. Francesco Francioni, in particolare, ha mostrato per quali vie i diritti umani possono entrare con pienezza nel discorso sulla protezione degli investimenti: è un approccio volto in sostanza ad attribuire ai diritti umani, più che una posizione paritetica rispetto ai principi basilari del diritto internazionale economico, un rango sostanzialmente più elevato, quanto meno prospetticamente.

Vengo al *panel* numero due, sul diritto internazionale privato, che ha presieduto Angelo Davì: un settore in cui la giurisdizionalizzazione – si può dire – opera da sempre. È stato particolarmente interessante sentire da Davì, nonché dagli altri relatori che hanno partecipato al relativo dibattito, come e quanto il diritto internazionale privato si sia venuto aprendo da poco ai diritti umani, avendoli "scoperti" solo di recente, cioè negli anni '80. Da questa "scoperta" ha preso avvio un processo inarrestabile: sem-

pre di più – ci è stato mostrato – i diritti umani incidono in profondità, ed in maniera sempre più evidente, tanto in materia di conflitti di legge in senso stretto, quanto in materia di competenza giurisdizionale internazionale o di riconoscimento ed esecuzione di decisioni estere. Un ultimo rilievo in proposito: basterebbe anche soltanto, leggendo il programma di un convegno dedicato a "diritti umani e diritto internazionale" (quale è il nostro), constatare che in esso ci si occupa pure di diritto internazionale privato, per capire immediatamente che siamo in Italia: uno di quei pochi posti ormai al mondo dove è concepibile che un dibattito sul diritto internazionale abbracci il diritto internazionale privato. Davvero un'ottima cosa, e per tante ragioni! La principale per noi è che si può così meglio evidenziare uno dei legami fondamentali tra il diritto internazionale privato ed il diritto internazionale pubblico: il legame dei diritti umani.

Quanto al panel numero uno, quello presieduto da Paolo Benvenuti, non c'è dubbio che il diritto internazionale umanitario è il settore che più a lungo ha resistito alla giurisdizionalizzazione. Certo, vi sono stati interventi di giudici internazionali, ma piuttosto rari ed essenzialmente laterali, risultanti soprattutto da taluni *obiter dicta* della Corte Internazionale di Giustizia su cui si sono scritte pagine e pagine malgrado fossero a volte ambigui o addirittura confusi: così, ad esempio, quello celebre, e discusso ampiamente dai relatori, sui rapporti tra diritto umanitario e diritti dell'uomo figurante nel parere della C.I.G. del 1996 sulla liceità della minaccia e dell'uso di armi nucleari (mentre più tardi – ad esempio nel parere del 2004 sul muro o nella sentenza del 2005 nel caso Congo c. Uganda – i discorsi in tema appaiono molto più netti e condivisibili, anche se tutto sommato pur sempre laterali). È un settore, quello del diritto internazionale umanitario, in cui la giurisdizionalizzazione ha cominciato ad operare in modo significativo, come si sa, solo a partire dal momento (dalla metà degli anni '90 del secolo scorso in poi) in cui sono stati inventati e messi in stato di funzionamento dei giudici, ma non di diritto umanitario, bensì di diritto internazionale penale. Ora, questi giudici penali internazionali, come ci ha mostrato Fausto Pocar nel suo rapporto introduttivo e come rivedremo tra un momento con l'intervento di Flavia Lattanzi, sono chiamati sì alla repressione dei crimini internazionali di individui (cioè a sanzionare la violazione di obblighi gravanti su costoro), ma è indubbio da una parte che i crimini sottoposti alla loro giurisdizione costituiscono di per sé gravi violazioni dei diritti umani, mentre d'altra parte i diritti umani rientrano naturalmente nella sfera d'azione di tali giudici sotto il profilo dei diritti degli imputati, a cui vantaggio devono essere rispettati i principi relativi al *due process*. Insomma, la giurisdizionalizzazione per così dire indiretta del diritto internazionale umanitario, derivante dal fatto che i

giudici penali internazionali debbono occuparsi dei crimini di guerra (cioè di violazioni gravi tanto del diritto cosiddetto dell'Aja che del diritto di Ginevra), oltre che dei crimini contro l'umanità e del genocidio, ha messo in evidenza quanto sia rilevante l'interazione tra diritti umani e diritto internazionale umanitario e quanto il secondo si arricchisca ad opera dei primi.

In logica sequenza giunge ora il momento-clou della tavola rotonda finale su "Le giurisdizioni internazionali e la protezione internazionale dei diritti dell'uomo": chiudiamo per così dire il cerchio tornando dichiaratamente all'osservatorio giurisprudenziale in cerca di valutazioni globali e di sintesi, affidandoci a esponenti di altissimo livello del mondo giudiziario internazionale, oltre che rinomati accademici, dai quali ci attendiamo che attingano alla loro ricca esperienza sul campo per dirci a che punto siamo in fatto di "invasione" dell'ordinamento internazionale da parte dei diritti umani.

Faccio peraltro notare una rimarchevole assenza, che merita due parole di commento: non ascolteremo nessun giudice per così dire "professionista" dei diritti umani, che provenga cioè dalla Corte europea dei diritti dell'uomo oppure da tribunali o apparati quasi giudiziari previsti da altri strumenti internazionali del settore. Si tratta, per quanto ne so, di cosa che non accade per scelta precisa di chi ha organizzato il nostro incontro, ma che ci appare ora tutto sommato logica. È logica perché è ovvio che i giudici dei diritti umani hanno a cuore questi ultimi e svolgono la specifica missione di attuarli (facendoli peraltro, come sappiamo bene, crescere progressivamente col loro lavoro). Ma a noi interessa piuttosto – anzi soprattutto – cercare di capire quel che fanno gli altri giudici, i non professionisti dei diritti umani, cioè quelli che si occupano di temi e settori del diritto internazionale i quali magari, a prima vista quanto meno, con i diritti umani hanno poco o nulla a che vedere: ci interessa, in altre parole, cercare di capire come e quanto i diritti umani si siano venuti espandendo e stiano invadendo man mano i vari capitoli del diritto internazionale di oggi, fino a permeare sempre di più il sistema nel suo insieme e nei suoi stessi principi di base.

L'APPLICAZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO AD OPERA DEI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI·

Flavia LATTANZI·

SOMMARIO: 1. I diritti dell'uomo (DU) vengono ormai in considerazione in tutte le aree del diritto internazionale (DI), anche le più lontane da problematiche umanitarie, nonostante i tentativi di costruire alcune di queste aree come dei sistemi chiusi, c.d. *self-contained regimes*. – 2. La rilevanza davanti ai TPI dei DU nell'ottica della loro protezione dagli abusi di potere. – 3. L'applicazione della normativa sui DU alla questione della legittimità dei due Tribunali ad hoc e ad alcuni principi generali di diritto penale. – 4. La definizione dei crimini oggetto della competenza dei TPI. – 5. La definizione dei crimini nella giurisprudenza dei TPI. – 6. Alcune considerazioni conclusive sulla definizione dei crimini.

1. I diritti dell'uomo (DU) vengono ormai in considerazione in tutte le aree del diritto internazionale (DI), anche le più lontane da problematiche umanitarie, nonostante i tentativi di costruire alcune di queste aree come dei sistemi chiusi, c.d. self-contained regimes

Del resto, non foss'altro che in ragione della regola di cui all'Art. 31(3) della Convenzione di Vienna[1], la normativa in materia di DU fun-

· Professore ordinario di diritto internazionale, Università di Roma Tre. Giudice *ad litem*, Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia.

· Mi dispiace per chi crede che la formula "diritti dell'uomo" non vada utilizzata perché anti-femminista. Io tengo molto ai diritti della donna, ma tengo altresì alla lingua italiana. L'espressione "diritti umani", secondo gli italianisti, non è altro che uno dei tanti anglicismi, che purtroppo si diffondono sempre più anche nella nostra lingua. I diritti non sono umani, sono dell'uomo, come espressione del genere umano in quanto tale. Forse, sarebbe ormai più adeguata l'espressione "persona umana", ma non credo che eliminare il termine "uomo", tradizionalmente utilizzato nella nostra lingua per indicare il genere umano, serva in qualche modo la causa della rivendicazione della parità fra donne e uomini, ancora lungi dall'essere realizzata nella mentalità tanto delle une quanto degli altri. Perdonate questa digressione, ma spesso mi è stato rimproverato l'utilizzo dell'espressione "diritti dell'uomo" e cerco qui di spiegarne la ragione.

[1] Art. 31 Regola generale per l'interpretazione: 1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce dei suo oggetto e del suo scopo. 2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) … b) …

ge da strumento di interpretazione di qualsiasi altra norma applicabile nei rapporti internazionali. Si tratta infatti di una normativa universale vuoi, per quanto riguarda i diritti fondamentali, in virtù del diritto internazionale generale di cui sono destinatari tutti i soggetti del diritto internazionale, vuoi, anche per diritti più specifici, in virtù del Patto sui diritti civili e politici (Patto) che, oltre a essere dichiarativo dei diritti fondamentali di diritto internazionale generale, vede anche la partecipazione di quasi tutti gli Stati del mondo. Ma una universalità relativa a determinati ambiti geografici viene ai DU anche dalle Convenzioni regionali, che d'altronde si trovano ormai incorporate, almeno nelle norme essenziali, in numerose Costituzioni degli Stati parti e che sono anch'esse dichiarative dei diritti fondamentali. E così, i DU, che si sono sviluppati nel DI soltanto a partire dalla II guerra mondiale, molto rapidamente hanno finito col rappresentare, come si è incisivamente osservato[2], una cerniera fra diversi sistemi giuridici o diversi *corpora* normativi di uno stesso sistema giuridico.

È quindi naturale che, in un campo come quello della repressione penale delle violazioni gravi del diritto internazionale umanitario (DIU) e dei DU non si possa prescindere dall'applicazione della normativa sostanziale relativa ai diritti della persona umana.

In verità, gli Statuti dei due Tribunali *ad hoc* – il Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia (TPIY) e il Tribunale penale internazionale per il Ruanda (TPIR) – non contemplano direttamente, tra la normativa applicabile, quella sui DU, salve alcune disposizioni di ciascuno dei due Statuti (contenute rispettivamente negli articoli 20/19 e 21/20) che incorporano la normativa internazionale sui diritti dell'accusato, poi ampiamente specificata nei rispettivi Regolamenti.

Una norma generale di incorporazione per rinvio dei DU è invece contenuta nello Statuto della Corte penale internazionale (CPI). L'Art. 21(3) prevede che "L'applicazione e l'interpretazione del diritto ai sensi del presente articolo devono essere compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti e devono essere effettuate senza alcuna discriminazione fondata su ragioni quali il genere sessuale come definito nell'articolo 7 paragrafo 3, l'età, la razza, il colore, la lingua, la religione

3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) … b) … c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti. 4. …

[2] *Les droits fondamentaux: charnière entre ordres et systèmes juridiques,* sous la direction de E. Dubout et S. Touzé, Paris, 2010. Sul rapporto fra DIP e DU si veda CASSESE, *La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales*, in *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, sous la direction de G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, Bruxelles, 2004 p. 41 ss.

o il credo, le opinioni politiche o le altre opinioni, la nazionalità, l'origine etnica o sociale, le condizioni economiche, la nascita o le altre condizioni personali". Attraverso questa norma generale i DU entrano a far parte del diritto applicabile ad opera della Corte secondo un ordine imposto dall'Art. 21 e basato sul principio *lex specialis derogat generali*, che dà priorità agli atti normativi fondativi della sua attività[3]. Ma i DU vi assumono direi una primazia poiché ogni norma altrimenti applicabile è sottoposta, secondo la formula dell'art. 21(3), al vaglio di compatibilità con la normativa internazionale, consuetudinaria e pattizia in materia di diritti fondamentali. Tali diritti rappresentano quindi non solo uno strumento di interpretazione delle norme applicabili ad opera della Corte, ma anche e anzitutto un parametro di legittimità di tali norme. Assume inoltre rilevanza ai nostri fini l'Art. 10 dello Statuto di Roma, che recita: **"**Nessuna disposizione … può essere interpretata nel senso di limitare o pregiudicare in qualsiasi modo, le norme del diritto internazionale esistenti o in formazione volte a finalità diverse da quelli del presente Statuto".

Peraltro, le disposizioni riportate dello Statuto di Roma non fanno che consacrare la giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc*[4], che, nonostante il sostanziale silenzio sui DU negli atti fondativi dell'attività di questi Tribunali, prende in considerazione la normativa internazionale in *subiecta materia* a vario titolo e secondo modalità diverse, utilizzando

[3] Art. 21 Normativa applicabile 1. La Corte applica: a) in primo luogo, il presente Statuto, gli elementi dei "crimini e il Regolamento di procedura e di prova; b) in secondo luogo, ove occorra, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati; c) in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti. 2. La Corte può applicare i principi di diritto e le norme giuridiche quali risultano dall'interpretazione fornitane nelle proprie precedenti decisioni. 3…

[4] È quanto i giudici della CPI hanno una certa riluttanza a riconoscere. Noto infatti una tendenza delle Camere di questa Corte a evitare spesso di richiamarsi alla giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc* e ad affermare a tutti i costi la propria totale indipendenza rispetto ad essa. Nessuno nega che la CPI ha dei precisi strumenti normativi di riferimento che è tenuta *in primis* ad applicare, anche nel rispetto del principio *lex specialis derogat generali*, ma non si dovrebbe dimenticare che, salvo che per qualche aspetto, come quelli peraltro importanti della *JCE* e dei poteri della *Pre-Trial Chamber*, le disposizioni dello Statuto di Roma, come quelle del Regolamento di procedura e prova, sono state preparate, dibattute, approvate sempre alla luce della giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc*, come appare ben evidente dai lavori preparatori dello Statuto e del Regolamento, che rappresentano, secondo l'art. 31 della Convenzione di Vienna, un mezzo complementare di interpretazione delle norme applicabili.

ampiamente la prassi applicativa sviluppata dai meccanismi giudiziari o quasi giudiziari, a carattere "universale" o regionale, operanti in questo settore del DI. Vedremo inoltre come nella giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc*, e successivamente in quella della CPI, i DU non siano soltanto utilizzati come strumento di interpretazione del DIP o parametro di legittimità delle norme applicabili, ma entrino ancora più incisivamente in questo *corpus* normativo di recente formazione.

Le modalità in cui i DU vengono in considerazione davanti ai TPI si possono schematizzare in due categorie.

I DU vengono applicati dai TPI nell'ottica della funzione loro propria, quella di proteggere l'individuo dalla gestione abusiva del potere sotto il cui controllo egli si trovi[5]. Per gli strumenti internazionali in materia di DU si tratta degli abusi di potere, commissivi o omissivi, posti in essere dallo Stato, che deve rispondere in quanto istituzione delle eventuali violazioni poste in essere dai suoi organi o anche, con effetto c.d. orizzontale, nei rapporti individuo/individuo, sebbene sempre sotto il controllo dello Stato. Davanti ai TPI si tratta di proteggere l'individuo che a diverso titolo venga in contatto con gli organi del Tribunale dalla gestione abusiva, commissiva o omissiva, dell'attività amministrativa e giudiziaria da questi svolta, con un effetto anche qui orizzontale individuo/individuo, sotto il controllo soprattutto delle Camere, attività pur sempre strumentale alla determinazione della responsabilità penale dell'accusato. I diritti che vengono in considerazione nel contesto di questa gestione si presentano come diritti garantiti vuoi alla persona umana come tale, vuoi a un individuo per il ruolo specifico che esso svolge nei procedimenti davanti al TPI. Nel primo caso la giurisprudenza dei TPI assume automaticamente le interpretazioni di tali diritti emerse nel quadro dei meccanismi di controllo dei DU. Nel secondo caso, la giurisprudenza dei TPI, pur adottando le interpretazioni che provengono da tali meccanismi, hanno provveduto a sviluppare ulteriormente tali diritti nell'ottica della loro migliore protezione possibile in un ambito specifico come quello del processo penale internazionale. A questi aspetti accennerò però brevemente e solo in termini generali (par. 2). Peraltro, dei diritti della difesa, che rappresentano la parte più ampia e sviluppata della giurisprudenza dei TPI in materia di DU, si occupa in questa sede il prof. Pocar.

