

a cura di
**ANTONIETTA DI BLASE
GIULIO BARTOLINI
MIRKO SOSSAI**



**DIRITTO
INTERNAZIONALE
E VALORI
UMANITARI**

Collana

**Diritto internazionale,
Diritto internazionale privato
e dell'Unione Europea**

2



Roma TrE-Press

2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Diritto internazionale
Diritto internazionale privato e dell'Unione Europea

2

Diritto internazionale e valori umanitari

Atti della giornata di studio in onore di Paolo Benvenuti
Dipartimento di Giurisprudenza – Università Roma Tre
Roma, 19 dicembre 2017

a cura di
ANTONIETTA DI BLASE
GIULIO BARTOLINI
MIRKO SOSSAI



Roma TrE-Press

2019

Il presente volume è il n. 2 della Collana Diritto internazionale, Diritto internazionale privato e dell'Unione Europea, varata su iniziativa di docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Membri del Comitato scientifico della Collana:

Pia Acconci, Giulio Bartolini, Antonio Blanc Altemir, Paolo Benvenuti, Giandonato Caggiano, Javier Carrascosa Gonzales, Roberta Clerici, Antonietta Di Blase, Alessandra Gianelli, Andrea Giardina, Alessandra Lanciotti, Fiona MacMillan, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, Giuseppe Palmisano, Francesco Salerno, Mirko Sossai, Ennio Triggiani, Ugo Villani.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Immaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, aprile 2019

ISBN: 978-88-32136-25-8

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Indice

<i>Presentazione</i>	5
<i>Curriculum Vitae et Studiorum Prof. Paolo Benvenuti</i>	9
<i>Pubblicazioni</i>	12
EDOARDO GREPPI, <i>Omaggio a Paolo Benvenuti</i>	21

SEZIONE PRIMA

DIRITTI FONDAMENTALI E ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE

FRANCESCO SALERNO, <i>La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale</i>	29
ANTONIETTA DI BLASE, <i>Procreazione medicalmente assistita: ordine pubblico internazionale ed interesse preminente del minore al riconoscimento della filiazione</i>	63

SEZIONE SECONDA

TUTELA DEI DIRITTI UMANI E INCLUSIONE SOCIALE

GIANDONATO CAGGIANO, <i>La protezione umanitaria fra limiti tecnici e giuridici all'espulsione e integrazione socio-familiare degli stranieri irregolari</i>	97
CLAUDIA MORVIDUCCI, <i>Terrorismo e clausole di esclusione nella giurisprudenza della Corte di giustizia</i>	113
GIUSEPPE PALMISANO, <i>Il diritto delle persone con disabilità a una vita indipendente e all'inclusione sociale</i>	141

SEZIONE TERZA

GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

FLAVIA LATTANZI, <i>Il contributo della giurisprudenza del Tribunale penale per la ex Jugoslavia all'interpretazione della nozione di genocidio, in particolare alla luce dei casi Karadžić e Mladić</i>	169
GIUSEPPE NESI, <i>Giustizia penale internazionale e Consiglio di sicurezza: tabù o istituzionalizzazione?</i>	205
RICCARDO PISILLO MAZZESCHI, <i>Il caso Regeni: alcuni profili di Diritto internazionale</i>	223

SEZIONE QUARTA
DIRITTO UMANITARIO E VALORI FONDAMENTALI

- GIULIO BARTOLINI, *La Risoluzione 2 e la (fallita) proposta di un "Meeting of States on International Humanitarian law"* 239
- ROSARIO SAPIENZA, *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati. Un formidabile incubatore concettuale* 269
- MIRKO SOSSAI, *Enrico Catellani: un internazionalista al Comando supremo durante il primo conflitto mondiale* 281
- LUISA VIERUCCI, *Sparare sulla Croce rossa: la prassi di attacchi deliberati contro gli ospedali nel conflitto siriano* 297

Presentazione

Questo volume raccoglie le testimonianze di affetto di allievi, colleghi ed amici intervenuti al convegno del 19 dicembre 2017 dedicato a Paolo Benvenuti, Professore emerito dell'Università degli studi di Roma Tre. Alcuni interventi sono stati rielaborati e vengono pubblicati come veri e propri articoli, che si collegano a tematiche oggetto dei suoi studi e dei suoi interessi scientifici. Il suo impegno si è manifestato in vari ambiti, espressione di una personalità poliedrica, sia sotto il profilo della produzione scientifica, sia per i diversi ruoli di volta in volta ricoperti nei diversi atenei italiani (Catania, Teramo, Firenze, Roma Tre) che lo hanno visto attivo in qualità di Direttore di dipartimento, Presidente di corso di laurea, Preside, Rettore.

Paolo Benvenuti appartiene alla generazione degli internazionalisti che si riteneva dovessero dedicare la loro attività di ricerca spaziando dal settore pubblicistico a quello privatistico. Al settore del Diritto internazionale privato afferisce la prima monografia, pubblicata nel 1977, alla quale hanno fatto seguito una serie di scritti su temi specifici. La monografia, dal titolo "Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale", affronta un tema centrale del Diritto internazionale privato, quello del limite dell'ordine pubblico all'applicazione delle norme straniere richiamate. Il tema gli consente di svolgere delle considerazioni storiche, a lui molto congeniali, orientate nel senso della comparazione tra ordine pubblico interno, identificabile come il complesso dei principi etici, economici, politici e sociali che caratterizzano un determinato ordinamento statale, e ordine pubblico inteso come l'insieme dei valori che nello sviluppo delle relazioni tra Stati si affermano nella comunità internazionale, anche con riferimento all'evoluzione dalla comunità europea di diritto dell'800 alla comunità universale. Tale impostazione ha una ricaduta nel contesto delle soluzioni cui perviene il giudice alle prese con fattispecie che presentino caratteri di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale sulla base delle norme di Diritto internazionale privato.

La tematica delle fonti, già affrontata nella tesi di laurea su “Norme imperative di Diritto internazionale”, discussa con Giuseppe Barile a Firenze nel 1971, insignita del premio Claudio Baldoni nel 1973, riaffiora nelle pubblicazioni dedicate ai principi generali del Diritto internazionale. Ma anche nella produzione che più specificamente approfondisce tematiche di Diritto internazionale umanitario sono presenti collegamenti importanti alle problematiche fondamentali del Diritto internazionale pubblico. Paolo Benvenuti rifiuta di relegare il Diritto umanitario in un settore a sé stante, fossilizzato nella definizione di un regime giuridico definibile, con una espressione spesso utilizzata dalla dottrina, quale regime *self-contained*. Come scrive Paolo, al centro della normativa di Ginevra c'è la tutela della persona umana, che non sopporterebbe di essere limitata all'interno di una visione strettamente intergovernativa delle regole che disciplinano i conflitti e il confronto tra Potenze. E' invece fondamentale interpretare e applicare le norme di Ginevra garantendo: l'estensione delle regole di Diritto umanitario a tutti i conflitti di cui siano protagonisti movimenti insurrezionali, che ricevano qualche forma di riconoscimento all'esterno dello Stato nel quale sono presenti; l'estensione delle norme di Diritto umanitario anche alle forze delle Nazioni Unite (tale estensione è stata consacrata in epoca successiva agli scritti di Paolo Benvenuti, fra l'altro, anche in un documento del Segretario generale delle Nazioni Unite della fine degli anni '90); l'adozione di strumenti repressivi dei quali possano avvalersi non solamente gli Stati coinvolti, ma anche le popolazioni colpite; la presenza di norme che abbiano finalità preventive dei conflitti e che riducano la gravità dell'impatto di un conflitto sulle vittime civili. Sono queste le linee fondamentali del pensiero di Paolo Benvenuti, sulla cui base sono costruiti anche i suoi contributi che trattano delle problematiche attinenti alla giurisdizione penale internazionale e alla immigrazione.

Paolo Benvenuti ha dato a tutti un esempio di onestà e perseveranza come docente e responsabile di cariche accademiche, cui si è dedicato senza risparmio di tempo ed energie. Ha messo al centro del suo impegno concreto il valore principale che ha teorizzato nei suoi scritti: la priorità per la persona. Nella qualità di Preside, e poi di Direttore del Dipartimento, non ha mai mancato di rallegrarsi pubblicamente per i progressi dei giovani membri della Facoltà e del Dipartimento ed anche per le vicende personali che li vedevano assumere via via il ruolo di padri o madri, oltre che progredire nella carriera. La sua operosità e dedizione anche nella gestione delle attività didattiche e di quelle attinenti alla struttura dipartimentale ha creato nel personale docente e non docente un sentimento di stima e fiducia, essendosi impegnato affinché ciascuno ricevesse una adeguata

soddisfazione nello svolgimento dei suoi compiti, dando prova di una grande elasticità e flessibilità nel cercare delle soluzioni che consentissero il migliore funzionamento possibile della struttura da lui diretta.

Si segnala inoltre l'intensa e costante attività che Paolo Benvenuti svolge per diffondere la conoscenza e promuovere l'osservanza delle regole di Diritto umanitario in qualità di coordinatore del Comitato di esperti giuridici della Croce Rossa italiana e di componente della Commissione interministeriale per l'attuazione in Italia del Diritto internazionale umanitario. In questo si può ravvisare una linea di continuità rispetto alle attività cui si è dedicato il suo maestro, Giuseppe Barile, del quale si ricorda la sensibilità e l'impegno civile.

I contributi raccolti nel presente volume sono suddivisi tenendo conto dello sviluppo progressivo degli interessi scientifici di Paolo Benvenuti: i principi di ordine pubblico, quale limite imposto dall'ordinamento interno all'applicazione delle norme straniere e il loro rapporto con i valori che si affermano a livello internazionale; gli strumenti normativi internazionali ed europei di contrasto alla emarginazione ed al respingimento, anche nel contesto della disciplina dell'immigrazione; la responsabilità per la commissione di crimini internazionali e la giurisdizione penale internazionale; le garanzie del rispetto del Diritto umanitario ed il ruolo della Croce Rossa internazionale. Gli argomenti trattati, pur nella loro varietà ed eterogeneità, sviluppano aspetti diversi di un'unica grande tematica: la salvaguardia dei valori fondamentali, nella dinamica dei rapporti tra la comunità internazionale ed i principi irrinunciabili degli ordinamenti nazionali.

Un particolare ringraziamento va alla dott.ssa Laura Di Gianfrancesco che si è impegnata nella revisione del manoscritto.

Roma, 13 marzo 2019

Antonietta Di Blase

Giulio Bartolini

Mirko Sossai

Curriculum Vitae et Studiorum Prof. Paolo Benvenuti

Laurea in Giurisprudenza, con lode, presso l'Università di Firenze il 30 ottobre 1971, con tesi su "Norme imperative di diritto internazionale", insignita del Premio Claudio Baldoni 1973, quale migliore dissertazione in diritto internazionale in una università italiana negli a.a. 1970/71 e 1971/72.

Titolare di borsa di studio di addestramento didattico e scientifico presso l'Istituto di Diritto Internazionale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", Roma (1973-1975).

Assistente ordinario di Diritto internazionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma (1976-1980).

Professore incaricato e poi associato di Diritto internazionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania (1977-1986).

Dal 1986 al 1994 Professore straordinario e poi ordinario di Diritto internazionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università D'Annunzio (sede in Teramo, costituitasi dal 1993 in Università degli Studi di Teramo). Direttore dell'Istituto di Diritto pubblico e poi Rettore dell'Università degli Studi di Teramo, 1993-1994.

Dal 1994 al 2002 Professore ordinario di diritto internazionale nella Facoltà di Scienze Politiche, "Cesare Alfieri", dell'Università di Firenze. Dal 1995 Presidente dell'Indirizzo Politico-Internazionale del Corso di laurea in Scienze Politiche e dal 2001 Presidente del Corso di laurea in Studi Internazionali.

Dal 1° ottobre 2002, Professore ordinario di Diritto dell'Unione Europea e di Diritto internazionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre dove ha insegnato Diritto internazionale, Diritto internazionale Privato, Diritto dell'Unione Europea, *International Humanitarian Law*. Direttore del Dipartimento di Diritto Europeo Direttore dal 2006 al 2008. Dal 1° gennaio 2009 Preside di Facoltà. Dal 1° gennaio 2013 al 31 dicembre 2015 Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza. Componente del Comitato direttivo del Centro di Eccellenza in Diritto

Europeo dell'Università di Roma Tre.

Componente del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto internazionale, sede amministrativa presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma (1985-1994); del Collegio dei Docenti del Dottorato di ricerca in Diritto internazionale e Diritto dell'Unione Europea, sede amministrativa nell'Università degli Studi di Firenze (1994-2005) con ruolo di coordinatore (1994-2000); del Collegio dei docenti del Dottorato di Ricerca in Discipline Giuridiche, sede amministrativa nell'Università di Roma Tre (dal 2002 ad oggi).

Componente del Comitato scientifico del Master in Educazione alla pace, cooperazione allo sviluppo e tutela dei diritti umani dell'Università di Roma Tre (dal 2002); del Master di Giurista europeo dell'Università di Roma Tre (dal 2002); Direttore dal 2011 al 2015 del Master in Studi internazionali strategico militari istituito dall'Università Roma Tre in convenzione con l'Istituto Superiore di Stato Maggiore Interforze (ISSMI).

Incaricato, dall'a.a. 1996/97 all'a.a. 2000/01 dell'insegnamento di Storia del diritto internazionale presso la Libera Università Internazionale di Studi Sociali (LUISS).

Dal 2007 Docente di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Telematica Internazionale Uninettuno (UTIU), della quale è stato Preside nel 2007 e 2008.

Direttore, coordinatore o collaboratore di progetti di ricerca nazionali finanziati dal Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica (1998 – 2000 – 2001 – 2002 – 2005 - 2014) e dal Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Presidente della Commissione Nazionale della Croce-Rossa Italiana per il Diritto Internazionale Umanitario (dal 1989 al 2004); poi Coordinatore del Comitato di esperti giuridici in Diritto internazionale umanitario della Croce Rossa Italiana. Componente del gruppo di ricerca internazionale creato dal Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) sulla rilevazione delle consuetudini internazionali in materia di diritto dei conflitti armati. Componente del Comitato dei Garanti del Progetto "Sisma Centro Italia" della CRI. Medaglia d'oro al merito della Croce Rossa Italiana (2013).

Componente della Commissione Interministeriale per l'attuazione in Italia del diritto internazionale umanitario (rinnovata con Decr. Ministro Aff. Esteri 16/2/98).

Componente del Comitato di studio in materia costituzionale sul tema delle immunità parlamentari, la configurazione della seconda Camera e la forma di Governo presso il Dipartimento per le Riforme Istituzionali

e la Devoluzione della Presidenza del Consiglio (Decr. 1431, 11/2/2002, rinnovato con Decr. Dicembre 2003) (dal 2002 al 2004).

Componente del Consiglio Scientifico dell'Istituto di Diritto Internazionale della Pace Giuseppe Toniolo (dal 2008).

Componente del Consiglio Italiano Rifugiati e membro del suo Consiglio Scientifico e Strategico. Affiliazione scientifica alla Società Italiana di Diritto internazionale; alla Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale; alla Société Française de droit international; all'Istituto Internazionale di Diritto Umanitario; all'Institut International des Droits de l'Homme; all'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo e Componente del suo Consiglio direttivo. Segretario generale del Comitato Consultivo Italiano per i Diritti dell'uomo della Società Italiana per la Organizzazione Internazionale. Socio onorario del Centro Internazionale Studi Gentiliani.

Delegato alla XXVI (Ginevra, 1995), XXVII (Ginevra, 1999) e XVIII (Ginevra 2003) Conferenza Internazionale della Croce Rossa e Mezzaluna Rossa, Ginevra. Delegato alla Conferenza diplomatica per l'Istituzione della Corte penale internazionale, Roma, 1998. Esperto al G8 Development Minister's Meeting, Roma Giugno 2009.

Componente del Consiglio direttivo della rivista "Diritto pubblico comparato ed europeo" e della rivista "Diritti umani e Diritto internazionale". Componente del Comitato scientifico della rivista "Processi Storici e Politiche di Pace" e della rivista "Gli Stranieri. Rassegna di studi e giurisprudenza". Componente del Board of Editors del "International Studies Journal". Direttore della Collana "Studi e Documenti di Diritto Umanitario", Editoriale Scientifica, Napoli.

Promotore del Premio di laurea "Giuseppe Barile e Pietro Verri" in Diritto internazionale umanitario, Diritti dell'uomo, Diritto dei rifugiati, giunto alla sua dodicesima edizione.

Dal 21 giugno 2017 è Membro della delegazione italiana presso la Corte Permanente di Arbitrato, istituita nel 1899, sede a L'Aja.

Pubblicazioni

Monografie

Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Internazionale dell'Università di Roma, vol. 13, Milano, 1977.

L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte Internazionale di Giustizia, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Internazionale dell'Università di Roma, vol. 19, Milano, 1985.

Curatele

Guida al Diritto Europeo. Ordinamento Comunitario, Armonizzazioni, Legislazione nazionale in materia societaria, Normativa fiscale CEE, IVA Intracomunitaria, Disciplina Comunitaria dei Contratti d'Appalto, Roma, 1994.

Nazioni Unite e diritti dell'uomo a trent'anni dall'adozione dei Patti, Teramo, 1996.

Le mine antipersona. Una guerra anche in tempo di pace, Collana di Studi e Documenti della Commissione di Diritto Umanitario della CRI, vol. 2, Napoli, 2000.

Assistenza umanitaria e diritto internazionale umanitario, Collana di Studi e Documenti della Commissione di Diritto Umanitario della CRI, vol. 4, Napoli, 2001.

La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati, Milano, 2007.

Flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali, Fagnano Alto, 2008.

Articoli in riviste

La “ragionevolezza” della detenzione preventiva nell’art. 5, par. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, in *Rivista di diritto internazionale*, 1974, p. 508 ss.

Sui limiti internazionali alla giurisdizione penale, in *Rivista di diritto internazionale*, 1974, p. 238 ss.

I lavori della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato in materia di “rapimento internazionale dei bambini da parte dei propri genitori”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1979, p. 597 ss.

Movimenti insurrezionali e Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1949, in *Rivista di diritto internazionale*, 1981, p. 513 ss.

Il Consiglio di Sicurezza e i limiti strutturali dell’ONU, in *Politica internazionale*, 1987, p. 27 ss.

Possesso e diritti reali (art. 51), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1325 ss.

Diritti reali sui beni in transito (art. 52), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1335 ss.

Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1340 ss.

Italy and Implementation of the ICC Statute in National Legislation: Updating and Brief Remarks, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 1443 ss.

Repression of Crimes against Humanity, War Crimes, Genocide through National Courts, in *JUS*, 1999, p. 145 ss.

Weapons, Uncontrolled Availability of Weapons and War Crimes, in *La comunità internazionale*, 2000, p. 3 ss.

Recenti sviluppi in tema di osservanza del diritto internazionale umanitario da parte delle Forze delle Nazioni Unite: il Bollettino del Segretario generale, in *La comunità internazionale*, 2000, p. 379 ss.

Diritto delle genti in divenire: fonti e soggetti, in *La comunità internazionale*, 2000, p. 592 ss.

L'art. 11 della Costituzione e il progetto di Legge costituzionale N. 218, in La comunità internazionale, 2001, p. 201 ss.

Le respect du Droit international humanitaire par les Forces des Nations Unies: la Circulaire du Secrétaire général, in Revue générale de droit international public, 2001, p. 355 ss.

Riflessione sul carattere universale del diritto internazionale umanitario e del Movimento di Croce Rossa e di Mezzaluna Rossa, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 2001, p. 37 ss.

The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, in European Journal of International Law, 2001, p. 503 ss.

The Two Additional Protocols to the Geneva Conventions 25 Years Later: Achievements and Challenges, in La comunità internazionale, 2002, p. 347 ss.

Principi generali del diritto e giurisdizioni internazionali, in Roma e America. Diritto romano comune, 2002, p. 194 ss.

Corte penale internazionale, Unione Europea ed "Exemption Agreements", in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2002, p. XV ss.

In attesa di una nuova stagione per la politica europea in materia di asilo, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2004, p. XIII ss.

Gli accordi umanitari nel superamento del conflitto armato in Colombia, in Processi storici e politiche di pace, Roma, 2006, p. 27 ss.

Judicial Review nella guerra al terrorismo nella decisione della Corte Suprema israeliana sui Targeted Killings, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2007, p. XIII ss.

Alla ricerca di un futuro per la politica europea sull'immigrazione, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2008, p. XIII ss.

Transitional Justice and Impunity, in International Studies Journal, 2014, p. 119 ss.

L'accordo di pace in Colombia: far tacere le armi, superare le ragioni del conflitto, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2017, p. 2 ss.

Contributi in volumi

The Nature and Features of International Non-Governmental Organizations, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1978-79, p. 84 ss.

Organizzazioni Internazionali Non Governative, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1981, p. 408 ss.

Développements récents au sujet de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits internationaux et dans les conflits non internationaux, in *Droits de l'homme et droits des peuples*, San Marino, 1983, p. 99 ss.

Lineamenti e natura della Croce Rossa Italiana e delle sue componenti, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, p. 403 ss.

Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of International Humanitarian Law, in *Yearbook of International Institute of International Humanitarian Law*, 1989-1990, p. 27 ss.

Corte Internazionale di Giustizia, in *Digesto*, IV edizione, Discipline Pubblicistiche, Torino, 1990, p. 1 ss.

Art. 20 disp. prel. cod. civ. (legge regolatrice dei rapporti fra genitori e figli), in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. I, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, Padova, 1992, p. 196 ss.

Art. 21 disp. prel. cod. civ. (legge regolatrice della tutela), in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. I, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, Padova, 1992, p. 229 ss.

Introduzione, in *Guida al Diritto Europeo. Ordinamento Comunitario, Armonizzazioni Legislazione nazionale in materia societaria, Normativa fiscale CEE, IVA Intracomunitaria, Disciplina Comunitaria dei Contratti d'appalto*, a cura di Benvenuti et al., Roma, 1994, p. 1 ss.

La Clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, p. 171 ss.

The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of United Nations Peace-Keeping Operations, in *Law in Humanitarian Crises*, European Commission, Brussels – Luxembourg, 1995, p. 83 ss.

Presentazione, in Nazioni Unite e diritti dell'uomo a trent'anni dall'adozione dei Patti, a cura di Benvenuti, Gargiulo e Lattanzi, Teramo, 1996, p. IX ss.

Il ritardo della legislazione italiana nell'adeguamento al diritto internazionale umanitario, con particolare riferimento alla disciplina dei conflitti armati non internazionali, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, a cura di Lamberti Zanardi e Venturini, Milano, 1998, p. 107 ss.

Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions, in *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, a cura di Lattanzi e Schabas, Fagnano Alto, 1999, p. 21 ss.

Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario, in *Il comando e controllo nelle forze di pace e nelle coalizioni militari. Contributo alla riforma della Carta delle Nazioni Unite*, a cura di Ronzitti e Angeli, Milano, 1999, p. 222 ss.

Italy, Implementation of the ICC Statute in National Legislation. Constitutional Aspects, in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues*, a cura di Kreß e Lattanzi, Baden Baden – Fagnano Alto, 2000, p. 123 ss.

Armi, loro diffusione e crimini di Guerra: riflessioni in margine all'adozione dello Statuto della Corte Penale internazionale, in *Le mine antipersona. Una guerra anche in tempo di pace*, Collana di Studi e Documenti della Commissione di Diritto Umanitario della CRI, vol. 2, a cura di Benvenuti, Napoli, 2000, p. 45 ss, e previamente in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, *Diritto Internazionale*, Milano, 1999, p. 33 ss.

Art. 47 Pareri consultivi – Art. 48 Competenza consultiva della Corte – Art. 49 Motivazione dei pareri consultivi, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti e Raimondi, Padova, 2001, p. 695 ss.

Riflessione sul carattere universale del diritto internazionale umanitario e del Movimento di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa, in *Assistenza umanitaria e diritto internazionale umanitario*, Collana di Studi e Documenti della Commissione di Diritto Umanitario della CRI, vol. 4, a cura di Benvenuti, Napoli, 2001, p. 40 ss.

Gli strumenti volti a garantire il rispetto del diritto internazionale umanitario, in *Diritto umanitario e Cappellani Militari. Corso internazionale di formazione dei cappellani militari cattolici al diritto umanitario. Roma, 25-26 marzo 2003*, Città del Vaticano, 2004, p. 135 ss.

Principi generali del diritto, giurisdizioni internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 294 ss.

La tutela giuridica delle istanze sociali al tempo della globalizzazione, in *Limitazioni della sovranità e processi di democratizzazione*, a cura di Orrù e Sciannella, Torino, 2004, p. 228 ss.

La Croce Rossa a confronto con i problemi delle migrazioni, in *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, IX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale: Roma 17-18 giugno 2004, a cura di Leanza, Napoli, 2005, p. 253 ss.

La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati: non utopia, ma strumento realistico fondato su esigenze storiche, in *I Conferenza Nazionale Asilo. Gli Atti*, Roma, 2006, p. 78 ss.

Lo stato di necessità alla prova dei fatti, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, a cura di Spinedi, Gianelli e Alaimo, Milano, 2006, p. 107 ss.

La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di Pineschi, Milano, 2006, p. 151 ss.

International Humanitarian Law and the Means for Improving its Effectiveness: a Comprehensive Appraisal, in *Quale diritto nei conflitti armati?*, a cura di Papanicolopulu e Scovazzi, Milano 2006, p. 3 ss.

Guerra, in *Il diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, vol. 7, Milano, 2007, p. 218 ss.

Prigionieri di guerra, in *Il diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, vol. 11, Milano, 2007, p. 453 ss.

Il diritto internazionale privato, in *Manuale di diritto privato europeo*, vol. I, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, p. 125 ss.

Il progetto di codificazione della responsabilità internazionale dello stato: la necessità alla prova dei fatti, in *Scritti in onore di Giorgio Badiali*, vol. I, a cura di Pillitu, Roma, 2007, p. 1 ss.

Diritto dei rifugiati, in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, direzione scientifica di Flores, vol. I, Torino, 2007, p. 449 ss.

Diritto internazionale umanitario, in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, direzione scientifica di Flores, vol. I, Torino, 2007, p. 480 ss.

Introduzione, in *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, a cura di Benvenuti e Sapienza, Milano, 2007, p. IX ss.

Complementarity of the International Criminal Court, in *The International Criminal Court: Challenges to Achieving Justice and Accountability in the 21st Century*, a cura di Ellis e Goldstone, New York - Amsterdam - Bruxelles, 2008, p. 59 ss.

Prefazione, in *Flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di Benvenuti, Fagnano Alto, 2008, p. 3 ss.

Il passato nel presente e nel futuro: il ruolo della memoria nel diritto internazionale contemporaneo, in *Tempo e diritto. In memoria di Paolo Vitucci*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 2010, p. 61 ss.

La repressione dei crimini di guerra: i primi passi della Corte Penale Internazionale, in *Il diritto internazionale umanitario tra esigenze giuridiche e realtà operative negli scenari del III Millennio*, Atti del Convegno. Roma 13 e 14 ottobre 2009, a cura di Liguori, Tortora et al., Roma, 2010, p. 176 ss.

Le materie internazionalistiche, in *Studiare a Giurisprudenza*, a cura di Vesperini, Bologna, 2011, p. 101 ss.

Migrazioni e diritto internazionale: un equilibrio difficile fra interessi in competizione, in *Ius Peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, a cura di Meccarelli, Palchetti e Sotis, Macerata, 2012, p. 87 ss.

Diritto internazionale e diritti umani: introduzione, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, a cura di Sapienza e Di Stefano, Napoli, 2012, p. 53 ss.

Is there a Need for New International Humanitarian Law Implementation Mechanisms?, in collaborazione con Giulio Bartolini, in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, a cura di Kolb e Gaggioli, Cheltenham, 2013, p. 590 ss.

Una rilettura dell'enciclica Pacem in Terris a cinquanta anni dalla sua pubblicazione con l'attenzione rivolta ai profili di vita di relazione internazionale, in *Verità e metodo in giurisprudenza*, a cura di Dalla Torre, Mirabelli, Città del Vaticano, 2014, p. 95 ss.

Relationship with Prior and Subsequent Treaties and Conventions, in *The Geneva Conventions. A Commentary*, a cura di Clapham, Gaeta e Sassòli, Oxford, 2015, p. 689 ss.

Modelli di didattica per la costruzione di un impegno sociale, in *Cultura giuridica per un nuovo umanesimo*, a cura di Bilotti, Farace e Malaguti, Città del Vaticano, 2015, p. 49 ss.

Introduzione, in *Pietro Verri. Pioniere del Diritto Umanitario. Biografia e scritti scelti*, a cura di Fedi, Roma, 2016, p. 11 ss.

Il ruolo della didattica per la costruzione di una società inclusiva, in *Conoscenza, formazione e progetto di vita. Metodi e prospettive per l'inclusione universitaria*, a cura di Favorini e Angeli, Milano, 2016, p. 152 ss.

Edoardo Greppi *

Omaggio a Paolo Benvenuti

Il contributo di Paolo Benvenuti alla riflessione sui Protocolli di Ginevra dell'8 giugno 1977, a quarant'anni dalla loro adozione

La vasta produzione scientifica del professor Paolo Benvenuti impone – per un necessariamente breve intervento in un'occasione come questa – di operare una scelta. I suoi studi coprono un ampio spettro di materie, e offrono approfondimenti ricchi di spunti per ulteriori ragionamenti e riflessioni.

Mi sono avvalso dell'ampia libertà che mi hanno lasciato i colleghi e amici che mi hanno tanto amabilmente invitato, e ho scelto di puntare l'attenzione a un tema circoscritto, suscettibile di essere brevemente proposto ai partecipanti a questa bella giornata: i Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra, adottati l'8 giugno 1977, il primo dedicato alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali e il secondo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non-internazionali. Essi sono stati giustamente salutati come un passo importante e significativo nella storia del diritto internazionale umanitario, dal momento che hanno migliorato il contenuto delle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, colmando al contempo alcune lacune relative alle nuove realtà dei conflitti contemporanei quali, ad esempio, le guerre di liberazione nazionale, la nuova dimensione dei conflitti non-internazionali, gli sviluppi tecnologici dei mezzi e metodi di guerra, e le più gravi minacce ai civili.

Paolo Benvenuti ha dedicato ai Protocolli, in occasione del 25° anniversario della loro adozione, uno scritto che mi aveva colpito per la profondità della riflessione accompagnata dalla capacità di presentarla in maniera puntuale ed efficace. Mi riferisco al saggio “*The Two Additional Protocols to the Geneva Conventions 25 Years Later: Achievements and Challenges*”, pubblicato in “*La Comunità Internazionale*” nel 2002¹. Le sue

* Professore ordinario nell'Università degli studi di Torino.

¹ P. BENVENUTI, *The Two Additional Protocols to the Geneva Conventions 25 Years Later: Achievements and Challenges*, in *La Comunità Internazionale*, 2002, pp. 347-362.

osservazioni appaiono penetranti e, in molti passaggi, attuali ancora oggi, quindici anni dopo, nell'anno del 40° anniversario dei Protocolli. A questa ricorrenza abbiamo dedicato la Tavola Rotonda dell'Istituto Internazionale di Diritto Umanitario, nel settembre scorso, con ampia partecipazione di studiosi e pratici².

La riflessione di Benvenuti, dunque, era allora centrata su “*Achievements and Challenges*”, e si presta a un piccolo tentativo di attualizzazione quindici anni dopo. Mi limiterò, ovviamente, a cogliere qualche spunto.

Un primo elemento è rappresentato dall'ampliamento della nozione di conflitto armato internazionale (con l'inclusione delle guerre di liberazione nazionale) e la connessa estensione del concetto di combattente, con il correlativo riconoscimento dello *status* di prigioniero di guerra.

Altro ambito significativo è rappresentato dall'estensione della protezione del personale sanitario, delle unità e dei mezzi di trasporto, sia civili sia militari.

Un altro elemento riguarda le regole di condotta delle ostilità del diritto dell'Aja, con l'enfasi sul principio di distinzione, accompagnato da un rilancio del tradizionale principio di proporzionalità e dal complementare principio di precauzione negli attacchi. Benvenuti trova nel I Protocollo “*a valuable development of the law of The Hague*”, e ne sottolinea la confluenza con il diritto di Ginevra, riconosciuta dal parere del 1996 della Corte internazionale di giustizia. A questo elemento si affianca l'importanza dell'art. 85 dello stesso I Protocollo, con l'inclusione delle violazioni di nuove norme che proibiscono atti miranti a colpire i civili, intesi come “*unlawful conduct of hostilities*”, nell'elenco delle “*infrazioni gravi*”.

Altro ambito è quello del rafforzamento dei riferimenti al controllo del rispetto delle norme, anzitutto con il riconoscimento della grave responsabilità dei comandanti. Ebbene, questa sottolineatura permette di osservare quanto alla riflessione dello studioso Paolo abbia saputo accompagnare l'impegno nella formazione (peraltro oggetto di specifica previsione normativa nello stesso Protocollo). Paolo Benvenuti è stato ed è tuttora un protagonista in tutte le iniziative di formazione che hanno gli ufficiali delle forze armate come destinatari.

Un aspetto importante è quello della tendenza alla sovrapposizione (da altri qualificata come “convergenza”, “confluenza” se non addirittura “fusione”) tra diritto internazionale umanitario e diritto dei diritti umani. Si tratta, ormai, del riconoscimento che esiste una sorta di “continuum” normativo, volto ad assicurare che all'essere umano non venga meno la

² International Institute of Humanitarian Law, *The Additional Protocols 4° Years Later: New Conflicts, New Actors, New Perspectives*, Milano 2018.

doverosa protezione, “in ogni circostanza”. In questa direzione va l’attuale formulazione del progetto di commento generale n. 36 del Comitato dei diritti umani sul rispetto del diritto alla vita durante i conflitti armati, che rafforza l’idea della convergenza tra i due ambiti.

Altro elemento, che presenta caratteri di attualità, è quello della conferma, da parte del I Protocollo, della separazione tra *ius ad bellum* e *ius in bello*, con la conseguenza che il diritto di Ginevra si applica “in ogni circostanza”, come enfatizzato fin dal Preambolo. Come opportunamente osserva Benvenuti, “putting in question this crucial distinction risks endangering the entire fabric of IHL, whichever the cause of the derogation, even if it be the “war against terrorism” (che più avanti efficacemente definisce “emotional terms which do not actually have any legal meaning”).

Tra le aspettative deluse, troviamo “*the poor content of AP II*”, con le sue soglie e categorizzazioni di conflitti interni e correlative limitazioni di applicabilità; la “*poor solution*” della *International Fact Finding Commission*, uno strumento potenzialmente utile ma pesantemente condizionato dall’assenza di volontà politica degli Stati; l’inadeguatezza delle norme sui *child soldiers* (soltanto oggetto successivamente di tentativi di sviluppo).

Nel mettere insieme risultati e lacune, la riflessione di Benvenuti raccoglie anche il contributo allo sviluppo del diritto consuetudinario innescato proprio dall’adozione dei Protocolli. Il numero degli Stati che hanno ratificato è alto, così come appare significativo il costante riferimento operato dalle Nazioni Unite in moltissime risoluzioni. La giurisprudenza dei tribunali ad hoc per l’ex Jugoslavia e per il Ruanda ha offerto un’ulteriore modalità di sviluppo, con un contributo determinante al chiarimento e alla progressione delle nozioni giuridiche relative ai crimini più odiosi commessi in occasione di conflitti armati (in particolare non-internazionali). Di conseguenza, una larga parte delle norme dei Protocolli è ormai applicabile a tutti i conflitti, internazionali e non, agli Stati e ai Non-State Actors, anche se non sono parti contraenti.

Altro elemento significativo appare il crescente coinvolgimento delle organizzazioni non governative nella produzione normativa dopo i Protocolli. La Convenzione di Ottawa del 1997 e la Conferenza diplomatica di Roma del 1998 costituiscono un esempio dell’importante ruolo della società civile. Benvenuti scrive: “I affirm without hesitation that it would not have been possible to obtain the ICC as it is, without the strong role played with great intelligence, preparation and determination” dalla coalizione delle ONG.

Meritevole di attenzione è l’accorciamento della distanza tra le regole relative ai conflitti internazionali e quelle sui conflitti intra-nazionali. Come

ha autorevolmente statuito l'ICTY in Tadic, non vi è ratio a sostegno della distinzione tra conflitti internazionali e interni se l'obiettivo è la protezione dell'essere umano in quanto tale. Il Consiglio di sicurezza dell'ONU nelle sue risoluzioni non fa ormai più la distinzione, e richiama il diritto umanitario nel senso più ampio senza qualificare i conflitti.

Paolo Benvenuti commenta anche i riflessi del cosiddetto intervento umanitario sul diritto internazionale umanitario, dichiarandosi d'accordo con alcune conclusioni del rapporto sulla *Responsibility to Protect*, che accantona la locuzione "*humanitarian intervention*" rifiutando la "militarizzazione" del termine "umanitario", preferendo fare riferimento a "intervento" o a "intervento militare" "*for human protection purpose*". Ovvio, quindi, la condivisione delle conclusioni della Commissione sulla R2P: "*it should go without saying that all the rules of IHL should be strictly observed in these situations*". Benvenuti ha ragione: in Libia, dove talune regole del diritto umanitario non sono state rispettate dalla NATO, la credibilità della R2P ha corso seri rischi di essere compromessa.

A quarant'anni dalla loro adozione e quindici dalla riflessione di Paolo Benvenuti, mi pare che alcune considerazioni siano proponibili. I Protocolli hanno innegabilmente sviluppato e integrato le Convenzioni di Ginevra, e migliorato in maniera significativa la protezione giuridica delle vittime dei conflitti. Anche le regole relative alla condotta delle ostilità hanno beneficiato del primo grande sviluppo realizzato dopo le Convenzioni dell'Aja del 1907.

I Protocolli sono espressione dell'acquisita universalità della sfera dei contraenti. Quattro anni di negoziati negli anni Settanta del dopodecolonizzazione hanno coinvolto la generalità degli Stati, mentre l'esperienza delle Convenzioni del 1949 era stata essenzialmente caratterizzata da una matrice europea. Per altro verso, tuttavia, oggi le quattro Convenzioni hanno raggiunto la piena universalità, mentre i Protocolli vincolano 174 Stati il I e 168 il II. In altre parole circa l'85% degli Stati che hanno ratificato le Convenzioni hanno ratificato anche i Protocolli. Tra le assenze significative abbiamo gli Stati Uniti, Israele e la Turchia. Il Messico non ha ratificato il II Protocollo, e importanti ratifiche mancano ancora in Asia (India, Pakistan, Iran, Indonesia in primis). Dunque a fronte di una partecipazione universale ai negoziati abbiamo un minor tasso di ratifiche.

Molte obiezioni avanzate a suo tempo hanno oggi obiettivamente perso vigore, dal momento che tutti gli Stati sono vincolati da un cospicuo numero di norme attraverso lo sviluppo del diritto consuetudinario. Rimangono le resistenze di alcuni rispetto agli articoli 43 e 44 del I Protocollo, circa le definizioni di forze armate di una Parte in conflitto e di combattente.

Oggi le guerre di liberazione nazionale – così cruciali al tempo dei negoziati ginevrini del 1974-77 – hanno esaurito la loro spinta. Centrale è, invece, la questione dei conflitti non-internazionali, che sono ormai la stragrande maggioranza. Già nel 1995, nella sua *“Agenda for Peace”*, il Segretario Generale Boutros Boutros-Ghali rilevava che “...so many of today’s conflicts are within States rather than between States ...there was a rash of wars within newly independent States, often of a religious or ethnic character and often involving unusual violence and cruelty ...Inter-State wars, by contrast, have become infrequent”. Nel *War Report 2016*, la *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights* (Annyssa Bellal) conta solo 3 conflitti internazionali (India e Pakistan, Ucraina, Siria) a fronte di 36 conflitti non internazionali in 20 Paesi (5 dei quali in Siria e 4 in Afghanistan).

Nel quindicennio che è seguito alla riflessione di Paolo Benvenuti nel 2002, la comunità internazionale ha assistito ai conflitti in Afghanistan, in Irak, in Libia, in Siria, oltre a numerose e spesso neglette tragedie nel continente più tormentato, l’Africa.

Le Convenzioni e i Protocolli sono messi alla prova dall’imbarbarimento di una conflittualità che vede comportamenti in spregio alle più elementari *“lois de l’humanité”* tanto vigorosamente proclamate nel 1868 dalla Dichiarazione di San Pietroburgo. I civili in Siria non solo non sono adeguatamente protetti ma sono addirittura oggetto deliberato di attacchi, in flagrante violazione del principio di distinzione e di quello di precauzione. Sempre Boutros-Ghali rilevava oltre 20 anni fa che i conflitti non-internazionali “are usually fought not only by regular armies but also by militias and armed civilians with little discipline and with ill-defined chains of command. They are often guerrilla wars without clear front lines. Civilians are the main victims and often the main targets”. “Humanitarian emergencies are commonplace and the combatant authorities, in so far as they can be called authorities, lack the capacity to cope with them”. “Another feature of such conflicts is the collapse of State institutions, especially the police and judiciary, with resulting paralysis of governance, a breakdown of law and order, and general banditry and chaos”. Questa è la sfida che ancora oggi mette alla prova i Protocolli.

La criminalizzazione di alcuni comportamenti *“under international law”*, inoltre, ha vissuto in questo quindicennio una feconda stagione di sviluppo, grazie soprattutto alla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali ad hoc, e ha contribuito in maniera straordinaria a portare il diritto internazionale umanitario al centro dell’attenzione della comunità

internazionale e del suo diritto. Oggi l'ICTY e l'ICTR hanno chiuso i battenti, e la Corte penale internazionale, nella quale erano state riposte tante speranze e aspettative, attraversa un periodo di difficoltà in ragione della mancata adesione di Stati importanti (Stati Uniti, Cina, Russia, Iran, Israele tra le assenze più rilevanti), della contestazione – non priva di fondamento – degli Stati africani, della non cospicua (per usare un pallido eufemismo) produttività giudiziaria.

Paolo Benvenuti aveva concluso il suo saggio con una nota di ottimismo, riprendendo le osservazioni della Corte internazionale di giustizia sulla legittimità delle armi nucleari e i relativi imprescindibili risvolti di diritto internazionale umanitario. Mi piace concludere con le sue parole, che rappresentano un monito e un impegno, l'impegno appassionato e instancabile al quale l'amico Paolo ha dedicato – e dedica! – la sua vita personale e professionale: "The rejection of the applicability of IHL would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles which permeates the entire law of armed conflict and applies, without any adverse distinction based on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflict, to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future".

SEZIONE PRIMA
DIRITTI FONDAMENTALI
E ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE

Francesco Salerno *

La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale

Nella giurisprudenza italiana più recente la nozione di ordine pubblico viene agganciata ai principi fondamentali della Costituzione, se del caso integrati con norme e principi di diritto internazionale ed europeo. Non rilevano indicazioni contenute in leggi dello Stato, a meno che si tratti di disposizioni che rappresentino la sola possibile materializzazione di principi costituzionali. Questa soluzione determina una effettiva equiparazione tra *lex fori* e diritto straniero, così allargando l'apertura dell'ordinamento italiano verso leggi, sentenze o altri atti pubblici di ordinamenti estranei. L'equiparazione si estende anche alle norme di diritto internazionale privato rendendo maggiormente coerenti talune soluzioni normative già presenti nella legge italiana di diritto internazionale privato ovvero prospettando alcune soluzioni interpretative assolutamente innovative.