Nei TPI i DU sono altresì applicati nell'ottica propria all'attività dei TPI e cioè quella della determinazione della responsabilità penale degli individui che concretamente pongono in essere le violazioni di diritti

[5] Per l'appunto la "giurisdizione" di cui agli strumenti sui DU.

fondamentali allorchè queste raggiungano un'elevata soglia di gravità, come è il caso per il genocidio, i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità. Vedremo così che i DU assumono rilevanza riguardo allo stesso fondamento dell'attività repressiva, così come decisa dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con riguardo ai due Tribunali *ad hoc* (par. 3a). In verità, in questo caso i due Tribunali si sono appellati alla propria specificità, utilizzando così una interpretazione della normativa in materia di DU indipendente da quella dei meccanismi operanti nel settore. A siffatte specificità e indipendenza i TPI hanno fatto ricorso anche nell'applicazione di alcuni principi generali di diritto penale, quali il *ne bis in idem*, il *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*, l'uguaglianza di fronte alla legge, la parità delle armi (par. 3b). La normativa in materia di DU è poi ampiamente utilizzata nella definizione dei crimini, aspetto che puo' essere considerato il più interessante e per certi versi il più problematico della rilevanza di tale normativa. Su di esso concentrerò quindi la mia attenzione, mostrando come a questi fini si sia invece fatto ricorso pressoché automatico alle interpretazioni che delle condotte proibite dagli strumenti sui DU danno i relativi meccanismi di controllo (par. 4, 5).

2. La rilevanza davanti ai TPI dei DU nell'ottica della loro protezione dagli abusi di potere

Il sospettato e l'accusato, nonostante il ruolo particolare che l'uno e l'altro svolgono nei procedimenti penali, godono di ampi diritti la cui fonte si trova proprio negli strumenti internazionali in materia di DU oltre che nel diritto consuetudinario, alcuni di tali diritti essendo espressamente previsti anche negli Statuti dei TPI (e poi specificati nei relativi Regolamenti), a volte con qualche variazione rispetto alla normativa in materia di DU[6].

Si tratta in particolare, per quel che riguarda il sospettato, del diritto di essere assistito da un avvocato di sua scelta, di beneficiare del gratuito

[6] È così, per esempio, che il *non bis in idem* opera, a norma degli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, solo a vantaggio della giurisdizione internazionale, la quale invece gode della primazia sulle giurisdizioni nazionali, potendo, seppure a certe condizioni, processare di nuovo un individuo già assolto o condannato davanti a una giurisdizione nazionale. Mi permetto in proposito di rinviare a un mio lavoro: *Concurrent Jurisdictions Between Primacy and Complementarity*, in *International Criminal Justice* (ed. by Roberto Bellelli), Ashgate, 2010, p. 181-209.

patrocinio se indigente e di poter comunicare in una lingua che egli parla e comprende[7].

Per quel che riguarda l'accusato, si tratta anzitutto di alcuni diritti a carattere generale: come quello di essere giudicato da un tribunale indipendente e imparziale stabilito con "legge", il diritto all'uguaglianza davanti al Tribunale, il diritto a un processo equo (*fair trial*) e pubblico (salve alcune eccezioni alla pubblicità), il diritto alla presunzione di innocenza; il diritto all'appello che è direttamente riconosciuto davanti ai TPI attraverso la previsione di un procedimento di 2a istanza, che è al contempo un'istanza di legittimità, il diritto al *ne bis in idem,* il diritto alla riparazione in caso di condanna ingiusta, che non e' previsto dagli Statuti dei TPI, ma lo e' dagli strumenti in materia di diritti dell'uomo ed è stato marginalmente applicato dai due Tribunali *ad hoc*.

Si tratta poi soprattutto di alcuni diritti dell'accusato che specificano il *fair trial*: come il diritto di essere informato in dettaglio delle imputazioni e del loro fondamento in una lingua che comprende; il diritto di avere tempo e risorse adeguate per preparare la propria difesa e di comunicare con l'avvocato di sua scelta, il diritto a essere processato in un tempo ragionevole, il diritto di essere presente al processo e di potersi difendere da solo o tramite un avvocato di fiducia, di essere informato su questo diritto allorchè non abbia l'assistenza legale, di ricevere il gratuito patrocinio in caso di indigenza, di interrogare o far interrogare i testimoni dell'accusa e di chiamare i testimoni a sua difesa alle stesse condizioni dei testimoni dell'accusa, il diritto all'assistenza gratuita di un interprete se non comprende o parla la lingua del Tribunale, di non essere obbligato a testimoniare contro se stesso[8].

Naturalmente, il sospettato e l'accusato godono altresì dei diritti fondamentali riconosciuti a ogni individuo. In tutte le fasi della procedura tali individui devono dunque essere anzitutto trattati con dignità. Vengono poi in considerazione diritti più specifici, in particolare quelli legati alle situazioni di privazione della libertà, autorizzata nei confronti dei sospettati e degli accusati, come nel caso del loro arresto e della loro detenzione preventiva. La legalità dell'arresto e della detenzione preventiva, come lo stesso regime di detenzione, sono anch'essi oggetto degli strumenti in materia di DU, come di strumenti internazionali specifici a tale regime, nonchè di strumenti particolari adottati nel quadro di ciascuno dei TPI.

[7] Art. 18(3)/17(3) TPIY/TPIR, art. 55 CPI)

[8] Per tutti questi diritti si vedano gli articoli 21/20 degli Statuti TPIY/TPIR e 67 dello statuto di Roma.

La giurisprudenza di tali Tribunali è particolarmente interessante su tutti questi aspetti, in particolare in materia di *fair trial*, che, grazie all'opera della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea) e dei due Tribunali *ad hoc*, ma sotto la guida di tale Corte, ha raggiunto *standards* veramente elevati, che hanno trovato una codificazione puntuale nello Statuto di Roma.

Il *fair trial* riceve grande attenzione nella dottrina, tanto penalistica quanto internazionalistica, che anzi, con un approccio riduttivo che non mi sento di condividere, sembra limitare la problematica dei DU nei tribunali penali alla problematica dei diritti della difesa, trascurando spesso di prendere in esame altri numerosi diritti del sospettato e dell'accusato, come anche i diritti di altre categorie di individui che vengono in contatto con l'attività dei TPI e la cui applicazione presenta spesso problematiche diverse da quelle che emergono davanti alle giurisdizioni interne.

In effetti, altri individui vengono in contatto con l'attività dei TPI, come i testimoni e le vittime. Ma gli Statuti dei due Tribunali *ad hoc* evocano queste categorie in termini molto generali ed estremamente sintetici, facendo obbligo al tribunale di assicurare la loro protezione[9], senza peraltro mettere tale obbligo in correlazione con dei diritti. Molto più precise sono invece le disposizioni statutarie, ma soprattutto regolamentari, che si occupano delle misure da adottare per garantire la sicurezza dei testimoni, tanto prima quanto durante e dopo la testimonianza; nella prassi amministrativa di questi Tribunali troviamo, perfino, quando necessario, una riallocazione di testimoni, per ragioni di sicurezza, al di fuori del territorio teatro dei crimini (ciò in particolare per i testimoni dell'accusa). Nel contesto dei TPI si tratta di un aspetto particolarmente delicato per via dei problemi che, in un processo penale per crimini strettamente legati a politiche governative, come lo sono i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità, compreso il genocidio, sorgono nell'ac-

[9] Art. 20(1) TPIY et 21(1) TPIR: "The Trial Chamber shall ensure … that proceeings are conducted … with … and due regard for the protection of victims and witnesses". L'Art. 68 CPI è molto piu' dettagliato, rappresentando essenzialmente una codificazione della giurisprudenza dei due Tribunali (cui si accenna *infra* nel testo): "1. The Court shall take appropriate measures to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims and witnesses. In so doing, the Court shall have regard to all relevant factors, including age, gender as defined in article 7, paragraph 3, and health, and the nature of the crime, in particular, but not limited to, where the crime involves sexual or gender violence or violence against children. The Prosecutor shall take such measures particularly during the investigation and prosecution of such crimes. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial".

certamento della verità attraverso testimonianze che possono perfino mettere a rischio la vita dei testimoni (come appare evidente dalla sorte subita da alcuni testimoni tanto del TPIR che del TPIY). Le varie misure di protezione dei testimoni sono oggetto di una prassi giudiziaria e amministrativa ben consolidata dei due Tribunali *ad hoc*, che cerca di bilanciare il diritto di alcuni testimoni alla protezione con il diritto dell'accusato alla pubblicità del processo e a conoscere prima dell'inizio del processo l'identità dei testimoni dell'accusa. Tale prassi ha rappresentato la fonte di ispirazione per l'analoga normativa contenuta negli strumenti della CPI[10].

Il testimone, nell'importante funzione che egli svolge nel processo penale, può altresì essere toccato nei diritti di cui gode come persona umana. Sono soprattutto i diritti del testimone-vittima, a poter essere messi a rischio di abusi durante l'interrogatorio e il contro-interrogatorio ad opera delle parti, in particolare allorchè l'accusato si difende da solo ed è tentato di reagire in modo non del tutto ortodosso alle risposte, se per lui insoddisfacenti, sulle questioni poste al testimone. Tutto ciò avviene sotto lo stretto controllo della Camera, che a volte si trova a dover intervenire a protezione del testimone dall'invadenza eccessiva della parte che conduce l'interrogatorio, quando non da veri e propri attacchi lesivi della sua *privacy* o perfino aggressivi. Anche questo è un aspetto particolarmente delicato della condotta del processo, poiché la protezione del testimone può venire in conflitto con il diritto della difesa di testare la sua credibilità anche con riferimento a sue condotte tenute prima dei fatti oggetto della testimonianza, nel corso di quegli eventi o successivamente ad essi, spesso con il rischio per l'appunto di una intrusione nella sua vita privata. Né le Camere hanno specifici criteri normativi di riferimento che possano guidarle nel controllo degli interrogatori e contro-interrogatori sotto questo aspetto. Tutto dipende quindi anche dalla sensibilità delle parti, e perché no anche dei giudici, riguardo ai diritti del testimone in quanto persona umana, che deve essere trattata in ogni circostanza con dignità[11], secondo le previsioni della normativa internazionale in materia di DU. È così che particolare attenzione è naturalmente dovuta e viene data ai testimoni che soffrano di problemi di salute, con-

[10] V. Art. 68 dello Statuto di Roma.

[11] In questi termini si è espressa una Camera del TPIY a proposito del rispetto della dignità umana: "The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d'etre* of International humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law", *Furundzija,* Camera 1a istanza, Sentenza del 10 dicembre 1998, par. 183.

cedendo loro, per esempio, pause particolari durante l'interrogatorio o autorizzando la loro deposizione per video-conferenza. Delicato è poi l'interrogatorio dei testimoni che durante gli eventi in considerazione siano state vittime di abusi sessuali, che purtroppo vengono utilizzati nei confronti di uomini, donne, bambini, come arma di guerra e strumento di terrorizzazione della popolazione civile che si intende espellere da determinati territori. Durante queste testimonianze la Camera deve controllare gli interrogatori con particolare sensibilità, spesso ordinando anche le porte chiuse, come eccezione alla pubblicità del processo. Degli interventi "umanitari" delle Camere a protezione dei testimoni troviamo più spesso traccia nelle migliaia di pagine dei processi-verbali delle udienze che nelle loro decisioni (salve, naturalmente le misure di protezione dei testimoni).

I testimoni chiamati dall'una o dall'altra delle parti godono poi di una protezione particolare ad opera di un servizio del "Registry" di ciascuno dei TPI che provvede ai loro bisogni quotidiani durante la loro permanenza all'Aia (per il TPIY e la CPI) o ad Arusha (per il TPIR). Si tratta qui di prassi interna sviluppata dal "Registry" di cui non si trova traccia disponibile al pubblico, o se ne trova soltanto in alcuni processi verbali delle udienze, allorchè i testimoni o le parti rappresentino alla Camera alcuni bisogni particolari. Ma si tratta pur sempre di una prassi amministrativa strumentale a facilitare la deposizione ai fini dell'accertamento della verità, prassi sulla quale le Camere intervengono solo in casi eccezionali. Tale prassi non può tuttavia non essere applicata nel rispetto della dignità della persona umana e dunque non essere sempre ispirata alla normativa in materia di DU. È così, per limitarci a un esempio, che nel TPIR i testimoni-vittime sopravvissute al genocidio arrivano ad Arusha in condizioni di salute molto precarie, molto spesso affetti dall'AIDS. Essi vengono non solo assistiti dal Servizio del "Registry" nei loro bisogni quotidiani, ma anche sottoposti a una terapia medica e psicologica, che purtroppo il più delle volte si interrompe con il loro ritorno a casa.

Se nei due Tribunali *ad hoc* ci si occupa molto marginalmente delle vittime in quanto tali, lo Statuto di Roma riconosce alle vittime diritti molto importanti, come la partecipazione ai procedimenti davanti alla CPI e il diritto alla riparazione. Quest'ultimo è anche, del resto, uno dei diritti fondamentali garantiti dalla normativa in materia di DU e trova ampio e interessante spazio, in virtù di un'apposita norma del Patto e delle Convenzioni regionali in materia di diritti dell'uomo (la Convenzione americana, la Convenzione europea, Convenzione di Banjul), nei rapporti della Commissione interamericana dei DU e nelle decisioni del-

la relativa Corte (CADU), come della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Ma la problematica della partecipazione delle vittime alle procedure, nonchè certamente il loro diritto alla riparazione rappresentano aspetti molto particolari del processo davanti alla CPI, sui quali incide molto marginalmente la normativa in materia di DU[12].

3. L'applicazione della normativa sui DU alla questione della legittimità dei due Tribunali ad hoc e *ad alcuni principi generali di diritto penale*

Nel primo Affare di cui ha dovuto conoscere il TPIY, quello di *Tadic*[13], la Camera di appello, al fine di rispondere alla contestazione da parte della difesa della legittimità stessa della creazione del Tribunale, ha applicato il Patto e la Convenzione europea alla questione pregiudiziale di grande importanza della propria competenza a giudicare Tadic: la Camera ha accertato che l'art. 14 del Patto e l'art. 6 della Convenzione, che impongono *un tribunale stabilito per legge*, erano in effetti rispettati dovendo il termine "legge" essere interpretato in senso ampio e non già quale atto del Parlamento, secondo la nozione che se ne dà nei sistemi statali.

Nell'interpretazione delle disposizioni menzionate del Patto e della Convenzione europea la Camera ha affermato la propria indipendenza rispetto agli specifici meccanismi creati da questi accordi internazionali, rifiutandosi così di adottare automaticamente l'interpretazione che essi danno del termine "legge", quale atto del potere legislativo[14].

[12] Ma la CPI ha avuto occasione di riferirsi alla giurisprudenza della Corte europea per sostenere che la vittima che partecipi alla procedura non può essere considerata come "l'adversaire du ministère public, ni d'ailleurs nécessairement comme son alliée, leur role et leurs objectifs étant clairement distincts" (Affare *Katanga*, Decisione 1° istanza del17 gennaio 2006 sulle domande di partecipazione alla procedura di VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6, par. 51). Inoltre, la stessa camera si è riferita alla giurisprudenza della Corte europea e alla Corte interamericana per affermare il diritto delle vittime di partecipare alla procedura a partire dall'inchiesta.

[13] TPIY, *Tadic*, Decisione del 2 ottobre 1995 sulla giurisdizione. Nello stesso senso vedi TPIR, *Kanyabashi*, Decisione di 1a istanza del 18 giugno 1997 sulla giurisdizione e altre decisioni dei due Tribunali.

[14] In questa occasione, in nome della flessibilità nell'interpretazione del termine "legge", la Camera è perfino arrivata a sostenere che il TPIY, l'unico tribunale penale internazionale esistente al momento della decisione *Tadic*, è più vicino a un tribunale militare che a un tribunale penale interno ordinario: affermazione ben singolare se si pensa alle riserve espresse da alcuni meccanismi operanti in materia di DU sui tribunali militari proprio per la scarsa protezione che essi assicurano ai diritti degli accusati e più in generale ai DU.

Anche su altri aspetti, come quello dell'uguaglianza delle armi, della protezione dei testimoni, della legalità dell'arresto e della detenzione preventiva, è stata evocata la specificità dei TPI e l'indipendenza dalle interpretazioni della normativa in materia di DU date dai meccanismi operanti in questo settore.

Merita tuttavia rilevare che in tutte le ipotesi menzionate, l'indipendenza evocata aveva una ragione strutturale, legata alla questione *sub iudice*. L'interpretazione del termine "legge" di cui all'art. 14 del Patto e all'art 6 della Convenzione, che ne danno i rispettivi meccanismi di controllo ha un fondamento preciso nel fatto che questi due accordi internazionali hanno come *target* i sistemi interni, dove è inequivocabile che il termine "legge" è utilizzato nel significato stretto di atto legislativo parlamentare, che non ha riscontro nel DI. I due Tribunali *ad hoc* sono invece stati creati da un organo dotato di un potere comparabile a quello esecutivo dei sistemi interni. La Camera del TPIY ha quindi ritenuto che il termine "legge" dovesse intendersi come comprensivo della nozione di "rule of law", a suo dire perfettamente radicato nell'attività dei due Tribunali, soprattutto nell'elevata garanzia assicurata ai diritti della difesa.

Con riguardo al principio dell'uguaglianza delle armi fra accusa e difesa si trattava, nel caso specifico *sub iudice*, della necessità, per la sua completa realizzazione, della cooperazione dello Stato[15], cui però i TPI non possono imporre la cooperazione non avendone il controllo, diversamente da quanto avviene per i tribunali interni, che si giovano invece dei poteri coercitivi delle autorità locali. Ciò permetterebbe ai meccanismi di controllo in materia di DU di imporre il rispetto del principio di uguaglianza fra le parti del processo in termini più rigorosi di quanto sia possibile nel quadro dei TPI.

Per la questione della legalità dell'arresto di un accusato era ugualmente questione di una specificità legata al fatto che i meccanismi in materia di DU hanno a che fare con precise e formali procedure interne di privazione della libertà, che non trovano riscontro nelle norme dei TPI relative all'arresto di un sospettato o di un accusato davanti ai tribunali stessi[16].

[15] L'accusato *Tadic* lamentava in appello (v. gli argomenti della difesa nella Sentenza del 15 luglio 1999, par. 29-36) la violazione del principio della parità delle armi a causa della mancata cooperazione del governo della Republika Srpska e delle autorità civili di Prijedor, che gli avrebbero negato l'accesso a una documentazione importante per la sua difesa (*ibidem*, par. 43, 56).

[16] TPIR, *Dokmanovic*, Decisione di 1a istanza del 22 ottobre 1997 sulla richiesta di messa in libertà, par. 59-60.

Anche il diritto dell'accusato di conoscere l'identità del testimone che depone per l'accusa, come più in generale le misure di protezione dei testimoni, ha trovato una restrizione nell'interpretazione datane dal TPIY rispetto a quella dei meccanismi operanti in materia di DU sempre in nome della specificità dei TPI[17].

Peraltro, salve queste marginali eccezioni, i TPI, come vedremo, nell'applicazione della normativa sui DU alla luce della prassi interpretativa datane dagli specifici meccanismi internazionali operanti in questo settore del DI, prendono piuttosto tale prassi in modo automatico a fondamento dell'accertamento che ne fanno le Camere dei tribunali. Del resto, molta acqua è passata sotto i ponti dalla decisione *Tadic*, e dalle prime decisioni che sottolineavano la specificità dei TPI, nell'attività soprattutto dei due Tribunali *ad hoc*, per cui questi trovano ormai una per così dire auto-legittimazione nei propri precedenti giurisprudenziali. Ciò anche in ragione della decisione di appello nell'Affare *Aleksovski* che ha stabilito l'obbligo per le Camere di prima istanza di attenersi alla *ratio decidendi* delle decisioni di appello[18], non essendo peraltro vincolate ai precedenti nei rapporti *inter se*[19], e alla stessa Camera di appello di non discostarsi dai propri precedenti se non per "cogent reasons in the interest of justice"[20].

Anche su questo aspetto la Camera di appello nell'Affare *Aleksovski* si è riferita a una decisione della Corte europea, sebbene non si trattasse di applicare una normativa in materia di DU e ha utilizzato la stessa formula della Corte per imporre alle Camere del Tribunale una specie di regola dello *stare decisis*.

Spesso, dunque, nelle decisioni più recenti, ci si limita a citare i precedenti – più raramente delle Camere di prima istanza che della comune Camera di appello, divenuta fondamentalmente una istanza di legittimità piuttosto che una seconda istanza – in cui si è applicata la normativa sui DU e ci si riferisce alla normativa in materia di DU nelle note piuttosto che nel testo. Ciò proprio per via di questa auto-legittimazione dell'attività dei TPI tramite la loro stessa attività.

[17] *Tadic*, ICTY, Decisione di 1a istanza sulle misure di protezione dei testimoni, 10 agosto 1995, *passim*. La Decisione, pur appoggiandosi sugli strumenti in materia di DU e sulla loro prassi applicativa, si allontana poi dalle interpretazioni date da tali meccanismi in nome della specificità e originalità dei TPI, del livello di gravità dei crimini di cui essi si occupano e della situazione di terrore che regnava in ex-Iugoslavia.

[18] Camera di appello, Sentenza del 24 marzo 2000, par. 113.

[19] *Ibidem*, par. 114.

[20] *Ibidem*, par. 107.

4. La definizione dei crimini oggetto della competenza dei TPI

Diversamente dai crimini contro l'umanità, i crimini di guerra hanno una vita secolare, la cui unica fonte normativa è però rimasta a lungo, essenzialmente fino alle Convenzioni di Ginevra del 1949, soltanto il diritto internazionale consuetudinario. Gli accordi internazionali sui limiti alla violenza bellica, in particolare le Convenzioni de L'Aia adottate a cavallo fra l'ottocento e il novecento, si limitano infatti a vietare certi comportamenti lesivi di diritti dell'individuo nemico nell'ottica soltanto della responsabilità degli Stati belligeranti e, peraltro, a beneficio di interessi di governo piuttosto che di valori umanitari in quanto tali.

Del resto, nonostante le Convenzioni dell'Aia, enunciando nella *clausola Martens* che "[…] i civili e i combattenti rimangono sotto la protezione e l'imperio dei principi del diritto delle genti quali risultano dalle consuetudini stabilite, dai principi di umanità e dai precetti della pubblica coscienza", fossero in qualche misura già ispirate ad alcuni valori umanitari, il Trattato di Versailles, da un lato, con le sue disposizioni in materia di sanzioni (Parte VII, Articoli 227-230), è rimasto nella logica della protezione di interessi governativi, quelli del vincitore nei confronti del vinto e, dall'altro, ha peraltro avuto un impatto molto limitato sulla repressione penale dei crimini di guerra del I conflitto mondiale. Ma anche i Tribunali di Norimberga e Tokyo, pur nel loro effetto dirompente sulla presa di coscienza dei governi e dei popoli dei valori umanitari universali garantiti dalla responsabilizzazione degli individui autori delle gravi violazioni del diritto dei conflitti armati, hanno pur sempre amministrato la giustizia dei vincitori nei confronti dei vinti.

È solo con le Convenzioni di Ginevra del 1949 che, da un lato, valori umanitari universali hanno trovato un riconoscimento più efficace attraverso la normativa che da allora ha assunto per l'appunto la qualificazione di DIU, divenendo altresì applicabile – seppure nei termini ridotti dell'Art. 3 comune – nel contesto di un conflitto armato interno e, dall'altro, troverà un certo spazio la responsabilità penale degli individui autori delle violazioni.

Infatti, la disposizione sulle infrazioni gravi di ciascuna delle quattro Convenzioni e del I Protocollo pone a carico degli Stati parti l'obbligo della repressione penale di tali infrazioni secondo il criterio dell'universalità della giurisdizione, senza tuttavia darne definizioni utilizzabili ai fini di un processo penale.

Se le Convenzioni di Ginevra evocano dal punto di vista della responsabilità penale soltanto alcune gravi violazioni del DIU che si commettano nel corso di un conflitto armato internazionale (per l'appunto le

infrazioni gravi), nel diritto internazionale consuetudinario, grazie anche alla giurisprudenza di alcuni tribunali nazionali, si imponeva una nozione più estesa del crimine di guerra, ricomprendente tutte le violazioni gravi del DIU, non escluse quelle del conflitto armato interno, ciò che poi emerge anche dal testo del Protocollo n. 1 aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra (purtroppo solo rispetto al conflitto armato internazionale). La giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc* ha provveduto peraltro a chiarire in modo definitivo che i crimini di guerra non si limitano alle infrazioni gravi, né alle violazioni del DIU del conflitto armato internazionale[21].

Inoltre, il Protocollo n. 1, con la disposizione dell'Art. 75 garantisce a tutte le persone "che sono in potere di una Parte in conflitto" (par. 1) alcune garanzie fondamentali, ivi elencate (par. 2-7), e che sono corrispondenti ad alcuni diritti fondamentali contemplati negli strumenti in materia di DU, strumenti che peraltro restano ugualmente interamente applicabili se garantiscono a tali persone una protezione più favorevole (par. 8): ciò al fine di proteggere da abusi tutti gli individui che si trovino in potere di uno dei belligeranti, anche al di fuori del contesto specifico della condotta delle ostilità. Anche il Protocollo n. 2, relativo ai conflitti non internazionali evoca naturalmente gli strumenti internazionali sui DU "che offrono alla persona umana una protezione fondamentale" (Preambolo, punto 2) e dà all'Art. 4 un elenco delle garanzie fondamentali (par. 2) di cui debbono godere "tutte le persone che non partecipano direttamente o non partecipano più alle ostilità" (par. 1), prevedendo anche una protezione particolare per i fanciulli (par. 3)[22]. Dal punto di vista della responsabilità penale dell'individuo per le violazioni gravi di tali diritti che si commettano in un contesto di conflitto armato, ma non già

[21] Del resto, nel porre l'obbligo a carico degli Stati parti al sistema convenzionale di Ginevra della repressione delle infrazioni gravi secondo il criterio di giurisdizione universale, non si è affatto inteso escludere la responsabilità penale per le violazioni gravi di altre norme del DIU, che si commettano nel conflitto armato internazionale o interno e che gli Stati hanno l'obbligo di reprimere, sebbene sulla base dei criteri di giurisdizione di cui essi volontariamente si dotino. E ormai, anche tali violazioni rientrano nella competenza dei TPI.

[22] Anche alcune risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite evocano il rispetto dovuto ai diritti fondamentali della persona umana nel contesto di un conflitto armato: vedi per tutte la Ris. 2675/1970, adottata con otto astensioni, sui "Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts", che al p. 1 recita: "Fundamental human rights, as accepted in International law and laid down in international instruments, continue to apply in situations of armed conflicts". Si tratta del resto dei diritti fondamentali anche nelle situazioni di emergenza nazionale, secondo gli strumenti in materia di DU, restano inderogabili. Si tratta inoltre di quei diritti che costituiscono la sovrapposizione fra DIU e DU.

nella condotta delle ostilità contro un nemico esterno o interno, non si tratterebbe di crimini di guerra. Si tratterebbe piuttosto di crimini contro l'umanità posti in essere nella gestione, in tempo di conflitto armato, dell'ordinario potere di governo vuoi in un regime di occupazione militare, vuoi nel corso di una guerra civile[23].

Ma del crimine contro l'umanità non c'è traccia nel sistema di Ginevra. Nonostante la sua previsione negli Statuti di Norimberga e Tokyo – ma solo se connesso con il crimine di guerra – la criminalizzazione dei gravi abusi di potere posti in essere a danno della persona umana come tale non era riuscita a lungo nel dopoguerra a imporsi nel DI: ciò per la riluttanza degli Stati a impegnarsi in un settore che tocca, molto più strettamente della condotta delle ostilità, la gestione dei loro poteri di governo, tanto in tempo di conflitto armato quanto in tempo di pace[24]. A parte alcune normative settoriali, come quella della Convenzione contro il genocidio, quella contro l'*apartheid*, quella contro la tortura, quella sulle sparizioni forzate, la protezione dei diritti fondamentali è rimasta a lungo concepita e operante soltanto nell'ottica della responsabilità internazionale dello Stato e non già della responsabilità penale dell'individuo che concretamente commetta le violazioni.

Ma soprattutto rileva ai nostri fini che, fino al 1998, anno di approvazione e apertura alla firma dello Statuto della CPI, restava del tutto insoluto, per entrambe le categorie di crimini di rilevanza internazionale, il problema delle definizioni delle condotte di individui corrispondenti a violazioni del DIU e dei DU concepite e adottate a livello convenzionale nell'ottica della sola responsabilità dello Stato. Non esistevano a livello internazionale né la definizione del "crimine di guerra", né quella del "crimine contro l'umanità", né definizioni delle diverse fattispecie criminose rientranti in queste due categorie.

Né gli atti istitutivi dei due Tribunali *ad hoc* hanno rimediato a tali carenze.

[23] La distinzione fra DIU e DU è speculare alla distinzione fra crimini di guerra e crimini contro l'umanità del tempo di conflitto armato. Sulla persistente necessità di tenere distinti il DIU e i DU, pur con alcune importanti sovrapposizioni, vedi LATTANZI, *La frontière entre Droit international humanitaire et Droits de l'homme*, in *Des droits de l'homme au droit international pénal. Etudes en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laity Kama*, sous la direction de E. Decaux, A. Dieng and M. Sow, The Hague, 2007, p. 519-570 e la letteratura ivi citata.

[24] La Convenzione contro il genocidio dà una definizione generale di tale crimine, limitandosi, per quanto riguarda i singoli atti rientranti in questa categoria, a elencarli in modo succinto. La Convenzione contro l'*apartheid* non dà una definizione generale del crimine contro l'umanità limitandosi a qualificare come tale il crimine specifico di cui si occupa.

Va anzitutto sottolineato che gli Statuti di tali Tribunali menzionano come oggetto della loro competenza *ratione materiae* soltanto le violazioni gravi del DIU e non già dei DU.

In particolare, l'Art. 1 dello Statuto stabilisce così la competenza del TPIY: "… Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law …" ed esso adotta la logica di Norimberga e Tokyo della contestualizzazione anche dei crimini contro l'umanità soltanto rispetto al conflitto armato, l'art. 5 dello Statuto di detto Tribunale prevedendo la competenza a conoscere di tali crimini "commessi nel corso di un conflitto armato, vuoi internazionale o interno" se diretto "contro una popolazione civile".

Il superamento di questo contesto in un tribunale penale internazionale si realizzerà tuttavia l'anno successivo, con la creazione del TPIR, il cui Statuto collega il crimine contro l'umanità al contesto della discriminazione e non più al conflitto armato e attribuisce al Tribunale la competenza per i crimini di guerra del solo conflitto interno[25].

Ciò nonostante, pur con una formula diversa da quella del TPIY, neppure la disposizione sulla competenza del TPIR fa riferimento alle violazioni gravi dei DU e cioè ai crimini contro l'umanità del tempo di pace. L'Art. 1 determina così la competenza del Tribunale: "Prosecution of Persons responsible for Genocide and **Other** Serious Violations of International Humanitarian Law". Questo esclusivo riferimento al DIU è qui del tutto illogico, visto che il DIU rappresenta la normativa che pone un limite alla violenza bellica, che la competenza temporale del Tribunale si estende oltre la cessazione del conflitto armato (fine 1994, mentre il conflitto era cessato il 17 luglio dello stesso anno), che la discriminazione, contesto dei crimini contro l'umanità, è oggetto di una interdizione ad opera di una norma fondamentale, per l'appunto di copertura di tutta la normativa in materia di DU[26] e visto che il genocidio – crimine pre-

[25] Si trattava del resto di situazioni, come prese in considerazione dal Consiglio di sicurezza, diverse: il TPIY è nato allorchè i conflitti armati, internazionale e interni, erano ancora in corso sui territori della ex-Iugoslavia e la pacificazione da raggiungere anche tramite la repressione dei crimini era strettamente legata alla cessazione di tali conflitti, senza un limite temporale puntuale. Il TPIR è invece nato a conflitto interno ormai cessato (17 luglio 1994) e la sua competenza *ratione temporis* veniva puntualmente determinata al di là di tale cessazione (fine 1994), allorchè tuttavia sussisteva ancora il contesto della discriminazione, cui il nuovo sistema di governo era in corso di far fronte con l'adozione di specifiche normative.

[26] I riferimenti nei due Statuti al solo DIU, soprattutto in quello del TPIR, si spiegano in ragione della confusione che regna non solo in dottrina, ma anche e soprattutto tra gli operatori delle Nazioni Unite, fra DIU e DU, fra crimini di guerra e crimini contro l'umanità. È vero che i crimini contro l'umanità rilevano anche con riguardo al tempo di guerra, come del resto i DU che sono la loro fonte, ma essi sono essenzialmente crimini

sente in quasi tutti gli atti di accusa del TPIR – è un crimine tanto del tempo di guerra che del tempo di pace e, anzi, non è affatto contemplato fra le violazioni degli strumenti di DIU.

A ogni buon conto, negli Statuti di entrambi i Tribunali *ad hoc* non si dà neppure la qualificazione generale del crimine di guerra, utilizzandosi per questi crimini la tecnica mista del rinvio a strumenti internazionali contenenti la normativa sui conflitti armati e dell'elencazione di certe violazioni gravi di tale normativa senza però darne una definizione.