1. Premessa: l'ordine pubblico e la dottrina delle fonti nel diritto internazionale privato

È caratteristica propria del diritto internazionale privato e processuale l'apertura verso norme di diritto straniero o provvedimenti assunti da autorità straniere. Tale funzione persegue lo scopo di uniformità di regolamentazione nello spazio perché il coordinamento del foro con ordinamenti statali stranieri è funzionale alle esigenze di certezza del diritto dei privati. L'ordinamento del foro ritiene che tali esigenze siano meglio soddisfatte appunto ritraendo la propria funzione (sovrana) tanto legislativa che giurisdizionale e rimettendola conseguentemente alle corrispondenti determinazioni di Stati esteri e relative autorità. Questo arretramento avviene perché disposto dall'ordinamento statale in armonia con proprie norme o con norme di diritto internazionale privato uniforme vincolanti lo Stato del foro. In ogni caso, si tratta di una limitazione di funzioni sovrane voluta dallo Stato del foro in coerenza con la propria visione di certezza del

* Professore ordinario nell'Università degli studi di Ferrara.

diritto e perciò non costituisce una rinuncia irreversibile alla propria sovranità legislativa o giurisdizionale.

Del resto, lo Stato del foro modula diversamente questa tecnica di apertura a tutela di proprie considerazioni materiali. Le soluzioni al riguardo sono diverse e operano su più piani. Nel campo del diritto applicabile, la formulazione di un criterio di collegamento legislativo viene condizionata dal principio costituzionale di uguaglianza in relazione a fattispecie che lo richiedono¹. In modo ancora più netto, valori materiali possono condizionare il richiamo al diritto straniero ovvero renderlo inoperante. Per impedire l'ingresso di norme estranee che ledono propri valori essenziali, lo Stato del foro ricorre al limite dell'ordine pubblico. Fenomeni affini hanno luogo nel diritto processuale civile internazionale: la possibile efficacia di sentenze e provvedimenti stranieri viene preclusa dal limite dell'ordine pubblico².

È dunque evidente la centralità che riveste la determinazione del parametro di ordine pubblico. Esso opera alla stregua di un "compasso" che delinea "a valle" il grado di apertura o di chiusura dell'ordinamento del foro verso valori giuridici estranei.

Un limite dell'ordine pubblico costituito da regole puntuali della *lex fori* renderebbe oltremodo problematica ogni ipotesi di apertura al diritto straniero se non nei termini in cui la norma o il provvedimento straniero siano identici per contenuto alla *lex fori* e alla sua concreta applicazione. Diversamente, il riferimento ad un parametro più flessibile costituito dal richiamo a "principi" di ordine pubblico autonomi dalla *lex fori* e ricavati da un processo di astrazione più elevato permette una assai più ampia circolazione di valori estranei. Solo nella seconda ipotesi, il diritto (o il provvedimento) straniero deve misurarsi con un nucleo di valori concettualmente distinto dal modello strettamente legeristico.

Perciò, su un piano più generale, la questione dell'ordine pubblico richiama l'attenzione sulle formule che all'interno di un ordinamento statale ne determinano le caratteristiche identitarie complessive. La concezione tradizionale, tramandataci dalla dottrina dommatica della prima metà del secolo scorso, non poteva che riferirsi al modello regolatorio compiuto espresso dalla *lex fori* in ragione del postulato secondo cui ogni ordinamento giuridico statale ha, nel contempo, un carattere "esclusivo" ed "esaustivo"³.

¹ *Infra*, par. 6.

² Cfr., per il diritto internazionale privato comune, gli articoli 64, 65, 66 e 68 della legge n. 218/1995. Vedi anche l'art. 18 dell'ordinamento dello stato civile (d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

³ Vedi *infra*, nota 9.

Ma tale approccio risulta sempre meno plausibile per il carattere complesso della società statale contemporanea che mette in evidenza l'obiettivo integrazione degli Stati in spazi giuridici sovranazionali o internazionali. Il fisiologico operare dell'ordinamento giuridico espresso da una società aperta non può quindi essere né esclusivo né tanto meno esaustivo. Al tempo stesso, però, l'ordinamento giuridico di una data comunità statale deve mantenere le proprie caratteristiche identitarie quali espressioni di uno Stato costituzionalmente sovrano⁴. È in queste condizioni che l'ordinamento giuridico statale, nel mentre rinuncia al carattere esclusivo e esaustivo del proprio modello regolatorio, deve ritrovare ed enfatizzare la propria identità intorno a principi fondamentali che esprimono i valori di fondo di una data comunità statale. Tra tali valori figura pure il principio di apertura al diritto di origine estranea, ma coordinato e condizionato da altri valori fondamentali riconducibili alla identità propria di quella comunità statale⁵. Questa impostazione non può che essere svolta sul piano costituzionale perché ormai i sistemi statali si caratterizzano in base all'assetto costituzionale – scritto o non scritto – su cui si reggono. La Costituzione riflette nel contempo le tradizioni giuridiche nazionali sia rispetto al “compasso” con cui opera l'apertura verso il diritto straniero, sia sul modo con cui la Costituzione definisce i valori fondamentali per l'ordinamento statale.

Se l'ordine pubblico viene compreso all'interno di principi fondamentali della Costituzione, si favorisce maggiormente l'apertura al diritto straniero ma, così facendo, si riduce la flessibilità dell'ordine pubblico perché ostacolata dalla qualità precettiva di tali principi. D'altronde, è difficile rifuggire dalla natura propriamente costituzionale dell'ordine pubblico, nonostante la circostanza che esso sia normalmente evocato in norme di legge ordinaria (ad esempio, gli articoli 16 e 64 della legge n. 218/1995). La questione andrà risolta avendo presente che il suo operare “a valle” interferisce con la determinazione – appunto di rilevanza costituzionale – sull'apertura operata dall'ordinamento del foro verso valori stranieri cui è correlata una compressione delle funzioni sovrane dello Stato del foro⁶.

⁴ Non convincono pertanto le prospettive recenti intorno al c.d. “diritto globale”: CASSESE (S.), *Lo spazio giuridico globale*, Roma, 2003, spec. pp. 7-13; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, p. 10 s.; FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. IV, p. 547 ss.; più cauto DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, p. 16 ss.

⁵ Sulla concezione pluralista degli ordinamenti giuridici resta fondamentale l'insegnamento di Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1946, ristampata nel 1977 a Firenze.

⁶ *Infra*, paragrafi 5 ss.

Di riflesso, l'assetto dato all'ordine pubblico si riflette sul valore del diritto straniero richiamato o del provvedimento straniero reso efficace e, più in generale, sulla funzione stessa del diritto internazionale privato.

2. La nozione legeforistica dell'ordine pubblico

Anche la dottrina più incline verso un'accezione legeforistica dell'ordine pubblico ne ha messo in luce la valenza "internazionale" ogni qual volta opposto quale limite all'efficacia del diritto (o provvedimento) straniero. Questa puntualizzazione si è sempre resa necessaria per tenere ben distinto l'ordine pubblico quale ostacolo alla circolazione di valori estranei dal c.d. ordine pubblico "interno", espresso a sua volta da norme "che hanno un carattere imperativo semplicemente nei riguardi interni, cioè nel senso che i privati non possono derogarvi con autonome disposizioni"⁷.

Nonostante una simile puntualizzazione, l'ordine pubblico restava però ingabbiato nella concezione rigorosamente positivista e statalista quale affermata nella prima parte del Novecento.

A partire dalla *Teoria del diritto internazionale privato* di Ago del 1934⁸, la dottrina e soprattutto la prassi italiana di diritto internazionale privato erano prevalentemente orientate a considerare le norme di diritto internazionale privato quale parti dell'ordinamento statale cui afferivano e del quale riflettevano il carattere "esclusivo"⁹. Sulla scia della dottrina dommatica di Perassi, Ago assegna natura pubblicistica alle norme di diritto internazionale privato¹⁰ perché deputate a "riprodurre" nell'ordinamento interno la norma del diritto straniero richiamato¹¹. La sua "nazionalizzazione" implicava

⁷ AGO, *Le norme di diritto internazionale privato nel progetto di Codice Civile*, Roma, 1931, p. 56.

⁸ La *Teoria* fu edita a Padova. Le indicazioni formulate da Ago in questo volume sono riprese e in buona misura sintetizzate in AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato, Parte generale*, Milano, 1939, con ristampa inalterata nel 1955: di seguito si farà riferimento a quest'ultima edizione.

⁹ AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 32. Vedi anche MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, p. 74.

¹⁰ AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 61; cfr. altresì LUZZATTO, *La giurisprudenza italiana en matière de droit international privé (1961-1963)*, in *Comunicazione e studi*, XII, 1966, p. 782. Più ampiamente *infra*, par. 6 e note 55-56.

¹¹ Una simile accezione pubblicistica impedì che in Italia si radicesse una concezione "privatistica" del diritto internazionale privato quale espressa in particolare da BALLADORE PALLIERI (*Diritto internazionale privato*, Milano, 1946, p. 38 ss.; Id., *Diritto internazionale*

una vera e propria incorporazione¹² che formalizzava “il diritto soggettivo nell'individuo a ottenere l'applicazione di quella legge dichiarata dal legislatore competente a regolare sostanzialmente il rapporto”¹³.

In questa cornice dommatica, il diritto straniero era costretto ad amalgamarsi compiutamente con il diritto nazionale e ne diventava a tutti gli effetti parte. Il rapporto tra *lex fori* e *lex causae* (straniera) non poteva perciò essere autenticamente paritario, nonostante che le norme di conflitto formulate nelle disposizioni preliminari prima nel codice civile del 1865 e poi in quello del 1942 avessero una struttura formalmente bilaterale perché il richiamo al diritto straniero era sullo stesso piano del richiamo al diritto nazionale¹⁴. Il diritto straniero era infatti deputato ad integrarsi in un ordinamento che si assumeva esclusivo ed esaustivo. Così, valendo come parametro il modello regolatorio della *lex fori*, emergevano non poche incertezze riguardo la possibilità che un istituto ad essa sconosciuto facesse ingresso nell'ordinamento interno, tanto più se sussisteva una puntuale preclusione legislativa in tal senso. Ne costituiva un caso emblematico la vicenda delle *Anstalten*, società (almeno inizialmente) unipersonali costituite sulla base della legge del Lichtenstein¹⁵, al cui riconoscimento nell'ordinamento italiano si era talora opposto in passato il limite dell'ordine pubblico¹⁶.

I limiti di tale approccio venivano solo in parte superati da quell'indirizzo giurisprudenziale che preferiva richiamarsi ai “principi informatori” o “fondamentali” dell'ordinamento giuridico¹⁷. Si trattava di un parametro certamente più elastico, che a volte si saldava con le “concezioni sociali

privato italiano, Milano, 1974, p. 36 ss.).

¹² AGO, *Lezioni*, cit., p. 59 s.

¹³ Così anche SALVIOLI, *Diritto internazionale privato*, in *Enciclopedia Italiana*, XII, 1950, p. 1005.

¹⁴ LUZZATTO, *Le norme di diritto internazionale privato*, in *I cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano. 4-6 giugno 1992*, vol. I, Milano, 1993, parla di “perfetta bilateralità” delle norme di diritto internazionale privato italiano.

¹⁵ Cfr.: PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di “Anstalten” e “Treuunternehmen” nell'ordinamento italiano*, in *Com. Studi*, vol. XV (1978), p. 85 ss., spec. p. 121 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 613 ss.

¹⁶ Cfr., tra le altre decisioni, Trib. Trieste, 27 febbraio 1974, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, p. 90 ss., e Trib. Milano, 31 marzo 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 130 ss., con nota critica di LUZZATTO. Il problema va ormai considerato superato, data la formulazione dell'art. 25, 1° comma, della legge n. 218/1995, che regola la *lex societatis* in relazione a società o ente similare, “anche se privo di natura associativa”.

¹⁷ Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Riv. dir. int.*, 1970, p. 592; App. Lecce, 14 febbraio 1972, in *Rivista*, 1972, p. 844.

e morali vigenti nella organizzazione statale”¹⁸, ma queste non dovevano mai apparire come espressione autonoma dal diritto formalmente posto¹⁹: occorreva considerare il *corpus iuris* “nel suo insieme”²⁰, ma sempre e soltanto con riferimento all’ordinamento giuridico italiano.

Le norme internazionali, ed in particolare quelle che vincolano gli Stati a rispettare norme uniformi di diritto internazionale privato, venivano “marginalizzate” in ragione del loro carattere speciale²¹. Per una duplice ragione: l’una, con riferimento allo speciale procedimento di adattamento che ne consentiva l’ingresso nell’ordinamento²²; l’altra, per rispetto – ancora una volta – del senso di compiutezza di un “sistema” di diritto internazionale privato che poteva essere espresso solo da regole e principi di diritto interno. Conseguentemente, in passato le norme di diritto internazionale (peraltro assai più scarse che nella fase attuale) non interferivano nella formazione e rilevazione dell’ordine pubblico del foro. La determinazione di questo parametro avveniva inevitabilmente in base alla *lex fori* quale espressa dalle leggi ordinarie dello Stato. Ne costituiva una conferma puntuale l’art. 797 cod. proc. civ. che configurava (n. 7) il limite dell’ordine pubblico “italiano” all’efficacia di sentenze straniere.

3. *Il continuum tra comunità statale e comunità internazionale nella formazione e rilevazione dell’ordine pubblico internazionale*

Nella seconda metà del Novecento, Giuseppe Barile avvia un ripensamento della concezione dell’ordine pubblico quale ereditata dalla tradizione dommatica italiana di diritto internazionale privato. Barile contestava esplicitamente quello schema utilizzando sia la pregressa esperienza storica del diritto internazionale privato, sia la sua peculiare funzione di coordinamento tra sistemi. La prima, che risale alla fase statutaria del Medio Evo e poi ancora ai primordi dell’Età moderna, evidenziava valori universali che circolavano nelle comunità parziali e ne contaminavano in vario modo l’identità. Poi soggiungeva la funzione del diritto internazionale

¹⁸ Trib. minorenni, Torino, 23 febbraio 1973, in *Dir. fam. pers.*, 1973, p. 786; App. Milano, 20 maggio 1975, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 367.

¹⁹ Cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 120.

²⁰ App. Milano, 8 ottobre 1976, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 603.

²¹ Cfr. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, p. 366 ss.

²² PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Parte seconda, Roma, 1938, p. 26 ss.; CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 293.

privato moderno, che poteva essere adeguatamente svolta solo “aprendo” gli ordinamenti statali alle esigenze di uniformità di regolamentazione nello spazio²³.

Per spezzare il monopolio statale nella determinazione del limite dell'ordine pubblico, Barile risale alla formula del diritto spontaneo ed utilizza il modello anglo-sassone circa la continuità tra diritto consuetudinario di origine interna e diritto consuetudinario di origine internazionale²⁴. Egli focalizza l'ordine pubblico quale “diritto della coscienza”, idoneo per sua natura a fungere da collante unitario delle varie dimensioni – interna ed internazionale – del “diritto spontaneo”²⁵. In questo *continuum* era possibile reperire quei fatti-prova che permettevano di rilevare i principi di ordine pubblico internazionale in “osmosi” tra diritto interno e diritto internazionale²⁶. Il parametro così individuato assumeva quei connotati universalistici, sufficientemente ampi per favorire al massimo la circolazione dei valori.

Tale approccio trovava nell'ordinamento italiano un limitato aggancio nell'art. 10, 1° comma, Cost. che configura un'apertura continua dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Nell'impostazione di Barile ciò rafforza l'esistenza di un principio strutturale di apertura dell'ordinamento statale verso il diritto estraneo latamente inteso²⁷.

Un suo allievo, Paolo Benvenuti, si pone nel solco di questa concezione universalistica dell'ordine pubblico, accentuando il rilievo della componente internazionalistica²⁸. Lo coadiuva in tal senso la giurisprudenza nazionale dell'Ottocento, affatto condizionata dalla concezione statalista del diritto²⁹. Ne emerge il convincimento “di un ordine pubblico internazionale nel vero senso della parola, di un ordine pubblico internazionale, cioè, che *si confonde con lo stesso diritto internazionale*”³⁰. Benvenuti accentua quindi la

²³ BARILE, *La fonction historique du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 116 (1965), p. 301 ss.; ID., *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980, pp. 22 ss. e 69 ss.

²⁴ BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno. Rapporti fra sistemi omogenei ed eterogeni di norme giuridiche*, Milano, 1964.

²⁵ BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno*, cit., p. 72.

²⁶ BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale*, cit., p. 77 ss.

²⁷ BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale. Alcune considerazioni in tema*, Padova, 1987, p. 10 ss.

²⁸ BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977.

²⁹ Ivi, p. 18 ss.

³⁰ Ivi, p. 136, corsivo aggiunto.

concezione “internazionalistica” dell’ordine pubblico, assegnando a questo anche una funzione di garanzia dello stesso diritto internazionale. Infatti, nel momento in cui si assume che l’ordine pubblico è “internazionale nel vero senso della parola”, il richiamo a tale parametro diventa anche uno strumento di difesa dei valori giuridici internazionali (“assoluti”) ad opera del giudice nazionale³¹. L’indicazione è senz’altro pertinente, poiché evocare il limite dell’ordine pubblico consente allo Stato di evitare che l’applicazione del diritto straniero o il riconoscimento di un provvedimento straniero – lesivi, l’uno come l’altro, di valori internazionali – possa espandersi nello spazio ed evocare anche la responsabilità internazionale dello Stato del foro³².

In quanto direttamente ancorata ad esigenze precettive “assolute” della comunità internazionale, l’accezione internazionalistica dell’ordine pubblico quale configurata da Benvenuti si smarcava in sostanza dal vago richiamo giusnaturalistico al “diritto della coscienza”. L’ordine pubblico – proprio perché normativamente “internazionale” – apriva l’ordinamento statale a valori e diritti estranei assumendo a giustificazione di ciò gli stessi vincoli internazionali. Ma questi vincoli rilevavano nel caso di specie quali elementi identificativi essenziali della comunità statale tanto da essere fatti valere (anche) a difesa della stessa. Di riflesso, il limite dell’ordine pubblico è invocabile “solo in quanto la comunità [statale] particolare sia realmente offesa”³³. Così Benvenuti introduce la propria accezione dell’ordine pubblico “attenuato”. Come è noto, si sono prospettate alcune concezioni riduttive del limite dell’ordine pubblico secondo la dottrina tedesca dell’*Inlandsbeziehung*³⁴, ovvero evocando il concetto di *ordre public de proximité*³⁵. Entrambe le concezioni mitigano, sia pure con argomentazioni diverse, il limite dell’ordine pubblico quando questo verrebbe opposto al

³¹ Ivi, p. 138.

³² Del resto, la stessa Corte di giustizia dell’UE ha avallato l’impiego del limite dell’ordine pubblico per evitare la violazione di principi fondamentali dell’ordinamento dell’UE. Si deve però trattare di un contrasto “inaccettabile” per l’ordinamento dell’Unione: Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2015, causa C-681/13, *Diageo Brands*, punti 44 e 51.

³³ BENVENUTI, *Comunità statale*, cit., p. 137.

³⁴ JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, 2007, *passim*; GAUDEMET-TALLON, *Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille*, in *A Commitment to Private International Law. Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, p. 186.

³⁵ LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, vol. 196 (1986), p. 9 s.; COURBE, *L’ordre public de proximité*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 227 s.; Institute of International Law, risoluzione su “Cultural differences and ordre public in family private international law” (A, par. 3), adottata nella sessione di Cracovia del 2005.

diritto straniero in fattispecie che non sono sufficientemente connesse con l'ordinamento del foro. Anche Benvenuti si pone in questa prospettiva poiché giustifica il ricorso al limite dell'ordine pubblico unicamente nei casi in cui “la fattispecie concreta presenti ... un legame forte ed effettivo”, in quanto sarebbero questi i soli casi in cui la comunità statale sarebbe tenuta ad evitare la violazione di valori internazionali³⁶.

4. *La svolta giurisprudenziale a favore dell'ordine pubblico internazionale*

La valenza internazionalistica dell'ordine pubblico diventa tanto meno eludibile in materie nelle quali il diritto internazionale mostra una chiara vocazione valoriale direttamente rilevabile sul piano individuale o interindividuale. Questa prospettiva si è prima manifestata e poi accentuata nella seconda metà del Novecento a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Ne è seguito uno sviluppo, assai ampio ed articolato, di strumenti e regole a tutela dei diritti umani a livello tanto universale che regionale.

Gli obblighi che promanano da questi strumenti, oltre che avere natura solidale *inter partes*, hanno sovente valore consuetudinario e non poche volte di norme imperative. Tale significato si afferma anche a livello regionale, come testimonia la ricorrente affermazione della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui la Convenzione omologa rappresenta un “constitutional instrument of European public order for the protection of individual human beings”³⁷.

L'emergenza di valori unificanti è diventata ancora più esplicita nell'ordinamento dell'UE con l'adozione della Carta europea dei diritti fondamentali che non solo ha assunto il medesimo valore formale dei Trattati istitutivi dell'UE ma la Corte di giustizia considera talora la prima superiore ai secondi³⁸.

La dimensione multilivello della disciplina sui diritti umani crea un duplice fenomeno.

Per un verso, i soggetti privati percepiscono l'esistenza di fattori

³⁶ BENVENUTI, *Comunità statale...*, cit., p. 137.

³⁷ Corte EDU, sent. 12 dicembre 2001, *Bankovic c. Belgio e altri*, ric. n. 52207/99, par. 80, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

³⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, su cui vedi MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in <http://www.dirittounioneuropea.eu>, dicembre 2017, p. 14 s.

unificanti a livello internazionale e/o sovranazionale. Non può dunque eludersi l'aspirazione dei privati a ritrovare *anche* in quei fattori soddisfazione o riscontro delle proprie esigenze di certezza del diritto.

Per un altro, proprio questa continuità del diritto internazionale (o sovranazionale) con la dimensione privata dell'esperienza giuridica rafforza l'impatto potenzialmente pervasivo del diritto internazionale sull'ordinamento statale. In specie non appare eludibile il *continuum* tra diritto internazionale e diritto interno nel terreno elettivo dei diritti umani che è poi propriamente quello costituzionale. Questa condizione spiega l'affermazione nell'ultima parte del Novecento di quella giurisprudenza nazionale che riconosce contenuto "internazionale" all'ordine pubblico opponibile all'ingresso di valori estranei. Così, ad esempio, Cassazione 10 marzo 1995, n. 2788, stabilisce che l'ordine pubblico internazionale, da tenere concettualmente distinto dall'ordine pubblico interno, "va identificato con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento in un determinato momento storico e trovano la loro espressione in principi costituzionali e in quelli contenuti nelle convenzioni o nelle dichiarazioni internazionali comuni a tutti gli Stati"³⁹. Il parametro di ordine pubblico veniva prima individuato coniugando unitariamente gli uni e gli altri e quindi fatto valere senza dare rilievo agli elementi di prossimità della fattispecie⁴⁰.

La svolta giurisprudenziale si spiegava alla luce delle crescenti caratteristiche di "società aperta" che ormai connotavano l'ordinamento giuridico italiano. Di riflesso, andavano individuati corrispondenti elementi identitari di questo ordinamento adeguati a favorire l'applicazione nel foro di valori giuridici estranei. Ciò elevava la soglia dell'ordine pubblico ma non lo diluiva. Restava però il dubbio di stabilire in che misura operasse il sincretismo tra valori costituzionali e principi di origine internazionale. Dubbio che si riflette anche nei lavori preparatori della legge n. 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato, ed al quale i lavori preparatori danno una risposta. La Relazione ministeriale spiega per quale motivo l'art. 16 enunci il limite dell'ordine pubblico nell'applicazione di leggi straniere omettendone l'aggettivo "internazionale": questa omissione è avvenuta non certo per comprendervi anche l'ordine pubblico interno (comunque escluso) ma proprio per evitare di accogliere una volta per tutte "connotazioni propriamente internazionali del limite anzidetto"⁴¹.

³⁹ In *Riv. dir. int.*, 1996, p. 1070, corsivo aggiunto. Vedi anche prima Cass., 8 gennaio 1981, n. 189, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, p. 789 s.

⁴⁰ Vedi invece Cass., 24 novembre 1989, n. 5074, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 156 s.

⁴¹ Cfr. *Relazione al disegno di legge n. 1192*, in *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, a cura di Pocar, Milano, 1997, p. 161. POCAR nella *Introduzione al nuovo diritto*

5. *L'esigenza di preservare l'identità costituzionale dello Stato alla prova dell'ordine pubblico internazionale*

D'altronde, quanto più si intensifica la dimensione internazionale o sovranazionale dell'ordine pubblico, tanto maggiore diventa l'esigenza di definirne i rapporti con l'assetto costituzionale dello Stato. La questione è ben presente negli stessi meccanismi costituzionali preposti a garantire il rispetto degli obblighi internazionali nell'ordinamento interno. L'apertura garantita dalla stessa Costituzione non può essere senza limiti di sorta, a rischio di perdere la stessa sovranità costituzionale dello Stato. Infatti la Corte costituzionale è impegnata a determinare la profondità di tali limiti, specie in relazione al tipo di garanzia costituzionale che entra in giuoco⁴². Ma la tutela dei diritti fondamentali è una materia rispetto alla quale la Corte costituzionale non lascia intravedere una compressione di sovranità costituzionale⁴³. La Corte lo aveva già escluso in relazione alla CEDU⁴⁴ e lo ha poi fatto intendere anche in relazione alla Carta europea dei diritti fondamentali⁴⁵. L'affermazione prescinde dal carattere immediatamente applicabile delle norme contenute nella Carta (che la Cassazione ha riconosciuto anche di recente⁴⁶), come pure elude il rango primario che la

internazionale privato italiano, ivi, p. 40 nota 63, richiama opportunamente l'accezione internazionalista dell'ordine pubblico propugnata da Barile. Escludono altresì il carattere esclusivo del parametro internazionalistico MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Milano, 2017, p. 266.

⁴² I parametri sono differenti secondo che si considerino le norme internazionali garantite dall'art. 10, 1° comma, e dall'art. 11 – le quali assumono un rango equivalente a quello di norme costituzionali – o le altre norme internazionali che invece rientrano nella sola garanzia dell'art. 117, 1° comma, formalmente ricondotte al rango di “norma interposta”.

⁴³ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, par. 6.1.

⁴⁴ Nella sentenza 24 ottobre 2007, n. 349 (par. 6.1), la Corte costituzionale ha escluso che vi rientri la CEDU, dal momento che “i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità”

⁴⁵ Nella sentenza 14 dicembre 2017, n. 269 (par. 5.2), la Corte costituzionale ha stabilito – con un ragionamento *obiter dictum* che non era neppure determinante ai fini del *thema decidendum* – “che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE”.

⁴⁶ Cassazione (sez. I pen.), 26 ottobre 2017 n. 49242 *Lucky Haruna*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 287 ss., par. 3.2.

Carta riveste nell'ordinamento dell'UE⁴⁷.

La stessa Corte costituzionale ha dovuto prendere atto del necessario confronto tra fonti internazionali e nazionali in materia di diritti umani. Da qui la sua giurisprudenza tesa a determinare una sorta di integrazione funzionale tra Costituzione e testi internazionali a tutela dei diritti umani. La tecnica utilizzata in proposito è quella di integrare “al più alto livello possibile” le norme internazionali a tutela dei diritti umani con le norme costituzionali a garanzia dei diritti fondamentali⁴⁸.

Tale approccio è però solo in parte in linea con l'accezione internazionalistica dell'ordine pubblico quale prospettata da Barile e sviluppata da Benvenuti. Invero Barile si era preoccupato di valutare il modo in cui la Costituzione interagisse con la determinazione dell'ordine pubblico. A suo avviso, dalla Costituzione erano ricavabili “fatti-prova” particolarmente qualificati per rilevare l'ordine pubblico internazionale⁴⁹, ma era “sostanzialmente impensabile che si [potessero] rilevare nella coscienza giuridica della comunità nazionale, valori in contrasto con quelli affermati direttamente dal sistema giuridico interno”⁵⁰. Questa tendenziale coincidenza non confluiva per Barile in manifestazioni di “sovranismo costituzionale”, poiché concettualmente la Costituzione non doveva avere valenza esclusiva nella rilevazione dell'ordine pubblico internazionale. A tal fine era legittimo e dovuto rilevare l'ordine pubblico internazionale anche facendo riferimento a “leggi ordinarie” o ad “altri fatti”⁵¹. Perciò per Barile restava possibile rilevare principi di ordine pubblico internazionale che non coincidessero “con alcun principio costituzionale”⁵².

⁴⁷ Vedi *supra*, nota 38.

⁴⁸ Questa “osmosi verso l'alto” trova specialmente conferma nell'interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost., la cui evocazione dei “diritti inviolabili” della persona viene considerata suscettibile di arricchirsi con garanzie ed istituti innovativi, come l'unione civile omosessuale: Corte costituzionale: 15 aprile 2010, n. 138, par. 8, e 11 giugno 2014, par. 5.5.

⁴⁹ BARILE, *I principî fondamentali della comunità statale*, cit., p. 22.

⁵⁰ BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, cit., p. 17 s.

⁵¹ BARILE, *I principî fondamentali della comunità statale*, cit., p. 19; ID., in *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, p. 134.

⁵² BARILE, *I principî fondamentali della comunità statale*, cit., p. 73, nota 6.

6. *Costituzione e diritto internazionale privato*

L'impostazione che Giuseppe Barile dava alla rilevazione dell'ordine pubblico internazionale ne rispecchiava certamente l'idea che si trattasse essenzialmente di diritto spontaneo sia pure "positivamente" condizionato dalle norme dell'ordinamento giuridico, ed in particolare da quelle di più elevato grado. La cautela di Barile verso una concezione dell'ordine pubblico pienamente assorbito nella Costituzione o nei suoi principi fondamentali rifletteva un più ampio atteggiamento della dottrina internazionalprivatistica (non solo italiana) restia a ricondurre pienamente il diritto internazionale privato nel solco della Costituzione dello Stato del foro. Dottrina e prassi europee erano fortemente influenzate dalla concezione che Savigny aveva espresso riguardo le norme di diritto internazionale privato come una sorta di diritto (spontaneo e frutto di formule razionali universali) che rifuggiva dalla codificazione. Le codificazioni nazionali avevano incrinato in taluni paesi questo schema originario, ma non era mai venuta meno la peculiarità del diritto internazionale privato come disciplina speciale rispetto al diritto comune. Del resto, il pensiero statalista più radicale non rifuggiva dal confronto con altri modelli stranieri alla ricerca di tecniche ed istituti condivisi, anche se il carattere concettualmente esclusivo dell'ordinamento del foro riduceva la prospettiva comparatistica e soprattutto la sua incisività⁵³.

La crisi del modello statalista aveva peraltro riportato in auge lo schema universalistico savignano, di modo che le norme comuni attraverso cui si concretizzava la codificazione del diritto internazionale privato venivano variamente manipolate in relazione al loro scopo di pervenire ad una regolamentazione uniforme nello spazio. Tale obiettivo risultava tanto più perseguibile quanto meno condizionato dal diaframma dei diritti nazionali. Perciò la Costituzione, per quanto fosse l'espressione massima del diritto positivo dello Stato, non doveva ostacolare il pieno dispiegamento di questa funzione⁵⁴.

Questo atteggiamento non poteva reggere alla prova della storia.

La Costituzione di uno Stato – ormai solitamente espressa in forma scritta e con carattere di rigidità – deve rappresentare, in ultima analisi, la fonte formale e materiale di legittimazione di ogni "diritto" operante

⁵³ Cfr. SALERNO, *Il ruolo dei giuristi italiani nell'evoluzione europea del diritto internazionale privato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, p. 111.

⁵⁴ Ciò viene ammesso anche da BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, cit., p. 11, quando così scrive: "Perché l'uniformità di regolamento nello spazio possa essere adeguatamente raggiunta nel maggior numero di casi, [le norme straniere richiamate] devono potersi applicare nel territorio nazionale anche se, conformi ai principi del loro sistema, non collimino con la nostra Costituzione".

nell'ordinamento statale. Già nella prima parte del Novecento, la dottrina italiana di matrice pubblicistica aveva fatto riferimento alla natura costituzionale delle norme di diritto internazionale privato in quanto fonti (norme) sulla produzione giuridica⁵⁵, per giustificare la loro idoneità a richiamare norme straniere “riproducendole” in norme nazionali⁵⁶. Le une e le altre integravano l'assetto delle fonti e più in generale delle funzioni pubblicistiche dell'ordinamento statale e quindi dovevano *naturaliter* operare a livello costituzionale. Certamente vi era l'esigenza dommatica di ribadire concettualmente il monopolio del diritto statale anche nel richiamo al diritto straniero. Ma quella dottrina aveva il pregio di rilevare la valenza costituzionale delle norme di diritto internazionale privato in ragione della loro idoneità ad integrare il sistema delle fonti domestiche di diritto.

Se questa impostazione era giustificata in un ordinamento giuridico a costituzione flessibile, *a fortiori* deve esserlo in un sistema a costituzione rigida. Il diritto internazionale privato operante all'interno di un ordinamento statale adotta formule normative e tecniche applicative consone alla organizzazione costituzionale di quello Stato. Di conseguenza, l'apertura al diritto straniero resta una determinazione autonoma dello Stato se del caso legittimata (raramente imposta) da norme costituzionali. La Costituzione di uno Stato giustifica la predisposizione di norme di diritto internazionale privato che richiamano norme e provvedimenti di Stati esteri. Ed è questa apertura, costituzionalmente legittimata, verso il diritto estraneo che consente, poi, di apprezzare anche quelle considerazioni materiali insite nella Costituzione ed idonee a determinare, se del caso, la preclusione all'efficacia del diritto straniero.

Il richiamo al diritto straniero come anche l'efficacia di sentenze o atti (*lato sensu*) pubblici stranieri⁵⁷ implica la loro equivalenza con omologhe manifestazioni del “Pubblico potere” nello Stato del foro. Indirettamente ciò si traduce in un ridimensionamento della sfera del potere legislativo, giurisdizionale o amministrativo dello Stato del foro in quanto le sue manifestazioni “autoritative” sono sostituite da quelle – appunto equivalenti

⁵⁵ PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale. Parte Seconda*, Roma, 1938, p. 60; AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1955 (1939), p. 61.

⁵⁶ AGO, *Lezioni*, cit., p. 47 ss. Lo schema si poteva estendere – secondo una data interpretazione normativista – al riconoscimento di sentenze straniere, assegnando a tale meccanismo l'effetto di produrre la norma del caso concreto: GAJA, *Sentenza straniera non deliberata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 416 ss.

⁵⁷ L'espressione è riferita sia ad atti pubblici stranieri di matrice negoziale ma provvisti di efficacia esecutiva nell'ordinamento di origine, sia ad atti amministrativi stranieri rilasciati da pubbliche autorità straniere a ciò abilitati.

– di Stati stranieri. Abbiamo in sostanza una contrazione delle funzioni “sovrane” di uno Stato, che coinvolge il potere legislativo, il potere giudiziario e il potere esecutivo-amministrativo. Orbene una simile contrazione deve necessariamente trovare una giustificazione – espressa o tacita – nella stessa Costituzione. Ciò è tanto più necessario in relazione alla Costituzione italiana che ha avvertito la necessità di predisporre una specifica norma costituzionale – l’art. 11 – per giustificare “limitazioni di sovranità” a favore di ordinamenti internazionali particolari che rispondono alle specifiche finalità “promozionali” dell’art. 11. Orbene, l’art. 11 considera le limitazioni di sovranità in chiave verticale, vale a dire nei rapporti tra il diritto interno e un diritto internazionale “particolare”. Ma l’arretramento delle funzioni sovrane dello Stato resta parimenti rilevante per effetto del coordinamento con altri ordinamenti statali imposto da regole di diritto internazionale privato. Certamente è diversa la prospettiva, ma il nocciolo del fenomeno consiste pur sempre in una “limitazione di sovranità” del Pubblico potere dello Stato.

A tal fine poco rileva che le regole di diritto internazionale privato siano formulate in norme comuni o di diritto uniforme. In ogni caso vi deve essere una giustificazione costituzionale per legittimare l’efficacia di norme ed atti pubblici stranieri (*lato sensu*) in alternativa a quelli nazionali. Ma un arretramento delle funzioni tipiche espresse dal Pubblico potere è costituzionalmente ammissibile se il diritto internazionale privato sia in armonia con la Costituzione del foro tanto nella sua enunciazione normativa come anche nella sua manifestazione applicativa. Lo richiede anzitutto la circostanza, opportunamente rilevata, che il diritto internazionale privato incide “sotto numerosi profili su situazioni ed aspetti che sono oggetto di regolamentazione a livello costituzionale”⁵⁸. Più in generale, negli ordinamenti statali a costituzione rigida, la norma di diritto internazionale privato – se codificata – è pur sempre una legge ordinaria subordinata alla norma superiore: la Costituzione. Ciò comporta inevitabilmente l’allineamento del diritto internazionale privato del foro ai valori nazionali “materiali”⁵⁹.

L’impatto della Costituzione sul diritto internazionale privato si può dipanare su più livelli, a partire dalle stesse tecniche di coordinamento⁶⁰.

La Costituzione anzitutto condiziona “a monte” la formulazione della

⁵⁸ LUZZATTO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, cit., p. 453 s.

⁵⁹ LABRUSSE, *Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1974, p. 20.

⁶⁰ JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 177 (1982), p. 68 ss.

norma di collegamento legislativo. Negli ordinamenti costituzionali che hanno maturato il principio della parità tra coniugi questo genere di rapporti giuridici deve essere improntato al principio di uguaglianza⁶¹. Di riflesso, la norma di collegamento legislativo va formulata in modo da evitare formule discriminatorie nella fase di determinazione della legge applicabile. L'art. 29 della legge italiana di diritto internazionale privato riconduce i rapporti personali tra coniugi alla legge dello Stato di cittadinanza comune dei coniugi o, in mancanza, dello Stato in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. Lo stesso si dica se viene richiamata la legge del luogo in cui si è costituito il rapporto⁶². Il principio di uguaglianza viene parimenti rispettato se la determinazione della legge applicabile sia rimessa alla volontà comune dei soggetti interessati. È quanto accade per la *optio iuris* contemplata dall'art. 5 del regolamento UE n. 1259/2010 relativamente alla legge applicabile alla separazione ed al divorzio. In queste ipotesi si utilizza un tipo di legame sul quale convergono le aspettative condivise di tutte le persone coinvolte.

La Costituzione può orientare o giustificare – in base a proprie considerazioni materiali – la circostanza di collegamento legislativo che meglio si attaglia ad uno o più interessi in giuoco. Solitamente la questione si pone in situazioni giuridiche plurisoggettive suscettibili di essere in potenziale collisione tra loro, così che si delinea la preminenza costituzionale a favore di una determinata situazione giuridica, talora di un vero e proprio *status* della persona. Ciò veicola a favore del suo titolare la circostanza di collegamento personale destinata ad assorbire l'intera fattispecie.

È quanto avviene a proposito del profilo costitutivo del rapporto di filiazione. Il fine costituzionale di assicurare al minore lo “stato” di figlio induce a privilegiare il collegamento con la legge personale del minore, richiamando un suo qualificato legame personale con un dato ordinamento. Sempre nella stessa prospettiva “promozionale”, si possono imporre collegamenti alternativi con la legge personale di uno o di entrambi i genitori, se più idonei a conseguire la costituzione del rapporto di filiazione. A tale *ratio* corrisponde l'art. 35, par. 1, novellato della legge di riforma di diritto internazionale privato⁶³. Questa flessibilità della norma di conflitto

⁶¹ Cfr. Corte costituzionale tedesca, 5 maggio 1971; Corte costituzionale, sentenze n. 71/1987 e n. 477/1987. Vedi in proposito *Rabels*, 1972, pp. 2 ss.; *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, cit..

⁶² Cfr. anche l'art. 32-ter, 4° comma, novellato della legge di riforma, a proposito dell'unione civile: “I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita”.

⁶³ “Le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, o se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che

è funzionale alla effettività del medesimo “valore” costituzionale. Una prospettiva del genere ben può tollerare e giustificare formule normative diverse se “equivalenti” al valore costituzionale da perseguire ed allineate alla condizione di astratta prevedibilità per effetto di quanto già enunciato nella norma di collegamento legislativo.

L'assetto costituzionale può condizionare altresì l'esercizio della giurisdizione. Ogni ordinamento dispone di proprie regole al riguardo, nel rispetto se del caso di obblighi internazionali. L'effettività del diritto di azione può talora essere imposta da obblighi internazionali. In ogni caso, se non sussistono limiti posti dal diritto internazionale, lo Stato è libero di allargare la sfera di giurisdizione civile del foro per consentire ai privati di beneficiare di diritti della persona riconosciuti nel foro. Non importa in proposito se il titolo di giurisdizione trovi riscontro in circostanze tipiche di collegamento (incentrate su persone o beni) oppure in formule “atipiche” come il *forum necessitatis* sempre più di frequente evocato nella disciplina uniforme europea di diritto internazionale privato⁶⁴. Anzi, proprio il possibile ricorso al *forum necessitatis* può ben essere direttamente funzionale alla dovuta tutela di situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente rilevanti e quindi essere anche costituzionalmente giustificato.

Ed è sempre nell'assetto costituzionale dello Stato che può trovare giustificazione la determinazione del legislatore di scegliere soluzioni più selettive che delimitano l'accesso alla giustizia. Una simile considerazione, oltre che essere compatibile con il nucleo essenziale della garanzia costituzionale di accesso alla giustizia, si legittima in base alla implicita inclinazione della Costituzione di aprire verso ordinamenti estranei in ragione di imprescindibili esigenze di coordinamento tra ordinamenti⁶⁵. La certezza del diritto e delle situazioni giuridiche è senza dubbio un valore protetto dalla Costituzione alla quale non può sfuggire la dimensione transnazionale di queste aspettative.

Sulle stesse basi si giustifica costituzionalmente il riconoscimento automatico di sentenze straniere i cui effetti decisori sono assimilati a quelli nazionali. Al fondo della loro circolazione c'è l'assunzione – in Costituzione – di una equivalenza tra la funzione giurisdizionale nazionale e quella straniera: in determinate circostanze, il primato assegnato alla seconda si

fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene”.

⁶⁴ Cfr: l'art. 7 del regolamento n. 4/2009 nonché l'art. 11 “comune” al regolamento n. 650/2012 sulle successioni, al regolamento n. 2016/1103 sui rapporti patrimoniali tra coniugi ed al regolamento n. 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle unioni.

⁶⁵ Cfr. Corte cost., ord. 18 ottobre 2000, n. 438, su cui SALERNO, *Deroga alla giurisdizione e Costituzione*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 33 ss.

giustifica per ragioni di certezza del diritto nello spazio a favore del privato.

7. La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione

Se la funzione di apertura al diritto straniero è costituzionalmente condizionata, lo è altrettanto l'esclusione della stessa.