È così che lo Statuto del TPIY rinvia nell'Art. 2 alle infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra del 1949, di cui dà altresì un elenco seppure non esaustivo (**namely** the following acts …), e nell'art. 3 alle violazioni delle "laws or customs of war", dandone anche qui un elenco non esaustivo (such violations shall include, **but not be limited to**…).

Lo Statuto del TPIR, d'altro canto, per la determinazione dei crimini di guerra del solo conflitto interno rinvia all'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e al II Protocollo aggiuntivo, dando altresì una lista, non esaustiva (anche qui **but not be limited to…)**, dei singoli atti qualificabili come "crimini di guerra".

Per quanto riguarda i crimini contro l'umanità, entrambi gli Statuti ne danno invece una definizione generale, relativa al contesto, che come si è visto, è diverso nei due Statuti. Anche qui è poi contenuto un elenco non esaustivo dei singoli atti rientranti in questa categoria di crimini, in

del tempo di pace. D'altronde, su tale distinzione, necessaria soprattutto nel contesto di un conflitto armato, neppure la giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc* ha contribuito a fare la dovuta chiarezza, sebbene abbia a volte corretto l'impostazione riduttiva degli Statuti riferendosi ai crimini contro l'umanità come violazioni gravi dei DU piuttosto che del DIU. È forse una decisione nell'Affare *Tadic* (Decisione di appello sulla giurisdizione del 2 October 1995, par. 138-142, Sentenza di 1a istanza, 7 May 1997, par. 618-623) che ha fornito molto sinteticamente l'elemento rilevante per una distinzione fra le due categorie di crimini in un contesto di conflitto armato: la Camera ha infatti sostenuto che per quel che riguarda il crimine contro l'umanità basta determinare l'esistenza del conflitto mentre nel caso del crimine di guerra è necessario un *link* più stretto, quello con la condotta delle ostilità. In altre decisioni sembra invece sottolinearsi quale elemento caratterizzante i crimini contro l'umanità, e distintivo rispetto al crimine di guerra, il fatto che il primo sia commesso in modo sistematico o su larga scala (*Limaj*, Sentenza di 1° istanza del 30 novembre 2005, par. 228, *Martic*, Sentenza di appello dell'8 ottobre 2008, par. 310). Tali elementi sono peraltro assenti nella formulazione dell'art. 5 dello Statuto del TPIY (sono invece presenti nell'art. 3 di quello del TPIR) e sono quindi frutto solo di elaborazione giurisprudenziale, forse proprio per il bisogno delle Camere di ricercare il tratto che distingue il crimine contro l'umanità dal crimine di guerra. Si vorrebbe dire con ciò che il crimine di guerra non è mai condotto in modo sistematico o su larga scala? Ma ciò è smentito dal Cappello dell'Art. 8 dello Statuto di Roma (dagli eventi della II guerra mondiale).

ragione di una norma di apertura alla fine dell'elenco: **other inhumane acts**.

Per il genocidio ci si limita a riprendere alla lettera le disposizioni della Convenzione del 1948, tanto nella definizione generale, quanto nell'elenco dei singoli atti, quanto nelle forme di responsabilità.

Nessuna definizione si contempla quindi nei due Statuti con riguardo ai singoli atti rientranti nelle tre categorie.

Lo Statuto di Roma, invece, menziona in modo generico i "most serious crimes of concern to the International community as a whole" (Preambolo, punto 9) o, in modo equivalente, i "most serious crimes of International concern" (Art. 1). La competenza *ratione materiae* è poi stabilita nell'art. 5 su genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimine di aggressione.

Inoltre, tale Statuto contiene una codificazione dei singoli atti rientranti in ciascuna delle prime tre categorie di crimini (per il crimine di aggressione è difficile parlare già di una codificazione…), le cui definizioni vanno lette anche alla luce del documento sugli Elementi dei crimini. Ma neppure qui le definizioni sono dettagliate e precise, e quindi tassative, almeno per quanto normalmente si esigerebbe da un codice di diritto penale affinchè il potere giudiziario possa applicare le norme penali nel pieno rispetto del principio di legalità (secondo la logica stretta con cui tale principio è applicato nei Paesi di *civil law*).

Inoltre, come si è già accennato, lo Statuto di Roma contiene una norma generale di rinvio alla normativa consuetudinaria e convenzionale in materia di DU, rinvio che formalizza l'utilizzazione in qualsiasi aspetto dell'attività della Corte, anche ai fini della definizione dei crimini, della normativa internazionale in materia di diritti fondamentali.

Per i crimini di guerra, anche nello Statuto di Roma si ricorre alla tecnica mista tanto del rinvio ad altri strumenti pattizi o al diritto consuetudinario quanto dell'elencazione dei singoli atti rientranti nel crimine di guerra. È così che, per il conflitto internazionale, si rinvia alle infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra (Art. 8(2a)), nonché alle altre serie violazioni delle leggi e consuetudini di guerra (art. 8(2b)), ma non al I Protocollo aggiuntivo, e, per il conflitto armato non internazionale, si evocano le serie violazioni dell'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra (all'art. 8(3c)), ma non del II Protocollo. Nello stesso paragrafo e negli stessi sottoparagrafi si elencano anche i singoli atti rientranti fra i crimini di guerra del conflitto armato internazionale o del conflitto armato non internazionale, gli elenchi essendo peraltro molto più ampi di quelli contenuti negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*. Le descrizioni di tali crimini sono però molto meno precise di quelle dei crimini contro

l'umanità. Ma ciò si spiega tanto in ragione della storia secolare di buona parte di questi crimini, su cui esiste una giurisprudenza di tribunali interni, nonché dei Tribunali di Norimberga e Tokyo, oltre che dei Tribunali operanti in Germania in applicazione della Legge n. 10 del Consiglio di Controllo alleato, quanto del fatto che alcune fattispecie criminose coincidono nell'*actus reus* con quelle dei crimini contro l'umanità (per esempio, la tortura, il trattamento disumano, lo stupro ecc.).

Il crimine contro l'umanità nei suoi elementi generali è definito in termini diversi rispetto agli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, sebbene anche qui in termini a mio avviso riduttivi[27]. I singoli atti rientranti nel crimine contro l'umanità sono poi elencati con l'aggiunta, rispetto a quelli previsti negli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, della sparizione forzata di persone e dell'*apartheid*, e anche qui con la finale norma di apertura, ma più precisa che nei due Statuti suddetti. Seguono poi le definizioni piuttosto dettagliate dei singoli atti, che si completano con l'ausilio degli elementi dei crimini e l'indicazione ulteriore dei significati con cui alcuni termini sono utilizzati.

Anche qui per il genocidio non si fa altro che ripetere le disposizioni della Convenzione del 1948 tanto per la definizione della categoria generale quanto per l'elenco dei singoli atti[28], le cui definizioni possono giovarsi soltanto dell'ausilio del Documento sugli Elementi dei crimini.

Dalla lettura di questa codificazione – di cui non posso fare qui un esame – si evince chiaramente che le definizioni accolte dei singoli atti rientranti nel crimine contro l'umanità e nel crimine di guerra sono debitrici della normativa internazionale in materia di DU, secondo l'approccio della giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc*, che anche su que-

[27] A mio avviso, restano fuori da tale definizione molte violazioni gravi dei DU che possono commettersi tanto in tempo di pace che in tempo di guerra. Ritengo cioè che la nozione generale di crimine contro l'umanità sia più ampia di quella accolta nello Statuto di Roma nell'Art. 7: qui la qualificazione di un atto come crimine contro l'umanità è sottoposta a una soglia molto elevata. Ma vi si precisa altresì che la definizione è "for the purpose of this Statute", senza pregiudizio quindi di una diversa nozione, soprattutto di diritto consuetudinario. Anche se, purtroppo, di diritto consuetudinario con riguardo al crimine contro l'umanità è difficile parlare per il periodo precedente l'adozione dello Statuto, mentre la definizione ivi adottata condiziona il diritto consuetudinario in materia (Su una nozione più estesa del crimine contro l'umanità mi permetto di rinviare a un mio lavoro: *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*. *Current Developments*, H. Fischer/C. Kress/S. Rolf Luder eds., Berlin Verlag, 2002, p. 473-505.

[28] Diversamente dagli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, in quello della CPI non si incorporano nell'Art. 6 le disposizioni della Convenzione sul genocidio relative alle forme di responsabilità.

sto aspetto ha rappresentato la fonte ispiratrice della normativa di Roma.

Vediamo questa giurisprudenza, in alcuni tratti salienti.

5. *La definizione dei crimini nella giurisprudenza dei TPI*

a) *l'interpretazione dell'espressione "altri atti inumani"*

Per la determinazione della disposizione già evocata, contenuta alla fine dell'elenco dei crimini contro l'umanità – "other inhuman acts" –, la Camera di prima istanza nell'Affare *Kupreskic*[29] ha anzitutto ricordato che l'espressione viene dal Trattato di Londra istitutivo del Tribunale di Norimberga e dalla Legge n. 10 del Consiglio di Controllo alleato per la Germania, non potendo peraltro identificare alcuno strumento che ne dia una definizione. Ritenendo che la regola dell'*eiusdem generis*, in ragione della sua genericità, non possa essere di grande aiuto nell'interpretazione dell'espressione in questione, nonostante le numerose decisioni di tribunali interni che vi hanno fatto ricorso, la Camera si è riferita alla normativa internazionale in materia di diritti dell'uomo – come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il Patto – per trovarvi "a set of basic rights appertaining to human beings, the infringement of which may amount, depending on the accompanying circumstances, to a crime against humanity". Nell'evocare alcuni esempi di tali "basic rights", la Camera si è riferita altresì agli strumenti regionali in materia di DU – in particolare la Convenzione inter-americana che protegge dalle sparizioni forzate –, nonché ad alcuni strumenti "universali", come la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulle sparizioni forzate. Essa ne ha concluso che "once the legal parameters for determining the content of the category of 'inhumane acts' are identified, resort to the *ejusdem generis* rule for the purpose of comparing and assessing the gravity of the prohibited act may be warranted". Così, in applicazione della regola in questione si potrebbero identificare gli "altri atti inumani" della stessa gravità di quelli contemplati nell'art. 5 e volti alla protezione di diritti fondamentali.

b) *la nozione di persecuzione*

Un'operazione interpretativa analoga a quella sopra evocata è stata compiuta dal TPIY nella determinazione della nozione di crimine di persecuzione quale crimine contro l'umanità, di cui il Tribunale si è occupato in numerosi affari, in 1a istanza e in appello.

[29] *Kupreskic,* Sentenza di 1a istanza del 14 gennaio 2000, par. 566.

Anche per questo crimine si è fatto ricorso agli strumenti normativi in materia di DU, universali e regionali, al fine di identificare i diritti fondamentali la cui violazione, se posta in essere con intenti discriminatori nei confronti dei membri di un gruppo, può definirsi persecuzione.

Nell'Affare *Kupreskic*, la Camera di prima istanza ha infatti tenuto a precisare che "not every denial of a human right may constitute a crime against humanity", visto che "only gross and blatant denials of fundamental human rights can constitute crimes against humanity"[30] (par. 618-619). Essa è quindi arrivata alla seguente definizione dell'atto di persecuzione: "the gross and blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5" [31].

Dunque, la violazione sistematica o su larga scala – elementi alternativi, costitutivi del crimine contro l'umanità – di uno dei diritti fondamentali garantiti dagli strumenti in materia di DU costituisce automaticamente il crimine "atto inumano", mentre per aversi il crimine di persecuzione siffatta violazione deve accompagnarsi a un intento discriminatorio.

Nel contesto della definizione del crimine di persecuzione, i due Tribunali *ad hoc* si sono occupati anche del "discorso dell'odio" come possibile forma di persecuzione. Nell'Affare *Kordic*[32] si è categoricamente escluso che esso sia criminalizzato nel diritto internazionale fra i crimini contro l'umanità come atto di persecuzione, crimine che è contemplato negli Statuti di entrambi i Tribunali *ad hoc*, come della CPI. Nell'Affare dei *Media* del TPIR, invece, la Camera di appello ha fatto rientrare nella persecuzione i discorsi dell'odio della c.d. Radio delle Mille Colline nel loro effetto cumulativo e in ragione del contesto della campagna di odio nei confronti dei Tutsi. Il ragionamento avrebbe potuto essere condotto con maggiore linearità ai fini di una soluzione non solo del caso di specie. La Camera di appello dei due Tribunali *ad hoc* è portata spesso a dare interpretazioni in astratto, *obiter dicta* utilizzabili in iptesi analoghe, ciò che qui non ha fatto. Essa ha anzitutto stabilito che "the hate speech targeting a population on the basis of ethnicity, or any other discriminatory ground, violates the right to respect for the dignity of the members of the targeted group as human being, and therefore constitutes "actual discrimination", come lo "speech inciting to violence against a population on the basis of ethnicity, or any other discirminatory

[30] Sentenza del 14 gennaio 2000, par. 618-619.
[31] *Kupreskic*, Camera 1° istanza, sentenza del 14 gennaio 2000, par. 621.
[32] TPIY, Sentenza di 1a istanza del 26 febbraio 2001, par. 209.

ground, violates the right of security of the members of the group and therefore constitutes "actual discrimination". Ma poi essa ha aggiunto che il "discorso dell'odio" come tale non può comportare la violazione del diritto alla vita, alla libertà e all'integrità fisica dell'essere umano: "… other persons need to intervene before such violazione can occur". Tale affermazione mi sembra escludere che il discorso dell'odio semplicemente discriminatorio possa in sé costituire un crimine contro l'umanità, poiché la discriminazione non è ricompresa tra i crimini contro l'umanità elencati nello Statuto. Dalla successiva affermazione della Camera che "it is not necessary to decide here whether, in themselves, mere hate speeches not inciting violence against the members of a group are of a level of gravity equivalent to that for other crimes against humanity" sembra invece dedursi che la Camera non si voglia pronunciare in astratto su tale aspetto[33].

A parte la rilevata scarsa chiarezza delle affermazioni della Camera, io mi chiedo, il divieto di discriminazione costituisce una norma fondamentale solo strumentale ad altri diritti o crea anch'essa un diritto fondamentale? Nella seconda ipotesi, il discorso dell'odio puramente discriminatorio non potrebbe essere ricompreso fra gli "altri atti disumani" secondo la nozione che gli stessi Tribunali *ad hoc* ne hanno dato? Ma ogni buon conto, se come la Camera ha stabilito, il discorso dell'odio viola il diritto al rispetto della dignità dei membri di un gruppo, perché la violazione di tale diritto non sarebbe di gravità equivalente agli altri crimini di cui all'art. 5/3, degli Statuti rispettivamente del TPIY e del TPIR?

[33] La questione non risulta chiara neppure alla luce delle due opinioni dissidenti, quella del giudice Pocar e quella del giudice Meron. Nella prima si sostiene che la Camera non ha stabilito in modo definitivo se il discorso dell'odio possa costituire in sé un atto di persecuzione, cosa che invece il giudice Pocar sostiene essere evidente nel caso di specie. L'opinione dissidente del giudice Meron va invece nella direzione del tutto opposta, poiché vi si sostiene che il discorso dell'odio non può essere ricompreso nel crimine di persecuzione poichè nel DI e nello Statuto del Tribunale esso non è criminalizzato, ma è anzi protetto in nome della libertà di espressione. Il discorso dell'odio sarebbe solo oggetto di un divieto nel Patto e nella Convenzione sulla discriminazione razziale, cui peraltro, il giudice sottolinea, sono state apposte alcune riserve. A mio avviso, però, l'opinione del giudice Meron è tesa a dimostrare la non criminalizzazione a livello internazionale del discorso dell'odio in sé, piuttosto che ad approfondire la questione della possibile sua qualificazione, in determinate circostanze, come persecuzione. Sulla persecuzione stessa come crimine egli sembra nutrire dei dubbi, poiché riporta, con una certa approvazione, la posizione espressa dall'*amicus curiae* (l'Open Society) sulla genericità di tale crimine. Insomma, a me pare che con la sentenza dei *Media* la questione della persecuzione nella forma del discorso dell'odio in sé considerato non è chiusa e gli strumenti in materia di DU sono di scarsa assistenza al fine della sua soluzione.

A ogni buon conto, nel caso di specie la Camera ha concluso che i discorsi dell'odio diffusi dalla Radio delle Mille Colline, "**considered as a whole and in their context**, were… of a gravity equivalent to other crimes against humanity".

Come appare evidente, tanto per gli altri "atti inumani" quanto per la persecuzione, la normativa in materia di DU è stata utilizzata non già per le definizioni in sé, ma solo per la determinazione dei diritti fondamentali strumentali a tali definizioni (nonché, per la persecuzione, vi si è fatto ricorso anche per il principio di non discriminazione), ragion per cui non si è presa in considerazione la prassi dei meccanismi di controllo in materia di DU, sebbene la CADU se ne occupi in applicazione della Convenzione contro le sparizione forzate (mentre la Corte europea non ha un'analoga normativa di riferimento).

A tale prassi si è invece fatto ricorso per la definizione degli *actus rei* di altri crimini, che corrispondono alle condotte vietate agli Stati – e, per l'effetto orizzontale, agli individui – dagli strumenti in materia di DU.

c) *la nozione di tortura*

Nei due Tribunali *ad hoc*, per la determinazione della nozione di tortura quale crimine contro l'umanità o crimine di guerra si è fatto ricorso alla Convenzione sulla tortura del 1984 e all'elemento della condotta vietata allo Stato e oggetto dell'obbligo di reprimere la condotta individuale corrispondente: il fatto di causare un grande dolore o una grande sofferenza fisica o morale. I Tribunali hanno anche affermato che tale definizione è dichiarativa del diritto internazionale generale. Ci si è naturalmente riferiti a tutti gli strumenti internazionali che si occupano di definire la tortura, nonché alla prassi in materia applicativa di tali strumenti[34].

Al fine di determinare il grado di sofferenza perché una condotta possa considerarsi tortura, i Tribunali hanno poi utilizzato soprattutto la giurisprudenza della Corte europea[35]. Alla luce di tale giurisprudenza si è ritenuto infondato l'argomento della difesa che, per essere qualificata come tortura, una condotta dovrebbe produrre un dolore fisico "equivalent in intensity to the pain accompanying serious physical injury, such as organ failure, impairment of bodily function or even death", secondo la definizione datane il 1 agosto 2002 dall'Office of Legal Counsel of the

[34] TPIY, *Celebici Camp*, Sentenza di 1a istanza del 16 November 1998, dove, nei par. 452-574, si esaminano tutti gli strumenti internazionali che definiscono l'atto di tortura alla luce della lettura che ne danno i relativi meccanismi di controllo.

[35] *Ibidem* e *Akayesu*, cit.

United States Justice Department[36]. L'argomento della difesa non poteva che essere respinto.

L'altro aspetto di sicuro interesse affrontato in modo approfondito dai due Tribunali *ad hoc* è stato quello della rilevanza dell'elemento della nozione di tortura rappresentato dallo *status* ufficiale dell'autore, secondo la definizione che ne è data nella Convenzione del 1984 (dove si vieta e si obbliga a reprimere la "tortura di Stato", che si ponga in essere durante gli interrogatori di polizia). In alcune decisioni meno recenti era stata accolta anche su questo aspetto la definizione della suddetta Convenzione che era stata considerata di diritto internazionale generale[37]. Finalmente, come era corretto che fosse in applicazione della normativa in materia di DU, la Camera di Prima istanza in *Kunarac*, confermata dalla Camera di appello, ha escluso che l'elemento dello *State-actor* come autore dell'atto di tortura sia di diritto internazionale generale[38]. A tal fine essa si è altresì lanciata in una disamina della differenza fra DIU e DIP da una parte e DU dall'altra[39]. La Camera ha sostenuto che, nell'approccio da parte del DIU e soprattutto del DIP, la responsabilità dell'individuo-autore non dipende dalla partecipazione dello Stato alla violazione, diversamente da quanto avverrebbe, a suo dire, nella normativa sui DU, dove la violazione è quella dello Stato. A me tale argomento non pare pertinente: il fatto che per questa normativa rilevi solo la responsabilità dello Stato in che modo può incidere sulla definizione della condotta qualificabile come tortura, visto che la Corte europea ha più volte sostenuto l'effetto orizzontale delle violazioni dei diritti protetti e la partecipazione dello Stato ad esse può anche essere solo omissiva? La Corte europea e il Comitato del Patto hanno in effetti applicato in modo più esteso l'atto di tortura dal punto di vista dell'autore, non limitandolo allo *State-actor*. Questa prassi dei due meccanismi è stata fatta propria dalla Camera, che proprio su questa base ha ritenuto la nozione della Convenzione del 1984 non conforme al diritto internazionale generale[40].

[36] TPIY, *Brdjanin*, Sentenza di appello del 3 aprile 2007, par. 244.

[37] TPIR, *Akayesu*, Sentenza di 1a istanza del 2 settembre 1998, par. 593, *Celebici*, par. 454, *Furundjia,* cit., par. 145.

[38] *Kunarac 22 febbraio 2001,* Trial Judgement, paras 488-496: oltre ai motivi della punizione o di ricercare con la forza informazioni, essa aggiunge alla definizione della tortura il motivo della discriminazione; *Kunarac 12 giugno 2002* Appeal Judgement, para. 147-148; nello stesso senso *Simić 17 ottobre 2003* Trial Judgement, para. 82, *Brdjanin*, Sentenza di 1a istanza, 1 settembre 2004, par. 488-489 e altre successive decisioni dei due Tribunali *ad hoc*.

[39] *Kunarac* cit., par. 488-497.

[40] Del resto, la Convenzione del 1984 sulla tortura non è una tipica normativa in materia di DU, poiché si occupa altresì della responsabilità penale dell'individuo.

Anche in ragione di ciò non mi è chiaro quale rilevanza potesse avere il discorso sulla differenza fra DIU, DIP, da una parte, e DU, dall'altra, che la Camera ha svolto in connessione con l'elemento in questione della tortura come crimine.

g) la definizione di stupro

Della definizione di stupro come crimine contro l'umanità si è occupato anzitutto il TPIR, nel primo Affare da esso giudicato, *Akayesu*, mentre i primi atti di accusa del TPIY trascuravano del tutto tale crimine[41].

I due tribunali non avevano alcun riferimento normativo per la definizione dello stupro né nella normativa di DIU, né in quella dei DU. Nell'Affare *Kunarac*, riprendendo gli argomenti già svolti in *Furundzija*, si è quindi fatto ricorso ai principi di diritto penale comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici del mondo e alla prassi delle giurisdizioni nazionali[42].

Nello stesso Affare, la Camera rilevava tuttavia che nelle precedenti decisioni si era trascurato il fatto che in presenza di una prassi interna pressoché uniforme si può ritenere formata una norma internazionale di carattere consuetudinario, come era avvenuto, a suo dire, per la definizione dello stupro e per i suoi elementi costitutivi[43]. Rispetto a uno di questi, quello del consenso della vittima, la Camera era altresì critica rispetto alla precedenti decisioni – in particolare quella nell'Affare *Furundzija* – per avere esse ristretto eccessivamente l'elemento dell'assenza del consenso facendolo coincidere con la sottomissione all'uso della forza o alla minaccia della forza da parte dell'autore del crimine. Secondo la Camera, assume invece anche rilevanza l'impossibilità della vittima di resistere in ragione delle circostanze particolari in cui essa si trova, circostanze che ne aumentano la vulnerabilità soprattutto nel contesto degli eventi *sub iudice*[44].

Queste due prese di posizione rappresentano uno sviluppo molto importante a vantaggio delle vittime di stupro nonché nell'ottica della responsabilità penale dell'autore[45], anche in considerazione del fatto che

[41] Neppure l'Atto di accusa contro Akayesu si occupava dello stupro, ma varie deposizioni ponevano l'accento sugli atti di stupro commessi nel corso degli eventi oggetto dell'Atto di accusa e, dunque, la pressione delle ONG ha portato a una integrazione di tale Atto con lo stupro fra i capi di imputazione.

[42] *Kunarac*, Sentenza di 1a istanza del 22 febbraio 2201, par. 437.

[43] *Ibidem*, par. 439.

[44] *Ibidem*, par. 438-460.

[45] Spero che questi sviluppi possano avere una ricaduta anche sulle giurisdizioni interne, che troppo spesso applicano l'elemento dell'assenza del consenso in modo estremamente riduttivo.

esse sono del tutto indipendenti dagli strumenti e dalla prassi dei meccanismi in materia di DU e quindi frutto originale di un ragionamento dei TPI coerente con la situazione in cui le vittime di stupro, uomini, donne, bambini, si sono trovate nel 1994 in Ruanda e durante tutto il periodo dei conflitti in ex-Iugoslavia, come in tutte le situazioni oggetto della competenza della CPI.

A tale normativa ci si è però ampiamente riferiti nei TPI per qualificare lo stupro come atto di tortura[46] ai fini delle disposizioni statutarie relative tanto al crimine di guerra, quanto al crimine contro l'umanità, quanto ancora al genocidio.

L'aspetto più rilevante di tale qualificazione è quanto ha sostenuto la Camera di appello in *Kunarac* per rispondere all'argomento della difesa che nella violenza sessuale, motivata solo dalla gratificazione sessuale, difetterebbe la *mens rea* della tortura. La Camera si è lanciata in una approfondita disamina della differenza fra "intenzione" e "motivazione", per dimostrare che una motivazione personale non esclude l'intenzione dell'autore di compiere con la violenza sessuale un atto di tortura né esclude che l'atto provochi alla vittima una grande sofferenza[47], elemento ampiamente evocato nell'esame della tortura con riferimento all'utilizzazione della normativa in materia di DU.

6. Alcune considerazioni conclusive sulla definizione dei crimini

Dall'esame, peraltro frammentario e affatto esaustivo, della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* e della normativa dello Statuto di Roma si evince chiaramente che quasi sempre per definire gli *actus rei* dei crimini di competenza dei TPI si utilizzano automaticamente, quando esistono, le definizioni contenute nella normativa in materia di DU e sviluppate dai relativi meccanismi di controllo. I TPI si limitano a fornire alcuni contributi alle definizioni dei crimini allorchè, come per lo stupro, la normativa in questione e i relativi meccanismi di controllo sono di scarsa assistenza.

È peraltro pacifico che gli interessi e i relativi diritti individuali protetti dal DIP nell'ottica della responsabilità penale dell'individuo coincidono con gli interessi e i diritti fondamentali oggetto degli strumenti in materia di diritti della persona umana come tale e volti a responsabilizzare lo Stato. Non ci si può dunque sorprendere che la normativa nata e

[46] Affare *Kunarac*, Sentenza di appello, 12 giugno 2002 e i precedenti del TPIR e del TPIY ivi citati, par. 179-186.

[47] *Ibidem*, 153-155.

operante per la protezione dell'individuo da ingerenze indebite dello Stato, nell'ottica della sua responsabilità internazionale, venga utilizzata anche per la definizione dei crimini che si sono imposti a livello internazionale nell'ottica della responsabilizzazione dell'individuo-autore.

Tale approccio è però oggetto di critica ad opera di una parte, direi minoritaria, della dottrina. Si dice in particolare che le Camere dei TPI, ricorrendo per la definizione dei crimini, e cioè di atti comportanti una responsabilità penale di individui – ai fini della determinazione degli *actus rei* – a strumenti che invece si occupano della responsabilità degli Stati per le violazioni di diritti individuali – tanto il DIU che i DU –, compiono un salto logico dal comportamento statale al comportamento individuale. Un ulteriore salto, ma qui in un totale vuoto giuridico, sarebbe poi realizzato dalle Camere con la criminalizzazione individuale dell'atto allorchè manchi qualsiasi normativa di riferimento.

Non condivido affatto questa ricostruzione dell'operazione logica (o delle operazioni logiche) che i giudici del DIP compiono nella determinazione della nozione dagli atti singoli rientranti nel genocidio, nel crimine di guerra e nel crimine contro l'umanità. Ritengo infatti tuttora valida la vecchia affermazione contenuta nella sentenza di Norimberga che alla base di qualsiasi comportamento statale c'è sempre un comportamento individuale. In concreto, non si tratta cioè del comportamento dell'entità istituzionale (Stato o gruppo insurrezionale), ma del comportamento di un individuo che allo Stato (o al gruppo insurrezionale) può essere o non essere attribuito sul piano interno o sul piano internazionale a seconda del legame fra l'individuo e l'entità. Anche dal punto di vista logico-normativo viene preso in considerazione anzitutto il comportamento individuale, e poi attraverso un'operazione di attribuzione in relazione all'esistenza di un rapporto "organico", il comportamento individuale viene o meno qualificato, nell'ottica della normativa in materia di DU, come comportamento dello Stato sul piano internazionale.

Quanto poi alla questione della criminalizzazione, per quanto riguarda molti crimini di guerra essa affonda le radici in un diritto internazionale consuetudinario secolare. I crimini contro l'umanità, invece, hanno certamente una vita breve, soprattutto quelli del tempo di pace. Per il tempo di conflitto armato, i crimini contro l'umanità hanno iniziato il loro cammino nel DI a partire dal Trattato di Londra istitutivo del Tribunale di Norimberga, per continuarlo con la Legge n. 10 del Consiglio di controllo alleato e le sentenze decise dai Tribunali delle Potenze occupanti la Germania, che poi si è occupata anche dei crimini contro l'umanità indipendentemente dal conflitto. I crimini contro l'umanità del conflitto armato hanno poi ricevuto una consacrazione ad opera

dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite con l'adozione nel 1950 dei Principi di Norimberga. E i due Protocolli aggiuntivi del 1977, con le incorporazioni dei DU nel testo normativo e l'estensione a tutte le infrazioni del sistema di Ginevra dell'obbligo statale della repressione penale, hanno dato un ulteriore impulso a tale cammino. Il fatto che tali Protocolli vedano una scarsa partecipazione degli Stati incide a mio avviso su alcune norme sostanziali relative alle condotte e ai divieti (molte essendo ormai di diritto internazionale generale, come risulta in numerose decisioni del TPIY e dai lavori preparatori dello Statuto di Roma) e non già sul principio, ormai affermatosi a livello internazionale in modo inequivocabile, che l'efficacia del DI non può più riposare sulla sola responsabilità degli Stati, ma che, per certi aspetti della convivenza fra gli Stati e all'interno degli Stati, soltanto la responsabilizzazione dell'individuo autore diretto di una violazione può giovare a ristabilire la legalità e a fungere da deterrenza per il futuro. I crimini contro l'umanità del tempo di pace hanno invece una vita dura e più breve. La loro sistemazione organica coincide essenzialmente con l'approvazione dello Statuto di Roma. Ma, già la Legge n. 10 del Consiglio di Controllo alleato considerava i crimini contro l'umanità indipendentemente dal conflitto armato e subito dopo la fine della II guerra mondiale si è dato inizio all'approvazione di Convenzioni internazionali relative ad alcuni specifici crimini contro l'umanità, a prescindere da loro collegamento con il tempo di guerra (genocidio, apartheid, tortura, sparizioni forzate) e di altri numerosi strumenti internazionali a carattere non vincolante. Il Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità dava anch'esso una sistemazione organica a tali crimini[48], seppure non vincolante. D'altro canto, lo Statuto del TPIR ha codificato nell'Art. 3, come abbiamo visto, il principio della responsabilità penale per i crimini contro l'umanità del tempo di pace. I TPI si giovano di tutta la suddetta normativa per dimostrare che il principio in questione era allora patrimonio del diritto internazionale generale già prima del TPIR[49].

Non può neppure sorprendere che la normativa in materia di DU viene utilizzata per le definizioni tanto dei crimini contro l'umanità, compreso il genocidio, che dei crimini di guerra. Se, infatti, un tempo il diritto dei conflitti armati era essenzialmente volto a proteggere interessi

[48] Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, approvato in versione definitiva dalla Commissione del diritto internazionale nel 1996, che, purtroppo però, collega il crimine contro l'umanità a una policy di governo o di un gruppo, come lo Statuto della CPI.

[49] Si veda in particolare ICTY, *Tadic*, Sentenza di 1° istanza del 07 maggio 1997, par. 618-623.

essenziali di governo (con la riserva delle crudeltà inutili in tempi più antichi e della *clausola Martens* con le convenzioni dell'Aia), ormai tale *corpus* normativo è diventato per l'appunto DIU, essendosi il diritto dei conflitti armati definitivamente e profondamente umanizzato a seguito, purtroppo, soltanto delle atrocità della II guerra mondiale.

È così che, per restare sullo stesso esempio, l'atto di tortura come comportamento dello Stato o come crimine di guerra o crimine contro l'umanità o atto di genocidio – nel DIP con riguardo a l'*actus reus* – non può non avere la medesima accezione. Nei meccanismi di controllo operanti in materia di DU, sarà poi necessario, dopo la determinazione dell'atto di tortura individuale e ai fini dell'operazione di attribuzione di tale atto allo Stato, accertare la presenza del rapporto organico con l'individuo concretamente autore, mentre davanti ai TPI sarà necessario accertare la *mens rea*, il contesto del crimine e altri elementi specificamente rilevanti per ciascuna delle due categorie di crimini e per ciascun atto rientrante nella categoria generale.