Il fenomeno è affine ai limiti costituzionali in tema di rispetto di obblighi internazionali. In particolare, quando le garanzie costituzionali degli articoli 10, 1° comma e 11 conferiscono al diritto internazionale un rango costituzionale, sovviene la tecnica dei “contro-limiti”⁶⁶. Questi sono evocati in circostanze eccezionali nelle quali siano in giuoco valori identitari dell'ordinamento costituzionale dello Stato e per i quali non sia configurabile, un sacrificio “assoluto”⁶⁷. L'ancoraggio è ai soli valori fondamentali della Costituzione, se del caso integrati con valori di origine internazionale⁶⁸. Ciò eleva la soglia del limite e lo radica nel nucleo essenziale – quindi irrinunciabile – della sovranità costituzionale dello Stato.

Anche il richiamo al diritto straniero implica come si è visto un arretramento delle funzioni (costituzionalmente) sovrane dello Stato del foro equiparabile per molti versi all'ingresso di norme internazionali (o europee) garantite dagli articoli 10, 1° comma, e 11 Cost.⁶⁹ Certamente quelle garanzie sono state formulate in Costituzione – unitamente all'art. 117, 1° comma, novellato – per assicurare condizioni di coerenza del diritto interno rispetto al diritto internazionale, rinvigorendo tale esigenza rispetto a specifiche categorie normative quali quelle appunto indicate dagli articoli 10, 1° comma e 11. Un privilegio del genere si giustifica in relazione al diritto internazionale perché il “primato” che lo caratterizza nel suo ordinamento di origine implica la responsabilità dello Stato in caso di sua mancata attuazione. Un primato di questo tipo si attaglia anche alle norme di diritto internazionale privato uniforme, comprese quelle adottate

⁶⁶ Accorgimento concretamente impiegato dalla Corte costituzionale nella sentenza 22 ottobre 2014, n. 238 e nell'ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24.

⁶⁷ Il ricorso ai contro-limiti comporta la difesa di specifici valori che prevalgono o in quanto “assoluti” (ad esempio, il divieto della pena di morte) o quale esito del concreto bilanciamento di valori costituzionali.

⁶⁸ Sul fenomeno di osmosi verso l'alto cfr. tra l'altro, Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, par. 7.

⁶⁹ Su ciò ampiamente BARILE, *Costituzione e rinvio mobile*, cit., *passim*.

nell'ambito dell'UE. Non altrettanto può dirsi rispetto all'ordinamento straniero che, in base alle norme comuni di diritto internazionale privato, stabilisce la regolamentazione del caso concreto. Ma, come si è visto, una simile funzione ha comunque rilevanza costituzionale perché legittima l'arretramento delle funzioni legislative, giurisdizionali o amministrative dello Stato: si tratta di un coordinamento "orizzontale" ed unilaterale tra ordinamenti sovrani che può trovare giustificazione al massimo livello costituzionale, tanto da essere indirettamente ricondotto all'art. 10, 1° comma, Cost.⁷⁰. Tuttavia, al pari di questo, il principio di apertura insito nel diritto internazionale privato non può avere una portata assoluta fino a contraddire quella stessa sovranità costituzionale che la esprime. Pertanto l'apertura dell'ordinamento costituzionale al diritto straniero deve essere bilanciata da un limite "identitario" alla sua efficacia quale appunto espressa dall'ordine pubblico. Il relativo parametro finisce pertanto per essere in qualche modo equivalente ai controlimiti evocati nell'operare concreto degli articoli 10, 1° comma, e 11.

A questo approccio si è ispirata la Corte di cassazione con due decisioni assunte nel 2016 e nel 2017⁷¹, nelle quali si cristallizza un orientamento variamente espresso in pronunce precedenti⁷². I casi decisi sono assai diversi tra loro per la materia trattata. La sentenza 30 settembre 2016, n. 19599⁷³ è stata pronunciata dalla I sezione civile della Cassazione e concerne la trascrizione di un certificato di nascita straniero nel quale si certificava il rapporto di filiazione esistente tra un minore, nato attraverso un processo di maternità surrogata eterologa, e i suoi genitori intenzionali che nel caso di specie erano due donne coniugate all'estero. La sentenza 5 luglio 2017, n. 16601⁷⁴, pronunciata dalle Sezioni Unite della Cassazione, riguarda invece l'efficacia in Italia di una sentenza straniera che stabiliva i c.d. danni punitivi. In entrambi i casi, l'apertura verso valori stranieri doveva confrontarsi con

⁷⁰ LUZZATTO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, a cura di Daniele, Napoli, 2007, p. 454 ss., ritiene che questa garanzia costituzionale discenda dal principio del riconoscimento di ordinamenti sovrani stranieri *ex art. 10, 1° comma, Cost.*

⁷¹ Per precedenti orientamenti in tal senso cfr. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 173.

⁷² Vedi in proposito: Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 447 s.; Cass., 21 gennaio 2013, n. 1302, *ivi*, 2013, p. 479; Cass., 25 luglio 2016, n. 15343, *ivi*, 2017, p. 234.

⁷³ In *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 813 ss.

⁷⁴ In *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 1049 ss.

istituti ignoti al modello lefeforistico (se non da questo preclusi)⁷⁵.

La Corte di cassazione prende atto che l'evoluzione in senso internazionalista della nozione di ordine pubblico ha portato ad "un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia"⁷⁶. Per completare questo percorso, la Cassazione ancora la nozione di ordine pubblico internazionale ai principi fondamentali "ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"⁷⁷. La Cassazione coglie questi principi nella Costituzione, sia pure apprezzandone l'osmosi con norme di origine internazionale particolarmente qualificate nel campo della tutela dei diritti umani come la CEDU e la Carta europea dei diritti fondamentali⁷⁸. Anzi, come si asserisce testualmente nella sentenza n. 19599/2016, "i principi di ordine pubblico devono essere ricercati *esclusivamente* nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale"⁷⁹. La Cassazione ha quindi ben presente il modello dei "contro-limiti" impiegato dalla Corte costituzionale in relazione agli articoli 10, 1° comma, e 11 Cost. La rilevazione del limite dell'ordine pubblico non riguarda l'intera Costituzione, poiché "esistono in Costituzione norme dalle quali non si evincono principi inviolabili che, quindi, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico"⁸⁰.

8. Segue: *La funzione "promozionale" dei principi di ordine pubblico internazionale*

Nel momento in cui l'ordine pubblico internazionale si identifica con principi fondamentali propri della Costituzione, emerge con più chiarezza anche la sua funzione positiva⁸¹. Tale accezione va tenuta fermamente

⁷⁵ Le Sezioni Unite hanno autorevolmente consolidato l'indicazione della prima, la quale aveva già trovato riscontro in Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Riv. dir. int.* 2017, p. 408 ss. Nell'opinione di chi scrive, la Cassazione segue nelle due sentenze lo stesso approccio "sistemico": si veda in particolare l'inizio del par. 6 della sentenza n. 16601/2017. La sola differenza è che questa pronuncia delle Sezioni Unite contiene taluni riferimenti, in particolare in materia di rapporti di lavoro, dai quali è possibile desumere un più ampio raccordo tra principi fondamentali e norme di legge ordinaria che "inverano" i medesimi: *infra*, par. 10.

⁷⁶ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., par. 7.

⁷⁷ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.

⁷⁸ Vedi anche Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

⁷⁹ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7, corsivo aggiunto.

⁸⁰ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.

⁸¹ Su cui già vedi SALERNO, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto*

distinta dalle norme di applicazione necessaria ed investe quelle fattispecie in cui, *ratione materiae*, norme e provvedimenti stranieri si commisurano con i valori fondamentali dello Stato del foro. In altri termini, l'identificazione dell'ordine pubblico internazionale con i principi costituzionali fondamentali dello Stato ne mette in luce la valenza precettiva che può e deve trovare riscontro *anche* attraverso norme e provvedimenti stranieri⁸². È quanto la Cassazione asserisce nella sentenza n. 16601/2017 quando richiama la funzione “promozionale” dell'ordine pubblico internazionale, perché “servente” l'effettività di principi costituzionali⁸³.

Ne discende una conseguenza di tutto rilievo che comprime la valenza negativa dell'ordine pubblico, limitando anche il ricorso alla c.d. frode alla legge. Infatti di frode non si può parlare se la fattispecie sia regolata dal diritto straniero in modo coerente se non funzionale alla realizzazione di un valore costituzionale. In questa prospettiva si comprende bene l'evoluzione favorevole della giurisprudenza, tanto di merito che di legittimità, rispetto al riconoscimento nel foro di situazioni “programmaticamente” costituite all'estero dai privati in conformità alla legge locale per realizzare uno *status* altrimenti precluso nel foro e che di conseguenza non trova riscontro nel modello legeforistico.

Ne è una dimostrazione il rapporto di filiazione che, cristallizzato all'estero in un provvedimento dell'autorità straniera per effetto della locale legislazione sulla maternità surrogata eterologa, possa essere riconosciuto nell'ordinamento del foro in ragione della esigenza costituzionale di rispetto dell'interesse superiore del minore. Neppure rivestono rilievo nei casi di specie criteri di competenza legislativa inerenti a legami personali dei genitori o del figlio “intenzionale” con l'ordinamento di origine. Rileva unicamente la validità del certificato di nascita quale atto amministrativo dell'ordinamento di origine⁸⁴ e la congruità del suo contenuto con un diritto fondamentale della persona del minore a mantenere i legami acquisiti con i genitori intenzionali. Per la giurisprudenza di legittimità, l'art. 269, 3° comma, cod. civ., per cui è madre solo colei che partorisce, “non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del preminente interesse del minore”⁸⁵. Quest'ultimo costituisce un parametro di ordine pubblico “positivo”, che non certo viene meno se la filiazione da maternità eterologa afferisce ad un'unione “omoaffettiva”. Se ne ha conferma dalla stessa Corte

internazionale privato: una proposta metodologica, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 786 ss.

⁸² *Contra* QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1961, p. 309.

⁸³ Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, paragrafi 2.2 e 6.

⁸⁴ Vedi anche Cassazione penale, 5 aprile 2016, n. 13525, par. 3.

⁸⁵ Cass., 26 ottobre 2017, n. 14878, cit..

di cassazione. Nella sentenza 26 ottobre 2017, n. 14878, riprendendo la precedente decisione n. 19599/2016⁸⁶, essa ribadisce che l'ordine pubblico in tema di atti di stato civile "attiene ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo", di modo che "la trascrizione in Italia di un atto di stato civile validamente formato all'estero, nel quale risulti la nascita del figlio da due madri non contrasta con l'ordine pubblico (art. 18 del d.P.R. n. 396/2000) (nell'accezione anzidetta) per il fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti tale fattispecie"⁸⁷.

Il rilievo costituzionale che assume l'identità della persona umana giustifica l'efficacia di un provvedimento straniero in materia di *status*, anche se ciò surroga in tutto o in parte la corrispondente funzione pubblica del foro. Tuttavia il provvedimento emesso in un ordinamento straniero potrebbe avere un contenuto differente da quello che nella stessa situazione concreta avrebbe assunto l'autorità del foro richiesto anche in applicazione delle proprie norme di conflitto. Questa distonia si crea soprattutto se – come accade sempre più frequentemente – la disciplina del foro non imponga alcuna correlazione tra la propria legge applicabile e quella utilizzata dalla decisione straniera. In questo modo, il regime – di diritto comune o di diritto uniforme – di circolazione dei provvedimenti "svia" dal principio formale di uguaglianza quale vigente nell'ordinamento del foro richiesto: si consente infatti a quanti sono economicamente in grado di acquisire uno *status* all'estero di "importare" formule ignote alla *lex fori*. Le disparità di trattamento⁸⁸ non vanno però addotte per impedire alla Costituzione di commisurarsi con la logica di "società aperta" che essa stessa abbraccia. In realtà, proprio questa apertura comporta l'interpretazione evolutiva di principi costituzionali. Nel contempo, l'immissione di valori estranei *infra* o *praeter constitutionem* può gradualmente contribuire a determinare nuovi parametri costituzionali che investono anche le situazioni totalmente interne, obbligando lo stesso legislatore a modificare il diritto materiale del foro per una piena realizzazione del principio di uguaglianza.

⁸⁶ Cass. n. 19599/2016, cit., par. 8 (principio di diritto).

⁸⁷ Cass., 26 ottobre 2017, n. 14878, cit.

⁸⁸ Rilevate anche da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, par. 13.

9. *L'operatività unitaria dell'ordine pubblico tanto su regole comuni che su regole uniformi di diritto internazionale privato*

Il ragionamento sulla rilevanza costituzionale dell'ordine pubblico internazionale non fa differenza secondo che la norma di diritto internazionale privato sia espressione del "sistema" nazionale o promana da una disciplina uniforme – internazionale o europea – di diritto internazionale privato.

C'è senz'altro da considerare che nell'ordinamento interno le norme uniformi conservano la natura del trattato o della norma derivata di diritto dell'UE in cui sono originariamente formulate. Orbene, il trattato o il diritto dell'UE di diritto internazionale privato uniforme devono per ciò stesso beneficiare delle garanzie costituzionali che sono predisposte in generale per questo genere di fonti nel sistema giuridico del foro. Nell'ordinamento italiano, come è noto, sovengono rispettivamente l'art. 117, 1° comma, Cost. e l'art. 11 Cost.

Al di là della rilevanza costituzionale così riconosciuta nell'ordinamento italiano alla fonte – internazionale o sovranazionale – di diritto internazionale privato uniforme, la relativa disciplina per sua natura assume una materiale rilevanza costituzionale perché, implicando il richiamo al diritto straniero o l'efficacia di provvedimenti stranieri nel foro, intacca funzioni sovrane dello Stato allo stesso modo della normativa comune di diritto internazionale privato.

Perciò, se si escludono talune speciali discipline processuali uniformi adottate in materia di crediti esigibili nell'ambito dell'UE⁸⁹, il diritto internazionale privato uniforme riconosce l'operatività del limite dell'ordine pubblico. Quando la disciplina uniforme europea ha eliso questo riferimento nel regolamento n. 2201/2003 a proposito della efficacia di provvedimenti sullo *status* del minore specie per decretarne il ritorno nel paese da dove era stato indebitamente sottratto⁹⁰, è sopravvenuto un intervento indirettamente correttivo della Corte europea dei diritti dell'uomo per evocare il rispetto dell'interesse superiore del minore⁹¹.

⁸⁹ Il riferimento è al titolo esecutivo europeo (TEE) quale acquisito in base alle procedure uniformi: il regolamento n. 861/2007 che istituisce il procedimento europeo per le controversie di modesta entità, il regolamento n. 1896/2006 riguardante il procedimento europeo di ingiunzione al pagamento (entrambi modificati dal regolamento n. 2421/2015), nonché il regolamento n. 655/2014 che ha introdotto la c.d. ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari; a questi va aggiunto il regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, la cui circolazione si fonda sul rispetto delle c.d. "norme minime".

⁹⁰ Corte di giustizia, sent. 1 luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*, par. 83.

⁹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 12 luglio 2011, *Šneerson e Kampanella c. Italia*,

Al riguardo poco rileva che, secondo l'espressione sovente evocata nella disciplina uniforme, debba trattarsi di una violazione "manifesta". La Corte di giustizia dell'UE, chiamata più volte ad esprimersi sul punto, ha chiaramente fatto riferimento a valori generali dell'ordinamento dello Stato del foro o dello stesso ordinamento dell'UE⁹², sottolineando la qualità dei valori giuridici in giuoco non i contatti più o meno intensi della fattispecie con lo Stato del foro. La violazione è in tali casi comunque "manifesta". L'impiego di tale espressione sta piuttosto ad indicare l'esigenza espressa dal diritto internazionale privato uniforme di restringere, nel proprio campo di applicazione, il ricorso al limite dell'ordine pubblico ma senza che ciò implichi necessariamente un livello meno elevato del parametro di ordine pubblico impiegato per le fattispecie di diritto internazionale privato che sfuggono alla disciplina uniforme. Nell'ordinamento italiano, l'equiparazione dello standard di ordine pubblico pare quasi dovuta per effetto del tipo di "livello di guardia" stabilito in fattispecie "comuni" ancorato a principi fondamentali della Costituzione che sono anche limiti invalicabili per obblighi internazionali di particolare rilievo e quindi *a fortiori* per obblighi internazionali o dell'UE sottesi alla disciplina uniforme di diritto internazionale privato⁹³.

10. Segue. *La pari rilevanza dell'ordine pubblico internazionale a prescindere dalla diversa intensità di collegamento delle fattispecie con l'ordinamento del foro*

Nel momento in cui l'ordine pubblico internazionale si identifica con i valori costituzionali fondamentali dello Stato del foro diventa difficile modularne l'applicazione in relazione al grado di intensità di collegamento della fattispecie con il foro. Come si è già osservato, in dottrina è stata prospettata – con diverse argomentazioni – una "attenuazione" del limite dell'ordine pubblico⁹⁴. Le già ricordate formule della *Inlandsbeziehung* o

ricorso n. 14737/09, paragrafi 61 e 85. Opportunamente, l'art. 40, par. 2, della proposta di rifusione del regolamento n. 2201/2003 (COM(2016) 411 *final*) prevede che l'esecuzione di una decisione può essere negata qualora, in forza di un cambiamento delle circostanze successivo alla pronuncia della decisione, ciò sia manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro dell'esecuzione per effetto dell'interesse superiore del minore.

⁹² *Supra*, nota 32.

⁹³ In senso conforme vedi anche LUZZATTO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, cit., p. 471.

⁹⁴ See also BORRÁS, *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*, in *Recueil des Cours*, vol. 249 (1994), p. 339 s.

dell'*ordre public de proximité* o l'accezione internazionalistica di Benvenuti⁹⁵ privilegiano le esigenze di continuità nello spazio.

Non sembra seguire questa impostazione la Corte di Cassazione quando essa delinea nella sentenza n. 16601/2017 una diversa modulazione dell'ordine pubblico secondo che rilevi il suo profilo strettamente processuale o quello sostanziale. Il primo attiene alle garanzie processuali seguite (o violate) nel processo che ha determinato la decisione giudiziaria da riconoscere nel foro. Il secondo riguarda invece i limiti frapposti all'applicazione del diritto straniero. Per la Cassazione, nel primo caso "il setaccio si è fatto più largo per rendere più agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali". Invece, nel secondo caso "non può dirsi altrettanto", dal momento che "non vi potrà essere ... arretramento del controllo sui principi essenziali della 'lex fori' in materie, come per esempio quella del lavoro ... che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica"⁹⁶.

Il ragionamento seguito nell'occasione dalla Cassazione intende piuttosto richiamarsi ad un diverso spettro di equivalenza secondo che vengano in giuoco principi fondamentali ora di natura processuale ora di natura sostanziale. Nel primo caso, le maglie dell'ordine pubblico erano già divenute da qualche tempo più flessibili specie dopo la sentenza *Gambazzi*⁹⁷, denotando un atteggiamento di spiccata apertura verso la circolazione di decisioni straniere pur espressive di modelli processuali con garanzie assai differenti da quelle nazionali. Ma ciò non impedisce che, rispetto alla stessa circolazione di decisioni straniere, possano ergersi limiti significativi se non estesi di natura sostanziale per il fatto che il contenuto della decisione straniera urti contro un modello normativo che, come avviene sovente per i rapporti di lavoro, "invera" principi costituzionali⁹⁸.

Una volta determinato il tratto identitario irrinunciabile dell'ordinamento costituzionale italiano, sul piano processuale o sostanziale, questo nucleo va comunque rispettato, senza che rilevi la maggiore o minore intensità di collegamento della fattispecie con l'ordinamento italiano⁹⁹. Tale flessibilità viene sovente invocata nel campo della circolazione di sentenze o

⁹⁵ *Supra*, par. 3. Vedi anche FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio*, cit., pp. 174 e 176.

⁹⁶ Par. 6.

⁹⁷ Cass., 9 maggio 2013, n. 11021, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2136 ss.; vedi pure Cass., 24 novembre 2015, n. 23974, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 395 ss.

⁹⁸ Vedi anche *infra*, par. 11.

⁹⁹ Anche per FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 14, "la mancanza di un legame non osta comunque al funzionamento dell'ordine pubblico".

provvedimenti stranieri in materia di *status*, con l'effetto però di attenuare il rispetto dei diritti fondamentali nella prospettiva propria dell'ordinamento del foro dove questi diritti siano in giuoco¹⁰⁰. Simili indicazioni non danno pieno rilievo alla valenza dell'ordine pubblico dal punto di vista tanto costituzionale che internazionale.

Per quanto concerne la prospettiva costituzionale, questa attiene al rispetto di valori che, proprio per la loro natura "identitaria", non possono tollerare deroghe di sorta, tanto più se siano in giuoco diritti fondamentali per i quali non è ammissibile alcuna forma di discriminazione¹⁰¹. Lo dimostra il ruolo che ha esercitato il principio di uguaglianza nella formulazione di criteri di collegamento in tema di rapporti personali tra coniugi (o fattispecie a queste assimilabili) preposti a richiamare tanto il diritto straniero che il diritto italiano¹⁰². L'esigenza di preservare – logicamente e concettualmente – una coerenza assoluta di valori ha fatto premio sulla pregressa formulazione "discriminatoria" che poteva anche consentire la determinazione di un diritto applicabile che fosse materialmente più favorevole per la persona "discriminata" (solo) formalmente dalla formulazione della norma di conflitto.

Lo stesso approccio si conferma in relazione agli elementi internazionali che integrano i valori costituzionali nella determinazione dell'ordine pubblico. Il parametro da osservare nel rispetto dei diritti sanciti nella CEDU è costituito dalla "giurisdizione" che lo Stato esercita sulla persona (art. 1)¹⁰³. Tale legame può dipendere da varie condizioni, ma una *emprise* anche temporanea è sufficiente per far scattare gli obblighi corrispondenti per lo Stato parte. Perciò la Corte europea dei diritti dell'uomo fa valere gli obblighi a tutela della persona umana, senza valutare se la fattispecie presenti elementi di estraneità che rendano poco o affatto "sensibile" l'ordinamento del foro nei suoi confronti. Non entrano in giuoco solo legami stabili come la cittadinanza o la residenza abituale: i diritti fondamentali della persona vanno comunque rispettati se l'individuo ricade nell'ambito di giurisdizione proprio dello Stato del foro per effetto di un contatto personale solo occasionale.

¹⁰⁰ Vedi anche R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique, et la répudiation islamique*, Paris, 2002, pp. 218 ss. e 240.

¹⁰¹ Anche G. Barile arriva ad ammettere che esistono valori "assoluti" rispetto ai quali non è possibile riconoscere alcuna "attenuazione": ID., *I principî fondamentali della comunità statale*, cit., p. 86. In base all'art. 36, par. 3, del codice tunisino di diritto internazionale privato, "l'exception de l'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige".

¹⁰² *Supra*, par. 6.

¹⁰³ In senso analogo l'art. 2 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966.

11. *Il coordinamento tra ordinamenti dipende solo dalla “suprema” cornice costituzionale che lo legittima*

Verosimilmente l'aggancio unitario dell'ordine pubblico internazionale ai principi fondamentali della Costituzione (oltretutto in osmosi con valori internazionali) è destinato ad elevare ulteriormente il “livello di guardia” del limite in questione¹⁰⁴. Infatti, il modello formale della legge ordinaria non può essere mai considerato autonomamente rilevante per precludere l'efficacia di norme o provvedimenti stranieri. La Corte di cassazione nella sentenza n. 19599/2016 è assolutamente puntuale in proposito, là dove asserisce che il contrasto del diritto straniero con la legge ordinaria non chiama in causa il limite dell'ordine pubblico quando la formula della *lex fori* “rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico”¹⁰⁵. Perciò un provvedimento straniero che riconosca lo *status filiationis* in relazione ad una coppia omosessuale può determinare l'effetto della filiazione nello Stato italiano. Anche se ciò non sia previsto dalla *lex fori*, l'efficacia del provvedimento si impone se l'atto è validamente formato all'estero e non contrasta con i diritti fondamentali sanciti nella Costituzione¹⁰⁶. Anzi, vi deve trovare un qualche riscontro. Così, nella sentenza n. 16601/2017, la Cassazione giustifica il riconoscimento delle sentenze statunitensi in tema di danni punitivi appellandosi ad una concezione polifunzionale della responsabilità civile che avrebbe avallo in Costituzione¹⁰⁷.

La sola eventualità per evocare la *lex fori* quale parametro di ordine pubblico è che in essa si “inverino” proprio quei principi fondamentali della Costituzione i soli ai quali si deve agganciare il limite in questione¹⁰⁸. Se non si tratta di una legislazione ordinaria “a rime costituzionalmente obbligate”, essa continua ad esprimere solo una delle possibili opzioni aperte al potere legislativo e come tale insuscettibile di esprimere un parametro di ordine pubblico. Perciò la *lex fori* è da valutare allo stesso livello di una determinazione legislativa espressa in un ordinamento straniero, sempre che il diritto estraneo sia conforme ai principi fondamentali della Costituzione.

La svolta giurisprudenziale, agganciando direttamente ed esclusivamente

¹⁰⁴ Concorde su ciò anche FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio*, cit., p. 174, quando afferma che il nuovo indirizzo giurisprudenziale “riduce l'operatività del limite dell'ordine pubblico, al di là del suo normale carattere di eccezionalità”.

¹⁰⁵ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., par. 7.

¹⁰⁶ Vedi anche: Cass. 15 giugno 2017, n. 14878 e Cass. 16 giugno 2017, n. 14987.

¹⁰⁷ Par. 5.3.

¹⁰⁸ Cass., sent. n. 16601/2017, par. 6, ed anche *supra*, par. 10.

alla Costituzione la rilevazione dell'ordine pubblico, esclude che la legge ordinaria possa esprimere proprie autonome indicazioni in proposito¹⁰⁹ e dunque estende ulteriormente le maglie di apertura a favore del diritto straniero. Benché sia così delimitata, la “costituzionalizzazione” dell'ordine pubblico appare allineata alla gerarchia delle fonti e nel contempo maggiormente rispettosa delle esigenze di continuità di regolamentazione giuridica nello spazio.

È peraltro da considerare che l'autonomia dell'interprete nel rilevare l'ordine pubblico attraverso fatti-prova costituzionalmente qualificati si pone sullo stesso terreno della Corte costituzionale¹¹⁰, anche se non sembra travalicarne il ruolo. La rilevazione dell'ordine pubblico è un'operazione schiettamente interpretativa e quindi rientra nei compiti del giudice ordinario definirne il contenuto. Non esiste dunque un'interferenza sul terreno proprio della Corte costituzionale. Certamente nella valutazione dei principi fondamentali quali espressivi dell'ordine pubblico il giudice ordinario deve tener conto della giurisprudenza della Corte costituzionale¹¹¹, ma ciò non esprime un parametro vincolante al di fuori ovviamente dei casi in cui il vincolo emerge dallo stesso *thema decidendum* di una pronuncia costituzionale¹¹². Così non sembra che abbia finora avuto influenza

¹⁰⁹ *Contra*: BERTOLI, *Costituzione*, in *Diritto internazionale privato*, a cura di Baratta, Milano, 2010, p. 87; , CONTALDI, *Ordine pubblico*, *ivi*, p. 273. Più in generale, per FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 27, “la concretizzazione dell'ordine pubblico ... resta rimessa all'apprezzamento del giudice”. La discrezionalità del giudice non è però assoluta: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. IV, Napoli, 1964, p. 690.

¹¹⁰ Per una critica di tale approccio: FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio*, cit., p. 177; VANIN, *L'incidenza dei diritti fondamentali in materia penale sulla ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale: il caso del riconoscimento delle decisioni straniere attributive di punitive damages*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1193. Quest'ultimo a. osserva (*ivi*, p. 1193 s.) che in materia di danni punitivi (oggetto della pronuncia n. 16661/2017) il paradigma impiegato dalla Corte di cassazione si infrange con il limite della riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.), riserva che quindi lascerebbe ampia discrezionalità politica al Parlamento. L'osservazione non pare considerare due questioni. In primo luogo, la riserva di legge in materia penale ha una valenza essenzialmente garantistica per il privato le cui esigenze sono però correttamente assorbite dai parametri “costituzionali” di ordine pubblico internazionale cui la Cassazione si richiama e che lo stesso a. nella sostanza condivide (*ivi*, p. 1195 s.). In secondo luogo, la discrezionalità legislativa inerente alla riserva di legge non può mai sfuggire al rispetto della Costituzione e soprattutto dei suoi principi fondamentali; in ogni caso l'opzione normativa ordinaria del legislatore nazionale non può essere considerata costituzionalmente (e logicamente) più libera di quanto avviene quando vada considerato il contenuto della legge straniera richiamata. Ancora una volta sovrviene il criterio di equiordinazione tra *lex fori* e diritto straniero.

¹¹¹ LUZZATTO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, cit. p. 470.

¹¹² Vedi più in generale in questa prospettiva, LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*

sulla Cassazione l'atteggiamento poco favorevole manifestato dalla Corte costituzionale in tema di maternità surrogata eterologa, nonostante le pur significative aperture manifestate al riguardo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹³. Oltretutto, l'ordine pubblico internazionale non è mai un parametro fisso nel tempo (e nello spazio). La lettura evolutiva dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato accompagna di conseguenza il carattere relativo dell'ordine pubblico ad essi correlato.

12. *Il criterio di equiordinazione tra lex fori e diritto straniero e suoi corollari*

Nel momento in cui la Cassazione abbandona l'aggancio con il modello legefioristico ai fini della rilevazione dell'ordine pubblico internazionale, subentrano una serie di conseguenze sul diritto internazionale privato, accentuandone la funzione sistemica di apertura verso ordinamenti estranei.

Se la *lex fori* diventa una delle formule attraverso cui si dipanano i valori costituzionali, essa assume una posizione equiordinata rispetto al diritto straniero e perde la sua funzione di "diritto generale" alla stregua della quale vanno risolti vari problemi interpretativi ed applicativi del diritto internazionale privato¹¹⁴. Questa considerazione permette di superare definitivamente l'assioma positivista del diritto internazionale privato come parte della *lex fori*, obbligando a ricostruire il significato del primo nell'ottica esclusiva della seconda. Nella nuova configurazione espressa dalla Cassazione, il diritto internazionale privato, è un "sistema" che, per effetto della garanzia di autonomia assicurata (implicitamente) dalla Costituzione, si raffronta tanto con il diritto straniero che con il diritto nazionale e tratta entrambi in modo paritario. Poiché tale posizione di autonomia trova giustificazione (implicita) nella Costituzione, non c'è posto per una preferenza sistemica della *lex fori*, a meno che non sovengano specifiche ragioni costituzionali.

nell'Italia repubblicana, Roma-Bari, 2012, p. 79 s.

¹¹³ La Corte costituzionale ancora nella sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, ribadisce l'"elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale", perché espressiva di un fenomeno "che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane" (par. 4.2). Ma la stessa Corte costituzionale riconosce che questa considerazione "non cancella" l'interesse superiore del minore (*ibidem*). Perciò è sempre il giudice ordinario (tanto più se "specializzato" come accade per questioni minorili) che deve procedere alla valutazione dell'interesse preminente da tutelare.

¹¹⁴ Vedi già in tal senso BARILE, in *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, cit., p. 137.

Il carattere bilaterale delle norme di conflitto è stato costantemente presente nel diritto internazionale privato italiano, ma ha trovato sovente difficoltà ad affermarsi compiutamente per la ineludibile cornice legefioristica che racchiudeva e comprimeva la funzione propria del diritto internazionale privato¹¹⁵. Invece, innalzando la “cornice” legefioristica al livello dei principi fondamentali della Costituzione, sono questi a definire scopi e limiti del richiamo al diritto straniero e quindi indirettamente a garantirne l’effettività.

Il criterio di equiordinazione tra *lex fori* e *lex causae* straniera trova del resto conforto in alcune regole generali della legge di riforma del diritto internazionale privato (n. 218 del 1995). Anzitutto va marcata l’importanza dell’art. 14 che sancisce l’accertamento d’ufficio del diritto straniero richiamato in quanto espressione di un diritto equivalente a quello nazionale. E correlativamente va pure ricordato l’art. 15, che obbliga ad applicare la legge straniera richiamata secondo il modo in cui la stessa legge sia interpretata nel suo ordinamento di origine. Si tratta di formule che si attagliano anche allo scopo precipuo delle norme uniformi di diritto internazionale privato e dunque vanno osservate anche in assenza di un loro esplicito richiamo¹¹⁶.

Ma è soprattutto in relazione al tema delle qualificazioni che maggiormente si evidenzia l’autonomia della *lex causae* dal modello legefioristico. Appare evidente che, salvo i casi in cui considerazioni materiali della Costituzione richiedano l’assorbimento dell’istituto straniero richiamato in categorie logico-normative proprie dei diritti fondamentali del foro, il diritto straniero richiamato non debba subire il condizionamento legefioristico. Tanto meno ciò è dovuto quando si tratti di una disciplina uniforme di diritto internazionale privato, rispetto alla quale va seguita una interpretazione autonoma, specie se già espressa dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea. Lo sganciamento dell’ordine pubblico dalla legge ordinaria del foro libera l’operatore giuridico dalla cornice dei concetti espressi dalla legge ordinaria dello Stato e giustifica il ricorso ai soli principi fondamentali dell’ordinamento. Certamente sussiste sempre un condizionamento in senso legefioristico, ma questo è posto ad un livello ordinamentale – i principi fondamentali per l’appunto – che giustifica più opzioni normative e interpretative. Dunque, esistono gli spazi concettuali per avviare una qualificazione distinta da quella della *lex fori*.

Tale approccio può ben risaltare nel caso di istituti del diritto straniero

¹¹⁵ *Supra*, par. 2.

¹¹⁶ Cfr. in argomento FRANZINA, *L’applicazione genuina del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto dell’Unione europea*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, a cura di Triggiani, Cherubini, Ingravallo, Nalin, Virzo, vol. II, Bari, 2017, p. 1113 ss.

sconosciuti alla *lex fori*. Il loro ingresso nello Stato è possibile se compatibili con i principi fondamentali della Costituzione, senza che ciò sia impedito dalla mancata previsione dell'istituto nella *lex fori*.

Quanto più ampia è la considerazione verso il diritto straniero tanto maggiore diventa l'esigenza di definire formule di dialogo tra ordinamenti in grado di assorbire quegli istituti di origine estranea che non trovano formule equivalenti nell'ordinamento del foro. In queste circostanze diventa decisiva la capacità degli operatori giuridici nazionali, ed in primo luogo dei giudici, di adattare l'ordinamento del foro all'istituto estraneo ricercando formule latamente equivalenti nella *lex fori*¹¹⁷. Il modello normativo interno deve infatti assorbire gli effetti normativi richiesti dalla *lex causae*¹¹⁸. Una tecnica del genere viene suggerita nella risoluzione "Substitution and Equivalence in Private International Law", adottata nel 2007 a Santiago dall'*Institut de Droit International*. Il suo art. 4 così recita: "Equivalence is determined according to the law applicable to the effects of the legal relationship or act which is the object of the comparison. The possibility and scope of substitution are determined by that same law". Anche il diritto internazionale privato europeo si pone nella stessa prospettiva. L'art. 31 del regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni prevede che, "se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile alla successione e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale in questione, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti". I margini per questa operazione ermeneutica devono essere piuttosto ampi, flettendo formule della *lex fori* ai fini propri del diritto straniero richiamato. In sostanza si legittima l'impiego tanto dell'*analogia legis*, che espande – ove possibile – una specifica previsione normativa a fattispecie affini, quanto dell'*analogia iuris* che implica il ricorso ai principi generali di diritto.

¹¹⁷ FRANZINA, *Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Essays in Honour of Laura Forlati Picchio*, a cura di Cortese, Torino, 2014, p. 188.

¹¹⁸ ROSSILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, p. 31.

13. Segue. *L'equiordinazione tra ordinamenti si estende al diritto internazionale privato comune del foro: il rinvio e la questione preliminare*

La relatività del modello legefornistico si estende anche alle sue norme comuni di diritto internazionale privato. Infatti, per effetto della logica di equiordinazione il diritto internazionale privato comune può vedere contraddette le sue scelte dal diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato e decidere di assumerle come proprie. Questa impostazione si spiega con il carattere intrinsecamente "unilaterale" della disciplina conflittuale predisposta dalla *lex fori* e trova perciò raramente riscontro nel diritto internazionale privato uniforme perché in questa seconda ipotesi la determinazione della legge applicabile è assorbita dallo stesso scopo dello strumento normativo internazionale o sovranazionale.

La costruzione dommatica tradizionale del diritto internazionale privato comune invece non dava rilevanza alla norma di diritto internazionale privato straniero in quanto le norme di conflitto del foro erano deputate a richiamare solo norme materiali straniere¹¹⁹. Diversamente accade in un sistema di diritto internazionale privato visto come strumento di coordinamento tra ordinamenti che ne assume (o ne presuppone), almeno concettualmente, la loro pari dignità. La regola sul rinvio conferma questo approccio. La scelta fatta dall'art. 13 della legge n. 218 evidenzia la consapevolezza del legislatore riformatore di voler mettere in discussione le proprie scelte in merito alla determinazione dell'ordinamento competente.

La questione preliminare è un altro aspetto da cui può emergere il carattere "non esclusivo" del diritto internazionale privato comune e riproporre a più alto livello il coordinamento tra ordinamenti¹²⁰. In assenza di disposizioni specifiche sulla legge applicabile rispetto alla questione preliminare resta aperta la duplice possibilità espressa dal ricorso alla soluzione disgiunta o a quella congiunta¹²¹. Queste alternative stanno ad indicare le due opzioni possibili, vale a dire se la legge applicabile alla questione preliminare vada definita in modo autonomo dalla legge applicabile alla questione principale

¹¹⁹ AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 57 s.

¹²⁰ Per una tale prospettiva, anche se con risultati diversi, cfr. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Bari, 1971, p. 42.

¹²¹ È peraltro concettualmente possibile, anche se raramente previsto, che la soluzione congiunta consista nell'assorbire il regime normativo della questione principale nella legge applicabile alla questione incidentale: art. 8 della Convenzione de L'Aja del 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari e l'art. 8, par. 1, d) del Protocollo de L'Aja del 2007 nella stessa materia.

oppure debba essere assorbita da quella legge. L'esigenza di preservare la coerenza del diritto internazionale privato del foro induce a favorire la soluzione disgiunta, con la conseguenza di scindere la regolamentazione della fattispecie sotto l'egida di più norme di conflitto¹²². La regolamentazione unitaria espressa dalla soluzione congiunta, pur costringendo il giudice a contraddire il proprio sistema di norme di conflitto¹²³, è maggiormente funzionale all'identità regolatoria della fattispecie nello spazio¹²⁴. Perciò la soluzione congiunta è il più delle volte preferita dal diritto internazionale privato uniforme¹²⁵.

In effetti, la soluzione congiunta conferisce maggiore stabilità – quindi maggiore continuità – al profilo principale considerato, limitando la frammentazione. Con un approccio del genere la questione preliminare perde la propria autonomia logico-concettuale, anche quando non ci siano elementi significativi di collegamento tra la legge regolatrice la questione principale e la fattispecie costituente la questione preliminare¹²⁶. Questa considerazione spiega altresì l'opportunità per il giudice adito a titolo principale di assorbire nella propria competenza anche la cognizione della questione incidentale quando questa verti su un argomento per il quale lo stesso giudice non avrebbe competenza¹²⁷.

¹²² CORNELOUP, *Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé. Années 2010-2012*, Paris, 2013, p. 195.

¹²³ BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 97 (1959), p. 490.

¹²⁴ SCHMIDT, *The incidental question in private international law*, in *Recueil des Cours*, vol. 233 (1992), p. 369 s.

¹²⁵ Cfr. l'art. 6 del regolamento UE n. 1259/2012 e l'art. 10, par. 1, del regolamento "Roma I" sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

¹²⁶ *Contra*: CORNELOUP, *Les questions préalables de statut personnel*, cit., p. 210.

¹²⁷ Cfr. l'art. 16 della proposta di rifusione del regolamento UE n. 2201/2003.

Antonietta Di Blase *

Procreazione medicalmente assistita: ordine pubblico internazionale ed interesse preminente del minore al riconoscimento della filiazione

La possibilità di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita è limitata nell'ordinamento italiano, nonostante le eccezioni che si ricavano dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Oggetto del presente lavoro è il riconoscimento dello *status* di figlio del bambino nato all'estero mediante tecniche riproduttive non consentite in Italia. In base al diritto internazionale privato italiano, la filiazione è stabilita sulla base della legge nazionale del bambino o di uno dei genitori: il riconoscimento ai sensi della legge straniera richiamata, non può essere contrastato invocando quale limite di ordine pubblico la necessità di bloccare il fenomeno dell'aggiramento delle restrizioni imposte dalla legge italiana oppure il fine di preservare le caratteristiche tradizionali della famiglia. La prevalenza dell'interesse del minore al riconoscimento della filiazione non può essere ostacolata nemmeno dalla disciplina sulle unioni civili.

1. *Introduzione*

La rivisitazione della tematica dell'ordine pubblico internazionale compiuta da Paolo Benvenuti, soprattutto nella sua prima monografia, offre lo spunto per dedicare alcune riflessioni ai problemi sollevati dal fenomeno del ricorso a metodi di procreazione medicalmente assistita (*d'ora in poi*: PMA) all'estero allorché venga richiesto il riconoscimento in Italia dello *status* di figlio. La trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all'estero nei registri di stato civile ha incontrato degli ostacoli, che gli organi competenti hanno motivato in base alla sussistenza di limiti di ordine pubblico internazionale. In questo contributo si cercherà di fornire una ricostruzione complessiva della disciplina applicabile in materia, alla luce dei valori fondamentali dell'ordinamento italiano e presenti nell'ordinamento internazionale.

Il fenomeno del ricorso alle tecnologie riproduttive presenta aspetti di

* Professore nell'Università degli studi Roma Tre.

particolare complessità sotto il profilo giuridico, per l'insieme delle implicazioni connesse alla eterogeneità delle figure genitoriali che si possono configurare¹. Ciò spiega la presenza di una legislazione di orientamento restrittivo sia in Italia, sia in altri Stati europei ed extra-europei².

In Italia la fecondazione assistita, originariamente consentita soltanto se omologa (ossia con materiale genetico esclusivamente della coppia), è ora possibile anche in forma eterologa (che coinvolge soggetti estranei alla coppia) a seguito di pronunce della Corte Costituzionale, in caso di infertilità, quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, o in caso di coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (art. 4 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, così come modificato dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 162/2014 e 96/2015)³. Tra i requisiti soggettivi ai fini del ricorso ai metodi di procreazione medicalmente assistita figura il carattere eterosessuale delle coppie (art. 5 della legge n. 40/2004). Quanto alla gestazione per altri, definita anche maternità surrogata, la legge stabilisce un divieto assoluto, sanzionato anche con pena detentiva, oltre che pecuniaria (art. 12, par. 6 della stessa legge)⁴.

¹ Nello svolgimento dell'indagine, pur incentrata sulla tematica del riconoscimento del bambino, si farà riferimento al concetto di genitorialità, non potendo il diritto del figlio alla propria identità venire inteso separatamente dal contesto familiare nel quale è inserito e dai rapporti con i genitori.