In questa operazione di ricostruzione delle nozioni dei crimini, i DU appaiono non già come un *corpus iuris* estraneo al sistema del DIP, ma bensì come un insieme di regole inerenti al sistema stesso. La normativa in materia di DU, come quella di DIU, è cioè per alcuni aspetti connaturata allo stesso DIP. In questo sistema normativo, quindi, i DU non sono solo strumento di interpretazione delle norme applicabili, non sono solo cerniera fra i principi di diritto internazionale e i principi generali, soprattutto quelli di natura penale, comuni ai sistemi giuridici interni, ma essi, al pari del DIU, entrano nella composizione stessa del DIP, che rappresenta un *corpus* normativo fra i più eterogenei e aperti del DI. Lungi dall'essere un sistema *self-contained*, esso risulta pienamente inserito nel DI, ricevendo in questo quadro la sua legittimazione. Proprio perché composto di diversi *corpora iuris* ad esso preesistenti – il DIU, i DU, alcuni principi di DIP, alcuni principi generali comuni ai diversi sistemi giuridici del mondo – esso non può che essere debitore dell'interpretazione che di questi diversi *corpora iuris* viene data dai meccanismi di controllo, anch'essi preesistenti ai TPI, e che operano, allorchè operino, nei contesti specifici loro propri. Ciò è tanto più ineludibile in un settore come quello dei DU, nel quale i diritti fondamentali che in particolare vengono in considerazione nel DIP, non possono certo essere reinventati dai TPI con una interpretazione indipendente da quella, ormai consolidata, datane da meccanismi giudiziari o quasi-giudiziari, a carattere "universale" e regionale. Del resto, i diritti fondamentali, in siffatte letture consolidate, rappresentano ormai il parametro di legittimità di tutte le norme del DI e, direi perfino, l'anello di congiunzione fra settori vi-

cini e lontani di tale sistema normativo, che, grazie anche a ciò, è ben lungi dall'essere un sistema frammentato, come invece da qualcuno si pretende.

LA SPECIFICITÀ DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLE PERSONE NELL'UNIONE EUROPEA

Paolo MENGOZZI·

Ringrazio innanzitutto il prof. Sapienza per aver fatto precedere questo incontro della Società italiana di diritto internazionale dall'invio di un volume che ha fornito una base per i lavori di questi giorni. E poi i miei complimenti al prof. Condorelli perché l'ho trovato dotato di una forza e di un'energia nella direzione dei lavori di questi giorni che mi ha fatto ben sperare nel futuro delle persone della sua generazione.

1. Venendo al compito che devo svolgere in questa tavola rotonda preciso che il mio intervento intende evidenziare la specificità che la tutela dei diritti delle persone nel sistema giuridico dell'Unione presenta sui piani sostanziale, procedurale e strutturale.

Sul piano sostanziale la tutela dei diritti civili e politici si caratterizza perché non è disgiunta da quella dei diritti economici e sociali e, anzi, presuppone un'indissolubilità tra gli uni e gli altri che determina la necessità di un loro ampio bilanciamento. Ne costituiscono una riprova evidente le pronunce che la Corte di giustizia ha reso nel caso *Schmidberger*[1] e nel caso *Laval*[2].

Nel primo caso si poneva il problema di valutare la legittimità di un comportamento dello Stato austriaco il quale non aveva vietato una manifestazione che aveva comportato il blocco totale per quasi 30 ore ininterrotte dell'autostrada del Brennero limitando il commercio intracomunitario delle merci e che volgeva a richiamare l'attenzione del pubblico sulla minaccia per l'ambiente e la salute pubblica costituita dall'aumento costante della circolazione degli automezzi pesanti in tale autostrada. La Corte ha ritenuto che un comportamento quale quello tenuto dalle autori-

· Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

[1] Corte di giustizia 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, Racc. I-5659.

[2] Corte di giustizia 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, Racc. I-11767.

tà austriache non poteva essere considerato incompatibile con il diritto dell'Unione perché, se è vero che "le autorità nazionali competenti devono tentare di limitare, per quanto possibile, gli effetti che una manifestazione sulla pubblica via necessariamente esercita sulla libertà di circolazione, è altresì vero che esse sono tenute a bilanciare tale interesse con quello dei manifestanti, i quali mirano ad attirare l'attenzione dell'opinione pubblica sugli obiettivi della loro azione."[3]

Nel caso *Laval* la Corte era richiesta da giudici svedesi di pronunciarsi sulla compatibilità di un blocco che era stato organizzato da un'organizzazione sindacale nei confronti di un'impresa lettone prestante servizi in Svezia e che, mirando a garantire a un certo livello le condizioni di protezione dei lavoratori, aveva impedito ai lavoratori distaccati da quell'impresa di prestare in Svezia la loro opera. La Corte, ha, sì,riconosciuto ai lavoratori svedesi e alle loro organizzazioni sindacali un diritto fondamentale a lottare contro il dumping sociale; ha però escluso che questo diritto dovesse essere tutelato nel caso di specie ritenendo che esso dovesse essere bilanciato con quello dei lavoratori lettoni a beneficiare di un distacco e dovesse essere a questo sacrificato in quanto il suo esercizio era stato legato ad una pretesa che si era spinta al di là di quanto autorizzato da una direttiva adottata dalla Comunità[4].

Questa inscindibilità dei diritti civili e politici con i diritti economici e sociali ha trovato una conferma nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, contemplando gli uni e gli altri diritti, stabilisce che le disposizioni che concernono ciascuno di essi devono essere interpretate alla luce delle altre in modo che l'applicazione di uno non importi l'estinzione di un altro. Una conferma, questa, che è stata particolarmente importante stante che tra l'1 dicembre 2009 e il 10 giugno 2011 la Carta ha trovato applicazione in 38 pronunce e in questo modo l'affermazione secondo cui essa "ha lo stesso valore dei trattati" contenuta nell'art. 6 TUE non è rimasta *on paper*.

2. Sul piano processuale il sistema di tutela dei diritti delle persone dell'Unione europea si caratterizza per il fatto che in esso opera un raccordo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali concretato dal funzionamento di una procedura pregiudiziale del tutto originale che, sia pure indirettamente, contribuisce rilevantemente a tale tutela perché alle pronunce della Corte di giustizia a cui conduce è stata unanimemente rico-

[3] Causa C-112/00, *Schmidberger*, cit., p. 90 della sentenza.
[4] Cfr. Causa C-341/05, *Laval*, cit., pp. 90-91 della sentenza.

nosciuta la forza di vincolare non solo il giudice nazionale che richiede una sentenza pregiudiziale ma anche i giudici di tutti gli Stati membri. L'operare di tale procedura ha, oltretutto, prodotto un effetto rivoluzionario: ha determinato una democratizzazione dei sistemi giudiziari nazionali portando ad un'emancipazione dei giudici inferiori rispetto ai giudici superiori. Ne costituisce la riprova più recente la sentenza *Elchinov*[5] con cui la Corte di giustizia ha ribadito che un giudice nazionale, non di ultimo grado, a dispetto di una norma di diritto interno che lo vincoli al rispetto di valutazioni giuridiche emananti da un giudice di grado superiore, deve rimanere libero di chiedere alla Corte l'interpretazione pregiudiziale delle norme di diritto dell'Unione sulle quali vertono quelle valutazioni giuridiche e deve seguire l'interpretazione che essa gli fornisce anche se in contrasto con quella impostagli dal giudice superiore nazionale.

Il raccordo tra Corte di giustizia e giudici nazionali, già di per sé così importante, è stato, peraltro, ulteriormente valorizzato, innanzitutto, dall'operare a partire dal 1° marzo 2008 della procedura pregiudiziale d'urgenza istituita con la modifica dello Statuto della Corte posta in essere dalla decisione del Consiglio del 20 dicembre 2007[6]: una procedura che, suscettibile di trovare applicazione quando un rinvio pregiudiziale solleva questioni concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è destinata ad essere chiusa con una sentenza pronunciata entro un termine di tre mesi (ma la Corte è arrivata ad espletarla anche in poco più di due mesi) e che fa sì che il raccordo in questione dia luogo ad un dialogo che, quando necessario, sia, non solo efficace, ma anche rapido.

Lo stesso raccordo è, inoltre, stato potenziato dal fatto che, in occasione di una procedura pregiudiziale d'urgenza apertasi a seguito di una richiesta di sentenza pregiudiziale proveniente da giudici italiani, un avvocato generale ha indicato la necessità di riflettere sulla qualificazione dei pubblici ministeri che operano nei giudizi nazionali e sulla necessità di considerarli parti nelle cause principali con riferimento alle quali la Corte è chiamata a pronunciarsi. Poiché nell'ordinamento italiano i pubblici ministeri sono considerati parte al processo a cui partecipano, la Corte ha dato un seguito positivo a tale riflessione; ne è seguito che a) attualmente, quando le perviene una richiesta di una pronuncia pregiudiziale con riferimento ad una procedura nazionale a cui un pubblico ministero sia parte secondo il proprio ordinamento nazionale, la Corte notifi-

[5] Corte di giustizia 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, non ancora pubblicata in Racc.

[6] in Gazzetta Ufficiale L 24 del 29 gennaio 2008, p. 42.

ca tale richiesta anche a quel pubblico ministero e b) questi è legittimato ad intervenire nel procedimento che si svolge a Lussemburgo.

3. La specificità della tutela assicurata dal diritto dell'Unione ai diritti delle persone non si è rivelata solo indirettamente attraverso l'importanza che in esso ha assunto il raccordo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia; si è manifestata anche nel quadro della tutela dei diritti fondamentali delle persone garantita direttamente dalla Corte di giustizia sulla base dei ricorsi di legittimità che queste sono abilitate ad avanzare ai sensi del par. 4 dell'art. 263 TFUE. Ne ha costituito particolare espressione la sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *Kadi*[7]. La Corte, annullando una precedente sentenza del Tribunale di primo grado[8] per violazione, tra l'altro, dei diritti di difesa dei ricorrenti, ha esteso la protezione dei diritti fondamentali a un cittadino di uno Stato terzo ritenendo fondato un ricorso con cui questo chiedeva l'annullamento di un regolamento della Comunità congelante le sue risorse finanziarie in attuazione pura e semplice di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza che vincolava tutti gli Stati membri perché adottata nel quadro del cap. VII della Carta delle Nazioni Unite e che aveva incluso il nome di quella persona in una lista di persone sospettate di prestare assistenza al terrorismo internazionale. Lo ha fatto nonostante, da una parte, l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite stabilisca che le obbligazioni da essa discendenti devono prevalere su tutti gli altri accordi internazionali conclusi dagli Stati membri e che, d'altra parte, tutti gli Stati e le istituzioni comunitarie intervenienti in giudizio avessero sostenuto che anche la Comunità europea e la Corte di giustizia devono rispettare tale disposizione. E'arrivata alla posizione assunta confortata dalle conclusioni dell'avvocato generale Maduro, il quale aveva richiamato una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, sia pure in un *obiter dictum*, aveva escluso la possibilità di un sindacato giudiziario di una risoluzione vincolante del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite[9]. Nelle sue conclusioni l'avvocato generale Maduro aveva sostenuto che la Corte di giustizia poteva e doveva non seguire quell'affermazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, innanzitutto, perché la prima, in quanto ha funzioni

[7] Corte di giustizia 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e a.*, Racc. I-6351.

[8] Tribunale di primo grado 30 settembre 2010, causa T-85/09, *Kadi*, non ancora pubblicata in Racc..

[9] v. Corte eur. D.U., decisione *Behrami e Behrami c. Francia* e *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia* del 2 maggio 2007

costituzionali, è un giudice interno e si differenzia dalla seconda che invece è un tribunale internazionale; e, poi, perché il diritto dell'Unione è autonomo rispetto al diritto internazionale e alla Carta delle Nazioni Unite e la Corte di giustizia può disattendere quanto previsto dall'art. 103 di detta Carta laddove si tratti di tutelare diritti fondamentali delle persone[10].

La Corte non ha ripreso puntualmente questa precisazione per ragioni di opportunità istituzionale e di riguardo nei confronti delle corti costituzionali e supreme degli Stati membri. Le ha però riprese nella loro sostanza assumendo che il suo potere di annullare il regolamento in questione costituisce una "garanzia costituzionale [di tutela dei diritti delle persone] che fa parte dei fondamenti stessi della Comunità"[11] ed è connesso al fatto che "i giudici comunitari devono, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato CE, garantire un controllo, *in linea di principio completo*, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario"[12].

Annullando il regolamento la Corte ha però usufruito del potere che le attribuisce il 2° comma dell'attuale art. 264 TFUE di precisare gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi: ha statuito che essi, nella parte riguardante i ricorrenti, "sono mantenuti per un periodo non eccedente i tre mesi a decorrere dalla data di pronuncia della [propria] sentenza"[13].

La Commissione non ha fatto scadere inutilmente detto termine; ha aperto una nuova procedura nei confronti del signor Kadi e ha adottato un nuovo regolamento con il quale ha confermato il congelamento dei suoi beni stabilito nell'atto precedentemente annullato. Tenendo conto della violazione dei diritti della difesa sulla cui base la Corte aveva proceduto all'indicato annullamento, la Commissione, su espressa domanda dei ricorrenti, ha richiesto al Comitato delle sanzioni intelligenti del Consiglio di Sicurezza la documentazione sulla base della quale quest'ultimo aveva inserito il nome dei ricorrenti nella lista delle persone sospettate di assistere il terrorismo internazionale dei cui beni aveva stabilito il congelamento.

A questa richiesta quel Comitato ha risposto in modo molto succinto precisando di non poter fornire maggiori dettagli in quanto gli Stati

[10] Conclusioni dell'avvocato generale Miguel Poiares Maduro presentate il 16 gennaio 2008 nelle cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e a*., Racc. I-6351.

[11] Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e a*., cit., p. 290.

[12] Ibidem, p. 326. Il corsivo è mio.

[13] Ibidem, dispositivo della sentenza.

membri del Consiglio di Sicurezza non glieli avevano trasmessi considerandoli riservati. La Commissione, dopo aver fornito al sig. Kadi gli elementi così acquisiti, ha chiuso la procedura e adottato detto nuovo regolamento basandosi su quanto è riuscita ad acquisire. A questo punto il signor Kadi ha presentato un ulteriore ricorso (contro il nuovo atto) invocando ancora una volta una violazione dei suoi diritti di difesa in quanto non gli era stata fornita la documentazione richiesta.

Il Tribunale, per decidere sul ricorso, ha ritenuto di dover partire dall'affermazione fatta dalla Corte di giustizia nella sua precedente pronuncia, secondo cui i giudici comunitari devono procedere, a fronte di ricorsi quali quelli in questione, ad un controllo "*in linea di principio completo*". Al riguardo si è domandato cosa si debba intendere con ciò; ed ha espresso l'idea che un controllo non può essere *in linea di principio* completo ritenendo che esso o è completo o non lo è; e ha concluso di dovere svolgere un controllo inequivocabilmente completo. Conseguenza ne è stata che ha proceduto all'annullamento richiestogli perché ha ritenuto che la documentazione fornita al sig. Kadi e sulla cui base è stato confermato il congelamento dei suoi beni non fosse sufficiente e che pertanto fossero stati violati i suoi diritti di difesa.

La decisione del Tribunale è stata impugnata davanti alla Corte; indipendentemente da quella che sarà la pronuncia finale, il susseguirsi di queste procedure e il tono forte che le caratterizza non possono non mostrare concretamente quanto, nel sistema giuridico dell'Unione europea, sia articolata e penetrante la tutela dei diritti delle persone anche sul piano procedurale, oltre che in ragione della procedura pregiudiziale, in ragione dell'autonomia dal diritto internazionale e dal diritto delle nazioni Unite con cui i giudici comunitari hanno mostrato di esercitare le loro funzioni.

4. Sul piano strutturale il sistema di tutela dei diritti delle persone presenta una sua specificità rispetto a tutti gli altri sistemi ed in particolare a quello a cui fa capo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo perché i giudici nazionali, mentre non sono immediatamente vincolati dalle pronunce di questa, lo sono dalle statuizioni della Corte di giustizia che siano sufficientemente chiare, precise e determinate. Questo ha delle conseguenze pratiche assai rilevanti: lo evidenzia molto bene la sentenza resa recentemente dalla Corte di giustizia nel caso *Zambrano*[14]. In quel caso si era in presenza di due minori che erano figli

[14] Corte di giustizia 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambrano*, non ancora pubblicata in Racc.. Su di essa v. ora MENGOZZI, Paolo, *La sentenza Zambrano: prodromi e*

di cittadini colombiani sprovvisti di permesso di soggiorno in Belgio e che di questo Paese avevano acquisito la cittadinanza in quanto i loro genitori avevano volontariamente omesso di denunciarli all'ambasciata del loro Paese nei termini di tempo utili per ottenere la cittadinanza della Colombia e lo Stato belga, al fine di limitare i casi di apolidia, attribuiva automaticamente la propria cittadinanza ai nati nel proprio territorio sprovvisti della cittadinanza di un altro Paese. I genitori di quei due minori, sulla base della cittadinanza belga acquisita da questi ultimi, invocavano un diritto di soggiorno dei loro figli in Belgio ai sensi dell'art. 21(1) TFUE ("[o]gni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi"); lo invocavano, nonostante i loro figli non avessero esercitato la libertà di circolazione, allo scopo di ottenere il riconoscimento di un permesso di soggiorno e di lavoro per il padre a fini di ricongiungimento familiare.

Di fronte alla Corte di giustizia tutti gli Stati membri intervenuti in giudizio e la Commissione si erano sostanzialmente associati al Belgio che aveva sollevato anche una questione di irricevibilità della domanda pregiudiziale, sostenendo che a) detto art. 21 prevede il diritto di soggiorno unicamente come corollario al diritto che cittadini dell'Unione esercitino di circolare all'interno dell'Unione, b) i due minori in questione risiedevano nello Stato membro di cui avevano la cittadinanza e non avevano mai lasciato il territorio di quello Stato e quindi c) il caso era puramente interno. Nonostante non abbia condiviso la posizione presa in senso decisamente contrario nelle conclusioni presentate nel caso dall'avvocato generale[15] e non sia di conseguenza arrivata a ritenere che l'articolo TFUE in questione sancisca un diritto di soggiorno autonomo rispetto all'esercizio del diritto di circolazione, la Corte di giustizia ha affermato che lo status di cittadino dell'Unione non può essere privato di un contenuto utile, e quindi concretamente conculcato, attraverso misure di uno Stato membro. Più in particolare a) ha statuito che tale status deve essere tutelato in modo che il suo godimento reale ed effettivo non sia impedito in aspetti che, anche se non coperti da diritti specificamente elencati nel TFUE, debbano essere considerati come *l'essentiel des droits* ad esso riconducibili e b) ha ritenuto che nel caso di specie il diritto del sig. Zambrano di ottenere un permesso di soggiorno e un permesso di lavoro – assolutamente necessari per non far perdere alla sua famiglia

conseguenze di una pronuncia inattesa, in Studi sull'integrazione europea 2011, p. 417 ss. e la dottrina ivi indicata.

[15] Conclusioni dell'avvocato generale Eleanor Sharpston presentate il 30 settembre 2010 nella causa C-34/09, *Zambrano*, non ancora pubblicate in Racc..

ogni fonte di sostentamento – doveva essere considerato funzionale a che non fosse nullificato in concreto lo status di cittadini dell'Unione dei suoi due figli e ad evitare che essi dovessero abbandonare il territorio dell'Unione (abbandono che non sarebbe stato frutto di una loro libera scelta dato che essi *cannot decide their own fate*). Conseguenza dell'efficacia diretta di questa presa di posizione della Corte è stata che il Belgio, nonostante considerasse che rientrava nella sua piena sovranità concedere o non concedere a persone di Stati terzi permessi di soggiorno e di lavoro, a differenza di quello che avrebbe dovuto fare a seguito di una eventuale pronuncia dello stesso tenore della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha dovuto immediatamente concedere quei permessi al signor Zambrano senza neanche subordinarli alle condizioni che norme dell'Unione prevedono possano essere poste al loro rilascio.

5. Le specificità che, sia pure sinteticamente, ho indicato come proprie del sistema di tutela dei diritti delle persone dell'Unione europea assumono particolare rilievo dato che l'art. 6 del TUE, dopo avere affermato al paragrafo 1 che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" e avere precisato che questa "ha lo stesso valore giuridico dei trattati", al paragrafo 2 stabilisce che l'Unione "aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

Questa precisa statuizione è molto importante perché il parere 2/94 sull'adesione della Comunità a questa Convenzione aveva chiaramente fissato che tale adesione, tenendo conto del suo rilievo costituzionale, non poteva essere autorizzata che dallo stesso costituente comunitario. Dacché questa autorizzazione è intervenuta ha avuto inizio la procedura necessaria affinché l'Unione partecipi al negoziato per divenire parte alla Convenzione. Dovendosi intendere la previsione contenuta nel 2° paragrafo dell'art. 6 come fonte di un obbligo e non solo di una facoltà, la Presidenza pro tempore del Consiglio ha dato a detta procedura un carattere prioritario rispetto a tutte le altre attività da svolgere chiedendo alla Commissione di presentare la raccomandazione sulla base della quale il paragrafo 2 dell'art. 218 del TFUE prevede che sia autorizzata l'apertura di quel negoziato. Tale raccomandazione è stata sottoposta alla considerazione di un gruppo di lavoro sui diritti fondamentali dei cittadini e sulla libera circolazione delle persone in vista dell'individuazione del negoziatore e della definizione delle direttive a cui esso si deve attenere nel corso del negoziato.

Nel corso dei lavori che detto gruppo di lavoro ha svolto al riguardo

non potevano non essere tenuti presenti il Protocollo n. 8 e la dichiarazione relativa all'art. 6, paragrafo 2 allegati al Trattato di Lisbona. A termini dell'art. 1 del Protocollo l'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione "deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione"; la dichiarazione relativa all'articolo 6, paragrafo 2, dal canto suo, enuncia che "la conferenza conviene che l'adesione dell'Unione […] debba realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione" e quindi tutte le specificità che sopra ho illustrato.

Il Presidente pro tempore del Consiglio, chiudendo i lavori del gruppo di lavoro sui diritti fondamentali dei cittadini e sulla libertà di movimento delle persone (FREMP), ha inviato al COREPER un progetto di decisione del Consiglio che autorizza la Commissione a negoziare l'accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU a cui sono allegate le direttive di negoziato a cui dovrà attenersi il negoziatore che è previsto sia la Commissione.

Nel dare seguito alla proposta di direttive di negoziato predisposte dalla Commissione il gruppo di lavoro si è preoccupato di raccomandare che i negoziati prevedano un meccanismo atto ad assicurare che un controllo interno della Corte di giustizia intervenga in via preliminare in casi in cui la compatibilità con la Convenzione di un atto dell'Unione sia in discussione davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e con riferimento a tale atto la Corte di giustizia non abbia avuto l'opportunità di pronunciarsi sulla sua compatibilità con i diritti fondamentali definiti al livello dell'Unione. Di questa preoccupazione si è fatto carico l'incontro tenutosi il 24 gennaio 2011 a Lussemburgo tra i giudici della Corte di giustizia e quelli della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e conclusosi con un comunicato congiunto dei Presidenti delle due Corti che riconosce l'opportunità dell'istituzione di un tale meccanismo.

Un punto che merita riflessione è legato al monopolio che l'art. 55 della Convenzione europea intende assicurare alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulle controversie relative all'interpretazione e all'applicazione di tale Convenzione. Dati i limiti che la competenza della Corte di giustizia incontra con riferimento alla PESC ai sensi dell'art. 275 TFUE e con riferimento ai ricorsi diretti che i singoli possono avanzare ai sensi del paragrafo 4 dell'art. 263 dello stesso TFUE, in quale misura l'accordo di adesione potrà prendere nota di tali limiti? In quale misura potranno ridurre le eventuali difficoltà del Consiglio d'Europa a tenerne conto, da un lato, il fatto che il 2° comma dell'articolo 275 TFUE stabilisce che la Corte ha la competenza a controllare "la legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di per-

sone fisiche o giuridiche" adottate dal Consiglio in materia e, d'altro lato, il fatto che nel diritto dell'Unione i ricorsi diretti degli individui sono accompagnati dall'operare di altre procedure di cui i singoli possono beneficiare?

Un secondo punto riguarda la compatibilità con l'art. 55 della Convenzione europea dell'art. 344 TFUE a termini del quale gli Stati membri si sono impegnati a non sottoporre una controversia concernente l'interpretazione o l'applicazione dei trattati ad alcun meccanismo di soluzione diverso da quelli da essi previsto. Potrà una precisazione in tal senso essere inclusa nel testo dell'accordo? Se sì, in quale modo?

Un'ultima questione si pone, che non risulta sia stata sufficientemente considerata nel dibattito che si sta svolgendo in materia: l'accordo di adesione potrà non considerare il controllo che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo intendesse esercitare con riferimento all'accesso alla giustizia dell'UE di imprese che lamentino l'illegittimità di atti comunitari per un loro contrasto con norme dell'Organizzazione Mondiale del Commercio accertato dall'Organo di Risoluzione delle Controversie di tale organizzazione?

Come noto, i giudici dell'Unione si rifiutano di considerare ricevibili mezzi di ricorso del genere ritenendo di essere vincolati, in relazione a detti atti, a una *deference* nei confronti delle istituzioni politiche che possono dilazionare la loro abrogazione negoziando accordi di compensazione. Si tratta di una giurisprudenza che è rimasta immutata nel tempo nonostante in dottrina si sia sostenuto che essa abbia dato luogo a dei dinieghi di giustizia. È rimasta immutata connotando l'equilibrio istituzionale dell'Unione perché il supporto che le è stato dato dalle istituzioni politiche è stato legato al dato che l'Unione ha tra le sue attribuzioni quella di gestire una politica commerciale comune che le impone di tener conto del fatto che i suoi grandi partners commerciali (Stati Uniti, Giappone, Canada) impediscono l'invocabilità davanti ai giudici di norme contenute in accordi commerciali multilaterali per contestare la legittimità di atti interni.

Quale potrà essere la posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo se richiesta di pronunciarsi sulla conformità alla Convenzione europea di detta giurisprudenza dell'Unione? Non è il caso che le istituzioni politiche svolgano una seria riflessione al riguardo?

DIRITTO DEL MARE E DIRITTI UMANI

Tullio TREVES·

1. Il nostro è un tempo in cui allo sviluppo di branche sempre più specializzate del diritto internazionale consegue non solo e non tanto un pericolo di frammentazione quanto un sovrapporsi e combinarsi di normative. Abbiamo spesso a che fare con un fenomeno di reciproche influenze tra branche specializzate del diritto internazionale.

Questo fenomeno, rilevabile sul piano delle norme sostanziali, assume peculiari colorazioni nell'ottica di tribunali specializzati, che, nel risolvere controversie relative all'applicazione e all'interpretazione di particolari strumenti convenzionali, si trovino ad applicare non solo le regole di tali convenzioni ma anche quelle di altre convenzioni, che in diverse controversie sarebbero oggetto di cognizione da parte di altro tribunale specializzato.

Il diritto del mare, forse il più antico dei rami specializzati del diritto internazionale, si trova al crocevia di vari altri più recenti siffatti rami. Basti richiamare il diritto internazionale dell'ambiente, il diritto del commercio internazionale, il diritto della protezione di diritti umani.

È sulle relazioni tra diritto del mare e diritti umani che oggi intendo soffermarmi brevemente avvertendo che ho avuto occasione di trattare più in dettaglio questa tematica in due saggi recenti pubblicati in lingua inglese, uno intitolato proprio a diritti umani e diritto del mare e l'altro alla pirateria[1].

2. Cominciando dalla prospettiva del diritto del mare, è chiaro che il diritto del mare consuetudinario e convenzionale, ha soprattutto per oggetto diritti ed obblighi tra Stati (ed eventualmente organizzazioni internazionali). Vi sono tuttavia nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 alcune, peraltro rare, regole che conferiscono

· Professore ordinario di diritto internazioanle nell'Università di Milano. Giudice del Tribunale internazionale del Diritto del Mare.

[1] T. TREVES, *Piracy, Law of the Sea and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia*, *20 European Journal of International Law,* 2009, pp. 399-414; ID., *Human Rights and the Law of the Sea*, *28 Berkeley Journal of International Law,* 2010, pp. 1-14.

diritti di natura processuale agli individui. Essi possono infatti agire davanti al Tribunale internazionale del diritto del mare per conto dello Stato della bandiera nei procedimenti di pronto rilascio (art. 292, par. 2) e possono agire in procedimenti in materia contrattuale o di responsabilità davanti alla Camera per le controversie sui fondi marini del suddetto Tribunale (art. 187, c, d, e). Non si tratta però di diritti connessi alla tutela degli individui in quanto tali.

È peraltro innegabile che esistono non poche regole del diritto del mare, soprattutto nella Convenzione del 1992, che sono ispirate all'esigenza della tutela dell'individuo. Basti ricordare l'obbligo di assistenza (diretto ai comandanti di navi) alle persone che si trovino in pericolo in mare (art. 98). Ma si possono anche ricordare le regole che prescrivono che le penalità per infrazioni in materia di pesca non possano comprendere la reclusione (art. 73.3) o che quelle relative a certi casi di inquinamento da navi debbano necessariamente essere di natura pecuniaria (art. 230). In questi ultimi casi sembrerebbe che il miglior metodo per dare esecuzione agli obblighi previsti dalla Convenzione sia l'adozione di norme interne invocabili dagli individui. Ci si puo' chiedere se questo sia compatibile con la affermazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea nel caso *Intertanko* (2 giugno 2008, C-308-06) per cui la Convenzione sul diritto del mare non è direttamente applicabile.

Altre regole la cui connessione con l'esigenza di tutela dell'individuo pare evidente sono quelle che prescrivono il pronto rilascio degli individui arrestati per infrazioni in tema di pesca e la pronta notifica allo stato di bandiera dell'arresto di navi ed equipaggi (art. 73 (2)). Il Tribunale del diritto del mare, nella sentenza *Juno Trader* ha avuto occasione di sottolineare che queste norme sono ispirate a "elementari considerazioni di umanità".

Interpretando la nozione di detenzione quale contenuta nell'articolo 292, relativo al procedimento di pronto rilascio di navi e di equipaggi, il Tribunale ha affermato che il "contrôle judiciaire" del diritto francese e una simile misura del diritto russo, comportando una riduzione della sfera di libertà dell'individuo, rientrano appunto nella nozione di detenzione per cui è ammessa la pronta liberazione (sentenze *Camouco e Hoshinmaru*). Considerazioni connesse alla libertà individuale sono pertanto presenti nella giurisprudenza del Tribunale del diritto del mare.

Il rilievo della tutela dei diritti umani nell'ottica del Tribunale del diritto del mare (come, ritengo, della stessa CIG e dei tribunali arbitrali ove chiamati a pronunciarsi in base alla Convenzione del 1982) è appena all'inizio dei suoi sviluppi. L'utilizzazione della interpretazione sistemica alla luce dell'art. 31, 3c della Convenzione di Vienna sul diritto dei

trattati potrebbe essere invocata, cosi come la protezione della vita umana potrebbe vedersi come criterio orientatore per risolvere problemi attinenti alla compatibilità tra attività parimenti lecite nella zona economica o in alto mare.

3. Venendo ora alla considerazione del diritto del mare nell'ottica di corti e tribunali la cui funzione concerne l'applicazione e l'interpretazione di strumenti convenzionali adottati a tutela dei diritti umani, va rilevato che la Corte europea dei diritti dell'uomo si è trovata più volte, negli ultimi anni, a pronunciarsi su questioni che l'hanno portata ad utilizzare la Convenzione sul diritto del mare.

Si può così citare la sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 29 Marzo 2010 (caso *3394/03 Medvedyev)* in cui la Corte dedica interessanti sviluppi alla liceità dell'arresto in alto mare da parte di una nave militare francese di una nave battente bandiera cambogiana e sospettata di dedicarsi al contrabbando di droga per valutare la compatibilità della cattura con l'articolo 5(1) della Convenzione Europea e con l'art. 5(3) della detenzione sulla nave francese degli accusati durante il loro trasporto alla sede della più vicina autorità giudiziaria francese. Si può anche ricordare la sentenza del 3 febbraio 2009 di una Camera della Corte nel caso *Women on waves (31276/05)* in cui si discute se l'interferenza da parte di una nave militare portoghese sul passaggio inoffensivo di una nave battente bandiera olandese e noleggiata da una organizzazione non governativa per svolgere attività di propaganda in materia di legislazione sull'aborto potesse considerarsi una misura prescritta dal diritto o necessaria in una società democratica tale di giustificare, alla stregua degli articoli 10 (2) e 11(2) della Convenzione europea, l'interferenza col diritto alla libertà di espressione cui dava luogo, ad avviso della Corte, l'intervento portoghese.