² Un quadro comparato della normativa e della giurisprudenza nazionale si trova nel rapporto della Corte Costituzionale del marzo 2014 dal titolo: *La fecondazione eterologa*, a cura di PASSAGLIA, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_fecondazione_eterologa_201406.pdf.

³ Cfr. Corte Cost., 9 aprile 2014 n. 162 (avente ad oggetto il ricorso per illegittimità costituzionale degli artt. 4, 3° comma; 9, 1° e 3° comma; 12, 1° comma della l. 19 febbraio 2014 n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita) e 5 giugno 2015 n. 96.

⁴ Il ricorso alla PMA può comportare la partecipazione di più di due soggetti. Una coppia di coniugi o di conviventi, in relazione ad un progetto comune di genitorialità, può utilizzare il metodo dell'inseminazione eterologa con materiale di un donatore esterno (normalmente anonimo) e dell'ovulo fecondato nell'utero della moglie (fecondazione eterologa) o di una donna estranea (maternità surrogata). Anche l'ovulo fecondato potrebbe appartenere a persona estranea alla coppia. Nel caso di coppie femminili, l'ovulo di una delle donne, fecondato da donatore esterno, potrebbe essere impiantato nell'utero della compagna che porta avanti la gravidanza (cd. madre biologica o gestazionale, mentre la donatrice dell'ovulo si configurerebbe quale madre genetica). In caso di coppie omosessuali di sesso maschile, uno dei membri della coppia o un estraneo potrebbero fornire il materiale genetico per fertilizzare l'ovulo della donna che porterà avanti la gestazione o l'ovulo di una donatrice che viene poi impiantato nell'utero della gestante (in entrambi i casi ci troviamo di fronte ad un caso di gestazione per altri).

Le limitazioni imposte dalla normativa italiana rispetto al ricorso alle tecniche di PMA spiegano il cd. 'turismo procreativo'. In molti dei casi sottoposti al vaglio della magistratura si tratta di persone di diversa nazionalità o residenza, che possono giovare di una legislazione più permissiva in vigore all'estero. I dati relativi alle dimensioni del fenomeno non sono facilmente reperibili⁵. Si registra tuttavia un significativo incremento delle pronunce dei giudici di merito e della Cassazione che riguardano le ripercussioni giuridiche nell'ordinamento italiano.

Le questioni di diritto internazionale privato inerenti alla filiazione che emergono a seguito del ricorso all'estero a forme di PMA non consentite dalla legge italiana riguardano il riconoscimento degli effetti del provvedimento straniero che attribuisca lo *status* di figli, condizione necessaria ai fini della registrazione del minore allorché i genitori o uno di essi si trasferiscano in Italia o quando si richieda l'affidamento o la regolamentazione del diritto di visita in caso di patologia del rapporto tra coniugi o conviventi. Il provvedimento straniero da riconoscere può assumere diverse forme. Ad esempio, nel Regno Unito, in caso di gestazione per altri, si apre un procedimento giudiziario, che si conclude con l'emissione del cd. *parental order* (sulla base del *Surrogacy Arrangements Act* del 1985), mentre in altri Stati, come l'Ucraina, il codice di famiglia riformato (2002) stabilisce che il nato a seguito di impianto dell'embrione è considerato figlio della coppia dei coniugi committenti, senza alcun intervento giudiziario, e come tale risulta dal certificato rilasciato dalle autorità competenti. In entrambi i casi è utilizzabile l'art. 65 della legge n. 31 maggio 1995 n. 218, che stabilisce l'efficacia in Italia dei provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza dei rapporti di famiglia (e dunque anche in materia di filiazione), quando provengano dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata o producano effetti nell'ordinamento richiamato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa. Le stesse condizioni sono richieste per il riconoscimento dei

⁵ Cfr. *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, a cura del Parlamento dell'UE (Doc. PE 474.403 del 15 maggio 2013), che riporta una serie di dati sia ricavati dai contributi esistenti relativamente agli aspetti sociali e giuridici del fenomeno della maternità surrogata, sia forniti da cliniche specializzate o associazioni private (in [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2013\)_474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)_474403), Questo documento e le pagine web citate nelle note successive sono stati consultati il 9 gennaio 2019). Altri dati sono forniti, sempre con riferimento alla surrogazione di maternità, nel Rapporto dal titolo *Children's rights related to surrogacy*, del 21 settembre 2016, a cura di Petra De Sutter, per il Comitato degli affari sociali, salute e sviluppo sostenibile dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (Doc. 13562, Ref. 4071 del 3 ottobre 2014), par. 10.

provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione, ai sensi dell'art. 66 della legge n. 218/1995. La recente giurisprudenza in materia di PMA dimostra la tendenza a favorire il ricorso all'art. 65, che concorre con l'art. 64 legge n. 218/1995 nel caso in cui l'attribuzione dello *status* di figlio venga effettuata con sentenza straniera anziché con atto pubblico o privato riconosciuto dallo Stato.⁶

Va anche considerata l'ipotesi che il bambino nasca in Italia. In base all'art. 33 comma 1 della legge n. 218/1995, si applica in materia di filiazione "la legge nazionale del figlio o, se più favorevole, la legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita". Sarà dunque necessario fare riferimento a quella legge nazionale che consenta di stabilire la filiazione e che dovrà regolare i presupposti e gli effetti dell'accertamento, nonché della contestazione dello stato di figlio (art. 33 comma 2). L'individuazione dell'ordinamento straniero richiamato consente altresì di dare efficacia *ex art. 65* legge n. 218/1995 ai provvedimenti in esso emanati o a quelli resi dalle autorità di uno Stato terzo, quando questi ultimi siano efficaci nell'ordinamento richiamato.

I giudici italiani e la Corte europea dei diritti dell'uomo si sono pronunciati sulla attribuzione dello *status* di figlio in entrambe le ipotesi considerate e valutato la compatibilità dello stabilimento della filiazione con la normativa applicabile in materia di PMA.

Nel presente contributo verrà presa in esame la tesi, sostenuta in particolare dal rappresentante del Governo italiano davanti alla Corte di Cassazione, favorevole alla presenza di limiti di ordine pubblico che ostacolerebbero il riconoscimento in Italia della filiazione costituita all'estero e la registrazione dell'atto di nascita nei casi nei quali si sia fatto ricorso a tecniche di PMA non consentite nell'ordinamento italiano. La giurisprudenza nazionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur avendo fornito delle indicazioni favorevoli al superamento di detti limiti, non consentono di ritenere definitivamente superate tutte le perplessità esistenti.

Con specifico riferimento ad un caso di ricorso alla gestazione per conto di una coppia omosessuale composta da due uomini, la questione della riconoscibilità dello *status* di filiazione acquisito all'estero è stata portata davanti alle sezioni unite della Cassazione con ordinanza del febbraio 2018⁷. Fra i motivi del ricorso presentati dal Procuratore generale presso

⁶ L'interpretazione prevalente nella giurisprudenza è favorevole al carattere complementare delle procedure previste negli artt. 64 e 65 della legge n. 218/1995.

⁷ Ordinanza interlocutoria del 22 febbraio 2018 n. 4382. Sul problema si tornerà *infra*. La Corte di Cassazione dovrà affrontare, oltre alle questioni della definizione dell'ordine

la Corte d'Appello di Trento vi sarebbe l'erronea interpretazione da parte di quest'ultima del concetto di ordine pubblico, per non aver tenuto conto dei principi costituzionali e dei "più importanti istituti giuridici" che rappresentano i "cardini della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale e della sua inconfondibile fisionomia" ricavabili dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, nonché dalla legge n. 40/2004 e dal codice civile italiano⁸.

Quanto alla registrazione di un atto di nascita in territorio italiano di un figlio nato da PMA, questo tema impegnerà la Corte Costituzionale, essendo stata investita dal Tribunale di Pisa (ordinanza 15 marzo 2018) della questione di legittimità della legge n. 40/2004 e di altre norme del codice civile nella parte in cui non consentono di formare in Italia un atto di nascita di un figlio nato da PMA a favore di una coppia formata da persone dello stesso sesso, delle quali una di nazionalità straniera. Una pronuncia della Corte Costituzionale, pur non risolvendo i problemi che sorgono in sede di registrazione, potrebbe agevolare il superamento delle incertezze oggi presenti riguardo alla portata delle norme sulla PMA ed alla possibilità di attribuire la genitorialità a coppie omosessuali⁹.

2. Riconoscimento dello status di figlio acquisito all'estero a seguito di ricorso ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita non consentita in Italia

Ai fini del riconoscimento dello *status* di figlio riveste un ruolo fondamentale il principio del *favor filiationis*. Si è già richiamato l'art. 33 comma 1 della legge n. 218/1995 riguardante la determinazione della filiazione, che dà espressione al principio della applicazione della legge più favorevole tra quelle indicate in concorso fra loro: la legge nazionale del minore e le leggi nazionali di ciascuno dei genitori. Il principio viene ribadito

pubblico e della legittimità del riconoscimento della filiazione derivante da ricorso al metodo di procreazione della gestazione per altri, anche le seguenti problematiche: la competenza giurisdizionale del Tribunale, la legittimazione passiva del Sindaco di Trento, del Ministro degli interni e del Procuratore generale.

⁸ Par. 1.1.2. dell'ordinanza. La frase riportata nel testo è presente, fra l'altro, nella sentenza Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 ss., relativa ad un caso nel quale è stato ravvisato un limite di ordine pubblico internazionale all'applicazione della legge straniera che impediva il riconoscimento del figlio adulterino.

⁹ Nell'ordinanza del Tribunale di Pisa, pubblicata in *Foro it.*, 2018, I, p. 782, *sub Stato civile*, n. 6490, è stata sollevata questione di costituzionalità anche con riferimento agli artt. 250 e 449 cod. civ., 29 comma 2 del d.p.r. n. 396/2000. Si veda *infra*, par. 6.

nell'art. 33 comma 2 sull'accertamento e la contestazione dello stato di figlio e nell'art. 35 sul riconoscimento di figlio. Esso esprime l'obiettivo materiale preminente, che condiziona anche la disciplina del rinvio di cui all'art. 13 (cfr. art. 13 comma 3: rinvio *in favorem*)¹⁰.

Il *favor* per il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero costituisce una modalità di espressione della tendenza a livello internazionale ed europeo all'accoglimento generalizzato del principio del mantenimento della stabilità delle situazioni personali, presente – con riferimento agli *status* personali in genere – nella legislazione italiana e dell'Unione europea, essendo strumentale alla circolazione delle persone nello spazio di giustizia e libertà. A tale scopo è funzionale il metodo automatico di riconoscimento delle sentenze o dei provvedimenti adottati all'estero: questi ultimi possono acquisire efficacia *ex art.* 65 e art. 66 legge n. 218/1995 se presentati direttamente all'ufficiale di stato civile, ai fini della registrazione.¹¹ Solo in caso di dubbio ragionevole l'ufficiale di stato civile deve chiedere l'intervento del magistrato¹². Un sistema analogo è stato instaurato con il regime di riconoscimento automatico delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale di cui al regolamento (CE) n. 2201/2003.

Va nella medesima direzione la disciplina relativa al valore della certificazione estera di stato civile, regolamentata dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sull'abolizione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri, che circoscrive il controllo da parte dell'operatore italiano ai casi in cui siano presenti dubbi sulla provenienza e l'autenticità. Anche il regolamento UE n. 2016/1191, in vigore dal febbraio 2019, riguarda la semplificazione dei requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'ottica della agevolazione della libera circolazione dei cittadini europei¹³.

¹⁰ Sul metodo delle considerazioni materiali, con specifico riferimento alla tematica qui considerata, cfr. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, p. 92 ss., e ID., *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, pp. 296-300. Sui riflessi in ordine alla disciplina del rinvio cfr. anche DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, t. 352, 2010, p. 460 ss.

¹¹ L'art. 19 del d.p.r. 396 del 3 novembre 2000 stabilisce: "1. Su richiesta dei cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti, nel comune dove essi risiedono, gli atti dello stato civile che li riguardano formati all'estero. Tali atti devono essere presentati unitamente alla traduzione in lingua italiana e alla legalizzazione, ove prescritta, da parte della competente autorità straniera".

¹² Cfr. la circolare del Ministro di Grazia e giustizia del 7 gennaio 1997 ai Procuratori Generali della Repubblica presso le Corti di appello, contenente istruzioni per gli Uffici dello stato civile per l'applicazione degli articoli dal 64 al 71 della legge n. 218/1995, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 224.

¹³ V. Corte di giustizia, 2 dicembre 1997, in causa C-336/94, *Dafeki*, nella quale la Corte

Il riconoscimento della filiazione risponde all'esigenza di dare stabilità e continuità allo statuto individuale del minore, che riveste un valore peculiare trattandosi dei membri più vulnerabili nel contesto familiare e sociale. Ciò spiega il risalto attribuito alla condizione del minore nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966, che prevede l'obbligo di registrazione e di assicurare una cittadinanza al bambino (art. 24 par. 2 e 3), nella Convenzione di New York del 1989 (specialmente par. 7 e 8), che pone l'accento sul diritto del minore a possedere una propria identità – anche sotto il profilo delle relazioni familiari – e una nazionalità, e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*d'ora in poi*: CEDU), nella interpretazione data dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo all'art. 8 par. 1, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, richiamata anche nella Carta dei diritti e doveri fondamentali dell'Unione europea (cfr. il preambolo, quinto cpv.)¹⁴.

Queste convenzioni danno veste normativa alla tendenza generalizzata della comunità internazionale e degli Stati dell'Unione europea, condivisa dall'ordinamento italiano, a ritenere preminente l'obiettivo di assicurare la continuità della filiazione costituitasi all'estero, evitando situazioni claudicanti, che consistono nella privazione dei diritti personali e familiari garantiti nell'ordinamento di origine.

Si tratta ora di verificare se le esigenze di identità e di stabilità dei legami familiari, che si esprimono nel *favor filiationis*, consentano di assicurare il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero sacrificando altri principi invocabili sulla base della normativa italiana in materia di PMA, più restrittiva rispetto a quella dello Stato di costituzione della filiazione. Le attuali divergenze nella disciplina in materia di PMA esprimono uno scollamento tra i valori tutelati nei diversi ordinamenti. Occorre dunque valutare se il limite dell'ordine pubblico internazionale possa impedire il riconoscimento dello *status* di figlio ottenuto all'estero.

In realtà, alla luce del *favor filiationis*, l'applicazione del limite dell'ordine pubblico al riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di filiazione assume connotati diversi a confronto dei casi nei quali esso viene più

di giustizia ha deciso che gli enti nazionali competenti – nel caso specifico si trattava degli enti in materia di previdenza sociale – e i giudici nazionali di uno Stato membro sono obbligati ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri, a meno che la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso considerato.

¹⁴ Carta dei diritti e dei doveri fondamentali dell'Unione europea, Art. 24: "In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

frequentemente invocato, che in genere valgono ad impedire l'applicazione di leggi straniere più limitative dei diritti garantiti dall'ordinamento italiano¹⁵. Si può menzionare, ad esempio, il principio della equiparazione degli *status* di figlio, che rappresenta un principio fondamentale della normativa attualmente vigente, laddove invece la legge straniera mantenga una distinzione fra varie forme di filiazione¹⁶. La problematica del riconoscimento della filiazione acquisita all'estero non può essere considerata soltanto alla luce dell'esigenza del coordinamento tra ordinamenti mediante le norme di conflitto, secondo l'impostazione proposta, in materia di *status*, dalla teoria cd. del "metodo del riconoscimento" o della prossimità¹⁷, ma partendo dal ruolo centrale che riveste la protezione dei diritti fondamentali del minore¹⁸: l'insieme dei diritti fondamentali del minore riconosciuti a livello internazionale e costituzionale rappresenta infatti un vero e proprio 'statuto'¹⁹, rispetto al quale compito dell'interprete è quello di definire

¹⁵ Cfr. FOYER, *Problèmes des conflits de lois en matière de filiation*, in *Recueil des Cours*, t. 193, 1985-IV, pp. 90-92, che si riferisce a questa problematica in termini di "ordre public inversé" nel senso che la legge del foro potrebbe apparire inconciliabile con un principio di ordine pubblico prevalente (nella specie il principio della tutela del minore) (ivi, p. 92). Per una riflessione sul tema si veda, fra gli altri, BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *DUDI*, 2016, spec. p. 333 s.

¹⁶ Ad es. se per la legge richiamata non sia possibile il riconoscimento del figlio adulterino.

¹⁷ Cfr. *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du Colloque internationale La Haye du 18 janvier 2013, a cura di Lagarde, Paris, 2013. Sulla teoria della prossimità esiste una vasta letteratura. Sulla esigenza di continuità delle relazioni familiari alla luce delle diverse teorie applicabili al riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero, cfr. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale*, in *DUDI*, 2016, p. 70. Sulle analogie che quella teoria presenta con la *Inlandsbeziehung* di matrice tedesca, o con la teoria dell'ordine pubblico attenuato si vedano, con particolare riguardo alla tematica della filiazione, BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, p. 256 ss., spec. p. 272; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, pp. 12-18. Queste teorie sono state riconsiderate dall'Institut de droit international alla sessione di Cracovia del 2005: "Filiation. Les Etats pourront opposer l'ordre public aux lois étrangères prohibant l'établissement de la filiation hors mariage, en tout cas lorsque l'enfant se rattache par sa nationalité ou sa résidence habituelle à l'Etat du for ou à un Etat permettant l'établissement de cette filiation".

¹⁸ In tal senso cfr. ROSSOLILLO, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 1028 ss.; e FRANZINA, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *DUDI*, 2011, p. 612 s.

¹⁹ L'espressione 'statuto' riferita all'insieme dei diritti del minore è ripresa da Cass., n. 14878/2017, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 408 ss.

l'ordine di priorità relativamente ad altri principi etici identificativi della comunità statale²⁰. Al *favor filiationis* si possono attribuire le caratteristiche di un insieme di principi di “ordine pubblico positivo”, a differenza dei principi limitativi della PMA che esprimono istanze di “ordine pubblico negativo”: il primo riveste una posizione di preminenza e va attuato anche attraverso norme di un diverso ordinamento statale, se queste ne garantiscono l'attuazione²¹.

Nel bilanciamento tra la salvaguardia dell'interesse del minore e le necessità di garantire altri valori fondamentali l'interprete può ritenere prevalente l'esigenza di tutelare il minore e individuare in tal modo dei ‘contro-limiti’ all'applicazione di norme nazionali che rappresentino un ostacolo al riconoscimento della filiazione ottenuta a seguito del ricorso a tecniche di PMA, pur se queste ultime non siano consentite dall'ordinamento nazionale²². In tal senso lo stesso concetto di ‘interesse superiore del minore’ acquisisce una dimensione concreta e il ruolo di metodo di valutazione da effettuare caso per caso, alla luce degli elementi a disposizione, tenendo

²⁰ Con specifico riferimento ai principi di ordine pubblico applicabili in materia di filiazione, cfr. Cass., 30 settembre 2016 n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 813 ss., par. 7, secondo la quale l'ordine pubblico internazionale è da intendersi come “complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”; la sentenza precisa inoltre che “i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta Costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario”. Secondo la Cassazione, dunque, i principi fondamentali desumibili dai trattati, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sono soggetti comunque alla verifica della compatibilità con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Per un commento critico di questa posizione, cfr. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio “nato da due madri” all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 169-181.

²¹ Cfr. SALERNO, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: una proposta metodologica*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 786 ss.; e ID., *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, *ibidem*, 2018, p. 259 ss., che, partendo dal pensiero di BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi*, Padova, 1969 e dalla concezione universalistica di BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977, formula una ricostruzione critica della impostazione del limite dell'ordine pubblico nella recente giurisprudenza italiana.

²² Sul termine ‘contro-limiti’, accolto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e utilizzato con riferimento alla tematica del riconoscimento delle sentenze straniere cfr. ROSSOLILLO, *Riconoscimento di status familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *DUDI*, 2016, p. 347; e SALERNO, *La costituzionalizzazione cit.*, p. 275 ss.

conto del principio fondamentale della esigenza dell'identità e della stabilità dei rapporti del minore all'interno della famiglia.

Si procederà di seguito a considerare gli elementi di possibile contrasto al riconoscimento della filiazione conseguente al ricorso ad una PMA non consentita dall'ordinamento italiano e i termini del bilanciamento da effettuare alla luce degli orientamenti prevalenti della giurisprudenza italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

3. Elementi di valutazione del limite dell'ordine pubblico internazionale al riconoscimento della filiazione stabilita all'estero

3.1. Incidenza della illegittimità delle tecniche di procreazione utilizzate

Nelle cause *Mennesson e Labassée c. Francia*, decise dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel giugno 2014, il Governo francese aveva giustificato il mancato riconoscimento della filiazione ottenuta in California da una coppia di nazionalità francese a seguito di maternità surrogata non consentita dalla legislazione, in base alla esigenza di tutelare l'ordine e di contrastare gli effetti del ricorso a pratiche vietate per prevenire i reati e le violazioni di regole etiche considerate fondamentali dallo Stato.²³ Il contratto in base al quale una donna estranea alla coppia si era impegnata a portare avanti la gravidanza e a rinunciare alla maternità dopo il parto era infatti contrario alla normativa francese, che fa divieto di disporre del corpo umano e dello *status* delle persone. Pertanto, il provvedimento straniero non era stato riconosciuto, con il conseguente rifiuto di attribuzione ai minori della cittadinanza francese²⁴.

La Corte ha riconosciuto il diritto di ciascuno Stato di disciplinare la materia riguardante le tecniche di procreazione in conformità con i propri principi fondamentali, anche considerando l'insussistenza di una uniformità di atteggiamento al riguardo nei diversi ordinamenti degli Stati

²³ Sentenze 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e, rispettivamente, 2 giugno 2014, ric. n. 65941/11.

²⁴ Un'ampia analisi della giurisprudenza francese anteriore alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sui casi *Mennesson* e *Labassée* è in SINDRES, *Le tourisme procréatif et le droit international*, in *Clunet*, 2015, p. 429 ss.

parti della CEDU²⁵. Tuttavia, ha ritenuto che le autorità francesi avrebbero dovuto risolvere la questione garantendo un bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'osservanza delle leggi e i diritti fondamentali del minore, pur in presenza di un comportamento censurabile tenuto dagli aspiranti genitori.²⁶ In tal senso, come ha precisato la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, possono essere necessarie delle attenuazioni dei margini di discrezionalità dello Stato²⁷. In questa ottica, la non registrazione della genitorialità per salvaguardare l'osservanza delle norme in materia di PMA e reprimere pratiche di aggiramento di tale disciplina deve considerarsi una misura sproporzionata, dal momento che impedisce la certezza dei legami familiari (nel caso di specie esisteva un legame genetico del padre con il bambino), l'acquisizione della cittadinanza e dei diritti successori e pertanto è lesiva del diritto alla salvaguardia della identità personale del minore²⁸. Alla luce delle circostanze del caso, la Corte europea ha ravvisato nel comportamento delle autorità francesi una violazione dell'art. 8 par. 1 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata dei minori²⁹.

²⁵ Cfr. spec. par. 77 ss. della sentenza *Mennesson*; e par. 54 della sentenza *Labassée*.

²⁶ Anche nella giurisprudenza italiana sono state espresse considerazioni analoghe legate all'interesse superiore del minore: cfr. Corte di Appello di Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 699 ss. e Tribunale di Napoli, decreto 14 luglio 2011. Al riguardo cfr. LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 415 ss.

²⁷ Cfr. par. 80 della sentenza *Mennesson*: "However, regard should also be had to the fact that an essential aspect of the identity of individuals is at stake where the legal parent-child relationship is concerned. The margin of appreciation afforded to the respondent State in the present case therefore needs to be reduced".

²⁸ *Mennesson c. Francia* cit., par. 99 s.; e *Labassée c. Francia* cit., par. 77 ss. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che non si configurasse una violazione della vita familiare, essendo quest'ultima in ogni caso garantita di fatto ai minori. Cfr. le osservazioni della CAMPIGLIO, *Valori fondamentali dell'ordinamento interno e scelte di cura transfrontaliere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 386 ss., che considera il problema del mancato riconoscimento anche nell'ottica delle conseguenze della frode alla legge, istituto al quale la dottrina francese ha dedicato particolare attenzione, anche alla luce del codice civile che stabilisce il divieto d'"ordre public" della maternità surrogata. Come chiarisce l'a., la giurisprudenza sia francese, sia tedesca, hanno accolto soluzioni favorevoli alla trascrizione dell'atto di nascita del figlio nato a seguito di maternità surrogata all'estero.

²⁹ La Corte europea dei diritti dell'uomo è pervenuta al medesimo risultato (violazione della vita privata del bambino *ex art.* 8 par. 1 CEDU) nella sentenza del 21 luglio 2016 nei casi *Foulon c. Francia* e *Bouvet c. Francia*, ric. n. 9063/14 e ric. n. 10410/14; e del 19 gennaio 2017 nel caso *Laborie c. Francia*, ric. n. 44024/13, anche essi per il mancato riconoscimento di certificati di filiazione relativi a bambini nati con la tecnica della maternità surrogata, rispettivamente in India e in Ucraina, per una coppia eterosessuale di

Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in prima istanza il 27 gennaio 2015 e, davanti alla Grande camera, il 24 gennaio 2017³⁰, a differenza dei casi *Mennesson e Labassée*, era assente un legame biologico con entrambi i genitori committenti. Oggetto della valutazione della eventuale violazione delle norme CEDU è stato l'allontanamento del bambino dai genitori qualche mese dopo il rientro della coppia in Italia, con la conseguente dichiarazione dello stato di abbandono ai fini dell'avvio di una procedura di adozione da parte di un'altra coppia³¹.

Nella prima pronuncia del 2015, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha constatato che le misure adottate dalle autorità italiane, consistenti nell'allontanamento del bambino dal contesto familiare costituivano una misura sproporzionata rispetto agli interessi prevalenti del minore a non interrompere il suo rapporto con gli aspiranti genitori, con i quali aveva vissuto nei primi otto mesi di vita. Si tratta di una misura estrema che, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, può essere presa soltanto come ultimo rimedio³². In tal senso, la Corte ha ritenuto rilevante il legame di tipo sociale instaurato tra gli aspiranti genitori e il bambino, sia pure per un breve periodo. Ha quindi ravvisato che lo Stato italiano aveva compiuto una ingerenza nella vita familiare della coppia e dunque una violazione dell'art. 8 par. 1 CEDU.

La posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alle ripercussioni della illegittimità della PMA nello Stato richiesto non è stata modificata nella successiva sentenza della Grande camera del 2017. Tuttavia la Corte ha riformato la decisione di condanna dello Stato italiano, sulla base di una diversa valutazione circa l'operato degli organi italiani in termini

committenti, in presenza di legame biologico di uno di essi con il figlio.

³⁰ Ric. n. 25358/12.

³¹ La valutazione della Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata sulla eventuale violazione da parte delle autorità italiane del diritto dei genitori intenzionali al rispetto della loro vita privata, anziché sulla conservazione dell'unità familiare e gli interessi del minore (cfr. par. 157 e 158 della sentenza): le pretese degli aspiranti genitori apparivano dunque meno difendibili a fronte della riprovazione suscitata dal loro comportamento e ciò ha determinato l'esito finale della causa. La mancata registrazione in Italia del certificato di nascita relativo al bambino nato a seguito di PMA all'estero non è stata considerata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dal momento che la questione non era stata sollevata nei giudizi esperiti in Italia e dunque mancava il presupposto dell'esaurimento dei ricorsi interni necessario ai fini della sottoposizione della questione alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

³² Cfr. par. 80 ss. della sentenza *Paradiso e Campanelli* del 2015.

di bilanciamento degli interessi in gioco, ritenendo che la brevità della permanenza con i genitori committenti non fosse sufficiente a configurare una vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU³³.

Dalle sentenze emanate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi qui citati si può desumere che, in linea di principio, le norme che fanno divieto di praticare tecniche di PMA, consentite invece nel luogo di nascita del minore, non giustificano il mancato riconoscimento dello *status* di figlio. La illegalità della pratica di procreazione seguita non può ripercuotersi sul destino del nato, il quale deve essere tutelato e al quale devono essere garantite la conservazione dello *status filiationis* e della continuità affettiva. Come è precisato nella sentenza della Corte di Cassazione 30 settembre 2016 n. 19599³⁴, lo stesso legislatore era ben consapevole di ciò allorché ha previsto che, in caso di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non consentite, il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità³⁵.

L'impiego di tecniche di PMA non consentite dall'ordinamento italiano non può costituire di per sé un ostacolo al riconoscimento della filiazione stabilita all'estero, nonostante talune limitazioni imposte dalla normativa italiana. In tal senso, le disposizioni riguardanti il divieto della inseminazione eterologa non esprimono un principio fondamentale irrinunciabile in base al quale non sia possibile fare eccezione in sede di richiesta di riconoscimento della filiazione sorta all'estero.

Si tornerà sulla problematica relativa alla possibilità di configurare limiti di ordine pubblico al riconoscimento della filiazione ottenuta all'estero connessi alla violazione delle norme che disciplinano il ricorso alla PMA, con specifico riferimento alla gestazione per altri (o maternità surrogata). Occorre tuttavia preliminarmente qualificare il contesto nel quale va inquadrato il problema della compatibilità di questa tecnica con i principi

³³ In questa ottica, il comportamento delle autorità è risultato giustificabile in base all'interesse pubblico di proteggere la maternità e i figli da pratiche considerate illegali dall'ordinamento italiano (cfr. par. 215).

³⁴ Cit., spec. par. 10.3.

³⁵ Art. 9 della legge n. 40/2004: "1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice".

di ordine pubblico, alla luce delle forme assai diversificate secondo le quali può esprimersi la genitorialità.

3.2. *Segue. Il rapporto di genitorialità nella concezione della famiglia emergente dalla prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza nazionale.*

Nelle sentenze sopra citate la Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre a esprimere un orientamento generale riguardo alle conseguenze sullo *status* di figlio del ricorso a tecniche di PMA illecite nello Stato del riconoscimento, ha valorizzato una definizione di famiglia che nega la necessità del carattere biologico del rapporto tra il minore e i genitori. In particolare, nella prima sentenza *Paradiso e Campanelli* del 2015, la Corte ha valorizzato il legame affettivo sorto tra il minore e la coppia di genitori committenti, valutando il comportamento delle autorità italiane alla luce dell'esigenza di tutelare la comunità di affetti e solidarietà e di assicurarne la continuità³⁶. Nella seconda pronuncia della Grande camera del 2017, ai fini dell'esito della decisione è stata determinante la considerazione della brevità del periodo trascorso tra la nascita e l'allontanamento del bambino dagli aspiranti genitori, sicché la Corte ha ritenuto che non fosse idoneo a creare un rapporto consolidato a fronte della mancanza di legami genetici³⁷. In entrambi i casi si riscontra una conferma dell'orientamento favorevole a considerare che un rapporto di famiglia può sorgere anche in assenza di legami di tipo genetico, purché sussista una sufficiente stabilità e una adeguata continuità temporale.

Tale evoluzione è in sintonia con la definizione di 'famiglia' presente nella stessa legislazione italiana. Per citare un esempio rilevante nel contesto della registrazione anagrafica, si può richiamare il d.p.r. 30 maggio 1989 n. 223 "Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente", che all'art. 4 contiene la seguente definizione di famiglia anagrafica: "Agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da

³⁶ Con riferimento all'argomento della falsità dell'atto di nascita redatto in Russia che attribuiva il figlio nato a seguito di maternità surrogata alla coppia italiana, va rilevato che la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla legalizzazione dei documenti stranieri emanati da pubbliche autorità obbliga a non prescrivere ulteriori requisiti oltre a quelli previsti dalla Convenzione, ma non elimina la facoltà per lo Stato ricevente di verificare i contenuti dell'atto e la sua veridicità.

³⁷ Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande camera), 2017, sul caso *Paradiso e Campanelli* cit., par. 208.

vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune”.

Alla luce della normativa italiana sulla PMA, il legame biologico non costituisce una condizione indispensabile ai fini dello stabilimento della filiazione³⁸: l'art. 8 della legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita prevede la possibilità che il marito acquisisca la genitorialità a seguito della fecondazione eterologa dell'ovulo della moglie o della convivente da parte di donatore anonimo³⁹: come si è visto, il consenso prestato a tale pratica fa sorgere la genitorialità, precludendo la possibilità di un eventuale disconoscimento di paternità (art. 9). L'attribuzione della genitorialità anche in assenza di vincoli biologici (o adottivi) comporta una deroga rispetto alla impostazione tradizionalmente seguita ai fini della qualificazione dell'istituto della famiglia, consentendo di ricomprendere i rapporti affettivi e la continuità dei legami di solidarietà tra persone conviventi nella nozione di famiglia, pur in mancanza di legami biologici. Tale sviluppo, che trae alimento dalla evoluzione delle tecniche riproduttive cui si può ricorrere secondo le norme dei diversi ordinamenti, trova espressione nella possibilità di accogliere una nozione di genitorialità estesa a rapporti di famiglia che si fondano su unioni tra persone dello stesso sesso.⁴⁰ Non è tuttavia scontato

³⁸ L'argomento è invece stato utilizzato nella giurisprudenza italiana per negare la riconoscibilità dello stato di filiazione: cfr. Cass. (sezioni unite), 11 novembre 2014 n. 24001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015 (v. anche *infra*, nota 50). Va tuttavia considerato che la sentenza è stata emanata in un momento nel quale non era ancora in vigore la legge sulle unioni civili, e tuttavia nelle motivazioni si fa riferimento alla necessità di tener conto degli interessi del minore, e del divieto di discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali nella valutazione della adozione non legittimante che viene concessa al coniuge in una coppia eterosessuale.

³⁹ Art. 8 della legge n. 40/2004: “I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6”, e dunque la genitorialità viene estesa al marito consenziente. Tale rapporto di genitorialità sussiste anche quando si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e quando il consenso del coniuge o del convivente sia ricavabile da atti concludenti (art. 9 comma 1): in tal caso non è possibile esercitare l'azione di disconoscimento della paternità. È altresì stabilito che in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi (art. 9, 3° comma).

⁴⁰ App. Perugia, decreto 22 giugno 2018 n. 573, che si pone nel solco delle recenti pronunce dei Tribunali di Pistoia e Bologna e della Corte d'Appello di Napoli che, come noto, hanno sostenuto la piena applicabilità dell'art. 8 della legge n. 40/2004 anche ai nati con PMA da una coppia omogenitoriale.

che tale estensione sia possibile quando nessuno dei membri della coppia presenti legami genetici con il bambino.

Una delle ipotesi considerate nella giurisprudenza italiana si riferisce a casi di dissociazione tra maternità da gestazione (laddove invece l'art. 269 cod. civ. attribuisce la maternità alla gestante) e maternità di carattere affettivo riferibile alla donna vincolata da rapporto coniugale o di convivenza con la madre gestazionale⁴¹. Taluni casi di questo tipo sono stati risolti dalla giurisprudenza ricorrendo all'adozione non legittimante ex art. 44 comma 1 lett. d della legge n. 184/1983 in materia di adozione a favore del genitore non biologico⁴². È stato sottolineato tuttavia che questa soluzione non corrisponde pienamente all'interesse del minore ad essere considerato membro a tutti gli effetti della famiglia dell'adottante.

Due recenti sentenze della Corte di Cassazione hanno affermato la riconoscibilità del rapporto di filiazione nei confronti sia della madre gestazionale, sia della madre 'affettiva', escludendo che motivi di ordine pubblico impediscano di riconoscere la filiazione stabilita all'estero laddove in base alla legge n. 218/1995 venga richiamata la norma straniera del minore o di uno dei genitori. Si tratta, in particolare, delle sentenze 30 settembre 2016 n. 19599 e 15 giugno 2017 n. 14878⁴³.

La prima si riferisce al caso relativo al riconoscimento della filiazione del bambino partorito da una delle due donne coniugate in Spagna, della quale una di nazionalità italiana. Un certificato di nascita rilasciato in Spagna riconosceva lo *status* di figlio di entrambe le donne al bambino nato a seguito dell'impianto dell'ovulo donato dalla compagna alla madre gestazionale. La Corte di Cassazione ha affermato il diritto del minore ad essere registrato quale figlio sia della madre di nazionalità spagnola, sia della donatrice dell'ovulo di nazionalità italiana, con la conseguenza di rendere possibile il conferimento della cittadinanza italiana, ritenendo che dall'art. 2 della Costituzione italiana discende il diritto di vivere la vita familiare

⁴¹ Al rapporto affettivo può accompagnarsi, in ipotesi, la donazione dell'ovulo che viene trapiantato nella gestante. Al riguardo cfr. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589 ss.

⁴² Sul punto vi è una notevole giurisprudenza. Cfr., tra i precedenti più rilevanti, Cass., 22 giugno 2016 n. 12962, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, p. 451 ss.: la Corte ha ritenuto che un provvedimento di adozione a favore della coppia omosessuale si potesse fondare sull'art. 44, comma 1 lett. d) della legge n. 184/1983, a motivo della impossibilità ad adottare di carattere giuridico anziché di fatto, dato il difetto dello stato di abbandono.

⁴³ Queste decisioni (*supra*, note 19 e 20), unitamente alla sent. n. 12962/2016 (*supra*, nota 42), sono state battezzate come le 'sentenze delle due madri'.

indipendentemente dalla identità sessuale, anche tenuto conto del principio del superiore interesse del minore cui ha fatto riferimento la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia UE. La Corte di Cassazione ha inquadrato questa soluzione nel contesto della libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge a persone di sesso diverso, sottolineando l'evoluzione che ha riguardato l'istituto della famiglia, sempre più intesa come una comunità incentrata su rapporti affettivi e di solidarietà tra i suoi componenti, e nell'ambito della quale il rapporto genetico non può essere ormai considerato requisito essenziale per l'attribuzione della filiazione⁴⁴. In tale quadro, la sentenza ha ritenuto che fosse superabile anche l'aspetto relativo alla omosessualità della coppia, affermando che, essendo presente un legame biologico di entrambe le donne con il bambino, il caso presenterebbe analogie con la fecondazione eterologa cui può ricorrere una coppia eterosessuale⁴⁵.

Ancora più significativa, ai fini della rilevanza dei legami familiari di tipo 'sociale', è la soluzione alla quale è pervenuta la Corte di Cassazione nella sentenza n. 14878 del 15 giugno 2017, sempre riguardante l'attribuzione della genitorialità alla compagna della madre gestazionale. Nel caso di specie erano assenti legami biologici della prima con il figlio: la sentenza sottolinea il "diritto [del minore] al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare"⁴⁶. Anche in questo caso, come in quello deciso dalla Cassazione con sentenza 19599 del 2016, l'interesse del

⁴⁴ La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 19599/2016 cit., cita al riguardo il seguente passaggio della sentenza della Corte Costituzionale 9 aprile 2016 n. 162: "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa".

⁴⁵ Cass., n. 19599/2016 cit., par. 10.2: "la pratica fecondativa utilizzata nel caso in esame non è configurabile come una maternità surrogata, presentando aspetti comuni ad una fecondazione eterologa e il fatto che sia disciplinata dal legislatore spagnolo (che riconosce il nato come figlio di due madri) in modo difforme rispetto alla nostra attuale legge n. 40 del 2004, come s'è detto, non significa, di per sé, che l'atto di nascita spagnolo contrasti con l'ordine pubblico italiano. La previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 12 comma 2 della legge n. 40 del 2004) per i terzi che applichino le tecniche di fecondazione eterologa alle coppie composte da persone dello stesso sesso, non esprime un valore costituzionale superiore e inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico". Il tipo di procreazione si potrebbe definire come surrogazione gestazionale, ossia sostituzione ai fini della gestazione da parte di una delle donne nella quale era stato impiantato l'ovulo della compagna.

⁴⁶ Par. 20 della sentenza 14878/2017, cit. *supra*, nota 19.

minore al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive è stato considerato prevalente rispetto alla impostazione della normativa italiana, che non consente il ricorso alla PMA alle coppie omosessuali.

Nell'insieme, l'orientamento prevalente della recente giurisprudenza è favorevole a ritenere la sussistenza di un rapporto di famiglia indipendentemente dalla presenza di un legame di tipo biologico, e ad estendere il riconoscimento della genitorialità alla coppia omosessuale, anche se non sembra del tutto superato il presupposto della esistenza di un legame genetico con almeno uno dei membri della coppia.

4. Limiti di ordine pubblico internazionale in caso di ricorso alla gestazione per altri all'estero.

È stato già affrontato in termini generali il problema se il divieto nello Stato richiesto del ricorso a talune tecniche di PMA consentite all'estero costituisca un ostacolo al riconoscimento della filiazione per motivi di ordine pubblico internazionale. Si tratta ora di verificare se limiti di questo tipo si configurino allorché la tecnica di PMA utilizzata consista nella gestazione per altri (o maternità surrogata).

Fra gli elementi da considerare vi è la particolare severità con la quale l'ordinamento italiano stabilisce il divieto, in base all'art. 12 comma 6 della legge n. 40/2004, della gestazione per altri⁴⁷. L'art. 12 comma 8 di quest'ultima legge non include la surrogazione di maternità tra i metodi di procreazione per i quali viene esclusa la punibilità dell'uomo o della donna che vi ricorrono⁴⁸. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 162 del 2014⁴⁹, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 40/2004, ha espressamente voluto eliminare equivoci precisando che tale

⁴⁷ Art. 12, 6° comma: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

⁴⁸ Art. 12, 8° comma: "Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".

⁴⁹ Cfr. par. 9 cpv. della motivazione, dove la Corte Costituzionale distingue le tecniche di fecondazione eterologa consentite dalla legge dalla surrogazione di maternità, ribadendo che quest'ultima "è espressamente vietata dall'art. 12 comma 6 della legge n. 40/2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia".

illegittimità lascia inalterato il divieto assoluto della maternità surrogata. Anche la Corte di Cassazione, nella sentenza 11 novembre 2014 n. 24001, ha ribadito il carattere di 'ordine pubblico' del divieto della maternità surrogata, dal quale risulterebbe preclusa l'attribuzione della genitorialità⁵⁰: la Corte si riferiva al caso di una coppia eterosessuale di genitori committenti entrambi privi di legami biologici con il bambino⁵¹.

Se il divieto categorico della maternità surrogata impedisce il ricorso a questa pratica in Italia, da ciò non si può desumere l'obbligo di negare il riconoscimento dello *status* di filiazione sorto all'estero a seguito di gestazione per altri. Occorre infatti distinguere il carattere di norma inderogabile, dalla nozione di ordine pubblico internazionale, che implica una deroga al richiamo della norma straniera operato dalla legge di diritto internazionale privato⁵². Come è noto, il limite di ordine pubblico internazionale al riconoscimento della situazione sorta all'estero deve essere valutato non in astratto, ma alla luce della situazione del minore e dell'impatto che il riconoscimento potrebbe avere, tenuto conto delle circostanze. Pertanto, non appare scontata la soluzione del caso oggetto della sentenza della Corte d'Appello di Trento. Sembra quindi da non condividere l'impostazione seguita nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Cassazione (sezioni unite), 22 febbraio 2018 n. 4382, che non considera a sufficienza l'importanza del *favor filiationis* nell'ordinamento italiano, da bilanciare con altri principi rilevanti⁵³.