Ciò che accomuna le decisioni in parola è che la Corte ha interpretato la Convenzione alla luce della propria funzione di protezione dei diritti umani. Non sempre le sue interpretazioni hanno coinciso con quelle che, presumibilmente, avrebbero adottato un tribunale o una corte che si fossero pronunciati in base alla Convenzione sul diritto del mare. Va peraltro sottolineato che, come emerge soprattutto nella sentenza 28 settembre 2010 della Gran Camera sul caso *Mangouras (12050/04),* la Corte europea dei diritti dell'uomo dimostra notevole apertura nei confronti della giurisprudenza del Tribunale del diritto del mare, contribuendo così a quella *cross-fertilization* tra corti e tribunali che sembra essere il mi-

glior antidoto alla temuta frammentazione giudiziaria del diritto internazionale[2].

4. Infine, le recenti discussioni sulla repressione della pirateria soprattutto nelle acque adiacenti alla Somalia, pur muovendo dal presupposto che le norme di diritto internazionale riflesse nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare costituiscono "il quadro giuridico per combattere la pirateria e la rapina a mano armata in mare" (così da ultimo la risoluzione 2020 del 2011 del Consiglio di Sicurezza), vedono un'attenta considerazione di profili attinenti alla tutela dei diritti umani.

In particolare, nel discutere sul destino dei pirati catturati da navi degli Stati che pattugliano le acque adiacenti alle coste somale, la garanzia della tutela dei diritti umani di tali pirati è stata richiesta come requisito per la loro consegna a Stati, quali il Kenya, le Seychelles e Mauritius, che hanno accettato di sottoporli a giudizio ed, eventualmente, di incarcerarli. La tutela dei diritti umani dei pirati catturati è stata però anche utilizzata da parte degli stessi Stati che ne hanno operato la cattura come scusa per il rilascio in libertà dei pirati catturati, confermando la pur internazionalmente deplorata riluttanza a sottoporli a giudizio.

L*'Institut de droit international,* nella sua dichiarazione sulla pirateria adottata nel 2009 alla sessione di Napoli, ha ritenuto di dover sottolineare la rilevanza del profilo attinente alla tutela dei diritti umani delle vittime della pirateria

[2] Mi permetto di rammentare, per ulteriori sviluppi, T. TREVES, *Cross-fertilization between different International Courts and Tribunals: the Mangouras case*, in *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liner Amicorum Ruediger Wolfrum,* Leiden-Boston, 2012, pp. 1787-1796.

THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ) AND THE DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS LAW: FROM COLLECTIVE RIGHTS TO INDIVIDUAL RIGHTS

Abdulqawi A. YUSUF*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The ICJ and the Protection of Peoples' Rights. – 3. The ICJ and individual human rights: The Diallo Case. – 4. Conclusion.

1. Introduction

The ICJ, as we all know, is not a specialist Court dealing with human rights issues. Nonetheless, since its inception in 1945, it has substantially contributed to the development of human rights law, particularly with regard to the interface between general international law and human rights law. This contribution was initially concerned with collective rights, which the Court had to address either in the context of the Genocide Convention[1] or of the principle of self-determination of peoples[2], following requests for advisory opinions from the principal organs of the United Nations. More recently, the Court has dealt with contentious cases, which had a direct incidence on individual human rights issues, such as the *Diallo* case relating to a dispute between the Republic of Guinea and the Democratic Republic of Congo.[3] In view of the fact that the ICJ's role in the development of human rights law in general has already been covered by Judge Simma in a keynote address to the Conference, I will only mention here a few examples of the

*Judge, International Court of Justice. Text of remarks made at the Round Table of the *XVI Convegno Annuale della della Societá italiana per il Diritto Internazionale (SIDI), 23-24 June 2011 in Catania.* The views expressed here are personal.

[1] *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C. J., Reports 1951*, p. 15 (hereafter *Genocide Convention*)

[2] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971,* p. *16* (hereafter *Namibia Opinion*).

[3] *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. All public documents available at: *http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=gc&case=103&k=7a*.

Court's contribution to such development, which may be considered, in my view, of crucial importance.

2. The ICJ and the Protection of Peoples' Rights

I consider the Court's pronouncements on peoples' rights as its most important contribution to the development of human rights law. This area of human rights would, in my view, have remained underdeveloped and isolated, if it was not for the jurisprudence of the Court which has given it specific content and clarified its normative relevance and application to certain situations where the existence, livelihood, liberty and freedom of entire groups of human beings were at stake. Thus, in its 1951 advisory opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, the Court, taking advantage of the opportunity it was offered by the request from the UN General Assembly, stated that the prevention and punishment of the crime of genocide did not arise only from conventional obligations, but from the fact that it was "contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations[4]".

The ICJ dealt with the issue of peoples' rights in its advisory opinion on *Namibia* in 1971[5]. In this opinion, the Court made two fundamental contributions. Firstly, the Court, after having referred to Article 80, paragraph 1, of the UN Charter, pointed out that "a striking feature of this provision is the stipulation in favour of the preservation of the rights of 'any peoples', thus clearly including the inhabitants of the mandated territories and, in particular, their indigenous populations".[6]

By emphasizing the rights of dependent peoples, the Court took the view that, in international law, peoples as such, can become holders of rights and obligations in international law. It stated this at a time when it was generally believed that only States could have such rights and obligations. The Court also declared that the principle of self-determination was applicable to all dependent peoples.

Secondly, the Court, referring to *Apartheid* as a gross breach of human rights[7], declared that it was a flagrant violation of the purposes and principles of the UN Charter. In the words of the Court:

[4] *Genocide Convention*, *op. cit*., p. 23.
[5] *Namibia Opinion*, *loc. cit*.
[6] *Namibia Opinion*, *op. cit*., p. 33, para. 59.
[7] See, *Namibia Opinion*, *op. cit*., p. 57, paras. 129-131.

"Under the Charter of the United Nations, the former mandatory had pledged itself to observe and respect, in a territory having an international status, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race. To establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter".[8]

A few years after the *Namibia* advisory opinion, the Court had to deal with the issue of *Western Sahara*[9], and took this opportunity to further elaborate its views on self-determination which it now characterized as a "right of peoples"[10]. The Court thus shifted from its position in the *Namibia* advisory opinion, where it still referred to a "principle of self – determination"[11], making it clear in the *Western Sahara* case that its reference in this advisory opinion to a "right of peoples' to self – determination"[12] was a reflection of the evolution that the principle of self – determination had undergone in the practice of the UN, particularly as a result of Resolution 1514[13] of the UN General Assembly. Not only did the self – determination of peoples move from a principle to a right, but according to the advisory opinion of the Court, it had become a customary rule of international law which had to be respected and applied by all members of the international community[14].

The Court came back to the issue of self-determination in its advisory opinion on the *Wall*[15] and reiterated its position on the right of peoples to self-determination, particularly in situations of alien occupation and foreign domination[16].

[8] *Namibia Opinion*, *op. cit*., p. 57, para. 131.

[9] *Western Sahara, Advisory Opinion, 1.C.J. Reports 1975,* p. *12*. (hereafter *Western Sahara*).

[10] *Western Sahara*, *op. cit*., p. 31, Para. 55.

[11] *Namibia Opinion*, *op. cit*., p. 31, Para. 52.

[12] *Western Sahara*, *loc. cit*.

[13] United Nations General Assembly, Fifteenth Session, 947th Plenary Meeting, 14 December 1960, A/RES/1514(XV) (cited in *Western Sahara*, *op. cit*., p. 31, para. 55).

[14] *See*, *Western Sahara*, *op. cit*., p. 32, para. 56 (citing *Namibia Opinion*, p. 31, para. 53).

[15] *Legal Consequences of the Construction of a Wa11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004,* p. *136* (hereafter *Construction of a Wall*).

[16] *See, Construction of a Wall*, *op. cit*., p. 171-172, para. 88 (citing selections from the *Namibia Opinion*, p. 31, paras. 52-53).

In its opinion on the *Wall*, the Court also made a clear statement on the relationship between international humanitarian law and human rights law, particularly in time of war. The Court affirmed that:

"the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities".[17]

This is not strictly speaking on collective or peoples' rights, but could have relevance to the punishment of civilians as a group or even as a people during hostilities or during military occupation. Equally relevant to such occupation or to the exercise of control and jurisdiction over territories other than one's own is the dictum of the Court in the same advisory opinion on the applicability of the provisions of the UN Covenants on Human Rights to such situations, the Court stated:

"… while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions"[18].

With respect to the CESR, the Court noted that this Covenant "guarantees rights which are essentially territorial. However, it is not to be excluded that it applies both to territories over which a State party has sovereignty and to those over which that State exercises territorial jurisdiction"[19].

3. The ICJ and individual human rights: The Diallo Case

With regard to individual rights, I will limit my remarks to certain issues arising from the recent *Diallo* case between the Republic of Guinea and the Democratic Republic of Congo (DRC)[20] and compare the position taken by the Court in this case to its position on similar issues in

[17] *Construction of a Wall*, *op. cit*., p. 178, Para. 105 (citing *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996,* p. 226, at p. 240, para. 25).

[18] *Construction of a Wall*, *op. cit*., p. 179, para. 109.

[19] *Construction of a Wall*, *op. cit*. p. 180, para. 112.

[20] *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment,* I.C.J. Reports 2010, available at: *http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf* (hereafter *Diallo*).

the *LaGrand*[21] and *Avena*[22] cases which, though not essentially related to alleged violation of human rights, had a certain incidence on the protection of human rights.

In its Judgment on the *Preliminary Objections of the DRC*[23], the Court accepted the application of the Republic of Guinea, only in so far as it applied to allegations of human rights violations directly suffered by Mr. Diallo, either as an individual[24] or as an associate[25] of the companies which he established in the DRC. The Court, however, declared inadmissible the allegations concerning the lack of protection of the assets of the two companies, since the Republic of Guinea was not entitled to extend diplomatic protection to foreign entities, the two companies having been registered in the DRC[26].

What is of particular interest in the *Diallo* case is, however, the manner in which the Court proposed to deal with the alleged violations of the individual rights of Mr. Diallo. The Republic of Guinea, in its application to the Court[27], had formulated its demands in terms of the diplomatic protection of nationals[28] and, in particular, of the minimum standard of treatment of aliens[29]. It therefore justified its action in favour of the recognition of Mr. Diallo's rights on the basis of its own right to extend diplomatic protection to its citizens abroad[30] and the rights and obligations arising from the customary norms of international law

[21] *LaGrand (Germany* v. *United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2001,* p. 466 (hereafter *LaGrand*).

[22] *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico* v. *United Slates of America), Judgment, I. C. J. Reports 2004,* p. 12 (hereafter *Avena*).

[23] *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, available at: *http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf* (hereafter *Preliminary Objections of the DRC*).

[24] See, DIALLO, *op. cit*., p. 17, para. 40 (legal standard for diplomatic protection; p. 18, para. 41 (regarding Mr. Diallo's nationality); p. 19, para. 48 (regarding requirement of exhaustion).

[25] DIALLO, *op. cit*., p. 24, para. 67 (Guinea has standing to protect Mr. Diallo's rights as an *associé* of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire); and also, p. 26, para. 75 (DRC's objection as to inadmissibility on the ground of failure to exhaust local remedies regarding Mr. Diallo's rights as an *associé* cannot be upheld).

[26] DIALLO, *op. cit*., pp. 31-32, para. 94 (Guinea did not have standing to raise claims of diplomatic protection as regards the acts of the DRC against the rights of the two companies).

[27] Application Instituting Proceedings, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, filed on 28 December 1998 (hereafter, *Diallo, Application*).

[28] See, DIALLO*, Application*, *op. cit*., pp. 31, 33.

[29] See, DIALLO*, Application*, *op. cit*., pp. 29, 31.

[30] See, DIALLO*, Application*, *op. cit*., p. 33.

regarding the minimum standard of treatment of aliens[31]. The Court, however, in its Judgment on the Preliminary Objections by the DRC, stated as follows:

"The Court will recall that under customary international law, as reflected in Article 1 of the draft Articles on Diplomatic Protection of the International Law Commission (hereinafter the "ILC"),"diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility" (Article 1 of the draft Articles on Diplomatic Protection adopted by the ILC at its Fifty-eighth Session (2006), ILC Report, doc. A/61/10, p. 24). Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights"[32].

The Court has therefore taken a customary rule of international law which until recently was considered as the principal rule of international law with regard to diplomatic protection of citizens abroad and declared that it was now comprised in internationally guaranteed human rights.

Following this statement by the Court, the Republic of Guinea decided to reformulate its approach in its submissions on the merits, emphasizing the illegal nature of the arrest, detention and deportation of its national, in terms of the international legal rules laid down by the UN Covenant on Civil and Political Rights[33] and the African Charter on human and peoples' rights. This led to a radical change, not only in the approach adopted by the Applicant State, but also in the legal rules to which it made reference to protect the rights of its national, Mr. Diallo. The attitude adopted by the Court in the *Diallo* case with regard to the relationship between general international law and human rights law may be contrasted with some of the decisions it had adopted in the *LaGrand* (2001) and *Avena* (2004) cases.

[31] See, DIALLO, *Application*, op. cit., pp. 29, 31.

[32] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 17, para. 39.

[33] Affaire *Ahmadou Sadio Diallo, Republique de Guinée c. Republique Democratique du Congo,* Mémoire de La Republique de Guinée, Livre I, 23 mars 2001, p. 41, para. 3.6, available at : *http://www.icj*-cij.org/docket/files/103/13496.pdf

In the *LaGrand* case, one of the principal arguments made by Germany to the Court was that the right of a foreign national to be informed of his rights, without delay, under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention on Consular Relations was not only a right based on customary norms concerning consular relations but had become a human right which deserved to be protected like all other human rights.[34]

This argument by Germany was based on an advisory opinion given by the Inter-American Court of Human Rights in 1999[35]. However, the ICJ, in its 2001 Judgement on the *LaGrand* case, avoided drawing a parallel between the two rights[36]. As a matter of fact, after having found that the US had committed a violation of the rights of Mr. LaGrand, based on the Vienna Convention on Consular Relations, the Court declared that it was not necessary for it to examine the arguments put forward by Germany on whether these rights belonged to the domain of human rights in general[37].

The Court came to a similar conclusion in the *Avena* case between Mexico and the United States of America[38]. Consequently, we can identify two completely different approaches adopted by the Court with regard to the relationship between general international law and human rights law in the *LaGrand* and *Avena* cases, on the one hand, and in the *Diallo* case, on the other.

Another example of the contribution of the jurisprudence of the Court to the development of human rights protection may also be found in the *Diallo* case, in which the Court showed its willingness to take into account the case law of human rights bodies in order to ensure the coherence of the jurisprudence regarding human rights as applied by various judicial and non-judicial organs dealing with the protection of human rights[39]. Thus, the Court in the *Diallo* case made a specific reference to the case law of the UN Committee on Human Rights[40] as

[34] See, *LaGrand*, *op. cit*., pp. 492-493, para. 75.

[35] See, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Memorial of the Federal Republic of Germany, Volume I**,** (Text of the Memorial) 16 September 1999, para. 4.13 (*Request for an Advisory Opinion No. OC-16 to the Inter-American Court of Human Rights, submitted by the Government of the United Mexican States of 17 November 1997)*. The IACtHR rendered its opinion in 1999 in *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*. Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999. Series A N°. 16 (hereafter *Right to Information on Consular Assistance*).

[36] *LaGrand*, *op. cit*., p. 494, para. 78.

[37] *Ibid.*

[38] *Avena*, *op. cit*., pp. 60-61, para. 124.

[39] See, generally, *Diallo*, *op. cit*., pp. 24-25, paras. 66-68.

[40] DIALLO, *op. cit*., p. 24, para. 66.

well as of the African Commission on Human and Peoples' Rights[41] in order to confirm its interpretation and application of Article 13 of the UN Covenant on Civil and Political Rights and Article 12, paragraph 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

Taking into account these two examples drawn from the *Diallo* case, it may in fact be observed that there has been an evolution in the practice of the Court with respect to the relationship between general international law and human rights law, in so far as the Court, by characterizing certain rights traditionally invoked within the context of diplomatic protection as part of human rights, has made a clear contribution which may bring closer together general international law and human rights law.

4. Conclusion

To conclude, it may be stated that, in addition to its significant contribution to the international recognition of the right of peoples to self – determination through its advisory opinions, the Court has in recent years, and in particular, in the *Diallo* Judgement, made important contributions to the relationship between general international law and human rights law, in the same way that it also established clearly in the advisory opinion on the *Wall,* the relationship between humanitarian law and human rights.

[41] DIALLO, *op. cit*., p. 25, para. 67.

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 dall'Assemblea di Trieste del 23 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

[¨] Con le modifiche degli articoli 4 e 5 dello Statuto approvate dall'Assemblea straordinaria del 2 febbraio 2006.

Vicepresidente per il 2006-2007: Prof. Riccardo Luzzatto, eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2007

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