⁵⁰ La sentenza della Cassazione n. 24001/2014, cit., p. 427 ss., riguarda un caso di ricorso alla maternità surrogata da parte di una coppia di coniugi italiani in Ucraina, che avevano ottenuto un certificato nel quale si attestava l'attribuzione della genitorialità alla coppia, pur in assenza di qualsiasi legame biologico da parte di entrambi. Tale certificato si era rivelato nullo secondo la legge ucraina, poiché quest'ultima richiedeva ai fini della attribuzione della genitorialità che almeno il 50% del materiale genetico fosse fornito dalla coppia committente. Pertanto, anche i presupposti per il riconoscimento della filiazione erano sottoposti alla legge italiana. La stessa sentenza, al par. 3, sottolinea l'esigenza di tutelare la dignità umana della gestante, rilevando, fra l'altro, che la surrogazione di maternità si pone in contrasto con l'istituto dell'adozione, l'unico consentito dall'ordinamento per la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato.

⁵¹ Nel caso in cui sussistano rapporti genetici tra il figlio e il coniuge di sesso maschile, a questi non si potrebbe negare la genitorialità.

⁵² Non si considera in questa sede il problema della attribuzione del carattere di norma di applicazione necessaria al divieto di maternità surrogata. Sul punto si veda *infra*, par. 6.

⁵³ L'ordinanza (cit. *supra*, nota 7) chiede altresì una ridefinizione del concetto di limite dell'ordine pubblico, anche atteso che la nozione di questo, fatta propria da Cass. n. 19599/2016 cit., non appare in linea con quella espressa da Cass., (sezioni unite), 5 luglio 2017 n. 16601, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 1049 ss., in materia di ricono-

Motivi di incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale si potrebbero ravvisare nel rischio che il ricorso alla maternità surrogata dia luogo ad una forma di sfruttamento delle donne, che possono essere indotte ad accettare la gestazione per altri per fini economici, nel contesto di una pratica che assume talvolta aspetti degradanti collegati a quella che è stata definita come la commercializzazione dell'utero⁵⁴. Il ricorso alla maternità surrogata si configurerebbe come un fenomeno di vera e propria compravendita del bambino, in contrasto con le convenzioni internazionali e l'orientamento generalizzato nella maggior parte degli ordinamenti statali a tutela dei diritti dei minori⁵⁵. La qualità del trattamento della gestante potrebbe dar luogo a ripercussioni di tipo legale e incidere negativamente anche sulla situazione del minore e le modalità della convivenza del bambino con i genitori committenti⁵⁶.

Non sempre risulta chiaro se la disciplina in vigore nei Paesi nei quali tale pratica è legale fornisca la garanzia che il consenso prestato dalla gestante sia sorretto dalla consapevolezza delle conseguenze della gravidanza e del successivo allontanamento del bambino.

Il superamento o quanto meno una limitazione delle conseguenze negative del fenomeno si può ottenere adottando parametri internazionali uniformi di garanzia che consentano di assicurare l'eticità delle tecniche di PMA e norme condivise che facciano divieto della maternità surrogata o ne

scimento di sentenze di condanna ai danni punitivi.

⁵⁴ Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015, contenuta nella relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia, par. 115: "condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani".

⁵⁵ L'uno e l'altro aspetto sono stati rilevati nell'opinione concorrente dei giudici De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek e Dedov alla sentenza *Paradisi e Campanelli* della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2017, par. 7: "gestational surrogacy, whether remunerated or not, is incompatible with human dignity. It constitutes degrading treatment, not only for the child but also for the surrogate mother". Riguardo ai diritti del minore, i giudici hanno anche richiamato il Protocollo facoltativo allegato alla Convenzione di New York del 2002, e in particolare il divieto di compravendita di bambini, che rischia di aver luogo attraverso la pratica della maternità surrogata.

⁵⁶ Sulle possibili ripercussioni di carattere psicologico e fisico sul figlio nato da madre surrogata si vedano le osservazioni contenute nel Rapporto De Sutter per l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 21 settembre 2016 (cit. *supra*, nota 4), par. 23.

circoscrivano al massimo la praticabilità⁵⁷. Un esame delle leggi in vigore negli Stati maggiormente coinvolti da forme di ‘turismo procreativo’ indica che solo una minoranza di Stati consente il ricorso alla pratica della maternità surrogata senza prevedere garanzie a favore della gestante sotto il profilo del consenso, della misura del compenso e del requisito della presenza di un collegamento di almeno uno dei genitori committenti con lo Stato nel quale si ricorre a quella tecnica di PMA allo scopo di contenere il fenomeno del cd. ‘turismo procreativo’⁵⁸. In alcuni Stati, originariamente tolleranti, sono state introdotte modifiche alla legislazione in senso restrittivo⁵⁹.

Fino a quando non si pervenga ad una regolamentazione condivisa nel senso di garantire la donna gestante, eliminando i rischi di gravi violazioni dei diritti fondamentali, gli argomenti considerati potrebbero giustificare l’invocazione di motivi di ordine pubblico internazionale.⁶⁰ Tuttavia, se ciò risponde alla esigenza della salvaguardia di principi etici irrinunciabili, è indubbio che in concreto il rifiuto del riconoscimento può comportare conseguenze devastanti per la situazione affettiva del minore, essendo l’interesse del minore quello di appartenere ad una famiglia che assicuri la continuità degli affetti, pur in assenza di legami biologici, nonostante che la nascita sia avvenuta attraverso una pratica vietata nello Stato nel quale viene chiesto il riconoscimento della filiazione⁶¹.

⁵⁷ Il dibattito è ancora aperto nell’ambito della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato: cfr. il progetto preliminare in <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⁵⁸ Alcuni dati, che individuano le tendenze del fenomeno del ricorso alla maternità surrogata, peraltro non aggiornati ad oggi, sono stati pubblicati dal Consiglio per gli affari generali e politici della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato del 2014, nel rapporto dal titolo *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, prel. doc. n. 3 C del marzo 2014, p. 57 ss.

⁵⁹ Ad es. in Russia è stata adottata la legge del 21 novembre 2011 sulla tutela della salute dei cittadini e il decreto del Ministero della salute n. 107 del 30 agosto 2012, che introduce la necessità che il materiale genetico utilizzato provenga dagli aspiranti genitori. In altri Paesi (come India e Tailandia) sono state introdotte talune restrizioni alla pratica della gestazione per altri (limiti di età per la partorienteforli, nazionalità degli aspiranti genitori, carattere gratuito).

⁶⁰ La tematica della tutela della dignità della donna e dei problemi connessi alla pratica della maternità surrogata è approfonditamente svolta da HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, a cura di Di Stasi, Napoli, 2018, p. 137 ss., cui si rinvia anche per la bibliografia ivi citata.

⁶¹ In tal senso anche FENTON-GLYNN, *International surrogacy before the European Court of Human Rights*, in *Journ. Priv. Int. Law*, 2017, p. 546 ss.

Pertanto, il giudice che deve decidere sulla efficacia del provvedimento straniero di stabilimento della filiazione dovrà effettuare una analisi caso per caso, tenendo conto dei presupposti per la valutazione della capacità e della validità del consenso richiesti dalla legge del Paese nel quale ha avuto luogo la gestazione per altri e delle condizioni della convivenza del bambino con i genitori committenti.

Si è già detto del metodo indicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Mennesson e Labassée e Paradiso e Campanelli*, riguardanti il riconoscimento della filiazione acquisita all'estero da parte di coppie eterosessuali ricorrendo alla gestazione per altri⁶². La Corte ha sottolineato l'importanza del bilanciamento da effettuare rispetto al diritto del minore alla sua identità, ritenuto prevalente.

Tale orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza di merito e di legittimità. Nel caso deciso dalla Corte d'Appello di Bari con sentenza del 13 febbraio 2009, era emerso il problema del riconoscimento di due *parental orders* emanati nel Regno Unito relativi ai figli avuti da una coppia italo-inglese nati da gestazione per altri: il riconoscimento era finalizzato a disporre l'affidamento dei figli a favore della madre – italiana – in sede di giudizio di separazione, dopo una convivenza coniugale durata sette anni. La Corte d'Appello di Bari, alla quale la madre si era rivolta per il riconoscimento della sentenza inglese di nazionalità dei figli, ha valutato gli effetti negativi di un mancato riconoscimento, che avrebbe impedito di risolvere i problemi connessi all'affidamento dei bambini alla madre 'committente' e pertanto ha dato la prevalenza al superiore interesse dei minori, ordinando la trascrizione della sentenza inglese⁶³.

Nel caso oggetto dell'ordinanza del 23 febbraio 2017 della Corte d'Appello di Trento, un italiano e una persona di nazionalità statunitense entrambi di sesso maschile avevano concluso una unione registrata negli USA e avevano ottenuto il 23 febbraio 2011 dalla Superior Court of Justice della California un provvedimento di attribuzione della genitorialità ad

⁶² Cfr. l'opinione separata dei giudici Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev relativa alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Paradiso e Campanelli* (Grande Camera) cit., par. 11: "we have some difficulty with the majority's view that the legislature's reasons for prohibiting surrogacy arrangements are of relevance in respect of measures taken to discourage Italian citizens from having recourse abroad to practices which are forbidden on Italian territory... In our opinion, the relevance of these reasons becomes less clear when a situation has been created abroad which, as such, cannot have violated Italian law".

⁶³ La sentenza della Corte d'Appello di Bari è citata *supra*, nota 26.

entrambi nei confronti dei due figli nati a seguito di maternità surrogata. I bambini avevano acquisito la cittadinanza USA in base al criterio dello *ius soli*. Uno dei due *partners* aveva donato il proprio materiale genetico. La Corte ha riconosciuto la paternità di entrambi i due committenti, e dunque anche del padre privo di legami biologici con i bambini, nonostante che la nascita dei figli fosse avvenuta applicando un metodo di procreazione vietato in Italia⁶⁴.

Meno frequenti sono le prese di posizione in senso contrario, che paiono motivate da una interpretazione del concetto del limite di ordine pubblico nel senso di collegare alle norme italiane sulla maternità valore imperativo, tale da escludere gli effetti di una filiazione ottenuta mediante ricorso alla maternità surrogata⁶⁵. Ne consegue che le norme nazionali sul divieto delle pratiche di PMA e il tenore restrittivo di queste disposizioni non impediscono il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero⁶⁶. Quest'ultima posizione sembra si sia consolidata nella giurisprudenza anche di diversi Stati europei⁶⁷.

⁶⁴ Il riconoscimento è stato deciso sulla base dell'art. 67 della legge n. 218/1995.

⁶⁵ Il ricorso alla tecnica della surrogazione di maternità è stato ritenuto incompatibile con l'ordine pubblico dal Tribunale di Forlì, che con provvedimento del 25 ottobre 2011 ha negato il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre committente sorto a seguito di gestazione per altri, in base al principio che madre è colei che partorisce, secondo quanto stabilito dal codice civile e ricavabile anche dalla legge n. 40/2004 (art. 9, 2° comma) (v. http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/TribForl%C3%AC_251011.pdf). Cfr., in senso restrittivo, la sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 6 febbraio 2014, n. 247, sulla quale si veda il commento critico di CALVO CARAÇA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Comentario de la sentencia del Tribunal supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014), Gestación por sustitución en California*, in *Cuad. Der. Transn.*, vol. 7, n. 2, 2015. Sulla necessità di rispettare la dignità della gestante cfr. Cass., n. 24001/2014 cit. Per un commento su tale giurisprudenza e i riferimenti ai contributi della dottrina internazionalistica sul tema cfr. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int.*, 2017, spec. p. 1087 ss.

⁶⁶ Esiste una ricca giurisprudenza e letteratura che tratta del ricorso all'adozione in casi particolari per superare i problemi derivanti dalla inconciliabilità della maternità surrogata con i principi fondamentali dell'uomo. Cfr., fra i più recenti, THOMALE, *State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?*, in *Journ. Priv. Int. Law*, 2017, p. 463 ss.

⁶⁷ Cfr. Trib. Milano, ordinanze del 16 ottobre 2018 (http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/11/Ordinanza-rettifica-Milano_1.pdf) e del 15 novembre 2018, sez. VIII civile, n. 13554/2018 (non ancora pubblicata): quest'ultima riguardava il riconoscimento a favore di una coppia di due uomini della genitorialità nei confronti di due gemelle nate in California a seguito di maternità surrogata, nonostante che il legame biologico di ciascuno di

La preminenza dell'interesse del minore emerge dal bilanciamento del *favor filiationis* e dalla considerazione delle esigenze fondamentali del minore, in confronto con gli altri principi normativi rilevanti. Tale metodo è stato seguito dalla Corte Costituzionale italiana, nella sentenza del 18 dicembre 2017 n. 272, la quale ha ritenuto che il *favor filiationis* debba considerarsi prevalente rispetto agli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* di figlio⁶⁸.

Sembra dunque che l'esito della causa decisa dalla Corte d'Appello di Trento nel febbraio 2017 difficilmente potrebbe essere ribaltato dalla attesa pronuncia della Cassazione a sezioni unite, chiamata a risolvere il problema della compatibilità del riconoscimento della filiazione ottenuta all'estero a seguito del ricorso alla gestazione per altri con i principi di ordine pubblico internazionale⁶⁹.

5. La registrazione del figlio nato in Italia a seguito del ricorso ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita all'estero

Nei casi fin qui esaminati, si è visto che, ai fini del riconoscimento dello *status* acquisito all'estero, l'interesse superiore del minore emerge quale parametro di valutazione che mette a confronto il principio di legalità e di prevenzione dei reati, nonché i presupposti per la qualificazione dei rapporti familiari, da un lato; il diritto del minore alla sua identità, al rispetto delle

essi sussistesse con una soltanto delle minori. In Germania, la sentenza del Bundesgerichtshof 10 dicembre 2014 (XII XII ZB 463/13), in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>, si è espressa a favore del riconoscimento della genitorialità della madre committente del figlio nato in California con il metodo della gestazione per altri, non ravvisandosi un contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

⁶⁸ Cfr. par. 4.1.: "In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame". Sulla necessità di valutare l'eterogeneità delle circostanze di fatto nelle quali si realizza la surroga di maternità cfr. HONORATI, *op. cit.*, p. 156 ss.

⁶⁹ L'ordinanza di rimessione alle sezioni unite della Cassazione è citata *supra*, par. 1 e nota 7. Per una ricostruzione dei passaggi che hanno portato alla sottoposizione del caso al vaglio delle sezioni unite cfr. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, in *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status cit.*, p. 161 ss.

relazioni familiari e ad acquisire una cittadinanza, dall'altro lato.

Si tratta ora di verificare in che modo l'interesse superiore del minore operi allorché venga richiesta la registrazione del figlio nato in Italia e che sia frutto del ricorso ad una PMA non consentita nel nostro ordinamento. I pochi casi di questo tipo considerati dalla giurisprudenza italiana non riguardano la maternità surrogata, e sono rilevanti soprattutto sotto il profilo della possibilità di attribuire la genitorialità alla donna *partner* di una unione omosessuale priva di legami biologici con il nato.

Uno di questi è stato presentato davanti al Tribunale di Pisa, adito da una coppia omosessuale contro il rigetto da parte dell'ufficiale di stato civile italiano di una richiesta di registrazione proveniente da una cittadina statunitense (la madre gestazionale) e da una cittadina italiana con la quale era unita da matrimonio celebrato nello Stato del Wisconsin (USA).⁷⁰ L'autorità amministrativa aveva motivato il rigetto in base alla mancanza dei presupposti richiesti dalla legge italiana, riconducibili essenzialmente alla omogenitorialità della coppia⁷¹. Con l'ordinanza del 15 marzo 2018 il Tribunale di Pisa ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione della legittimità della legge n. 40/2004 e di altre disposizioni contenute nel codice civile e nel d.p.r. 396/2000, sulla base delle quali l'ufficiale di stato civile

⁷⁰ Le due donne avevano impugnato il provvedimento di rigetto in base all'art. 95 davanti al Tribunale civile (il Tribunale provvede con rito camerale ex art. 737 cod. proc. civ.). Contro il mancato riconoscimento ex art. 65 delle situazioni risultanti da provvedimenti stranieri pronunciati da autorità dello Stato competente in base al diritto internazionale privato è possibile invece ricorrere in Corte d'Appello ex art. 67 della legge n. 218/1995 (la Corte d'Appello si pronuncia con rito sommario di cognizione ex art. 702-*bis* cod. proc. civ.). La competenza della Corte d'Appello è prevista dal d.lgs. 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'art. 54 della legge 18 giugno 2009 n. 69: "1. Le controversie aventi ad oggetto l'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria di cui all'art. 67 della legge n. 31 maggio 1995 n. 218, sono regolate dal rito sommario di cognizione. 2. È competente la Corte d'Appello del luogo di attuazione del provvedimento".)

⁷¹ Gli articoli in questione sono i seguenti: art. 449 cod. civ., art. 29, 2° comma del d.p.r. n. 396/2000, art. 250 cod. civ., artt. 5 e 8 della legge n. 40/2004. Il Tribunale ha ritenuto fondata e non manifestamente irrilevante la questione di costituzionalità di queste norme nella parte in cui non consentono di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciuti come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile ex art. 33 della legge n. 218/1995, ravvisando un possibile contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. (il secondo in combinato disposto con gli artt. 24 e 30 Cost.) e con l'art. 117 Cost., per incompatibilità con gli artt. 3 e 7 della convenzione di New York del 20 novembre 1989.

aveva motivato il rigetto dell'istanza⁷².

Si è già fatto riferimento all'art. 33 della legge n. 218/1995, che richiama la legge nazionale del figlio o di uno dei genitori, stabilendo la priorità della legge più favorevole alla costituzione del rapporto di filiazione. Pertanto, lo *status* di filiazione risultante dalla legge straniera di uno dei genitori (nel caso di specie la madre che aveva partorito il bambino) che riconosca il legame di genitorialità a favore della coppia, si estende, per effetto del richiamo operato dall'art. 33 comma 1, anche alla donna di nazionalità italiana legata alla madre biologica da rapporto coniugale. La legge straniera richiamata disciplina anche i presupposti dell'accertamento dello stato di figlio (art. 33 comma 2)⁷³: ne consegue che va escluso il ricorso alla *lex fori* (ossia alla legge italiana), applicandosi la legge straniera ai fini della valutazione della validità del rapporto sulla base del quale è chiesta la registrazione.

Il rinvio alla legge nazionale del figlio o di uno dei genitori al momento della nascita, se più favorevole, previsto dall'art. 33 comma 1 della legge n. 218/1995, esprime la preoccupazione del legislatore di assicurare l'acquisizione dello *status* di figlio evitando situazioni claudicanti o possibili casi di apolidia. Tale orientamento, emerso anche in sede di riconoscimento di provvedimenti stranieri di stabilimento della filiazione, comporta, come si è visto, l'eccezionalità del ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale per impedire l'applicazione della legge straniera⁷⁴.

Una soluzione diversa, che escludesse l'applicazione delle norme sulla filiazione in caso di genitori intenzionali uniti da matrimonio omosessuale o unione registrata, avrebbe l'effetto di ridurre il rapporto di filiazione con il genitore di nazionalità italiana a rapporto di mero fatto. Per rimediare a tale inconveniente, si dovrebbe procedere alla registrazione all'estero, ove ciò sia consentito dall'ordinamento straniero, e successivamente richiedere

⁷² Per i riferimenti v. *supra*, nota 9.

⁷³ In relazione al caso oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Pisa, si fa presente che la legge dello Stato del Wisconsin attribuisce al figlio la nazionalità della madre gestazionale e considera genitore il coniuge (anche dello stesso sesso) che ha dato il consenso alla PMA.

⁷⁴ Possono invece essere considerate contrarie all'ordine pubblico internazionale norme che non consentano al figlio di promuovere l'azione di accertamento della filiazione una volta divenuto maggiorenne (Cass., sezioni unite, 7 luglio 1993, n. 7447, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 597 ss.; e Corte EDU, 20 dicembre 2007, *Phinikaridou c. Cipro*, ric. n. 23890/02); le leggi che considerino prescrivibile l'azione di disconoscimento (Corte EDU, 24 novembre 2005, *Shofman c. Russia*, ric. n. 74826/1); le leggi che non contemplino o rendano eccessivamente difficile l'azione di disconoscimento (Corte EDU, 12 gennaio 2006, *Mizzi c. Malta*, ric. n. 26111/02).

la trascrizione dello *status* di figlio in Italia, dato l'orientamento favorevole al riconoscimento manifestato dalla giurisprudenza. Tale soluzione non consentirebbe di evitare incertezze per tutto il tempo che decorre tra il momento della nascita, in Italia, e quello della trascrizione dell'atto straniero redatto all'estero. Vi è l'esigenza di assicurare l'acquisizione dello *status* di figlio al momento della nascita, senza attendere che venga attribuito in un secondo momento, in ipotesi, nel Paese di nazionalità del coniuge straniero, e di evitare gli inconvenienti che potrebbero verificarsi qualora l'ordinamento straniero non consentisse l'attribuzione della cittadinanza di quello Stato. Quel rimedio appare dunque riduttivo rispetto all'importanza che riveste l'interesse del minore all'attribuzione dello *status* di filiazione rispetto ad entrambi i genitori.

Si potrebbe eccepire che, a differenza del caso in cui venga chiesto il riconoscimento della filiazione acquisita all'estero, quando la nascita avvenga in Italia non vi è la necessità di garantire la continuità rispetto ad una identità personale del figlio già acquisita ed ai rapporti familiari già instaurati. In realtà, la filiazione acquisita a seguito di PMA costituisce la vicenda finale di un rapporto che coinvolge la coppia e inizia prima ancora del concepimento, sulla base di un progetto di genitorialità.

È dunque da escludere che dal bilanciamento tra l'interesse del minore e la salvaguardia dei valori espressi dalla normativa italiana emergano motivi di incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale per effetto dell'applicazione della legge straniera che attribuisca la genitorialità a una coppia omosessuale⁷⁵.

6. Le antinomie presenti nell'ordinamento italiano in materia di attribuzione della genitorialità

Il problema della redazione dell'atto di nascita di un bambino concepito all'estero attraverso il ricorso ad una PMA vietata in Italia è stato considerato, già prima dell'ordinanza del Tribunale di Pisa di remessione alla Corte Costituzionale, nella richiamata sentenza n. 19599/2016, che si riferiva al caso di una coppia di donne coniugate, delle quali una di

⁷⁵ Limiti di ordine pubblico internazionale potrebbero sussistere, come si è precisato, qualora la PMA consistesse nella gestazione per altri e in base alle circostanze del caso risultasse gravemente compromesso il rispetto dei diritti fondamentali.

nazionalità italiana, entrambe legate geneticamente al bambino nato e registrato all'estero (essendo donatrice l'una, madre gestazionale l'altra). La Corte di Cassazione, dopo aver giustificato il riconoscimento in Italia dello *status* di filiazione sorto all'estero e negato l'ostacolo del limite dell'ordine pubblico internazionale rispetto a tale riconoscimento, in un passaggio della motivazione ha osservato che l'ufficiale di stato civile non potrebbe redigere l'atto di nascita di un bambino che nasca in Italia da due madri: la Corte si è limitata a indicare la impossibilità per le autorità italiane di formare un atto di quel tipo, senza approfondire i motivi di tale affermazione⁷⁶.

Non si possono sottovalutare le difficoltà che le autorità amministrative incontrano data la rigidità della normativa italiana. Tali difficoltà derivano dalla tipicità del documento da redigere, non sempre superabile con interventi correttivi da parte del funzionario responsabile. Il d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396 prevede la possibilità per l'ufficiale di stato civile di rifiutare la registrazione di un atto in presenza di motivi di ordine pubblico (art. 18): si tratta dei casi nei quali l'operazione richiesta appare incompatibile con le norme italiane che richiedono determinati presupposti formali ai fini della trascrizione, registrazione o annotazione, finalizzati a garantire la rispondenza delle situazioni che figurano nei registri rispetto all'assetto delle relazioni personali dei richiedenti⁷⁷.

È evidente che tali ostacoli non rilevano ai fini dell'applicazione *ex art.* 33 della legge n. 218/1995 di una legge straniera richiamata dalle norme di conflitto. L'art. 33 comma 2 stabilisce che la stessa legge che disciplina lo stabilimento della filiazione regola anche i presupposti e le condizioni dell'accertamento dello stato di figlio. A tale meccanismo si possono opporre eventuali limiti di ordine pubblico internazionale, cui si riferisce l'art. 16 della legge n. 218/1995, ma non l'inderogabilità delle norme italiane sulle operazioni da compiere nella gestione dei registri di stato civile. La diversa

⁷⁶ Cass., n. 19599/2016 cit., par. 12.1: "Nel presente giudizio, infatti, non si tratta di verificare la conformità alla legge italiana della legge spagnola, in base alla quale è stato formato all'estero l'atto di nascita di un bambino da due madri, essendo evidente la difformità delle rispettive discipline: la legge italiana non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita del genere".

⁷⁷ Il rifiuto può essere impugnato davanti al Tribunale civile del luogo nel cui circondario si sarebbe dovuto registrare l'atto secondo la procedura di cui all'art. 95 del d.p.r. n. 396/2000 (si applica in tale caso il rito camerale di cui all'art. 737 cod. proc. civ.). Nel caso di accoglimento della richiesta di registrazione, il Procuratore della Repubblica ha facoltà di promuovere in qualunque momento un procedimento di annullamento o di rettifica dell'atto redatto dall'ufficiale di stato civile.

disciplina stabilita dalle norme di un ordinamento straniero rispetto alle norme – sia pure inderogabili – contenute nell’ordinamento italiano non configura di per sé un limite di ordine pubblico internazionale. In caso contrario si contraddirebbero la logica e gli obiettivi del coordinamento e dell’apertura verso altri ordinamenti giuridici, alla base del sistema italiano di diritto internazionale privato. Le disposizioni dell’ordinamento italiano relative al ricorso alla PMA e alle unioni registrate, restrittive sotto il profilo della attribuzione della genitorialità per i casi di ricorso a tecniche di PMA nei riguardi di coppie omogenitoriali, non possono condizionare l’operato delle autorità amministrative competenti in materia di stato civile a fronte del rinvio ad una legge straniera quando sia previsto dalle norme di conflitto⁷⁸.

Vale la pena di considerare l’ipotesi che le norme che vietano la gestazione per altri si configurino come norme di applicazione necessaria⁷⁹. Se ci si riferisce alla legge n. 40/2004, si è visto che quest’ultima consente il ricorso alla PMA unicamente alle coppie eterosessuali unite da un rapporto di coniugio o di convivenza (art. 5). Quanto alla legge 20 maggio 2016 n. 76 che ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso, questa stabilisce che “le disposizioni contenenti le parole ‘coniuge’, ‘coniugi’ o termini equivalenti, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso”, e tuttavia aggiunge (art. 1 comma 12) che tale disposizione “non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge”. Tra queste disposizioni non figurano le norme in materia di genitorialità. Dunque, la legge italiana non disciplina il rapporto di genitorialità attribuibile ai membri di una coppia omosessuale. Da questa impostazione deriva una evidente asimmetria rispetto alle esigenze di coordinamento con altri ordinamenti e della tutela degli interessi del minore: tale asimmetria si riscontra anche nelle norme di diritto internazionale privato contenute negli art. 32-*bis* e seguenti della legge n. 218/1995 dedicati alle unioni civili registrate, introdotte con d.lgs. 19

⁷⁸ Cfr. le considerazioni di PICONE, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 314 s., sui difetti di coordinamento tra la normativa in materia di atti dello stato civile e la normativa di conflitto e la necessità di un intervento del legislatore.

⁷⁹ Nell’ordinanza del Tribunale di Pisa si esprime l’opinione che le norme che disciplinano l’attività della pubblica amministrazione “si debbano ritenere di applicazione necessaria”.

gennaio 2017 n. 7. Queste norme non forniscono spunti positivi ai fini della estensione della genitorialità a favore delle unioni registrate. Secondo l'art. 32-*bis*, al matrimonio contratto da cittadini italiani all'estero si applicano le norme italiane sulle unioni civili; il matrimonio concluso da italiani all'estero viene riqualificato (attraverso il cd. '*downgrading*') come unione registrata disciplinata dalla legge italiana (art. 32-*quinquies*)⁸⁰, come tale soggetta ai limiti imposti dalla legge n. 40/2004 che preclude la filiazione alle coppie omosessuali, anche se unite all'estero con vincolo coniugale.

Nonostante il carattere restrittivo delle leggi n. 40/2004 e n. 76/2016, va escluso che ad esse si possano attribuire i caratteri e gli effetti delle norme di applicazione necessaria. Si è visto, infatti, che la legge n. 40/2016, pur vietando talune pratiche di PMA, non impedisce l'attribuzione dello *status* di figlio pur quando il ricorso alla PMA non fosse consentito in Italia. Al contrario, la stabilità del rapporto di genitorialità sorto a seguito di fecondazione eterologa è tutelata dalla norma che fa divieto di disconoscimento da parte del genitore che abbia dato il proprio consenso al ricorso alla PMA, anche in caso di assenza di legame genetico. Anche il *downgrading* operato per effetto della legge n. 76/2016 non è di per sé idoneo a impedire l'applicazione delle norme straniere richiamate dall'art. 33 della legge n. 218/1995 sulla determinazione dello stato di figlio⁸¹.

In senso contrario alla configurazione di norme di applicazione necessaria, va osservato che le norme di conflitto a carattere materiale finalizzate

⁸⁰ Le norme citate lasciano irrisolto il problema dell'efficacia in Italia del matrimonio celebrato all'estero da una coppia omosessuale di nazionalità straniera e quello dell'applicabilità delle norme sulla filiazione. Secondo LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il 'riordino' delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 541, è possibile considerare l'art. 32-*bis* come una norma di conflitto unilaterale ('introversa') diretta ad imporre l'applicazione della disciplina materiale stabilita dalla legge n. 76/2016 in modo che il matrimonio concluso all'estero da una coppia omosessuale venga riqualificato come unione registrata disciplinata dalla legge italiana. Tuttavia, nell'ipotesi in cui solo uno dei due coniugi fosse straniero e il coniuge italiano avesse acquisito, a seguito del matrimonio o della sua permanenza all'estero anche la cittadinanza straniera, sembra da escludere il criterio della prevalenza della legge italiana ricavabile dall'art. 19 comma 2, dovendosi ritenere applicabile il criterio del luogo della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, di cui all'art. 20 della legge n. 218/1995. Tale soluzione dovrebbe ritenersi prevalente se l'applicazione della legge straniera fosse favorevole allo stabilimento della filiazione.

⁸¹ Tale interpretazione si desume dal testo della legge n. 218/1995, che attribuisce il carattere di norme di applicazione necessaria a talune disposizioni (ad es. sugli impedimenti), mentre tale indicazione non è presente nel resto della disciplina internazionalprivatistica dettata per le unioni registrate.

al riconoscimento dello *status filii* contenute nella legge n. 218/1995 restringono i margini di individuazione di norme di applicazione necessaria contrastanti con la scelta dal legislatore di valorizzare il principio del *favor filiationis*⁸². L'esclusione del carattere di norme di applicazione necessaria si desume anche dall'interpretazione dell'art. 33 della legge n. 218/1995, che richiama il criterio della nazionalità del figlio o di uno dei genitori, mentre il rinvio alla legge italiana ha carattere residuale, applicandosi alla contestazione dello *status* di figlio allorché questa non sia possibile sulla base della legge straniera applicabile ai fini dello stabilimento della filiazione (art. 33 comma 3, che opera un rinvio unilaterale condizionato). Soltanto nell'art. 33, 4° comma vengono menzionate come norme di applicazione necessaria quelle del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio.

Del resto, nella valutazione circa il carattere di applicazione necessaria va tenuto conto anche dell'orientamento del legislatore successivo all'adozione della legge n. 40/2004 di apertura rispetto al fenomeno della omosessualità⁸³. Tale aspetto non risulta sufficientemente approfondito nell'ordinanza del Tribunale di Pisa, sopra citata, che sembra sottovalutare le aperture consentite dall'ordinamento italiano⁸⁴.

In base agli elementi considerati, sussiste l'obbligo della registrazione a favore della coppia in applicazione della legge nazionale di uno dei genitori (la madre gestazionale), per effetto della quale il figlio dovrà essere considerato anche figlio della madre di nazionalità italiana e, conseguentemente acquisirà la cittadinanza italiana⁸⁵.

⁸² Sulla scelta del legislatore di adottare norme di conflitto a carattere materiale o norme di applicazione necessaria, entrambe orientate nel senso della difesa di valori considerati importanti per l'ordinamento cfr. CARELLA, *Commento all'art. 33*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova 1996, p. 1191.

⁸³ Carattere necessario rivestono, secondo la lettera dell'art. 33, comma 4, soltanto le norme italiane che sanciscono l'unicità dello *status* di figlio: cfr. al riguardo LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione* cit., p. 401 e nota 29. Secondo BAREL, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2017, p. 188, nonostante quella espressa definizione contenuta nell'art. 33 comma 4 della legge n. 218/1995, il legislatore non avrebbe inteso escludere del tutto l'applicazione della legge straniera, bensì introdurre un correttivo a tale applicazione.

⁸⁴ V. *supra*, nota 9.

⁸⁵ Questa soluzione è coerente con una interpretazione dell'art. 33 improntata al *favor filiationis*. Si opera in tal senso una deroga all'art. 19, 2° comma, che prevede la prevalenza della cittadinanza italiana; sul punto cfr. DAVÌ, *Questioni generali di diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in onore di E. Vitta*, a cura di Gaja, Milano, 1994, p. 88 ss.

Il vaglio della Corte Costituzionale in ordine alla questione sottopostale dal Tribunale di Pisa potrebbe chiarire talune problematiche sollevate in tema di ordine pubblico e norme di applicazione necessaria, pur sembrando scontata la soluzione ai fini della registrazione in Italia dell'atto di nascita, che in base alle considerazioni svolte è dovuta in applicazione dell'art. 33 della legge n. 218/1995. L'attesa pronuncia potrebbe servire a sollecitare il legislatore ad adeguare la regolamentazione in materia di stato civile, eventualmente introducendo un meccanismo di rimessione al Procuratore della Repubblica ogni volta che emergano dubbi circa l'applicabilità di norme straniere sulla base della legge n. 218/1995, analogamente a quanto è stato fatto con la circolare di attuazione dell'art. 65 della stessa legge, relativo all'efficacia in Italia dei provvedimenti stranieri in materia di rapporti di famiglia. La Corte Costituzionale potrebbe dare impulso alla eliminazione di talune anomalie e contraddizioni fra alcune disposizioni contenute nelle leggi n. 40/2004 e n. 76/2016 e il principio di non discriminazione sancito dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. In particolare, potrebbe spingere il legislatore a modificare la legge n. 40/2004 nel senso di estendere il ricorso alla PMA anche a favore delle coppie omosessuali, almeno nei casi in cui esse sono utilizzabili da parte delle coppie eterosessuali⁸⁶. L'urgenza di provvedere in tal senso è emersa anche dalle prese di posizione espresse da altre corti di merito, fra le quali il Tribunale di Pistoia, che nel decreto del 5 agosto 2018 ha ordinato la registrazione dell'atto di nascita del figlio di una coppia di donne entrambe di nazionalità italiana, in presenza di un rapporto biologico esistente con una di esse (la madre gestazionale). Nel caso di specie mancavano elementi di estraneità e dunque non era invocabile l'art. 33 della legge n. 218/1995 di diritto internazionale privato. Il Tribunale ha ritenuto che il rifiuto della registrazione fosse illegittimo, in base ad una interpretazione ritenuta conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano che vieta la discriminazione in base al sesso, e che pertanto non fosse necessario attendere la pronuncia della Corte Costituzionale.

⁸⁶ A favore di questa soluzione si potrebbe utilizzare l'argomento che tra i casi di infertilità non superabile con altre tecniche si potrebbe far rientrare proprio l'omosessualità.

SEZIONE SECONDA
TUTELA DEI DIRITTI UMANI
E INCLUSIONE SOCIALE

Giandonato Caggiano *

*La protezione umanitaria fra limiti tecnici e giuridici
all'espulsione e integrazione socio-familiare degli stranieri irregolari*

L'articolo riflette sulle origini e le ragioni della protezione umanitaria. In primo luogo, evidenzia la difficoltà di distinzione fra le due fattispecie della protezione sussidiaria (armonizzata a livello dell'Unione) e della protezione umanitaria, in riferimento anche al rapporto fra diritto internazionale umanitario e protezione sussidiaria. In secondo luogo, approfondisce le cause e le conseguenze dell'eventuale inamovibilità dello straniero irregolare, dal territorio dello Stato di accoglienza; in particolare, lo *status* di fatto o di diritto dello straniero "rimpatriando ma non rimpatriabile". In terzo luogo, discute il nucleo delle prestazioni essenziali che lo Stato di accoglienza deve garantire allo straniero. Infine, richiama la questione del regime comunitario dei visti umanitari per uscire dal Paese di origine e richiedere la protezione internazionale.

1. *Le origini e le ragioni della protezione umanitaria*

Il presente contributo è dedicato a Paolo Benvenuti, amico e collega per molti anni all'Università Roma Tre, che ha dedicato una parte considerevole dei suoi studi e del suo impegno civile e diplomatico al diritto internazionale umanitario. Tale regime ha codificato nel tempo le garanzie del rispetto dei diritti fondamentali delle persone nei conflitti internazionali e interni, costituendo un vero architrave giuridico della civiltà umana.

Per affinità sistematica, le seguenti riflessioni sono dedicate all'istituto del "permesso per protezione umanitaria" (*d'ora in poi*: protezione umanitaria) all'interno e all'esterno del regime dell'Unione europea sulla protezione internazionale (diritto d'asilo e protezione sussidiaria).

La protezione umanitaria si riferisce alla situazione giuridica dei cittadini degli Stati terzi (*d'ora in poi*: straniero/i) in posizione di irregolarità nel Paese di ingresso/accolgienza, rimpatriandi ma non rimpatriabili nel Paese di

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi Roma Tre

origine o di provenienza. In generale, ciò si verifica per il rispetto da parte del diritto nazionale dei principi della giurisprudenza e delle sentenze della Corte di Strasburgo sul divieto di *non-refoulement* (art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, *d'ora in poi* CEDU) e sul bilanciamento fra diritti convenzionali e deroghe statali necessarie in una società democratica (specialmente nel contesto dell'art. 8, paragrafi 1 e 2 CEDU).

In linea di principio, la Corte europea dei diritti umani riconosce un ampio margine di apprezzamento agli Stati contraenti per imporre le condizioni di ingresso/soggiorno/espulsione dei cittadini di paesi terzi ma, al contempo, ha stabilito che l'allontanamento di uno straniero può violare il suo diritto alla vita privata e familiare sotto il profilo della sua integrazione socio-familiare (art. 8 CEDU)¹.

Gli Stati parti della CEDU possono "tollerare di fatto" la presenza degli stranieri "rimpatriandi ma non-rimpatriabili", riconoscendo loro un nucleo di diritti assoluti e inderogabili durante la permanenza sul loro territorio, oppure conferire una qualche forma di protezione umanitaria che rispecchi e accresca il legame di integrazione con la società di accoglienza. Analoga situazione può verificarsi per la durata della condizione di impossibilità tecnica di rinvio dello straniero rimpatriando nel Paese di origine.

Il diritto dell'Unione europea considera la protezione umanitaria come una importante forma di tutela dello straniero, riservandola alla competenza nazionale e alla relativa discrezionalità di attuazione. La possibilità di tale forma di protezione è presupposta dal Regolamento CE/810/2009 (codice comunitario dei visti, art. 25) che prevede "visti con validità territoriale limitata rilasciati eccezionalmente" per "motivi umanitari o di interesse nazionale" e validi solo "per il territorio dello Stato membro di rilascio". Inoltre, il Regolamento UE/399/2016 (c.d. codice frontiere Schengen) consente agli Stati membri di autorizzare l'entrata di uno straniero nel proprio territorio "per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali" (art. 6, co. 5, lett. c)). Altrettanto può dirsi per i

¹ L'art. 8 della CEDU non è un diritto assoluto e può quindi essere limitato dagli Stati, purché l'interferenza sia proporzionato, necessario in una società democratica per perseguire uno scopo legittimo (nazionale sicurezza, sicurezza pubblica o il benessere economico del paese, la prevenzione di disordine o crimine, protezione della salute o della morale, o protezione dei diritti e libertà altrui) ed è conforme alla legge, come previsto dall'art. 8, par. 2 della CEDU. Sul punto del bilanciamento con i motivi dell'integrazione socio-familiare, ci sia consentito di rinviare al nostro studio, *L'integrazione dei migranti fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione europea e politiche nazionali*, in *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, a cura di Caggiano, Torino, 2014, p. 27 ss.

programmi volontari di reinsediamento².

Non rientra nell'ambito di questo contributo, la ricostruzione dei "permessi speciali umanitari" nell'ordinamento giuridico italiano, all'indomani della parziale eliminazione del "permesso umanitario a carattere generale", a seguito della trasformazione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n.113 su immigrazione e sicurezza³.

2. La codificazione della protezione sussidiaria e i poteri dello Stato nella protezione umanitaria: la difficoltà di distinzione fra le due fattispecie

Le caratteristiche dell'istituto della protezione umanitaria si sono sviluppate a partire dal diritto internazionale umanitario, dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 e dalla tutela della CEDU.

Sulla base dell'evoluzione dei principi fondamentali di tale *corpus* normativo, la protezione internazionale da parte degli Stati di ingresso/accoglienza ha infatti iniziato ad estendersi. Al di là dell'ambito di applicazione del diritto d'asilo, si è stabilita la prassi di offrire "soggiorni di umanità": 1) in adempimento di obblighi internazionali (CEDU) e dell'Unione a favore di persone che siano esposte ad un danno grave se rinviate verso lo Stato di origine/provenienza; 2) nell'esercizio di un potere dello Stato di accoglienza a fronte di motivi tecnico-pratici per l'impossibilità di rinvio, ad es. in assenza di cooperazione degli Stati di origine.

Due sono le forme di protezione umanitaria che si sono sviluppate a partire dalle garanzie sui diritti umani.

La prima fattispecie di protezione umanitaria *latu sensu* è la protezione sussidiaria, in gran parte risultato della codificazione della giurisprudenza CEDU per rischio di danno grave in caso di rinvio verso il Paese di origine. La protezione sussidiaria, prevista per la prima volta nel diritto dell'Unione nel 2004 che oltre alla ipotesi di rischio effettivo di un danno grave in caso di ritorno, causa di rischio di pena di morte, tortura/trattamenti disumani, prevede anche il rischio di danno grave derivante dalla "violenza indiscriminata" nel Paese di origine o di residenza abituale⁴. La fattispecie

² C (2017) 6504 final, raccomandazione della Commissione del 3 ottobre 2017 sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale.

³ Testo del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, coordinato con la legge di conversione 1° dicembre 2018, n. 132, recante: "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica" in *G.U., Serie generale*, 3 dicembre 2018 n. 281.

⁴ Direttiva 2004/83/CE, 29 aprile 2004.

si è consolidata tramite le successive modifiche del diritto secondario e lo sviluppo progressivo dovuto alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵.

La seconda fattispecie di protezione umanitaria in senso stretto (residuale rispetto alla protezione sussidiaria e diritto d'asilo) non è armonizzata a livello dell'Unione ma è lasciata alla facoltà di regolamentazione da parte degli Stati membri ed è prevista in varie legislazioni nazionali⁶. La Corte di giustizia, nell'affermare che sussiste ancora uno spazio per forme di protezione più favorevoli lasciate al legislatore nazionale, come previsto dalla direttiva-qualifiche, ha chiarito che tali strumenti nazionali devono essere compatibili con le direttive del pacchetto-asilo e, in particolare, devono rispondere una *ratio* di protezione diversa così da non confondersi con quelle armonizzate dal diritto dell'Unione⁷.

In ogni caso, l'applicazione giurisdizionale della protezione umanitaria nella forma del controllo esterno "caso per caso" della CEDU è certamente più complessa rispetto a quella relativa all'applicazione degli atti di

⁵ Da ultimo, v. ALBANO, *La protezione sussidiaria tra minaccia individuale e pericolo generalizzato*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, p. 85 ss.

⁶ La direttiva 115/2008/UE (art. 6, par. 4) prevede la facoltà per gli Stati membri di ampliare la protezione internazionale sino ad estenderlo ai motivi "umanitari", "caritatevoli" o "di altra natura", rilasciando un permesso di soggiorno autonomo o altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare. Sul permesso umanitario, con particolare riferimento all'orientamento della nostra Corte costituzionale, v. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, 14 marzo 2018; ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia* 2/2018, p. 99 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA *Protezione umanitaria una e trina*, *ivi*, p. 108 ss.; ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2018, p. 1 ss.; CONTI, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria*, in *federalismi.it*, 29 ottobre 2018.

⁷ V. considerando 15 della direttiva-qualifiche in vigore: "La presente direttiva non si applica ai cittadini di Paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale". L'art. 3 della medesima direttiva prevede "Disposizioni più favorevoli. Gli Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva". V. anche sentenza della Corte di giustizia 9 novembre 2010, *Germania c. B. e D.*, cause riunite C-57/09 e C-101/09, ECLI:EU:C:2010:661 (nel presente scritto, le citazioni delle sentenze della Corte di giustizia sono corredate con il riferimento alla collezione on-line, indicata con la sigla ECLI:EU (European Case Law Identifier of the European Union).

armonizzazione legislativa di diritto dell'Unione⁸.

3. *Il rapporto fra diritto internazionale umanitario e protezione sussidiaria*

Il rapporto più stretto fra diritto internazionale umanitario e protezione internazionale riguarda la protezione sussidiaria, quale forma specifica di tutela dell'Unione a integrazione della disciplina del diritto di asilo.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha definito l'ambito di applicazione della protezione sussidiaria, con particolare riguardo alle differenze con il diritto internazionale umanitario, per quanto riguarda il concetto di danno grave seguente a: "la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale"⁹. Al riguardo, si è posta la questione se la protezione sussidiaria dovesse avere lo stesso ambito di applicazione, con un'interpretazione conforme al diritto internazionale umanitario o, in alternativa, dovesse assumere una sua specifica e autonoma definizione in considerazione della diversità dei presupposti e degli obiettivi delle discipline dei due regimi giuridici.

Secondo la Corte, l'espressione "conflitto interno e internazionale" non ha lo stesso significato che nel diritto internazionale umanitario. Il diritto umanitario e il sistema di protezione sussidiaria perseguono obiettivi diversi e prevedono meccanismi di protezione chiaramente distinti. Mentre lo scopo del diritto umanitario è principalmente quello di garantire la protezione dei civili in zone di conflitto, limitando gli effetti negativi della guerra, la disciplina dell'Unione si concentra sulla concessione della protezione internazionale quando lo straniero abbia superato il confine dello Stato di origine e sia venuta meno la protezione che dovrebbe essere garantita dallo Stato di appartenenza.

Nella sentenza *Elgafaji*, la Corte si interroga in merito all'interpretazione dell'art. 15, lett. c) della direttiva-qualifiche che contiene uno dei tre requisiti alternativamente necessari al fine del riconoscimento della protezione

⁸ È solo il caso di ricordare la differenza del ruolo dei giudici nazionali fra disapplicazione delle norme interne confliggenti e controllo diffuso di compatibilità comunitaria (per effetto del primato del diritto dell'Unione) e della CEDU nei limiti dell'interpretazione conforme (anche del suo "diritto vivente" di origine giurisprudenziale) e di rinvio negli altri casi alla Corte costituzionale ex art.117, 1° comma.

⁹ Art. 15, lett. c), della direttiva-qualifiche.

sussidiaria¹⁰. La Corte affermando tale norma deve essere interpretata nel senso che, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, la sussistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile non necessita della prova che il richiedente sia oggetto specifico di minaccia per motivi peculiari attinenti alla situazione personale. La minaccia si considera provata, eccezionalmente, quando il conflitto armato in corso nel Paese di provenienza del richiedente è di tale gravità che la sola presenza del civile nel Paese in questione rappresenta di per sé un rischio effettivo di subire tale minaccia.

Nella sentenza *Diakité*, la Corte interpreta l'ambito di applicazione della protezione sussidiaria estendendola ai conflitti armati interni caratterizzati da "violenza indiscriminata"¹¹. La direttiva-qualifiche 2011/95/UE utilizza l'espressione indistinta e complessiva di "conflitto armato interno o internazionale", mentre nel diritto internazionale umanitario i concetti di "conflitti armati internazionali" e "conflitti armati che non presentano carattere internazionale" sono alla base di due distinti regimi giuridici. Com'è noto, l'ambito di applicazione delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949¹² è stato esteso ai civili coinvolti in un "conflitto armato interno" (art. 3 comune) e costituisce oggetto del Protocollo II del 1977 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali¹³.

Secondo la Corte, il termine "conflitto armato" nella legislazione secondaria dell'Unione deve essere interpretato in conformità al suo significato nel "linguaggio corrente". Tale nozione, dunque, include situazioni in cui ci siano scontri tra le forze di sicurezza dello Stato e uno o più gruppi armati, o dove gli scontri siano tra due o più gruppi armati. La protezione sussidiaria ha per presupposto e condizione gli scontri che rappresentino una minaccia personale grave alla vita o all'integrità fisica del ricorrente. Quanto più il ricorrente è in grado di dimostrare di essere esposto a rischi, tanto minore è il livello di violenza indiscriminata richiesto per il riconoscimento della protezione sussidiaria.

¹⁰ Sentenza 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Elgafaji*, ECLI:EU:C:2009:94.

¹¹ Sentenza 30 gennaio 2014, causa C-285/12, *Diakité*, ECLI:EU:C:2014:39.

¹² 1) Le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, saranno trattate, in ogni circostanza, con umanità A questo scopo, sono e rimangono vietate ... nei confronti delle persone sopra indicate: a) le violenze contro la vita e l'integrità corporale ...; c) gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti.

¹³ "Il presente Protocollo non si applicherà alle situazioni di tensioni interne, di disordini interni, come le sommosse, gli atti isolati e sporadici di violenza ed altri atti analoghi, che non sono considerati come conflitti armati".

Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Mengozzi distingue in modo specifico, le finalità del diritto internazionale umanitario e quelle relative alla protezione sussidiaria. Lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria devono essere considerati due componenti distinte ma strettamente connesse della nozione di protezione internazionale, che sviluppa un approccio integrato per un "sistema normativo tendenzialmente completo, idoneo a coprire tutte le situazioni in cui un cittadino di un paese terzo o un apolide, che non possa ottenere una protezione da parte del suo paese d'origine, invochi la protezione internazionale sul territorio dell'Unione" (punto 60 delle conclusioni).

4. *Le cause dell'eventuale inamovibilità dello straniero irregolare*

Al riguardo, vale la pena di ricordare il quadro giuridico dell'Unione, ivi compreso quello di *soft law* del Manuale della Commissione sul rimpatrio, preparato in concorso con il Gruppo di contatto¹⁴.

La direttiva sul rimpatrio prevede il posticipo del rimpatrio ma non fornisce rimedi efficaci salvo la possibilità di concessione discrezionale di un permesso di soggiorno per motivi compassionevoli o umanitari da parte dagli Stati membri. Senza definire il modo in cui debbano farlo qualora decidano di esercitare tale facoltà (art. 6, par. 4). Tale quadro giuridico rispecchia l'impossibilità di respingimento, creando una "condizione di inamovibilità" dello straniero per un periodo di durata variabile. Tuttavia, alcune disposizioni della direttiva-rimpatrio codificano i principi della CEDU come limiti alla discrezionalità dell'azione dello Stato-membro.

Al fine (qui circoscritto) della necessità di un permesso di soggiorno, vale la pena di approfondire questa condizione degli "stranieri non-rimpatriabili" che, nonostante la loro accertata presenza irregolare, non possono essere rinviiati verso il Paese di origine a causa di una serie di ostacoli legali o di

¹⁴ COM (2014) 199 final, 28 marzo 2014, sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea; per il Manuale-rimpatri, v. C (2017) 6505 final, 16.11.2017, Annex 1, Allegato della raccomandazione della Commissione che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio. Per il contributo del Gruppo di contatto, v. Commissione UE, Doc. Migrapol CG Return Dir. 76, Contact Group "Return Directive" (2008/115/EC), Minutes of the 22nd meeting of the Contact Group Return Directive, Brussels 3 May 2017; Migrapol CG Return Dir. 82, Minutes of the 24th meeting, Brussels 14 July 2017, draft 1 September 2017.

impedimenti tecnico-fattuali. Le cause di non-rimovibilità possono essere classificate come: giuridico-umanitarie (non-refoulement, protezione della vita familiare, protezione della salute); pratiche (per motivi tecnici, mancanza di accordi di riammissione, non cooperazione dello Stato di origine, mancanza di documentazione); dovute a scelte di politica nazionale, come per le vittime di violenza domestica o di premialità per atti di valore civico.

L'immovibilità dovuta a impedimenti giuridici riguarda principalmente i richiedenti asilo le cui domande siano state respinte e che non possano essere rimpatriati a causa del rischio di violazioni dei loro diritti umani nel Paese di origine, principalmente grazie alla protezione concessa dall'art. 3 CEDU. La situazione può verificarsi frequentemente, dal momento che l'eleggibilità alla protezione sussidiaria richiede paradossalmente che la violenza al momento della partenza sia al contempo "indiscriminata" e "individuale". Pertanto, un'interpretazione minimalista di tali due qualifiche, può portare ad escludere molti richiedenti la protezione sussidiaria. Una corretta applicazione dell'art. 3 CEDU dovrebbe invece tener conto di un diritto assoluto e non derogabile che si applica in qualsiasi circostanza¹⁵.

Ancora più precaria è, evidentemente, la condizione di coloro che siano stati esclusi dal riconoscimento o si siano visti revocare lo *status* di rifugiato o protezione sussidiaria per aver commesso reati gravi o perché accusati di rappresentare una minaccia per la sicurezza nazionale¹⁶. Ritenuti indegni o immeritevole a causa delle loro azioni (precedenti o posteriori al loro arrivo nel paese ospitante) sono comunque protetti dall'art. 3 CEDU, che si applica indipendentemente dal comportamento del richiedente o dalla minaccia potenziale alla sicurezza nazionale.

5. *Lo status di fatto o di diritto dello straniero "rimpatriando ma non rimpatriabile"*

In generale, la presenza di tali stranieri sul territorio nazionale è nota alle autorità nazionali, che tollerano la loro permanenza, limitandosi a rispettare la salvaguardia contro il ritorno coatto nel loro Paese di origine. In tali

¹⁵ Secondo l'art. 5, direttiva 2011/95/UE il bisogno di protezione internazionale può sorgere anche fuori dal paese d'origine (*sur place*). Nel recepire la precedente e identica direttiva 2004/83/CE, l'art. 4, d.lgs n. 251/2007 il legislatore italiano non si è avvalso della facoltà riconosciuta agli Stati membri, al comma 3, di escludere la protezione sussidiaria, se il rischio di persecuzione future o di danni gravi nel Paese di origine si basi su circostanze determinate dal richiedente dopo la partenza.

¹⁶ V. art. 1 par. F della Convenzione di Ginevra e articoli 12 e 14 della direttiva-qualifiche.

contesti, gli stranieri inamovibili si ritrovano perlopiù in una “sospensione di *status* giuridico” perché il rapporto con gli Stati-membri di accoglienza si limita alla semplice “tolleranza di fatto” mentre, per motivi di sicurezza, dovrebbe essere consolidato in uno *status* di “tolleranza formale”. In casi di più lunga permanenza, se prevalessero le ragioni di una politica di integrazione, potrebbe essere concessa una vera e propria “regolarizzazione individuale”. In alcuni casi, lo straniero rischia di restare per anni in uno stato di marginalità rispetto al godimento dei diritti umani in un’area di probabile sfruttamento da parte delle organizzazioni criminali per la commissione di reati e/o organizzazioni semi-clandestine di sfruttamento del lavoro nero (legge sul caporalato).

Lo *status* dello straniero rimpatriando è regolato dall’art. 14, par. 1, che comprende il periodo per la partenza volontaria e ogni periodo per il quale l’allontanamento è stato rinviato formalmente (ad esempio, ricorso con effetto sospensivo, possibile violazione del principio di non respingimento, motivi di salute, ragioni tecniche, mancato allontanamento a causa della mancata identificazione).

Infatti, secondo l’art. 9 vi sono situazioni in cui lo Stato membro deve o può interrompere il rimpatrio; in particolare, il par. 1 che impone agli Stati membri di posticipare con effetti sospensivi il rimpatrio allorché viola il principio di non respingimento e sino a quando non venga presa una decisione sul ricorso contro il rimpatrio, mentre il par. 2 stabilisce che lo Stato membro può anche posticipare il rimpatrio tenendo conto delle circostanze specifiche a causa dello stato fisico o mentale del migrante oppure in presenza di ragioni tecniche o pratiche che impediscono il ritorno, come la mancanza di documentazione o cooperazione del paese di origine.

Gli Stati membri provvedono affinché si tenga conto il più possibile dei seguenti principi in relazione ai cittadini di paesi terzi durante il periodo per la partenza volontaria: a) che sia mantenuta l’unità del nucleo familiare con i membri della famiglia presenti nel territorio; b) che siano assicurati le prestazioni sanitarie d’urgenza e il trattamento essenziale delle malattie; c) che sia garantito l’accesso al sistema educativo di base per i minori, tenuto conto della durata del soggiorno; d) che si tenga conto delle esigenze particolari delle persone vulnerabili.

Nel caso di inamovibilità per ragioni puramente tecniche, il livello di protezione appare di intensità inferiore, dal momento che la direttiva sui rimpatri dell’UE non obbliga gli Stati membri a posticipare formalmente il loro rinvio. Generalmente gli stranieri vengono messi in stato di fermo in attesa di effettuare il rimpatrio, fino al raggiungimento del periodo

massimo legale. In alcuni paesi possono essere soggetti a sanzioni penali, alle condizioni stabilite dalla Corte di giustizia nella sentenza *El Dridi*¹⁷.

Per quanto riguarda la documentazione che deve essere consegnata al rimpatriando, secondo la direttiva, gli Stati membri godono di un ampio margine di discrezionalità quanto alla conferma scritta della sospensione del rimpatrio¹⁸. La conferma può essere costituita da un documento separato emesso dalle autorità nazionali o fare parte di una decisione formale relativa al rimpatrio. Secondo il Manuale-rimpatri: “È importante che la conferma consenta al rimpatriando di dimostrare con chiarezza, in caso di controllo da parte della polizia, di essere già oggetto di una decisione di rimpatrio pendente e di usufruire di un periodo per la partenza volontaria o del rinvio formale dell’allontanamento o di essere oggetto di una decisione di rimpatrio che temporaneamente non può essere eseguita. La conferma dovrebbe specificare la durata del periodo per la partenza volontaria o del rinvio”¹⁹.

Per le situazioni di prolungata irregolarità, non è previsto invece alcun obbligo di rilasciare un permesso ai “rimpatriandi non allontanabili” o inamovibili. Gli Stati membri non hanno l’obbligo di rilasciare un permesso ai rimpatriandi nel momento in cui risulta chiaramente che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento, ma hanno la facoltà di farlo in applicazione con ampio margine di discrezionalità (art. 6, paragrafo 4, della direttiva rimpatri)²⁰. Secondo il Manuale-rimpatri, i criteri di

¹⁷ V. sentenze Corte di giustizia 28 Aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi* ECLI:EU:C:2011:268; 6 Dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian*, ECLI:EU:C:2011:807.

¹⁸ Secondo la direttiva-rimpatri, art. 14, par. 2: Gli Stati membri confermano per iscritto alle persone di cui al paragrafo 1, conformemente alla legislazione nazionale, che il periodo per la partenza volontaria è stato prorogato ai sensi dell’arti. 7, par. 2, o che l’esecuzione della decisione di rimpatrio è temporaneamente sospesa. Il considerando n.12 della direttiva-rimpatri specifica: “Affinché possano dimostrare la loro situazione specifica in caso di verifiche o controlli amministrativi, tali persone dovrebbero essere munite di una conferma scritta della loro situazione. Gli Stati membri dovrebbero godere di un’ampia discrezionalità quanto al modello e al formato della conferma scritta e dovrebbero anche poterla includere nelle decisioni connesse al rimpatrio adottate ai sensi della presente direttiva”.

¹⁹ Sempre secondo le raccomandazioni del Manuale-rimpatri: “Negli Stati membri in cui i sistemi di scambio dei dati consentono di effettuare una rapida verifica della situazione dei migranti irregolari in caso di controlli da parte della polizia sulla base di taluni dati personali o numeri di riferimento, l’obbligo della conferma scritta può essere considerato adempiuto se alla persona interessata sono forniti documenti o moduli contenenti tali dati personali o numeri di riferimento.”

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2014, causa C-146/14 PPU, *Mahdi*, ECLI:EU:C:2014:1320: “[la direttiva 2008/115] non mira a disciplinare le condizioni di soggiorno sul territorio di uno Stato membro dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare e nei cui confronti non sia possibile ovvero non sia stato possibile eseguire una

valutazione da prendere in considerazione dagli Stati membri dovrebbero riguardare sia individuali, sia orizzontali (di natura politica) Rilevanti appaiono fattori quali: l'atteggiamento collaborativo del rimpatriando; la durata del soggiorno; gli sforzi di integrazione; il comportamento personale; i legami familiari; considerazioni umanitarie; la probabilità di un rimpatrio; la necessità di evitare di premiare l'irregolarità; gli effetti delle misure sul modello di migrazione; la probabilità di spostamenti secondari nello spazio Schengen.

6. Il nucleo delle prestazioni essenziali che lo Stato di accoglienza deve garantire allo straniero

Nel diritto dell'Unione, il diritto alle prestazioni sanitarie d'urgenza e al trattamento essenziale delle malattie appare incomprimibile anche se il rinvio appare legato alla valutazione del giudice nazionale sulla circostanza che lo Stato di origine privi intenzionalmente lo straniero-rimpatriando delle cure mediche. Più sfumato è il riconoscimento del diritto alle necessità primarie (alloggio, cibo, ecc.) fondamentale e l'educazione scolastica dei figli.

Secondo il Manuale-rimpatri, “sebbene il diritto dell'Unione non preveda un obbligo giuridico generale di provvedere alle necessità primarie di tutti i cittadini di paesi terzi in attesa di rimpatrio, la Commissione incoraggia gli Stati membri a farlo in base al diritto nazionale allo scopo di garantire condizioni di vita umane e dignitose per i rimpatriandi”.

Nella sentenza *M'Bodj*, la Corte di Giustizia ha dichiarato che i rischi di deterioramento dello stato di salute di un cittadino di paese terzo che non derivino da una privazione di assistenza sanitaria inflittagli intenzionalmente non rientrano nella direttiva-qualifiche 2004/83 (art. 15, lett. b))²¹. Secondo tale giurisprudenza, dall'interpretazione dell'art. 6 della direttiva in parola risulta che il danno grave di cui trattasi deve essere costituito dal comportamento di un terzo e che non può derivare semplicemente da carenze generali del sistema sanitario del paese di origine. Infatti, perché una persona possa essere ritenuta ammissibile alla protezione sussidiaria non è sufficiente provare che, una volta rientrata nel paese di origine, correrebbe

decisione di rimpatrio. Tuttavia, l'art. 6, par. 4, della direttiva 2008/115 consente agli Stati membri di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio sia irregolare” (punti 87 e 88).

²¹ V. sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-542/13, *M'Bodj*, ECLI:EU:C:2014:2452.

il rischio di essere esposta ad un trattamento inumano o degradante ma occorre dimostrare altresì che tale rischio deriva da fattori direttamente o indirettamente – ma sempre intenzionalmente – imputabili alle autorità pubbliche di detto paese, vuoi che le minacce incombenti personalmente sull'interessato siano causate dalle autorità del paese di cui è cittadino o siano da esse tollerate, vuoi che tali minacce siano perpetrate da gruppi indipendenti, dai quali dette autorità non sono in grado di proteggere efficacemente i propri cittadini.

La sentenza va letta congiuntamente alla pronuncia emessa nel medesimo giorno (18 dicembre 2014) nel caso *Abdida*²² che permette di individuare una forma alternativa di protezione nella direttiva-rimpatri 2008/115/CE. La Corte, alla luce dell'interpretazione già data alla direttiva qualifiche nella sentenza *M'Bodj*, esclude l'applicabilità al caso di specie delle direttive qualifiche, procedure e accoglienza e riformula la domanda del giudice nazionale, trasformandola in un quesito d'interpretazione della direttiva rimpatri e della Carta dei diritti fondamentali. La Corte conclude nel senso che la direttiva rimpatri, obbliga gli Stati membri a: conferire effetto sospensivo a un ricorso proposto contro una decisione che ordina a un cittadino di Paese terzo affetto da una grave malattia di lasciare il loro territorio, quando l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute; prevedere la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di detto cittadino di Paese terzo, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nelle more del ricorso. Spetta agli Stati membri stabilire la forma in cui devono essere soddisfatte le necessità primarie del cittadino di paese terzo interessato.

Più cauto il ragionamento della Corte rispetto all'ultimo quesito sottoposto, relativo alla portata dell'obbligo statale di presa in carico delle necessità primarie del ricorrente diverse da quelle sanitarie. In effetti, anche se l'art. 14 par. 1, lett. *d* della direttiva rimpatri dispone che gli Stati membri provvedono affinché si tenga conto il più possibile delle esigenze particolari delle persone vulnerabili durante il periodo per il quale l'allontanamento è stato differito ai sensi dell'art. 9, par. 11 lett. *b* (che obbliga gli Stati a rinviare l'allontanamento per la durata della sospensione concessa ai sensi dell'art. 13, par. 2), la Corte, nonostante l'apparente rassicurazione circa la necessità per gli Stati di dover prendere in carico le "esigenze basilari" del cittadino

²² C-562/13,

del Paese terzo²³, in realtà sostiene che tale obbligo deve essere rispettato “per quanto possibile”²⁴, e che “spetta comunque agli Stati membri stabilire la forma che deve rivestire tale presa in carico”²⁵.

L'avvocato generale Bot aveva, nel rispetto dei valori sanciti dalla Carta, invitato la Corte a pronunciarsi rispetto a tutte le fattispecie di stranieri dal momento che la soddisfazione delle necessità primarie è un diritto fondamentale che non può dipendere dallo *status* giuridico dell'interessato²⁶. La Corte di giustizia limita invece l'obbligo della direttiva alla presa in carico “per quanto possibile” delle necessità primarie di uno straniero affetto da grave malattia.

Il manuale-rimpatri afferma che la logica di tale sentenza è che il requisito di fornire le prestazioni sanitarie d'urgenza sarebbe svuotato del suo significato se non fosse previsto anche l'obbligo di provvedere alle necessità primarie dello straniero interessato. Ne deriva che “[s]ulla base di questa logica seguita dalla Corte di giustizia, e alla luce delle indicazioni fornite nella giurisprudenza pertinente della Corte di Strasburgo, si può desumere che il godimento degli altri diritti di cui all'art. 14, par. 1, della direttiva-rimpatri (quali in particolare l'accesso al sistema educativo e la considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) dia addito anche a un requisito concomitante di provvedere alle necessità primarie del cittadino di paese terzo interessato”.

Nella sentenza *MP*, la Corte rileva che il procedimento di cui trattasi riguarda uno straniero che non solo ha subito, in passato, atti di tortura da parte delle autorità del suo Paese di origine, ma che, nonostante non corra più il rischio di subire nuovamente tali atti in caso di ritorno nel suo Paese, soffre a tutt'oggi di gravi problemi psicologici, conseguenti agli atti di tortura di cui è stato oggetto in passato, tenuto presente che detti postumi, secondo constatazioni mediche debitamente dimostrate, potrebbero accentuarsi in modo sostanziale, con il serio rischio che, se ritornasse in detto Paese, tale cittadino commetterebbe suicidio.

A tale proposito, la Corte ricorda la propria giurisprudenza e dichiara che il rischio di deterioramento dello stato di salute di un cittadino extra UE, senza che sia in discussione una privazione intenzionale nei riguardi di tale cittadino dell'assistenza sanitaria, non basta a implicare il riconoscimento a quest'ultimo del beneficio della protezione sussidiaria.

Conformemente alla giurisprudenza recente della Corte europea dei

²³ Sentenza *Abdida*, par. 60. TURI, *La condizione giuridica dello straniero malato richiedente protezione sussidiaria*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, pp. 15-28.

²⁴ Sentenza *Abdida*, par. 59.

²⁵ *Ivi*, par. 61.

²⁶ Conclusioni dell'Avv. gen. M. Bot, presentate il 4 settembre 2014, paragrafi 254-156.

diritti dell'uomo, la Corte di giustizia considera che la Carta deve essere interpretata nel senso che l'allontanamento di un cittadino extra UE che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave costituisce un trattamento inumano e degradante, qualora tale allontanamento comporti il rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile delle sue condizioni di salute. La Corte dichiara, quindi, che la Carta osta a che uno Stato membro espella un cittadino extra UE qualora tal espulsione comporti, in sostanza, un aumento, in modo significativo e irrimediabile, del disturbo mentale di cui soffre, in particolare laddove, come nel caso di specie, tale deterioramento metta in pericolo la sua stessa sopravvivenza.

Tuttavia, la questione pregiudiziale riguarda pertanto non la tutela contro l'allontanamento, ma la distinta questione relativa se lo Stato membro ospitante sia tenuto a riconoscere lo *status* di protezione sussidiaria, ai sensi della direttiva, allo straniero che sia stato torturato dalle autorità del Paese d'origine e i cui postumi gravi a livello psicologico potrebbero accentuarsi in modo sostanziale, con il serio rischio che commetta suicidio in caso di ritorno in tale Paese.

La Corte ricorda che il fatto che la CEDU osta, a che un cittadino extra UE, in casi eccezionali nei quali sussista un rischio di subire un danno grave dovuto all'assenza di cure adeguate nel Paese di origine di tale cittadino, non implica che egli debba essere autorizzato a soggiornare in uno Stato membro a titolo di protezione sussidiaria. La Corte conclude statuendo che, anche se la causa delle attuali condizioni di salute di un cittadino extra UE, vale a dire le torture inflitte dalle autorità del suo Paese di origine in passato, è un elemento rilevante, un aggravamento sostanziale non può essere considerato, di per sé, un trattamento inumano o degradante inflitto a tale cittadino nel suo Paese di origine.

In relazione all'educazione dei figli degli stranieri, il manuale-rimpatri recita: "Per quanto riguarda l'accesso al sistema scolastico, la limitazione insita nella frase 'tenuto conto della durata del soggiorno' va interpretata in senso restrittivo. In caso di dubbi sulla durata probabile del soggiorno prima del rimpatrio, l'accesso al sistema educativo dovrebbe essere concesso, e non rifiutato". Per quanto riguarda la situazione in cui il minore non dispone di documenti da cui risulti il livello di istruzione già conseguito in altri paesi o i casi in cui il minore non parla alcuna delle lingue in cui l'istruzione può essere impartita in uno Stato membro, è necessario trovare risposte adeguate a livello nazionale, in considerazione degli strumenti di diritto internazionale pertinenti²⁷.

²⁷ Quali la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e l'osservazione generale n. 6

7. La questione del regime comunitario dei visti umanitari per uscire dal paese di origine e richiedere la protezione internazionale

Infine, rientra nella medesima problematica la questione del regime comunitario dei visti umanitari per uscire dal paese di origine e richiedere la protezione internazionale. La Corte di giustizia ha escluso che, secondo l'attuale codice-visti, vi sia l'obbligo di consentire l'ingresso in uno Stato-membro per richiedere la protezione internazionale. Tale opzione sarebbe davvero rivoluzionaria per la sicurezza di chi si trovi ancora nel suo Paese di origine in grave situazione di pericolo, nello stesso senso e modo dei cd. canali umanitari e del meccanismo di reinsediamento adottato dagli Stati membri su base volontaria²⁸. Gli Stati membri non hanno ritenuto di adottare modifiche al codice-visti per evidenti motivi di rifiuto di qualsiasi incremento dei richiedenti asilo. Il Parlamento europeo ha adottato una proposta di sua iniziativa per l'introduzione di visti umanitari.

Il sistema di visti che fa parte dell'*acquis* di Schengen rappresenta al contempo uno strumento di controllo dei rischi per la sicurezza e della migrazione irregolare nell'Unione.

Una parte dei migranti in posizione irregolare da rimpatriare ha fatto ingresso legale nell'Unione tramite un visto e continuando a soggiornarvi dopo la sua scadenza. Nel 2014 la Commissione ha proposto una rifusione del codice dei visti che non è stata adottata, a causa delle posizioni divergenti del Parlamento e del Consiglio sull'introduzione di un meccanismo di visti umanitari²⁹. Dopo che i visti di ingresso a carattere umanitario non sono stati considerati dalla Corte di giustizia come rientranti nell'ambito di applicazione del codice visti dell'Unione³⁰, occorre sottolineare che le "vie

ad essa correlata.

²⁸ Corte di giustizia, Grande sezione, 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, *X e X c. État belge* (ECLI:EU:C:2017:173), che ha negato il diritto soggettivo alle richieste di visto per motivi umanitari.

²⁹ COM (2014)164 final, 1° aprile 2014, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al codice dei visti dell'Unione (codice dei visti) (rifusione), v. PEERS, *External processing of applications for international protection in the EU*, in *EU Law Analysis*, 24 April 2014. Alla fine della co-decisione, la proposta non è stata adottata perché il Parlamento e il Consiglio non si sono accordati sull'inclusione di visti "di passaggio sicuro" per coloro che necessitavano di protezione. La Commissione ha pertanto deciso di ritirarla e di presentarne una nuova che collega visti e cooperazione in materia di riammissione, v. COM (2018) 252 final, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2018, recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti),

³⁰ Sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *X e X c. Belgio*, ECLI:EU:C:2017:173.

legali di accesso” sono ridotte nel diritto dell’Unione ai numeri simbolici delle raccomandazioni di reinsediamento³¹.

Il Parlamento europeo ha appena approvato una proposta su un sistema di visti umanitari per incoraggiare l’immigrazione regolare delle persone che avrebbero diritto alla protezione umanitaria se fossero nel territorio di uno degli Stati-membri³². La proposta prevede che gli Stati-membri dell’Unione possano rilasciare, attraverso le loro ambasciate e consolati all’estero, un visto europeo umanitario valido per il territorio dei singoli Stati membri, e disponibile per tutti coloro che vogliono fare richiesta di protezione internazionale. La proposta risponde alla necessità di stabilire una via di transito legale per i richiedenti protezione internazionale nell’Unione che non dispongono ancora di una cornice armonizzata per le “procedure protette di entrata”. A causa dell’insufficienza delle opzioni legali, la quasi-unanimità delle persone che ottengono la protezione internazionale in uno Stato membro sono costrette ad entrare nell’Unione europea in modo irregolare rischiando la vita e diventando oggetto di traffico.

Con i nuovi visti umanitari, una persona in stato di bisogno di protezione potrebbe farne richiesta in una qualsiasi ambasciata, consolato o delegazione di uno stato membro. I soggetti interessati: famiglie appartenenti a una comunità religiosa fatta bersaglio di “persecuzioni o violenza sistemica”. I potenziali beneficiari dei visti dovranno fornire le prove del rischio che stanno correndo, e di non essere già impegnati in un processo di reinsediamento.

Sulla questione, v. CELLAMARE, *Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, p. 527 ss.

³¹ Raccomandazione (UE) 2017/1803 della Commissione, 3 ottobre 2017, sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale.

³² Risoluzione del Parlamento europeo dell’11 dicembre 2018 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari (doc. 2018/2271(INL)). Il Parlamento europeo ritiene che lo strumento legislativo da adottare debba essere un atto giuridico distinto da adottare sotto forma di regolamento dal titolo “Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un visto umanitario europeo”, sulla base giuridica dell’art. 77, par. 2, lett. a), TFUE. La risoluzione è stata approvata con 429 voti a favore e 194 contro (11 astensioni).

Claudia Morviducci *

*Terrorismo e clausole di esclusione
nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Il presente lavoro esamina le modalità di applicazione delle clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato contenute nella direttiva 2011/95 dell'Unione europea, con particolare riferimento alle persone accusate di attività riconducibili al terrorismo. La giurisprudenza in materia non si presenta univoca, oscillando tra le opposte esigenze di garantire la sicurezza - particolarmente avvertite dopo gli attentati sul suolo europeo - e quella di tutelare i diritti dell'uomo, rispettando anche gli obblighi dettati dalla Convenzione di Ginevra del 1961 e da altri Trattati internazionali. L'equilibrio che sembra prospettabile, e che trova riscontro anche nelle proposte di modifica della direttiva 2011/95, appare quello di interpretare in modo più estensivo rispetto al passato le clausole di esclusione, una volta che si sia comunque garantito il principio di non *refoulement*. Il chiarimento sopra indicato non risolve evidentemente tutte le questioni che possono porsi agli operatori interni, soprattutto ai giudici, in ordine all'applicazione o meno delle clausole di esclusione. Rilevo essenziale assumono le risoluzioni delle Nazioni Unite sulla lotta al terrorismo. Un contributo importante è quello della Corte di giustizia dell'Unione europea, la cui giurisprudenza è orientata nel senso della necessità di una verifica circa il concreto comportamento del soggetto.

1. *Introduzione*

Il fenomeno dei richiedenti protezione internazionale¹ presso gli Stati membri dell'Unione europea ha costituito oggetto di numerose pronunce

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi Roma Tre.

¹ Come noto, le direttive 2004/83 e 2011/95, così dette direttive 'qualifica', prevedono che gli Stati membri concedano, oltre all'asilo (per il quale sono richiesti i requisiti fissati dalla Convenzione di Ginevra del 1951 per i rifugiati), anche la protezione sussidiaria, il cui contenuto corrisponde ormai in larga parte ai diritti riconosciuti ai rifugiati ma ha presupposti diversi, su cui *infra*. Nel presente scritto, le citazioni delle sentenze della Corte di giustizia sono corredate con il riferimento alla collezione on-line, indicata con la sigla ECLI:EU (European Case Law Identifier of the European Union).

della Corte di giustizia, adita soprattutto per interpretare le disposizioni concernenti lo Stato competente a dare accoglienza² e i presupposti perché una persona rientri nella sfera di applicazione della tutela³. Quest'ultimo profilo si è intrecciato, soprattutto negli ultimi anni, con quello della lotta al terrorismo relativamente all'applicabilità delle clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato, contenute nelle direttive 'qualifica', a persone che si siano rese responsabili di atti riconducibili, direttamente o meno, a tale fenomeno⁴. Si è così posto un problema di bilanciamento tra il valore della sicurezza – reso attuale specialmente dagli attentati sul suolo europeo degli ultimi anni e dal ritorno dei *foreign fighters* – e quello della tutela dei diritti dell'uomo, ambedue da considerarsi primari e, quindi, in via di principio,

² Vedi il regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), in *G.U.U.E* L 180 del 29 giugno 2013, che ha modificato il regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio, in *G.U.C.E.* L 50 del 25 febbraio 2003, avente lo stesso oggetto. Il 4 maggio 2016 è stata presentata dalla Commissione una proposta di modifica di tale regolamento [COM(2016)270 final - 2016/0133(COD)].

³ Cfr. la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, "recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta", in *G.U.U.E.* L 337 del 20 dicembre 2011, che ha modificato la direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, "recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta", in *G.U.C.E.* L 304 del 30 settembre 2004. Una modifica della direttiva 2011/95 è al momento oggetto di una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, "recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo", COM/2016/0466 final - 2016/0223 (COD).

⁴ Si considerino soprattutto la Decisione quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 "sulla lotta contro il terrorismo", in *G.U.C.E.* n. L 164 del 22 giugno 2002, entrata in vigore il 22 giugno 2002, modificata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 "che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo", in *G.U.U.E.* L 330 del 9 dicembre 2008 e la direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, "sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio", in *G.U.U.E.* L 88 del 31 marzo 2017, che doveva essere recepita entro l'8 settembre 2018.

irrinunciabili⁵. L'equilibrio individuato al momento dalla Corte sembra consistere nell'accoglimento di un'interpretazione più estensiva, rispetto al passato, della clausola di esclusione dalla protezione internazionale indicata nell'art. 12, par. 2, lett. c) della direttiva 95/2011⁶ - accezione costruita sulle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e atta, come si vedrà, a ricomprendere gli atti di terrorismo e di fiancheggiamento dello stesso - e nel rigetto, coerente con la sua giurisprudenza pregressa, di una presunzione di operatività di tali clausole nei casi di specie a favore di un esame individuale dei vari comportamenti. Rimane di conseguenza fondamentale il ruolo delle autorità, e soprattutto dei giudici, nazionali, cui è lasciata la valutazione "dei fatti che consentono di determinare se sussistano fondati motivi per ritenere che una persona si sia resa colpevole di un atto contrario alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite"⁷.

Un aspetto che risulta meno approfondito dalla Corte di giustizia, sia perché non direttamente portato alla sua attenzione, sia perché i suoi giudici non hanno fornito elementi univoci in proposito anche quando hanno risposto a tematiche connesse, è quello di come si coordinino le clausole di esclusione (e di cessazione) dello *status* di rifugiato⁸ col principio di *non*

⁵ Vedi ad esempio quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ contro Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2013:363, punti 57 s.

⁶ Sulla conformità di questa interpretazione più estensiva delle clausole di esclusione, da ritenersi di regola eccezionali, con il sistema delle norme a favore dei rifugiati vedi *infra* par. 4.

⁷ Sentenza del 31 gennaio 2017, causa C-573/13, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides contro Mostafa Lounani*, ECLI:EU:C:2017:71, punto 79.

⁸ Vedi, per le clausole di esclusione e di cessazione e revoca aventi riferimento al comportamento del soggetto, gli articoli 12, paragrafi 2 e 3 e 14, par. 3, lett. a) della direttiva 2004/38 e della direttiva 2011/95. Art. 12, par. 2: "Un cittadino di un paese terzo o un apolide è escluso dallo *status* di rifugiato ove sussistano fondati motivi per ritenere che: a) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b) abbia commesso al di fuori del paese di accoglienza un reato grave di diritto comune prima di essere ammesso come rifugiato, ossia prima del momento in cui gli è rilasciato un permesso di soggiorno basato sul riconoscimento dello *status* di rifugiato, abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune; c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite. Par. 3: "Il paragrafo 2 si applica alle persone che istigano o altrimenti concorrono alla commissione dei crimini, reati o atti in esso menzionati". Art. 14, par. 3: "Gli Stati membri revocano, cessano o rifiutano di rinnovare lo *status* di rifugiato di un cittadino di un paese terzo o di un apolide qualora, successivamente al riconoscimento dello *status* di rifugiato, lo Stato membro interessato abbia stabilito che:

refoulement. È evidente il rilievo della questione, principalmente alla luce dell'ampliamento, avutosi negli ultimi anni, delle attività riconducibili al terrorismo⁹, che comporta l'estromissione di chi ne sia responsabile dalla tutela internazionale. Le autorità statali potrebbero infatti essere indotte, per evitare gravi conseguenze in capo al soggetto implicato che arrivano sino al respingimento¹⁰, a considerare non applicabili le clausole nei casi concreti; una tale conseguenza risulterebbe peraltro in contrasto non solo con la *ratio* della Convenzione di Ginevra del 1961 sullo statuto dei rifugiati¹¹ (e delle direttive dell'Unione)¹², ma anche con gli obblighi assunti dagli Stati nella lotta al terrorismo e, più in generale, alla commissione di crimini internazionali¹³.

a) la persona in questione avrebbe dovuto essere esclusa o è esclusa dallo *status* di rifugiato ai sensi dell'articolo 12 ...". L'art. 14, par. 4, prevede ulteriori cause di revoca, cessazione, o rifiuto del rinnovo dello *status* di rifugiato, su cui vedi *infra* par. 2.

⁹ Per la ricostruzione della nozione di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite di cui all'art. 12, par. 2, lett. c) si dovrà fare riferimento, oltre che alle recenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza, alla direttiva 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo (vedi *infra*, par. 4).

¹⁰ Oltre alla possibilità di un respingimento, su cui vedi *infra*, par. 3, va considerata la mancata attribuzione di una serie di diritti connessi allo *status* di rifugiato enunciati sia dalla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati, adottata a Ginevra il 28 luglio 1951, che dalle direttive 'qualifica'. L'approccio tuzioristico adottato in materia dai giudici nazionali è riscontrabile anche in alcune delle varie domande pregiudiziali rivolte alla Corte, come nella causa *Bundesrepublik Deutschland contro B (C-57/09)* e *D (C-101/09)*, decisa il 9 novembre 2010, ECLI:EU:C:2010:661, anche in *Raccolta*, 2010, p. I-10979 ss.; nella causa *C-373/13, H. T. c. Land Baden-Württemberg*, decisa il 24 giugno 2015, ECLI:EU:C:2015:413; nella causa *Lounani* citata e nelle cause riunite *C-391/16, M e Ministerstvo vnitra, C-77/17, X* e *C-78/17, X c. Commissaire général aux réfugiés e aux apatrides*, non ancora decise.

¹¹ Cfr. la posizione espressa dall'European Council on Refugees and Exiles (doc. ECRE, PP1/03/2004/Ext/CA, March 2004, *Position on Exclusion from Refugees Status*, p. 4): "The rationale of Article 1, F is that refugees who are responsible for the most serious crimes as defined in paragraphs (a) to (c) do not deserve international protection under the 1951 Refugee Convention, and that the refugee protection regime should not shelter serious criminals from justice".

¹² La Corte di giustizia, nella citata sentenza *B e D* del 9 dicembre 2010, ha specificato che gli Stati non possono, se sussistono le ipotesi contemplate dall'art. 12, par. 2, riconoscere lo *status* di rifugiato, ma solo accordare una protezione umanitaria, legittima a condizione che "le norme nazionali che accordano un diritto d'asilo a persone escluse dallo *status* di rifugiato ai sensi della direttiva permettono di distinguere chiaramente la protezione nazionale da quella concessa in forza della direttiva". Solo in tal caso, "esse non contravvengono al sistema di quest'ultima" (punto 120).

¹³ In questo senso vedi, *ex multis*, GILBERT, *Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses*, in *Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations: on*

Appare quindi opportuno aggiungere all'analisi dei presupposti di applicazione delle clausole di esclusione alcune puntualizzazioni sulla nozione di *non refoulement* e distinguere tra il *non refoulement* previsto dalle norme sui rifugiati e il divieto di respingimento, espulsione ed estradizione che opera in via generale per chiunque si trovi sul territorio di uno Stato che aderisca a varie convenzioni, tra le quali, sicuramente, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Patto sui diritti civili e politici¹⁴ e la Convenzione contro la tortura¹⁵, e che è stato ribadito nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali. Un chiarimento su questo punto consente infatti di superare parte delle possibili remore degli operatori interni ad applicare le clausole di esclusione, garantendo la coerenza di quanto prescritto in ordine ai rifugiati – in particolare, per quanto qui rileva, dall'art. 12, par. 2, lett. c) della direttiva 2011/95 – con gli altri obblighi di diritto internazionale cui gli Stati sono soggetti¹⁶. Spunti in proposito possono essere ricavati, oltre che dall'analisi dei testi normativi, dall'unica sentenza della Corte di giustizia che ha sinora trattato espressamente la questione¹⁷ e dalle recenti *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Wathelet¹⁸, relative all'interpretazione e alla validità dell'art. 14, par. 4 s., della direttiva 2011/95, che permette di revocare o di far cessare lo *status* di rifugiato ad una persona che risulti pericolosa per la sicurezza o per la comunità dello Stato ospite¹⁹.

International Protection, a cura di Feller, Turk e Nicholson, Cambridge, 2003, p. 425 ss., specie p. 427 ss.

¹⁴ Vedi l'art. 7 del Patto, adottato a New York il 16 dicembre 1966.

¹⁵ Convenzione di New York del 10 dicembre 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

¹⁶ Un esplicito riferimento agli obblighi internazionali relativi al respingimento non citati nella direttiva si ritrova nell'art. 21, par. 1, della direttiva stessa, ai sensi del quale: "Gli Stati membri rispettano il principio di 'non refoulement' in conformità dei propri obblighi internazionali".

¹⁷ Vedi la sentenza della Corte di giustizia *B e D*, cit., specie punti 80 ss.

¹⁸ Le *Conclusioni* alle cause riunite *M, X e X*, cit. sono state presentate il 21 giugno 2018, ECLI:EU:C:2018:486.

¹⁹ La previsione dell'art. 14, paragrafi 4-6, era stata contestata dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) già relativamente alla direttiva 2004/83, in quanto avrebbe introdotto surrettiziamente nuove ipotesi di esclusione dallo *status* di rifugiato rispetto a quelle indicate dalla Convenzione di Ginevra, che sono tassative. Infatti, l'art. 14 recepirebbe il contenuto dell'art. 33 di quest'ultima, che verte non sull'esclusione, ma su possibili deroghe al principio di *non refoulement*: assimilare quindi le eccezioni al principio di non respingimento consentite ai sensi dell'articolo 33, par. 2, alle clausole di esclusione di cui all'articolo 1, par. F, sarebbe incompatibile con la Convenzione (vedi UNHCR, *Commentaires annotés du HCR sur la [directive 2004/83]* 28 gennaio 2005, disponibile all'indirizzo: <http://www.refworld.org/docid/44ca0d504.html>, pp. 31 e 32). Vedi anche *UNHCR comments on the European Commission's proposal*

2. Le clausole di esclusione derivanti dal comportamento del richiedente asilo contenute nella direttiva 2011/95

La Convenzione di Ginevra, cui la politica di asilo dell'Unione europea si conforma²⁰, esclude all'art. 1, par. F dall'ambito dei rifugiati coloro per i quali esista un "serio motivo di sospettare che: a) hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini; b) hanno commesso un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante prima di essere ammesse come rifugiati; c) si sono resi colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite"²¹. Questo perché la gravità del loro comportamento li rende "indegni"²² della protezione internazionale²³ anche, come sembra di potersi desumere, a

for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted [COM(2009) 551 def., del 21 ottobre 2009], p. 14, <http://www.unhcr.org/protection/operations/4c5037f99/unhcr-comments-> (l'ultimo accesso ai documenti od opere on-line citati nel presente articolo è avvenuto in data 12 maggio 2018).

²⁰ Ai sensi dell'art. 78, par. 1, TFUE, la politica comune in materia di asilo "deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra". Per WHATELET, *Conclusioni* cit., punto 63: "Tali disposizioni del diritto primario, con le quali gli autori dei Trattati hanno inteso obbligare le istituzioni dell'Unione, nonché gli Stati membri, nell'attuazione del diritto dell'Unione, al pieno rispetto della Convenzione di Ginevra, traducono lo *status* specifico di tale convenzione nel diritto dell'Unione. Sebbene l'Unione non sia, a differenza dei suoi Stati membri, vincolata da tale convenzione nei confronti degli Stati terzi che ne sono parte ..., le istituzioni dell'Unione devono rispettarla in virtù del diritto dell'Unione ...".

²¹ Sulle clausole di esclusione nella Convenzione di Ginevra vedi tra gli altri, - oltre a ECRE, *Position on Exclusion from Refugee Status*, March 2004 e GILBERT, *Current issues*, cit. - SIVAKUMARAN, *Exclusion of Refugee Status: The Purposes and Principles of the United Nations and Article 1F(c) of the Refugee Convention*, in *International Journal of Refugee Law*, 2014, p. 350 ss. e CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, London, 2015, pp. 29 ss. e 210 ss.

²² Parla in proposito di *undeserving*, in contrapposizione a *deserving, refugees*, ad esempio SALES, *The deserving and the undeserving? Refugees, asylum seekers and welfare in Britain*, in *Critical Social Policy*, 2002, p. 456 ss.

²³ "The logic of these exclusion clauses is that certain acts are so grave as to render the perpetrators undeserving of international protection as refugees. Thus, their primary purposes are to deprive the perpetrators of heinous acts, and serious common crimes, of such protection ...", in UNHCR, *The Exclusion Clauses: Guidelines on their Application*, Geneva, December 1996, p. 2. Nello stesso senso, vedi ECRE, op. cit., p. 3 ss. e GILBERT, *Current Issues*, cit., e la bibliografia ivi citata.

prescindere dal fatto che siano effettivamente perseguitati²⁴: si tratta infatti di una disposizione che opera ‘a monte’ del sistema dei rifugiati, delimitando l’ambito di coloro che ne possono fruire. La direttiva 2004/38, poi rifiuta nella direttiva 2011/95, ha ripreso questo principio all’art. 12²⁵, escludendo dal proprio ambito di applicazione, oltre a quanti risultino posti sotto la protezione delle Nazioni Unite o vivano in un Paese che garantisce loro diritti equivalenti a quelli di cittadinanza, (art. 12, par. 1), coloro che abbiano commesso gli atti elencati nell’art. 1, par. F della Convenzione di Ginevra e “quanti istigano o altrimenti concorrono alla commissione di tali crimini e reati” (art. 12, paragrafi 2 e 3)²⁶. Ancora, l’art. 14, par. 3, pone tra le cause di revoca, cessazione e rifiuto del rinnovo dell’asilo, la scoperta che una persona rientri tra le ipotesi contemplate dall’art. 12, par. 2. E’ da sottolineare che gli Stati non godono di discrezionalità in proposito, laddove invece “hanno facoltà” di porre termine all’asilo nel caso in cui vi siano: “a) fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisce un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova”; o “b) la persona in questione, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro” (art. 14, par. 4). La logica sottesa a questa diversità di regime consiste nel fatto che le cause di esclusione ex art. 12, par. 2, sono state istituite con l’obiettivo primario non di tutelare la sicurezza

²⁴ Cfr. GILBERT, op. ult. cit., p. 18 ss. Questa conclusione, deducibile dall’interpretazione dell’art. 1, par. F, della Convenzione, sarebbe stata comunque superata (“Even if the fear of persecution was originally irrelevant to the interpretation of the exclusion clause, that can no longer be the case”, p. 20), per la necessità di tener conto anche di principi che impongono il *non refoulement* nei confronti di tali persone non per il fatto di essere perseguitati e quindi da considerare rifugiati, qualifica esclusa in forza dell’art. 1 F, ma per evitare nei loro confronti comportamenti inumani o l’inflizione della pena di morte. Resta impregiudicata la questione della possibilità di un *refoulement* qualora le persecuzioni non attingano un tale livello.

²⁵ L’art. 12, paragrafi 2 e 3, concerne l’esclusione dallo *status* di rifugiato; l’art. 17, par. 1, lett. c), che riprende il dettato dell’art. 12, par. 2, riguarda la concessione della protezione sussidiaria. Le clausole di esclusione di cui all’art. 17 hanno comunque un ambito di applicabilità maggiore, concernendo anche quanti rappresentino un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato in cui si trovano e prevedendo per gli Stati membri la facoltà di escludere quanti, prima di chiedere la protezione, abbiano commesso nel paese di origine reati che sono perseguibili penalmente nel paese ospite. Questa differenza trova ragione nel fatto che, poiché la protezione sussidiaria non risulta imposta da norme internazionali, le clausole di esclusione possono prendere maggiormente in considerazione gli interessi degli Stati.

²⁶ Sull’influenza esercitata dalla Convenzione di Ginevra sulle norme relative alle clausole di esclusione nella direttiva 2004/83, vedi UNHCR, *Commentaires annotés*, cit., p. 32.

della comunità del paese di rifugio contro il pericolo attuale che potrebbe rappresentare un rifugiato, ma, come sopra accennato, di sanzionare un comportamento che rende la persona indegna di tutela internazionale. La possibilità, prevista nell'art. 14, par. 4, per gli Stati di porre termine o revocare lo *status* di rifugiato per motivi di sicurezza si coniuga con la deroga, sempre discrezionale, al principio di *non refoulement*, prevista dall'art. 21, paragrafi 2 e 3, che concerne invece il respingimento e la revoca del diritto di soggiorno²⁷.

Le clausole di esclusione in oggetto sottraggono in modo automatico, e vincolante, dall'ambito di operatività dalle norme sull'asilo quanti rientrano nelle ipotesi previste dall'art. 12, paragrafi 2 e 3, senza la necessità di esami ulteriori relativi alla loro pericolosità sociale attuale o alla proporzionalità tra gli atti compiuti e l'estromissione dallo *status* di rifugiato²⁸. Infatti, come affermato dalla Corte nella sentenza *B e D*, tali clausole “mirano a sanzionare atti commessi in passato” e sono “state istituite al fine di escludere dallo *status* di rifugiato le persone ritenute indegne della protezione che è collegata a tale *status* e di evitare che il riconoscimento di tale *status* consenta ad autori di taluni gravi reati di sottrarsi alla responsabilità penale”²⁹. Il loro funzionamento implica anche che non sia applicabile l'art. 3 della direttiva, a termine del quale “gli Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone ammissibili alla protezione sussidiaria”, perché, appunto, tale regime più favorevole sarebbe in contrasto con esplicite disposizioni della direttiva³⁰. Questione diversa è la possibilità di concedere una “protezione nazionale per ragioni diverse dalla necessità di protezione internazionale ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva, vale a dire a titolo discrezionale e per ragioni caritatevoli o umanitarie”. Ad avviso della Corte tale concessione è conforme al dettato

²⁷ Ciò può avvenire anche nei confronti di una persona cui sia stato riconosciuto lo *status* di rifugiato quando vi siano “ragionevoli motivi per considerare che rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova” oppure quando “essendo stato condannato con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro”.

²⁸ Sentenza *B e D* cit., punti 106 ss. Su questo aspetto, vedi però *infra*, par. 5.

²⁹ *Ibidem*, punti 103 ss.

³⁰ *Ibidem*, punto 115: “... in considerazione dello scopo delle cause di esclusione della direttiva, che è quello di preservare la credibilità del sistema di protezione da essa previsto, nel rispetto della Convenzione di Ginevra, la riserva che compare all'art. 3 della direttiva osta a che uno Stato membro adotti o mantenga in vigore disposizioni che concedono lo *status* di rifugiato previsto da quest'ultima ad una persona che ne è esclusa a norma dell'art. 12, n. 2”.

della direttiva, a condizione, però, come si è visto, che non possa esserci confusione tra i due *status*³¹.

3. *Il principio di non-refoulement nella Convenzione di Ginevra e nelle direttive 'qualifica'*

Dalle considerazioni sopra riportate emerge che gli *undeserving refugees* non godono dei diritti connessi all'asilo. In particolare, non opera nei loro confronti il principio di *non-refoulement* previsto all'art. 21 della direttiva che, appunto, concerne solo i rifugiati e i destinatari della protezione sussidiaria, come si ricava dal combinato disposto degli articoli 21 e 20 della direttiva, che circoscrive i diritti elencati nel Capo VII (contenuto della protezione internazionale) a tali persone. Rispetto agli altri soggetti, sussiste perciò per gli Stati una libertà di respingere, espellere ed estradare, che può essere limitata, come si vedrà, solo dall'esistenza di specifici obblighi internazionali.

Tale conclusione non può peraltro indurre, come sopra paventato, ad una disapplicazione, o sottoutilizzazione, delle clausole di esclusione, per evitare respingimenti verso Paesi non sicuri³². Innanzitutto, si deve rilevare che anche per i rifugiati il principio di *non refoulement* non è assoluto, ma risulta temperato dalle esigenze di sicurezza dello Stato. Ai sensi dell'art. 21, par 2, infatti, compatibilmente con il rispetto dei propri obblighi internazionali, i Paesi membri "possono respingere un rifugiato, formalmente riconosciuto o meno", sia qualora vi siano ragionevoli motivi per considerarlo pericoloso per la sicurezza dello Stato ospite che qualora sia stato qui condannato per un reato di particolare gravità. Del resto, sotto questo profilo la direttiva

³¹ Vedi punti 116 ss. Tale confusione può però porsi facilmente qualora i diritti concessi a titolo di protezione nazionale abbiano lo stesso contenuto di quelli previsti per i rifugiati.

³² La nozione di Paese sicuro include, ai fini delle norme sull'asilo, il Paese di primo asilo, il Paese di origine sicuro, i Paesi terzi sicuri e i Paesi europei sicuri ed esime lo Stato richiesto di concedere asilo dall'obbligo di concederlo o di mantenerlo. A tali diverse categorie fa riferimento la direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, in G.U.U.E. L 180, del 29 giugno 2013, così detta 'procedure', che costituisce una rifusione della direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005 recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, in G.U.C.E. L 316 del 13 dicembre 2005. In particolare, si vedano gli articoli 35 (Paese di primo asilo), 36 (Paese d'origine sicuro), 38 (Paese terzo sicuro), 39 (Paese europeo terzo sicuro).

appare addirittura più garantista della Convenzione di Ginevra che, dopo aver enunciato all'art. 33 il divieto di respingimento di un rifugiato verso Stati in cui potrà essere perseguitato, lo inficia prevedendo che tale disposizione non opera nel caso vi siano gravi motivi per ritenere che il rifugiato costituisca una minaccia grave per la collettività³³. Sia l'art. 1, par. F, che l'art. 33, par. 2, devono essere interpretati e integrati alla luce di atti internazionali successivi³⁴, ma non vi è dubbio che la Convenzione di Ginevra non prescrive in maniera assoluta il principio di *non refoulement*³⁵.

È pertanto ipotizzabile il fatto che anche un rifugiato possa essere espulso o respinto. In tal senso, del resto, si è pronunciata la Corte di giustizia in una causa avente, come oggetto diretto, l'interpretazione dell'art. 24 della direttiva 2004/83 vertente sul permesso di soggiorno da rilasciare ai rifugiati³⁶. Nella sentenza è dato comunque ampio spazio alla questione

³³ Art. 33, "*Divieto d'espulsione e di rinvio al confine*: 1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese". Rilevano che spesso, nella prassi, viene fatta confusione tra l'art. 1, par. F, e l'art. 33 sia GILBERT, op. cit., p. 448 che l'ECRE, op. cit., p. 4 s.

³⁴ Per l'art. 1, par. F, vedi in tal senso, UNHCR, *The Exclusion Clauses: Guidelines on their Application* cit., p. 19, secondo cui: "83. A person falling under the exclusion clauses is nevertheless entitled to basic human rights. While as a rule States enjoy almost complete freedom to expel aliens from their territory, there are a number of restrictions to this": tra queste, l'art. 3 della Convenzione contro la tortura e l'art. 3 CEDU.

³⁵ GILBERT, op. cit., p. 459: "Convention refugee loses the guarantee of *non-refoulement* if Article 33.2 supervenes. That will only be permitted where issues of the security of the State are deemed to take priority over *non-refoulement*". La prassi internazionale non è univoca sull'applicazione in questo caso di norme più garantiste sul *non refoulement* contenute in altre convenzioni: "In partial response to the attacks of September 11, 2001, the United States in particular has relied on the language in Article 33(2) to enact legislation and policies that prioritize anti-terrorism measures above refugee protection" (v. FARMER, *Non refoulement and jus cogens: limiting antiterror measures that threaten refugee protection*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2008, p. 1 ss., alle p. 4 e p. 18); tale conclusione sembrerebbe imporsi, però, almeno per gli Stati membri della CEDU e della Convenzione contro la tortura.

³⁶ Nella causa *H.T.* cit. si faceva una questione della legittimità della revoca, ai sensi dell'art. 24, di un permesso di soggiorno a un cittadino turco, residente in Germania, condannato per attività di fiancheggiamento a favore del PKK, e già riconosciuto come rifugiato. In particolare, il giudice nazionale si chiedeva se una tale revoca potesse essere decisa ai sensi appunto del solo dell'art. 24, per "imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine

delle deroghe al principio di non *refoulement* in senso proprio dei rifugiati, e si è affermato che, benché le conseguenze in capo a questi ultimi possano essere molto gravi³⁷, il respingimento costituisce una facoltà di cui un Paese membro può avvalersi, costituendo “l’estrema ratio alla quale uno Stato membro può ricorrere quando nessun’altra misura è possibile o sufficiente per affrontare il pericolo al quale tale rifugiato espone la sicurezza o la comunità di tale Stato membro”³⁸. Va sottolineato che la Corte in questa sentenza non ha posto come condizione che lo Stato verso cui il rifugiato è respinto sia “sicuro”, accontentandosi di auspicare che gli Stati scelgano opzioni diverse rispetto a un respingimento incondizionato³⁹, quali un respingimento verso uno Stato sicuro o il trattenimento sul proprio territorio.

La differenza in ordine al divieto di respingimento verso Stati non sicuri tra persone che godono della protezione internazionale e persone che ne sono escluse consisterebbe, pertanto, nel fatto che per le prime il *refoulement* è previsto solo per poche ipotesi tipizzate.

3.1. *Il divieto assoluto di respingimento nei casi indicati dall’art. 19 della Carta dei Diritti fondamentali*

Il risultato cui ha portato l’analisi testuale della Convenzione di Ginevra e delle direttive ‘qualifica’ va però integrato sia con l’interpretazione evolutiva

pubblico” oppure fosse necessario operare ai sensi dell’art. 21, par. 2, che permette, in astratto, di derogare al principio di non *refoulement* nel caso in cui il soggetto sia pericoloso per la sicurezza dello Stato o della sua comunità.

³⁷ “Le conseguenze, per il rifugiato di cui trattasi, dell’applicazione della deroga prevista dall’articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2004/83 possono essere estremamente drastiche ... in quanto lo stesso può essere allora respinto verso un paese in cui potrebbe correre il rischio di persecuzioni. Per questa ragione tale disposizione assoggetta la pratica del respingimento a condizioni rigorose, dato che, in particolare, soltanto un rifugiato che è stato condannato con sentenza passata in giudicato per un “reato di particolare gravità” può essere considerato un “pericolo per la comunità di tale Stato membro” ai sensi della citata disposizione. Del resto, anche qualora tali condizioni siano soddisfatte, il respingimento del rifugiato di cui trattasi costituisce soltanto una facoltà lasciata alla discrezione degli Stati membri, che sono liberi di scegliere altre opzioni meno rigorose” (sentenza del 24 giugno 2015 cit., punto 72, corsivo aggiunto).

³⁸ *Ibidem*, punto 71.

³⁹ In particolare, ai sensi dell’art. 21, par. 2, gli Stati membri, “avendo il potere discrezionale di respingere un rifugiato o di non respingerlo, dispongono di tre opzioni. In primo luogo, possono procedere al respingimento del rifugiato di cui trattasi. In secondo luogo, possono espellere il rifugiato verso uno Stato terzo in cui egli non rischia di essere perseguitato o di essere vittima di danni gravi ai sensi dell’articolo 15 di tale direttiva. In terzo luogo, essi possono autorizzare il rifugiato a rimanere nel loro territorio” (punto 43).

delle stesse impostasi nella prassi che con un esame sistematico di altri obblighi cui sono soggetti gli Stati membri, che portano a configurare una diversa nozione di *non refoulement*, più circoscritta, come si vedrà, nel suo oggetto, ma che ricomprende non solo i soggetti meritevoli di protezione internazionale, ma qualunque persona, anche se macchiatasi di crimini contro l'umanità o terrorista. Si tratta quindi di un divieto assoluto⁴⁰, che trova ora espresso fondamento, per i Paesi membri dell'Unione europea, nella Carta dei diritti fondamentali, ma che si è venuto configurando nel tempo attraverso l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e ad altri strumenti internazionali da parte dei Paesi membri e il rinvio che a tali atti è stato fatto dalla normativa e dalla giurisprudenza dell'Unione. Tale principio, ora enunciato all'art. 19, par. 2, della Carta⁴¹, non concerne infatti il diritto di asilo in quanto tale, garantito dall'art. 18, ma il divieto di allontanamento dal territorio di un Paese membro verso uno Stato non sicuro⁴², e costituisce una sorta di norma di chiusura dell'ordinamento, per impedire che i diritti essenziali garantiti a quanti si trovano sottoposti alla giurisdizione di un Paese membro vengano elusi attraverso un loro trasferimento altrove. Si hanno così nell'Unione quattro potenziali livelli di protezione contro il *refoulement*: quello che spetta ai rifugiati in senso proprio e deriva dalle direttive integrate dagli obblighi fissati dalla Convenzione di Ginevra del 1951⁴³, ai sensi dell'art. 21; quello

⁴⁰ È nei confronti di questo principio di *non refoulement* che si può, eventualmente, parlare di *ius cogens*. Vedi ad esempio ALLAIN, *The jus cogens Nature of non refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss. e FARMER, *Non refoulement and jus cogens* cit., p. 1 ss., che ritengono ormai superata, sotto questo profilo, la Convenzione di Ginevra.

⁴¹ Art. 19, par. 2: "Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti".

⁴² Come è noto, non esiste un elenco di Paesi terzi sicuri approvato dall'Unione europea, ma è onere degli Stati membri operare di volta in volta un riscontro in proposito, tenendo in considerazione anche la giurisprudenza della Corte EDU. La Commissione europea ha comunque proposto una lista di Paesi da lei considerati "sicuri", sulla base delle normative interne e della ratifica delle Convenzioni di Ginevra del 1951, che comprende l'Albania, la Bosnia, la Macedonia, il Kosovo, il Montenegro, la Serbia e la Turchia. La provenienza da questi Paesi non esclude l'esame delle domande di asilo eventualmente presentate, ma lo accelera, consentendo un più rapido ritorno nei casi in cui la valutazione delle singole domande confermi la mancanza del diritto d'asilo (vedi il documento della Commissione europea in https://ec.europa.eu/home.../european.../2_eu_safe_countries_of_origin_it.pdf).

⁴³ Su tale ruolo integrativo della Convenzione cfr., ad esempio, le *Conclusioni* di WHATELET cit., punto 112 ss.

garantito dalla protezione sussidiaria; quello (eventuale) derivante dalla protezione nazionale e infine quello - residuale - previsto dall'art. 19, par. 2, della Carta che opera nei casi estremi sopra indicati.

La distinzione ora proposta trova paradigmatica evidenza soprattutto nel caso della protezione sussidiaria. Come noto, questo istituto, cui è stato riconosciuto "carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione dei rifugiati sancito dalla Convenzione di Ginevra", è stato inserito per la prima volta nella direttiva 2004/83, per tenere conto "degli obblighi internazionali derivanti da atti internazionali in materia di diritti dell'uomo e sulla base della prassi seguita negli Stati membri"⁴⁴. Si intendeva così recepire soprattutto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) che, a partire dal caso *Soering*⁴⁵, aveva vietato l'espulsione di un soggetto verso un Paese in cui la persona corresse il rischio di essere sottoposta alla pena di morte o di subire pene o trattamenti disumani o degradanti. L'art. 15 della direttiva aveva quindi inserito, quali danni gravi che imponessero la concessione della protezione sussidiaria, innanzi tutto⁴⁶ la condanna a morte e la tortura o altra forma di pena o di trattamento inumano e degradante nel Paese di origine, estendendo così l'ambito del *non refoulement* dai perseguitati per i motivi indicati nell'art. 2, lett. c) a quanti possano avvalersi almeno dei diritti contemplati dagli articoli 2, 3, 4 CEDU e dalla Convenzione contro la tortura del 1984. Come si è visto, peraltro, la derivazione della direttiva dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati⁴⁷ e il recepimento dell'impostazione di quest'ultima hanno comportato che fossero imposte le clausole di esclusione anche per la protezione sussidiaria⁴⁸, creando in tal modo una lacuna rispetto alla protezione per quanti fossero passibili di pena di morte o trattamenti inumani e degradanti nel paese di

⁴⁴ Considerando n. 24 e 25 della direttiva.

⁴⁵ Corte EDU, sentenza *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88.

⁴⁶ L'ultimo caso indicato di protezione sussidiaria, che è stato poi quello cui maggiormente si è fatto riferimento nella prassi, concerne "la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale" (art. 15, lett. c).

⁴⁷ Oltre, all'esplicito dettato dell'art. 78 TFUE (vedi nota 20) si veda il considerando n. 3 della direttiva 2004/83: "La convenzione di Ginevra ed il relativo protocollo costituiscono la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati".

⁴⁸ Come si è visto, anzi, i motivi di esclusione sono più ampi nel caso della protezione sussidiaria, concernendo anche il caso della pericolosità per lo Stato ex art. 17, par. 1 (nota 25). A queste ipotesi, che operano come quelle indicate nell'art. 12, par. 2, si aggiunge anche la facoltà per uno Stato di escludere dalla protezione sussidiaria chi si sia reso colpevole nel Paese di origine di un reato punibile con la reclusione e sia fuggito per tale motivo (art. 17, par. 3).

origine per la commissione degli atti elencati nell'art. 12, par. 2, e pertanto, per quanto qui interessa, per atti di (o connessi al) terrorismo. Tale lacuna appare confermata altresì dal fatto che solo per i rifugiati il principio di *non refoulement* è garantito, oltre che dalle disposizioni della direttiva, dal richiamo agli altri obblighi internazionali degli Stati membri (art. 21, par. 1). Di fatto, l'encomiabile intento di 'costruire' per quanto possibile la protezione sussidiaria sulla falsariga dello *status* di rifugiato ha comportato che essa sia venuta meno proprio alla sua funzione precipua di garantire il principio di non respingimento verso Stati che praticino la pena di morte o infliggano trattamenti inumani o degradanti, a prescindere dal comportamento della persona.

Il principio 'assoluto' di *non refoulement* verso Paesi non sicuri doveva trovare pertanto una garanzia ulteriore rispetto a quella derivante dalla Convenzione di Ginevra e dal sistema delle direttive 204/83 e 2011/95, garanzia che, prima dell'entrata in vigore della Carta e del suo art. 19, insisteva soprattutto sulla giurisprudenza della Corte EDU⁴⁹. Anche in seguito, però, come si è visto soprattutto nella sentenza *H. T.*, la giurisprudenza della Corte di giustizia è sembrata ammettere un respingimento, in casi estremi, anche verso Paesi non sicuri. In realtà, una compiuta disanima del modo di operare del principio di *non refoulement* nel caso sia di esclusione dallo *status* di rifugiato che di applicabilità delle deroghe previste dagli articoli 14, par. 4, e 21, par. 2 non è stata operata in quanto, di fatto, nelle cause *B e D* e *H. T.* non si poneva in concreto un rischio di allontanamento verso un Paese non sicuro⁵⁰; anche nella più recente causa *Lounani* le domande pregiudiziali concernevano esclusivamente i presupposti di applicazione delle clausole di

⁴⁹ Si veda ad esempio *Chahal c. Regno Unito*, sentenza 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93, che ha affermato il carattere assoluto e inderogabile dell'art. 3 CEDU, chiarendo che "to this extent the Convention provides wider guarantees than Articles 32 and 33 of the 1951 Convention": infatti nel caso l'extradizione venne negata benché la Corte avesse ammesso che Chahal costituiva una probabile minaccia per la sicurezza dello Stato. Si ricordino anche le disposizioni contenute nella Convenzione contro la tortura e nel Patto sui diritti civili e politici: si è osservato in proposito che questi tre atti internazionali "protect individuals from refoulement in cases of torture or cruel, inhuman or degrading treatment without exception. In effect, non-refoulement in these contexts provides absolute protection for fundamental rights. Non-refoulement in the refugee context provides far less complete protection for norms that are equally fundamental, such as the right to life" (FARMER, op. cit., p. 18 s.).

⁵⁰ B. e D. potevano infatti avvalersi della protezione umanitaria, e H. T. aveva già visto sospendere la procedura di espulsione in "considerazione della comunità di vita familiare che il sig. T. formava con la moglie e i figli minori e tenuto conto del permesso di soggiorno a tempo indeterminato che gli era stato rilasciato in precedenza e del diritto di asilo che gli era stato conferito e dello *status* di rifugiato riconosciutogli" (punto 37).

esclusione, ma non gli eventuali effetti⁵¹. Di particolare interesse appaiono perciò le *Conclusioni* presentate il 21 giugno 2018 dall'Avvocato generale Wathelet sull'interpretazione delle deroghe al principio di *non refoulement* contenute sia nella Convenzione di Ginevra che nelle direttive 'qualifiche', conclusioni che, per il loro carattere di absolutezza, non possono non valere anche per quanti risultino destinatari delle clausole di esclusione. A suo avviso, infatti, già gli obblighi internazionali richiamati dall'art. 21 "neutralizzano ormai ampiamente l'eccezione al principio di non respingimento" prevista negli art. 21, par. 2, e 14, paragrafi 4 e 5, nei confronti dei rifugiati⁵². Inoltre, l'articolo 19, paragrafo 2, "così come l'articolo 4 della Carta, che vieta la tortura nonché la sottoposizione a tali pene o trattamenti, non ammette alcuna deroga", talché prevale sulle più permissive norme della Convenzione di Ginevra⁵³ e vincola in via generale gli Stati anche rispetto a quanti risultano soggetti alle clausole di esclusione⁵⁴.

3.2. Status diverso di cui si avvalgono rifugiati e persone che possono avvalersi dell'art. 19 della Carta

Il fatto che chiunque, rifugiato o meno, possa avvalersi del principio di *non refoulement* nei termini descritti comporta evidentemente un onere cospicuo per i Paesi ospiti, che non possono allontanare dal proprio territorio neppure persone che si siano macchiate di crimini gravissimi o pericolose per la propria sicurezza o per quella della propria comunità⁵⁵,

⁵¹ Nella sentenza *B. e D.*, comunque, la Corte di giustizia ha sottolineato che: "... l'esclusione di una persona dallo status di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2, della direttiva non comporta una presa di posizione relativamente alla distinta questione se detta persona possa essere espulsa verso il suo paese d'origine" (punto 110), implicitamente escludendo tale ipotesi. Su questa sentenza e la prassi successiva seguita dagli Stati vedi WALSH, *Exclusion from International Protection for Terrorist Activities under EU Law: from B & D to Lounani*, <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/exclusion-international-protection-terrorist-activities-under-eu-law-b-d-lounani>, 3 febbraio 2017.

⁵² Punto 57 delle *Conclusioni*.

⁵³ "Di conseguenza, ... laddove il respingimento esponga il rifugiato al rischio effettivo di subire la pena di morte o trattamenti vietati dall'articolo 4 della Carta, dall'articolo 3 della CEDU, nonché dagli altri obblighi internazionali menzionati al paragrafo precedente, la facoltà di derogare al principio di non respingimento prevista dall'articolo 33, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra e all'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2011/95, rappresenta solo una possibilità teorica in capo agli Stati membri, la cui attuazione concreta è ormai vietata in nome della tutela dei diritti fondamentali" (*ibidem*, punto 61).

⁵⁴ *Ibid.*, punto 59.

⁵⁵ L'alternativa, talvolta proposta, di sanzionare direttamente tali soggetti (vedi ad esempio

a meno che la destinazione sia uno Stato sicuro⁵⁶. Se questo “diritto di soggiorno” *lato sensu* costituisce un minimo comun denominatore, gli altri diritti da attribuire divergono sensibilmente a seconda dello *status* che viene riconosciuto al soggetto presente nel territorio dello Stato e appare pertanto importante appurare se operino o meno le clausole di esclusione.

Lo *status* di rifugiato e di avente titolo alla protezione sussidiaria si sostanzia infatti non solo nella protezione dal respingimento richiamata dall'art. 21, ma nel riconoscimento di una serie di diritti, indicati negli articoli 22 ss., tra i quali il diritto al lavoro, al mantenimento del nucleo familiare, all'accesso all'istruzione e al lavoro, alle cure mediche, etc.; a seguito della direttiva 2011/51⁵⁷, inoltre, ai destinatari della protezione internazionale è stato esteso il trattamento dei residenti di lungo soggiorno, previsto dalla direttiva 2003/109⁵⁸. Tale *status* va quindi distinto da quello

ECRE, *Position* cit., punti 59 ss.; GILBERT, op. cit., p. 430, secondo cui addirittura, “if an applicant is excluded from refugee *status*, national and international law imposes a legal obligation to proceed to prosecution”) può risultare non applicabile qualora manchino nell'ordinamento interno adeguati titoli di giurisdizione o i comportamenti non abbiano ancora configurato illeciti penalmente perseguibili, pur essendovi prove della pericolosità del soggetto. Infatti, lo “standard della prova per incriminare un individuo è necessariamente più elevato di quello necessario per escludere uno straniero dal godimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra” (VITIELLO, *Il divieto di refoulement nel diritto internazionale*, tesi di Dottorato, XXV ciclo, Università la Sapienza, Roma, p. 60). Anche la possibilità di estradare il soggetto verso un Paese terzo sicuro, che abbia titolo per esercitare la giurisdizione e intenda tentare un processo, seppur auspicata (vedi ECRE, op. cit., punto 61) non trova molti riscontri nella prassi.

⁵⁶ Si veda a titolo di esempio Corte EDU, *Saadi c. Italia*, sentenza 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, in cui si faceva questione dell'espulsione verso la Tunisia di una persona sospettata di essere un terrorista e già condannata in Tunisia a venti anni di detenzione per tale motivo. La Corte ha affermato che pur non dovendosi “sottostimare l'ampiezza del pericolo che oggi rappresenta il terrorismo e la minaccia che incombe sulla collettività” (par. 137), essendo “assoluta la protezione contro i trattamenti proibiti dall'articolo 3, tale disposizione impone di non estradare o espellere una persona quando questa corre il rischio reale di essere sottoposta a tali trattamenti nel Paese di destinazione. ... A tal riguardo, i comportamenti delle persone considerate, per quanto siano indesiderabili o pericolose, non devono essere presi in considerazione e ciò rende la protezione assicurata dall'articolo 3 più ampia di quella prevista dagli articoli 32 e 33 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 relativa allo *status* di rifugiato ...” (par. 138). Quindi, poiché le assicurazioni presentate dal governo tunisino non sembravano sufficienti, “se la decisione di espellere l'interessato verso la Tunisia fosse eseguita, violerebbe l'articolo 3 della Convenzione” (par. 149).

⁵⁷ Direttiva 2011/51 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2011 che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale, in G.U.U.E. L 132 del 19 maggio 2011.

⁵⁸ Direttiva 2003/109 del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in G.U.C.E. L 16 del 23 gennaio 2004.

di una persona che, ad altro titolo, possa rimanere in uno Stato membro, come a seguito della concessione di un asilo politico nazionale⁵⁹ o dell'art. 19 della Carta e, finché permane (ossia sino a che non si riscontri, ai sensi dell'art. 14, par. 3, che avrebbero dovuto operare le clausole di esclusione), dà titolo al godimento dei diritti indicati.

Secondo la Corte di giustizia, è operabile una distinzione tra la qualità di rifugiato e lo statuto che le direttive gli riconoscono⁶⁰, che può essere sottoposto a deroghe e limitazioni solo se non incompatibili con la qualità predetta. Già nella sentenza *H. T.*, quindi, la Corte aveva affermato che, non ostante la revoca a un rifugiato di un permesso di soggiorno per “imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico” ai sensi dell'art. 24 della direttiva 2011/95, questi continuava a godere delle prestazioni indicate nel Capo VII della direttiva stessa, poiché comunque ancora in possesso del titolo di rifugiato⁶¹. La questione si è riproposta con riferimento all'art. 14, par. 6, della medesima direttiva⁶², che prevede che quanti risultino soggetti alla revoca, cessazione e mancato rinnovo dello *status* di rifugiato per i motivi elencati nell'art. 14, par. 4⁶³, continuano a godere solo “dei diritti analoghi conferiti dagli articoli 3, 4, 16, 22, 31 e 32 e 33 della Convenzione di Ginevra, o di diritti analoghi”⁶⁴. Per l'Avvocato generale, poiché l'art.

⁵⁹ Sentenza *B e D*, cit., punto 117: “La direttiva, al pari della Convenzione di Ginevra, muove dal principio che gli Stati membri di accoglienza possono accordare, in conformità del loro diritto nazionale, una protezione nazionale accompagnata da diritti che consentano alle persone escluse dallo *status* di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2, della direttiva di soggiornare nel territorio dello Stato membro considerato”.

⁶⁰ “La rilevanza di questa distinzione risiede nel fatto che il mantenimento di tale qualità implica che tale persona abbia il diritto non solo alla protezione dell'UNHCR (37) e di qualsiasi altro Stato parte della Convenzione di Ginevra nel caso in cui lasci lo Stato membro, ma anche, fintantoché resti nello Stato membro medesimo, al godimento dei diritti che tale convenzione garantisce a qualsiasi rifugiato indipendentemente dalla regolarità del soggiorno (argomento sul quale tornerò in prosieguo)” (Whatelet, *Conclusioni* cit., punto 75).

⁶¹ Per la Corte, infatti “... , anche se privo del permesso di soggiorno, l'interessato resta un rifugiato e conserva a tale titolo il diritto alle prestazioni che il capo VII di tale direttiva garantisce a qualsiasi rifugiato ..., in particolare il diritto alla protezione contro il respingimento, al mantenimento dell'unità familiare, al rilascio di documenti di viaggio, all'accesso all'occupazione e all'istruzione, all'assistenza sociale, all'assistenza sanitaria e all'alloggio, alla libertà di circolazione all'interno dello Stato membro e all'accesso agli strumenti d'integrazione” (punto 95).

⁶² Vedi le cause riunite C-391/16, *M*, C-77/17, *X* e C-78/17, *X*, citate.

⁶³ Vedi *supra* nota 27.

⁶⁴ Tali diritti concernono il divieto di discriminazioni, la libertà religiosa, il diritto di adire i tribunali, il diritto all'educazione pubblica e il divieto di respingimento, con le eccezioni previste dall'art. 33, par. 2. Questa disposizione è stata criticata dal UNHCR, *Commentaires*

14, par. 4, non può inserire nuove cause di esclusione, a pena di invalidità della direttiva stessa⁶⁵, coloro che rientrano nelle ipotesi ivi contemplate mantengono comunque la qualità di rifugiato, che deriva direttamente dalla Convenzione di Ginevra⁶⁶: di conseguenza, in via di principio devono essere riconosciuti loro anche gli altri diritti enunciati da quest'ultima, che sono in larga parte coincidenti con i diritti previsti dal Capo VII della direttiva⁶⁷.

4. *Nozione di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite*

Risulta da quanto detto sinora che coloro che rientrano nella nozione di rifugiato possono avvalersi di tutti i diritti che la Convenzione di Ginevra del 1951 riconosce loro, quali che siano le (apparentemente?) diverse previsioni della direttiva 2011/95. Solo l'applicazione delle clausole di esclusione permette pertanto agli Stati membri dell'Unione di sottrarsi a tali oneri, fatti salvi il principio di *non refoulement* e i diritti fondamentali riconosciuti a chiunque in base alla CEDU e alla Carta dei diritti fondamentali: ogni diversa ipotesi, compresa la pericolosità del soggetto per lo Stato ospite (art. 14, paragrafi 4-6, art. 21, par. 2), appare a tal fine irrilevante.

E' quindi evidente l'importanza di una definizione esatta dei comportamenti che giustificano l'esclusione dallo *status* di rifugiato: per i terroristi o i loro fiancheggiatori, come accennato, si pone un problema interpretativo non ancora del tutto risolto, che deriva dalle fonti cui si

annotés du HCR sur la [directive 2004/83] cit., p. 32 s., secondo cui “gli Stati sono comunque tenuti a riconoscere i diritti di [tale convenzione] che non richiedono un soggiorno regolare e che non prevedono eccezioni finché il rifugiato rimanga sotto la giurisdizione dello Stato interessato”.

⁶⁵ Vedi punti 74 ss. delle *Conclusioni*, soprattutto punto 85. Come si è visto, la questione dell'incompatibilità dell'art. 14, paragrafi 4-6 con la Convenzione di Ginevra è ancora all'esame della Corte, ma l'Avvocato generale ne ha proposto un'interpretazione restrittiva, affermando che la facoltà di revoca e cessazione incide sulla “decisione con cui gli Stati hanno concesso i diritti previsti al capo VII della direttiva medesima ai rifugiati ricompresi nella sfera di applicazione di detta disposizione, senza che tale decisione incida sulla qualità di rifugiato di questi ultimi né comporti l'illegittimità della decisione con cui tale qualità sia stata loro riconosciuta” (punto 135, 1).

⁶⁶ Del resto, il considerando n. 14 della direttiva 2004/83 precisava che “Il riconoscimento dello *status* di rifugiato è un atto dichiaratorio”: il rifugiato rimane quindi tale anche se gli Stati gli abbiano revocato tale qualifica ai sensi della direttiva. Il principio è stato ripreso anche dal considerando n. 21 della direttiva 2011/95, a termini del quale “Il riconoscimento dello *status* di rifugiato è un atto ricognitivo”.

⁶⁷ Punto 135.

attinge per l'esegesi dell'art. 12, par. 2, lett. c).

La principale difficoltà nel definire il contenuto della clausola di esclusione prevista dalla Convenzione di Ginevra all'art. 1, par. F, lett. c) era stata riscontrata nella genericità⁶⁸ del riferimento alle persone che "si sono rese colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite"⁶⁹. Questa ipotesi di esclusione è stata ripresa, e in parte specificata e ampliata, nell'art. 12, par. 2, lett. c) della direttiva 2004/83, che si riferisce a chi "si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite" e nel successivo par. 3, a termini del quale: "Il paragrafo 2 si applica alle persone che istigano o altrimenti concorrono alla commissione dei reati o atti in esso menzionati", così allargando l'ambito delle persone escludibili dallo *status* di rifugiato⁷⁰. Nel considerando n. 22 della medesima direttiva 2004/83, inoltre, si fa riferimento, oltre al preambolo e agli articoli 1 e 2 dello Statuto, alle "risoluzioni delle Nazioni Unite relative alle misure di lotta al terrorismo", nelle quali è dichiarato che "atti, metodi e pratiche di terrorismo sono contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite" e che "chiunque inciti, pianifichi, finanzia deliberatamente atti di terrorismo

⁶⁸ Vedi per tutti UNHCR, *The Exclusion Clauses: Guidelines on their Application* cit., secondo cui "The broad, general terms of the purposes and principles of the UN offer little guidance on the types of acts which would deprive a person of the benefits of refugee status". Tale conclusione appare confermata dai lavori preparatori, in ordine ai quali GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, 1972, p. 283, ha sostenuto: "It appears from the records that those who pressed for the inclusion of the clause had only vague ideas as to the meaning of the phrase 'acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. (...) ...it is easily understandable that the Social Committee of the Economic and Social Council expressed genuine concern, feeling that the provision was so vague as to be open to abuse. It seems that agreement was reached on the understanding that the phrase should be interpreted very restrictively".

⁶⁹ Inoltre, è stato affermato che "since acts contrary to the purposes and principles of the United Nations are those perpetrated by States, it would tend to consistency within international law to confine the scope of Article 1F(c) to acts committed by persons in high office in government or in a rebel movement that controls territory within the State" (GILBERT, op. ult. cit., p. 457). La situazione è mutata a seguito dell'inserzione - non accolta peraltro da tutti per le sue rilevanti implicazioni politiche - del terrorismo, anche individuale, tra gli atti considerati rientrare nell'ipotesi dell'art. 1, par. F, lett. c) ad opera delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza.

⁷⁰ Per PEERS, *Foreign fighters' helpers excluded from refugee status: the ECJ clarifies the law*, in eulawanalysis.blogspot.com/.../foreign-fighters-helpers-exclude, 31 gennaio 2017, p. 1, "the EU rules differ from the UN rules to the extent that ... they apply the exclusion to those who 'incite or otherwise participate' in all three categories of acts leading to exclusion."

compie attività contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite⁷¹. Si sono in tal modo ricondotti espressamente nell'ambito di operatività della clausola di esclusione prevista al punto c) l'attività terroristica e il suo fiancheggiamento, ma sono rimasti come accennato dubbi interpretativi derivanti dall'ampiezza delle ipotesi contemplate nelle risoluzioni; anche i criteri seguiti dalla Corte nell'applicazione dell'art. 12, par. 2, lett. c) non sono risultati sempre univoci. Per superare almeno alcune delle questioni sollevate, pertanto, nella *Relazione* alla proposta di regolamento che dovrebbe sostituire la direttiva 2011/95, si è ritenuto opportuno inserire nel nuovo art. 12 una disposizione "per chiarire che la commissione di determinati reati (in particolare gli atti particolarmente crudeli e gli atti di terrorismo) giustifica l'esclusione dallo *status* di rifugiato anche se tali reati sono commessi con un obiettivo politico⁷²".

La difficoltà della Corte nel decidere se le persone per le quali si prospettava l'applicazione della clausola di esclusione fossero effettivamente da considerarsi dei terroristi ai fini dell'art. 12, par. 2, lett. c) è emersa soprattutto nella sentenza *B e D* del 2010, con riferimento a soggetti accusati di fare parte di organizzazioni terroristiche turche. I giudici hanno infatti premesso che secondo le risoluzioni 1373(2001) e 1377(2001) del Consiglio di Sicurezza "gli atti di terrorismo internazionale sono, in linea generale e indipendentemente dalla partecipazione di uno Stato, atti contrari alle finalità ed ai principi delle Nazioni Unite", e che di conseguenza l'art. 12, par. 2, lett. c) è applicabile "anche ad una persona che, nell'ambito della sua appartenenza ad un'organizzazione ... sia stata coinvolta in atti terroristici aventi una dimensione internazionale", ma hanno sottolineato che la partecipazione ad una organizzazione terroristica non può comportare in modo automatico l'esclusione di tale persona dallo *status* di rifugiato a norma di dette disposizioni, in quanto la circostanza che una persona abbia attivamente sostenuto la lotta armata condotta da un'organizzazione coinvolta in atti terroristici "non costituisce di per sé un fondato motivo per ritenere che la persona considerata abbia commesso un "reato grave di diritto comune" o "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite⁷³". Per la Corte, quindi, si doveva fare una "valutazione caso per caso di fatti precisi al fine di determinare se atti commessi dall'organizzazione considerata rispondano alle condizioni fissate da dette disposizioni" e soprattutto se vi siano fondati motivi per ritenere che una responsabilità individuale nel

⁷¹ Questa dizione è integralmente ripresa nel considerando n. 31 della direttiva 2011/95.

⁷² Vedi Commissione europea, Bruxelles, 13 luglio 2016, COM(2016)466 final cit., commento all'art. 12 p. 14..

⁷³ Vedi punto 99.

compimento di tali atti possa essere ascritta alla persona considerata⁷⁴. In via di principio, le conclusioni della sentenza sulla necessità di una verifica del comportamento effettivamente attribuibile a un richiedente asilo nell'ambito di un'organizzazione e sul rifiuto di ogni automatismo devono essere condivise; dubbi sull'applicabilità di detti principi nelle cause in esame si pongono però se si considera che, come risulta dagli atti, uno dei richiedenti aveva partecipato attivamente alla lotta armata e l'altro aveva combattuto nella guerriglia ed era stato un alto funzionario del PKK⁷⁵. Dalla sentenza emerge una sorta di difficoltà intellettuale a qualificare come terroristi delle persone per la mera militanza in organizzazioni la cui attività è condannata dalle risoluzioni delle Nazioni Unite – come se i parametri adottati da queste ultime dovessero essere in qualche modo verificati⁷⁶ – e viene quindi richiesta la prova della commissione di atti individuali che assurgano a una certa gravità⁷⁷.

⁷⁴ Vedi punti 94 e 95. Secondo la Corte, “ ... l'autorità competente deve esaminare in particolare il ruolo effettivamente svolto dalla persona considerata nel compimento degli atti in questione, la sua posizione all'interno dell'organizzazione, il grado di conoscenza che essa aveva o si poteva presumere avesse delle attività di quest'ultima, le eventuali pressioni alle quali sia stata sottoposta o altri fattori atti ad influenzarne il comportamento. Un'autorità che, nel corso di tale esame, accerti che la persona considerata aveva occupato, come D, una posizione preminente in un'organizzazione che impiega metodi terroristici può presumere che tale persona abbia una responsabilità individuale per atti commessi da detta organizzazione durante il periodo rilevante, ma resta tuttavia necessario l'esame di tutte le circostanze pertinenti prima che possa essere adottata la decisione di escludere tale persona dallo *status* di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2, lettere *b*) o *c*), della direttiva” (punti 97 s.) .

⁷⁵ In particolare, il Bundesverwaltungsgericht aveva chiesto (punto 67): “1) Se si configuri un reato grave di diritto comune ovvero un atto contrario alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, ai sensi dell'art. 12, n. 2, lett. *b*) e *c*), della direttiva (...), nel caso in cui : 1) il richiedente asilo abbia fatto parte di un'organizzazione che è iscritta nell'elenco delle persone, dei gruppi e delle entità di cui all'allegato della posizione comune (2001/931) e che opera con metodi terroristici, e il detto richiedente abbia attivamente sostenuto la lotta armata di tale organizzazione; 2) lo straniero sia stato coinvolto per anni, in quanto combattente e funzionario, e per un periodo anche come membro del comitato direttivo, in un'organizzazione (nella fattispecie: il PKK) che nella sua lotta armata contro lo Stato (nella fattispecie: la Turchia) ha continuato ad applicare metodi terroristici e che risulta iscritta nell'elenco delle persone, dei gruppi e delle entità di cui all'allegato della posizione comune (2001/931) e detto straniero abbia con ciò attivamente sostenuto la lotta armata di tale organizzazione occupando in essa una posizione preminente”.

⁷⁶ Sembra ritrovarsi nella sentenza in esame un eco della giurisprudenza *Kadi* (vedi sentenza 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, in *Raccolta*, p. 1-6351 ss.) in merito all'obbligo di non conformarsi supinamente agli atti, seppure vincolanti, delle Nazioni Unite, e di garantire comunque la tutela dei diritti fondamentali.

⁷⁷ Sui principi affermati nella sentenza *B e D* e sulla prassi seguita in seguito negli Stati membri a proposito della clausola di esclusione considerata vedi WALSH, op. cit., p. 3

L'accentuarsi del pericolo terrorista e l'adozione di nuove risoluzioni delle Nazioni Unite⁷⁸ hanno portato la Corte, nella sentenza *Lounani* del 31 gennaio 2017, ad estendere a nuove fattispecie la clausola di esclusione prevista dall'art. 12, par. 2, lett. c)⁷⁹, affermando che l'esclusione dello *status* di rifugiato prevista dalla direttiva non è limitata agli autori diretti di atti di terrorismo "ma può anche estendersi a soggetti che svolgono attività di reclutamento, organizzazione, trasporto o equipaggiamento a favore di individui che si recano in uno Stato diverso dal loro Stato di residenza o di cui hanno la cittadinanza allo scopo, segnatamente, di commettere, organizzare o preparare atti di terrorismo"⁸⁰. La Corte è stata chiamata a

ss., secondo cui in tale decisione "the Court emphatically stated that there can be no exclusion for membership of a terrorist organisation alone".

⁷⁸ Si vedano in particolare le risoluzioni 1624 (2005) del 14 settembre 2005 (che invita gli Stati ad adottare misure contro il terrorismo, sanzionando anche "chiunque fornisca sostegno al finanziamento, all'organizzazione, alla preparazione o alla commissione di atti di terrorismo, vi concorra, vi partecipi o tenti di parteciparvi, o dia rifugio ai loro autori") e 2178 (2014) del 24 settembre 2014 (che promuove la lotta contro i *foreign fighters*). È da sottolineare come nella sentenza *B e D* citata la Corte non abbia richiamato la Risoluzione 1624/2005, limitandosi a citare le risoluzioni, aventi un oggetto più limitato, 1373 e 1377 del 2001.

⁷⁹ Su questa sentenza, vedi ad esempio COUTTS, *Terror and Exclusion in EU Asylum Law Case – C-573/14 Grand Chamber, 31 January 2017*, in *European Law Blog*, 3 marzo 2017, <http://europeanlawblog.eu/2017/03/03/terror-and-exclusion-in-eu-asylum-law-case-c-57314-lounani-grand-chamber-31-january-2017>; DI MAIO, *La "qualifica" di rifugiato e le politiche anti-terrorismo. Nuovi sviluppi per il diritto d'asilo UE con il caso Lounani*, in *Diritti comparati*, 16 marzo 2017, <http://www.diritticomparati.it/la-qualifica-di-rifugiato-e-le-politiche-anti-terrorismo-nuovi-sviluppi-per-il-diritto-dasilo-ue-con-il-caso-lounani>; MESSINA, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla portata della nozione di "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite" ai fini del rifiuto dell'attribuzione dello status di rifugiato ai sensi della "direttiva qualifiche"*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 136 ss.; NARDONE, *Il supporto logistico al terrorismo e le cause di esclusione dello status di rifugiato nel diritto UE. La CGUE sviluppa la sua interpretazione nel caso Lounani*, in *Osservatorio costituzionale*, 19 ottobre 2017; PEERS, *Foreign fighters' helpers* cit., p. 1 ss. Sottolinea le novità della sentenza *Lounani*, WALSH, op. cit., secondo cui "the Court now actively uses Security Council Resolutions and the Framework Decision 2002/475 to determine the scope of Article 12(2). It is an interesting new departure from the international law of the Refugee Convention. Now, as a result of Article 12(3) of the Qualification Directive, the scope of Article 1F, in Europe at least, is greatly widened ...".

⁸⁰ *Comunicato stampa* della Corte n. 9/17 Lussemburgo, 31 gennaio 2017, intitolato "Una domanda di asilo può essere respinta qualora il richiedente abbia partecipato alle attività di una rete terroristica". Nella sentenza la Corte fa ampio riferimento alla Risoluzione 1624 traendone la conseguenza "... che la nozione di "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite" di cui all'articolo 1, sezione F, lettera c), della Convenzione di Ginevra e all'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83, non può essere interpretata come limitata alla commissione di atti di terrorismo quali precisati nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza (in prosieguo: gli "atti di terrorismo")" (punto 48).

pronunciarsi, tra l'altro, sul rapporto tra la normativa antiterrorismo e la clausola di esclusione in oggetto sotto un profilo nuovo rispetto a quello considerato nella sentenza *B e D*, e cioè sul fatto se costituisca condizione necessaria per l'esclusione dalla qualifica di rifugiato una previa condanna per uno dei reati terroristici previsti dall'art. 1, par. 1, della decisione quadro 2002/475⁸¹. La Corte ha respinto questa tesi, distinguendo tra le finalità e il contenuto delle clausole di esclusione, da ricostruire alla luce della direttiva e della Convenzione di Ginevra, e la *ratio* della decisione quadro 2002/475, che "mira al ravvicinamento, in tutti gli Stati membri, della definizione di reati terroristici, ivi compresi quelli riconducibili a organizzazioni terroristiche". Questa distinzione era già stata affermata nella sentenza precedente, ma in quel caso la Corte aveva sottolineato il diverso approccio tra l'art. 12, par. 2, lettere *b*) e *c*) della direttiva 2004/83 che, come la Convenzione di Ginevra, è "essenzialmente umanitario", e la decisione quadro 2002/475, per negare che la partecipazione alle attività di un'associazione da qualificare come terroristica ai sensi della decisione quadro citata fosse da considerare automaticamente come rientrante nell'ambito di efficacia della clausole di esclusione⁸². Nella sentenza più recente, invece, visto l'ampliamento dell'oggetto dell'art. 12, par. 2, lett. *c*), ha stabilito che può essere esclusa dallo *status* di rifugiato anche una persona che non abbia commesso atti penalmente perseguibili⁸³. Tale conclusione pare dettata da un'adesione ormai in parte "acritica" della Corte alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in materia di terrorismo⁸⁴,

⁸¹ Come si è visto (nota 4), tale decisione quadro è stata modificata dalla direttiva 2017/541. L'art. 3 elenca i reati direttamente qualificabili come atti di terrorismo, l'art. 4, il cui contenuto è estremamente ampio, le attività "riconducibili a un gruppo terroristico", che vanno comunque sanzionate penalmente.

⁸² Vedi punti 93 ss. della sentenza *B e D*. Per una posizione pienamente adesiva alla distinzione tra le norme relative all'esclusione dallo *status* di rifugiato e le disposizioni penali antiterrorismo vedi anche le *Conclusioni* dell'Avvocato generale Sharpston nella causa *Lounani*, presentate il 31 maggio 2016, ECLI:EU:C:2016:380, punti 52 ss., e riprese nella sentenza. Ritieni invece che tale distinzione, benché condivisibile in teoria, sia ormai inficiata nella prassi COUTTS, op. cit.

⁸³ Vedi la sentenza *Lounani*, cit., punti 52 ss.

⁸⁴ Come si è visto, tale atteggiamento deriva dal considerando del Preambolo della direttiva 2011/95, che però si limita ad affermare che "Gli atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite sono enunciati nel preambolo e agli articoli 1 e 2 della carta delle Nazioni Unite e si rispecchiano, tra l'altro, nelle risoluzioni delle Nazioni Unite relative alle misure contro il terrorismo...", operando una distinzione tra l'essere "enunciati" e "rispecchiati". La Corte potrebbe quindi rivendicare per se stessa un più ampio ambito di autonomia interpretativa, anche per meglio rispettare la *ratio* della Convenzione di Ginevra (vedi *infra* le Conclusioni).

che qualificano come contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite una serie sempre più vasta di attività, andando probabilmente oltre quanto era ricavabile dalla Convenzione di Ginevra. La conseguenza è che nel 2010, per la Corte, la clausola di esclusione non operava automaticamente nemmeno nei confronti di persone resesi colpevoli di atti sanzionati dalla decisione quadro 2002/475, perché prevaleva il fine umanitario della direttiva 2004/83, mentre nel 2017 la clausola si applica anche ad attività non ancora penalmente rilevanti purché condannate nelle Risoluzioni 1624 (2005) e 2178 (2014)⁸⁵. Si prende quindi atto di uno ‘scollamento’ – cui porrà termine il recepimento da parte degli Stati della direttiva 2017/541⁸⁶ – tra il contenuto delle più recenti risoluzioni dell’ONU sulla lotta al terrorismo, che condannano chi sostiene a qualunque titolo questo fenomeno⁸⁷ e ampliano considerevolmente la sfera di applicazione dell’art. 12, par. 2, lett. c) che ad esse si richiama, e le disposizioni penali, che sanzionano solo la commissione di atti di terrorismo in senso proprio.

5. Assenza di presunzioni operanti a favore delle clausole di esclusione

La maggiore novità contenuta nella sentenza *Lounani* consiste nell’inserzione di nuove ipotesi di attività da ricondurre all’ipotesi contemplata dall’art. 12, par. 2, lett. c), e in particolare il fiancheggiamento di organizzazioni terroristiche⁸⁸. La Corte ha ribadito invece, nei limiti che si vedranno di seguito, la propria giurisprudenza sull’obbligo, per le amministrazioni e i giudici nazionali, di compiere un esame individuale ed accurato del comportamento tenuto dal soggetto, evitando qualunque automatismo⁸⁹. In effetti, questa discrezionalità pare contrastare con

⁸⁵ Risoluzione adottata dal Consiglio di sicurezza il 24 settembre 2014, (“on threats to international peace and security caused by foreign terrorist fighters”).

⁸⁶ La direttiva in questione recepisce infatti in larga parte il contenuto delle ultime risoluzioni, al punto da far sollevare dubbi in ordine alla sua conformità con i diritti fondamentali, soprattutto sotto il profilo della libertà di espressione. Vedi, ad esempio, DE LUCA, *La direttiva 2017/541/UE e il difficile bilanciamento tra esigenze di pubblica sicurezza e rispetto dei diritti umani*, in rivista.eurojus.it/, 3 luglio 2017.

⁸⁷ Vedi la sentenza *Lounani*, punti 47 ss.

⁸⁸ *Ibidem*, punto 66: “... dalle risoluzioni pertinenti del Consiglio di sicurezza ... , emerge che la nozione di ‘atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite’ non è limitata agli atti di terrorismo” ma si estende a attività di fiancheggiamento e supporto, anche logistico.

⁸⁹ Vedi sentenza *B e D*, punti 92 ss. In quel caso, la Corte aveva concluso che “l’esclusione dallo *status* di rifugiato di una persona che abbia fatto parte di un’organizzazione che

l'intento, certamente rilevabile nelle varie risoluzioni, di considerare una serie di attività di per sé contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite. Come sopra accennato, il non facile bilanciamento tra queste esigenze risiede, per la Corte, nell'ammettere che le suddette attività rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 12, paragrafi 2, lett. c), e 3, ma nel richiedere, al contempo, che le autorità dello Stato membro interessato procedano, per ciascun caso individuale, ad una valutazione dei fatti commessi dall'interessato⁹⁰. Benché parte della dottrina si sia espressa nel senso di una sostanziale continuità giurisprudenziale sul punto rispetto alla decisione *B e D*⁹¹, sembra di potersi ricavare che nella sentenza *Lounani* la Corte abbia definito con rinvio alle risoluzioni delle Nazioni Unite le nuove ipotesi che attivano la clausola di esclusione, rimandando alle autorità nazionali una valutazione non sull'interpretazione di tali ipotesi (es. se un'attività di supporto logistico sia da configurare come atto di fiancheggiamento), ma sulla riconducibilità a queste ultime dei comportamenti concretamente tenuti⁹², in modo non dissimile da quanto fa un giudice penale qualificando un comportamento per poi procedere alla sanzione. In questa opera, pur non potendo avvalersi di presunzioni in senso proprio, l'autorità nazionale può attribuire "particolare importanza" a preve sentenze di condanna per partecipazione all'attività di gruppi terroristici o allo svolgimento di un ruolo dirigente in queste ultime⁹³.

Dall'analisi sin qui compiuta risulta come i giudici di Lussemburgo

impiega metodi terroristici è subordinata ad un esame individuale di fatti precisi che consenta di valutare se sussistano fondati motivi per ritenere che, nell'ambito di tali attività all'interno di detta organizzazione, la persona considerata abbia commesso un reato grave di diritto comune o si sia resa colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, o che essa abbia istigato o altrimenti concorso alla commissione di un reato o di atti siffatti ai sensi dell'art. 12, n. 3, della direttiva".

⁹⁰ Punto 72.

⁹¹ Vedi ad esempio i lavori citati di COUTTS, DI MAIO e NARDONE.

⁹² In effetti, "la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico può coprire un ampio spettro di comportamenti di un grado di gravità variabile" (punto 71): è sull'accertamento del comportamento individuale che si deve esprimere l'autorità competente nazionale, che può essere guidata da una serie di indicazioni fornite dalla Corte (punti 74 ss.). Si ritiene che si dovrebbe tener conto anche delle circostanze indicate dall'UNHCR nelle *Linee guida sulla protezione internazionale n. 5: Applicazione delle clausole di esclusione: articolo 1F della Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati, 4 settembre 2003 (punti 34 e 35), allegata al Manuale sulle procedure e i criteri per la determinazione dello status di rifugiato*, Ginevra, dicembre 2011, tra le quali rileva, oltre al livello di coinvolgimento individuale nel reato, l'eventuale esistenza di motivi di esenzione della responsabilità penale, come la coercizione o la legittima difesa (punti 10-13 e 18-23).

⁹³ Punto 78.

abbiano in larga parte recepito le indicazioni del Consiglio di sicurezza sulla lotta al terrorismo nell'interpretazione dell'art. 12, par. 2, lett. c)⁹⁴. Tale atteggiamento può condurre ad una prassi restrittiva da parte delle autorità nazionali nella concessione dello *status* di rifugiato, a seguito dell'obbligo ricadente sugli Stati di applicare automaticamente tale clausola di esclusione una volta che se ne accertino i presupposti⁹⁵. È qui, in realtà, che l'esame individuale richiesto alle autorità competente potrebbe svolgere un ruolo, anche se ridotto. La Corte ha infatti respinto la possibilità di sottoporre la concessione o meno dello *status* di rifugiato, una volta che si sia ritenuto applicabile l'art. 12, par. 2, lett. c), a un ulteriore esame della proporzionalità di tale decisione alla luce del caso di specie⁹⁶, e questo principio è stato testualmente recepito nell'art. 12, par. 6, della proposta di regolamento modificativo della direttiva 2011/5⁹⁷. L'attuale ampiezza delle fattispecie rientranti nell'ambito della clausola di esclusione rende però vincolata questa 'prima' valutazione sulla proporzionalità tra l'attività posta in essere dal richiedente e l'esclusione dallo *status* di rifugiato, a meno che non si voglia riconoscere comunque all'autorità nazionale, e soprattutto ai giudici, la possibilità in questa sede di fare un esame complessivo della situazione del richiedente, anche prescindendo dalla lettera e dalla *ratio* delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Tale esame permetterebbe di tener conto nella 'prima' valutazione non solo della riconducibilità effettiva di certi comportamenti alle ipotesi contemplate nella lett. c), ma anche

⁹⁴ Secondo COUTTS, op. cit., "Developments in counter-terrorism law have thus had a direct influence in broadening the application of the exclusion clause in EU asylum law. It seems that now, in light of *Lounani* and the extension of the exclusion clause, it is increasingly the case that asylum law is also being drafted into the service of global counter-terrorism efforts".

⁹⁵ Vedi per tutti PEERS, op. cit., p. 2.

⁹⁶ Cfr. la sentenza *B e D*, punti 108 ss.: "L'esclusione dallo *status* di rifugiato per una delle cause enunciate all'art. 12, n. 2, lett. b) o c), ... è connessa alla gravità degli atti commessi, la quale deve essere di un grado tale che, ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva, la persona interessata non possa legittimamente aspirare alla protezione collegata allo *status* di rifugiato. 109 Avendo l'autorità competente già preso in considerazione, nell'ambito della sua valutazione della gravità degli atti commessi e della responsabilità individuale, tutte le circostanze che caratterizzano tali atti e la situazione di tale persona, essa non può essere obbligata – ove giunga alla conclusione che trova applicazione l'art. 12, n. 2 – a procedere ad un esame di proporzionalità che comporti nuovamente una valutazione del livello di gravità degli atti commessi..."

⁹⁷ Art. 12, par. 6: "L'esclusione di una persona dallo *status* di rifugiato dipende esclusivamente dalla sussistenza delle condizioni di cui ai paragrafi 1-5 e non è soggetta ad ulteriori valutazioni della proporzionalità in relazione al caso di specie". Vedi COM(2016) 466 final citato.

della posizione complessiva del soggetto, inclusa la sua pericolosità attuale, la sua posizione familiare, etc.⁹⁸. Ciò avrebbe rilevanza soprattutto, come è evidente, con riferimento alle attività associative, rispetto alle quali la nuova lettura dell'art. 12, par. 2, lett. c) ha indotto la Corte a riportare sotto l'egida di tale disposizione la partecipazione apicale ad un'organizzazione terroristica, mentre in precedenza aveva chiesto prova della responsabilità personale nella commissione degli atti posti in essere da una tale organizzazione⁹⁹.

6. Conclusioni

La soluzione delle questioni relative alle clausole di esclusione per terrorismo pone la Corte su un crinale indubbiamente sottile e impervio, visti i diversi valori in gioco e la responsabilità che le autorità competenti si assumono. Certamente, milita a favore di un'interpretazione volta a garantire l'operatività effettiva della clausola il fatto che il principio di *non refoulement* verso Stati non sicuri sia comunque garantito anche rispetto ai sospetti terroristi, così come il riconoscimento di un nucleo di diritti fondamentali. Può però incontrare resistenze il sistema di un rinvio, come si è visto, pressoché automatico alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza sul terrorismo per ricostruire gli atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni. Il testo dell'art. 12, par. 2, lett. c), infatti, fa riferimento solo al preambolo e agli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite per identificare tali atti; ora, non pare dubbio, alla luce di una prassi univoca, che il terrorismo sia ormai da annoverare tra questi comportamenti, ma il rinvio al contenuto delle singole risoluzioni per configurarne i caratteri è previsto solo nel considerando n. 31 della direttiva 2011/95¹⁰⁰. Si pone quindi il problema della congruità di un tale recepimento con il fatto che l'oggetto delle clausole di esclusione è, per sua natura, eccezionale e dovrebbe quindi essere di stretta interpretazione¹⁰¹.

⁹⁸ Se non si accetta questa impostazione, è evidente che una valutazione complessiva sulla proporzionalità può comunque indurre lo Stato a concedere una protezione umanitaria.

⁹⁹ Cfr. le sentenze *B e D* punti 94 ss. e *Lounani* punto 74.

¹⁰⁰ Vedi anche il considerando 22 della direttiva 2004/83 cit., avente lo stesso contenuto. Inoltre la terminologia adottata nel considerando appare opinabile: si legge infatti che "Gli atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite sono enunciati nel preambolo e agli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite e *si rispecchiano*, tra l'altro, nelle risoluzioni delle Nazioni Unite relative alle misure di lotta al terrorismo" (corsivo aggiunto). La genericità di questa espressione permette di dubitare della rilevanza e, a maggior ragione, della vincolatività del richiamo alle risoluzioni.

¹⁰¹ Vedi, per tutti, GILBERT, *Note*, cit., par. 47, secondo cui le clausole di esclusione

La soluzione, accolta dalla Corte, di adottare una nozione ampia di attività rientrante nell'ambito di vigenza delle clausole di esclusione, salvo richiedere ai giudici nazionali un esame puntuale del comportamento effettivamente tenuto, che di fatto porta a escludere, o almeno a rendere estremamente difficile la sua riconducibilità alla fattispecie astratta, appare, per certi versi, salomonica, ma non completamente convincente.

Si tratta di una tematica destinata inevitabilmente a riproporsi, dato l'attuale contesto storico e politico, sotto profili diversi, anche non immediatamente configurabili¹⁰². È peraltro difficile immaginare che la Corte riveda le conclusioni sinora raggiunte sul contenuto della clausola stessa: la sentenza *Lounani*, da questo punto di vista, sembra segnare una tappa importante. Sarà però interessante vedere quanto verrà deciso, nelle cause riunite *M, X, X*, sul coordinamento tra l' art. 12, par. 2 e l'art. 14, par. 4, in particolare sulla *ratio* e l'oggetto delle clausole di esclusione e, soprattutto, sulla loro natura tassativa.

indicate dall'art. 1, par. F, lett. c) vanno “*triggered only in extreme circumstances by activity which attacks the very basis of the international community's co-existence under the auspices of the United Nations*” (corsivo aggiunto).

¹⁰² Si veda, come esempio della possibilità di fare rinvio, indirettamente, agli effetti delle clausole di esclusione la sentenza del 2 maggio 2018, nelle cause riunite C-331/16 *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* e C-336/16, *H. F. c. Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2018:296, che ha deciso che la previa esclusione dallo *status* di rifugiato ai sensi dell'art. 1, par. F della Convenzione di Ginevra o dell'art. 12, par. 2 della direttiva 2011/95 non consente alle autorità competenti di uno Stato membro di “considerare automaticamente che la sua semplice presenza sul territorio di tale Stato costituisca, ... una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società, tale da giustificare l'adozione di misure di ordine pubblico o di pubblica sicurezza”, anche se le autorità competenti possono, nella valutazione complessiva dell'interessato, considerare “le conclusioni della decisione di esclusione dal beneficio dello *status* di rifugiato e gli elementi su cui essa è fondata, in particolare la natura e la gravità dei crimini o degli atti che gli sono contestati, il livello del suo coinvolgimento personale in essi, l'eventuale esistenza di motivi di esonero da responsabilità penale e l'esistenza di una condanna penale”(punto 78).

Giuseppe Palmisano *

*Il diritto delle persone con disabilità
a una vita indipendente e all'inclusione sociale*

Lo scritto esamina origine, contenuti, finalità e implicazioni del diritto a una vita indipendente e all'inclusione sociale, sancito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 19), ponendo soprattutto in luce l'originalità e la peculiarità del diritto, inteso quale oggetto di una norma internazionale patto a tutela di un diritto "sociale" della persona. Oltre al significato essenziale del diritto a una vita indipendente, vengono approfondite le misure la cui adozione risulta necessaria alla piena attuazione del diritto da parte dello Stato, riguardanti la libera scelta della residenza e la progressiva "deistituzionalizzazione", i servizi di sostegno personalizzati, nonché l'accessibilità dei servizi sociali generali. Vengono altresì evidenziati i problemi principali che si riscontrano nell'attuazione di tali misure, alla luce della prima prassi applicativa del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità.

1. *Premessa: il diritto a una vita indipendente e all'inclusione sociale come aspetto essenziale nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*

Il riconoscimento e la tutela dei diritti delle persone con disabilità costituiscono un campo di sviluppo relativamente recente per il diritto internazionale dei diritti umani, e l'ultimo (da un punto di vista cronologico) in cui si sia raggiunto un importante risultato di "codificazione" universale: la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata per *consensus* dall'Assemblea generale dell'ONU nel dicembre 2006 ed entrata in vigore nel maggio 2008¹.

Sul piano internazionale, la Convenzione rappresenta in effetti il

* Professore ordinario nell'Università degli studi RomaTre.

¹ Al momento in cui si scrive (giugno 2018), la Convenzione conta ben 177 ratifiche; il Protocollo opzionale conta, invece, 92 ratifiche. L'Italia è parte della Convenzione e del Protocollo; il Parlamento ha autorizzato la ratifica con la Legge 3 marzo 2009, n. 18.

risultato più importante e lo strumento giuridico più completo nel percorso di promozione, protezione e garanzia effettiva dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone con disabilità, in condizioni di parità con tutti gli individui e senza discriminazioni basate sulla condizione di disabilità. Innanzitutto, essa riconosce esplicitamente a tali persone tutti i principali diritti dell'uomo – di ogni tipologia (civili, politici, economici, sociali e culturali) e “generazione” (prima, seconda e terza) – modulandoli e integrandoli sulla base delle esigenze peculiari e della particolare vulnerabilità delle persone con disabilità. In secondo luogo, essa prevede un articolato meccanismo di controllo – incentrato sul ruolo svolto dal Comitato per i diritti delle persone con disabilità (CRPD) – volto a verificare il rispetto da parte degli Stati parti degli obblighi da essa derivanti e l'attuazione degli stessi sul piano degli ordinamenti e delle prassi interne. E poi – soprattutto – la Convenzione inquadra e imposta i vari diritti e gli strumenti di garanzia da essa previsti secondo un'ottica “sociale” alla disabilità (abbandonando ogni ottica di tipo medico-assistenziale) e secondo un approccio tendenzialmente inclusivo e partecipativo, dove l'obiettivo da conseguire consiste non tanto nel favorire l'integrazione della persona disabile in un contesto sociale dato, quanto nell'intervenire sul contesto sociale affinché questo si adatti – laddove necessario – alle esigenze delle persone con disabilità, eliminando o riducendo gli ostacoli che impediscono loro di partecipare alla vita sociale².

In questa prospettiva, uno dei principi-guida della Convenzione è quello dell'autonomia individuale delle persone con disabilità e della loro effettiva inclusione all'interno della società. Nella Convenzione, tale principio – dal contenuto e dai contorni di non facile individuazione – non si presenta soltanto come un ideale di fondo e un orizzonte di senso. Esso assume un valore giuridico ben più pregnante e riempie di contenuto una serie di disposizioni e di obblighi imposti agli Stati parti.

² Sulla Convenzione si veda soprattutto *The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities. A commentary*, a cura di Della Fina, Cera, Palmisano, Cham (Svizzera), 2017. V. anche LAWSON, *The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2007, p. 563 ss.; KAYESS, *Out of darkness into light? Introducing the Convention on the rights of persons with disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 29 ss.; SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 535 ss.; *The UN Convention on the human rights of persons with disabilities: European and Scandinavian perspectives*, a cura di Arnadóttir e Quinn, Leiden, 2009; *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, a cura di Marchisio, Cera, Della Fina, Roma, 2010; DELLA FINA, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, in *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, a cura di Colapietro e Salvia, Napoli, 2013, p. 297 ss.

La disposizione più significativa e originale, in questo senso, è senza dubbio l'art. 19, dal titolo "Vita indipendente e inclusione nella comunità" ("Living independently and being included in the community").

L'analisi di questa disposizione è in effetti molto interessante e utile a comprendere come quel principio di fondo della Convenzione, e dell'intera disciplina internazionale dei diritti delle persone con disabilità, si concretizzi in contenuti giuridici non generici e indeterminati, ma in un "diritto" riguardante alcuni ambiti e settori specifici, e non altri.

2. Le questioni più discusse durante i lavori preparatori della Convenzione

L'art. 19 traduce dunque in termini normativi e obblighi giuridici dello Stato uno degli obiettivi fondamentali della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità: la piena inclusione e la partecipazione effettiva delle persone disabili nella vita sociale della comunità in cui vivono; obiettivo da raggiungersi nel rispetto della libertà di scelta di tali persone e del principio che esse mantengano il controllo sulle proprie scelte di vita.

In questo senso, la disposizione riflette – come s'è detto – l'essenza della Convenzione, che si distingue per un significativo cambiamento nell'inquadramento di fondo al tema della disabilità, con l'abbandono della considerazione delle persone disabili come oggetto di una pietosa attenzione, di cui prendersi cura e provvedere ai bisogni, per considerarle invece come soggetti attivi e cittadini su un piano di uguaglianza con tutti gli altri, meritevoli di eguale rispetto per i loro eguali diritti. Coerentemente con questa impostazione generale, l'art. 19 pone in capo agli Stati parti della Convenzione l'obbligo di proteggere e favorire il pieno godimento del diritto primario di ogni persona con disabilità ad una vita indipendente e all'inclusione nella vita della collettività.

In via preliminare, va detto che il significato e le implicazioni di tale obbligo vanno intesi alla luce sia dell'approccio "sociale" alla disabilità caratterizzante la Convenzione, sia del concetto di uguaglianza (e non discriminazione) che ne è alla base.

Per quanto riguarda il primo, la disabilità risulta, secondo la Convenzione, "from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others"³. In altre parole, il problema starebbe

³ Preambolo della Convenzione, par. e).

non nella menomazione delle persone, ma piuttosto nell'ambiente esterno e nell'organizzazione della vita sociale che problematizzano le persone "menomate", nella misura in cui essi si presentino come elementi impermeabili alle differenze tra persona e persona e alle specificità personali di ciascuno.

Quanto all'uguaglianza e alla non discriminazione, questo principio implica – com'è noto – che si applichi lo stesso trattamento a situazioni identiche o analoghe, e viceversa che si trattino in modo differenziato situazioni tra loro diverse. Nel sistema della Convenzione sulla disabilità, la funzione del principio è dunque non soltanto di proibire qualsiasi discriminazione "diretta", ma anche di assicurare che la situazione specifica delle persone disabili sia trattata in modo differenziato e con discernimento, al fine di consentire a tali persone una fruizione effettivamente eguale dei vari diritti in questione; ciò mediante l'adozione di misure e interventi adeguati a garantire che i diritti e i vantaggi collettivi pubblici – destinati a tutti – siano realmente accessibili anche per le persone con disabilità.

È per l'appunto in questo contesto generale che va inquadrato il contributo normativo specifico della disposizione sulla vita indipendente e l'inclusione nella società.

Nel percorso che ha portato all'adozione della Convenzione, la proposta di inserire una disposizione apposita sul diritto all'inclusione sociale e a una vita indipendente è stata avanzata sin dall'inizio dei lavori preparatori. I "Draft Elements for a Comprehensive and Integral International Convention to Promote and Protect the Rights and Dignity of Persons with Disabilities", discussi dal c.d. "Working Group" nel dicembre 2003, già prevedevano un progetto di articolo sul "Right to live and be a part of the community"⁴.

⁴ Il testo della disposizione proposta (art. 17) era il seguente: "1. Persons with disabilities have the equal right to choose their own living arrangements, which may include establishing their own household, or living with their families, and to the necessary financial and other support in order to effect this choice. This right includes the right not to reside in an institutional facility. 2. States Parties recognize the right of all persons with disability to live in and be a part of the community, and shall take all necessary measures to ensure that: a) no person with disability is institutionalised; b) persons with disabilities have access to a range of in-home, residential, and other community support services, necessary to effectively support community living; and c) general community services are available and responsive to the needs of persons with disabilities living in the community". È opportuno ricordare che il c.d. "Working Group" era un gruppo ristretto istituito dal Comitato ad hoc incaricato nel dicembre 2001 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (sulla base di una proposta del Messico) di redigere il testo preparatorio di una convenzione internazionale destinata a promuovere e proteggere i diritti e la dignità delle persone con disabilità. Il "Gruppo di lavoro" – costituito da 27 Stati membri dell'ONU, rappresentanti tutti i continenti, 12 organizzazioni non governative e una istituzione nazionale (del Sudafrica) per la protezione e la promozione dei diritti umani – ha elaborato

Nel gennaio 2004, il testo dei “Draft Elements”, con alcune modifiche e aggiunte, è divenuto l’art. 15 del progetto completo di articoli elaborato dal “Working Group”, col titolo (rimasto poi invariato nella Convenzione) di “Living independently and being included in the community”.

Il testo del progetto di art. 15 era il seguente: “States Parties to this Convention shall take effective and appropriate measures to enable persons with disabilities to live independently and be fully included in the community, including by ensuring that: *a)* Persons with disabilities have the equal opportunity to choose their place of residence and living arrangements; *b)* Persons with disabilities are not obliged to live in an institution or in a particular living arrangement; *c)* That persons with disabilities have access to a range of in-home, residential and other community support services, including personal assistance, necessary to support living and inclusion in the community, and to prevent isolation or segregation from the community; *d)* Community services for the general population are available on an equal basis to persons with disabilities and are responsive to their needs; *e)* Persons with disabilities have access to information about available support services.”

La principale modifica riscontrabile in questo testo, se confrontato con quello proposto inizialmente nei “Draft Elements”, è consistita nell’evitare il riferimento esplicito a un “diritto” delle persone con disabilità di scegliere la propria sistemazione abitativa (*living arrangements*) e di ricevere il necessario supporto finanziario per realizzare tale scelta. Si è infatti preferita l’espressione – giuridicamente meno impegnativa – dell’“eguale opportunità”, per le persone con disabilità, di scegliere il luogo di residenza e la propria sistemazione.

L’altro cambiamento significativo ha riguardato l’aspetto della c.d. deistituzionalizzazione: mentre i “Draft Elements” riconoscevano “il diritto di non risiedere in un istituto”, nonché l’obbligo per lo Stato di “prendere tutte le misure necessarie per garantire che nessuna persona con disabilità sia sistemata in un istituto” (*institutionalised*), il testo adottato dal “Gruppo di lavoro” ha proposto un approccio meno esigente e drastico, richiedendo agli Stati di “garantire che le persone con disabilità non siano obbligate a

un “avanprogetto” (*Draft Elements*) che è stato sottoposto al Comitato ad hoc quale base negoziale per l’adozione del testo della Convenzione. Per una sintesi dei lavori preparatori della Convenzione, v. DELLA FINA, *I lavori preparatori della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, cit., pp. XIII-XVII. La documentazione relativa ai lavori preparatori della Convenzione è disponibile online sul sito dell’ONU dedicato alla Convenzione stessa: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>.

vivere in un istituto”⁵.

Va peraltro notato che secondo alcuni componenti del “Working Group” anche questa diversa formulazione sarebbe stata troppo esigente, dal momento che gli Stati “would find it impossible to guarantee this obligation without exception”.

2.1 *La questione della c.d. “deistituzionalizzazione”*

La questione della deistituzionalizzazione ha in effetti costituito l’argomento più discusso durante i successivi negoziati che, sulla base del progetto del “Gruppo di lavoro”, hanno portato all’adozione dell’art. 19 della Convenzione⁶.

Durante questa fase negoziale, alcune organizzazioni non governative hanno sostenuto con insistenza che la proibizione della istituzionalizzazione avrebbe dovuto essere espressa in termini più netti di quelli proposti dal “Working Group”, affermando ad esempio con chiarezza che “compulsory institutionalization is prohibited”⁷, o comunque richiedendo agli Stati “to eliminate institutional care, rather than merely not oblige persons with disabilities to live in institutions”⁸.

Su un fronte opposto, alcune delegazioni statali si sono invece espresse in senso contrario sia a qualsiasi riferimento agli “istituti” nel testo della disposizione, sia all’affermazione di un obbligo per lo Stato di proibire la

⁵ *Report of the Working Group to the Ad Hoc Committee*, A/AC.265/2004/WG.1, p. 20, nota 52.

⁶ La fase negoziale, che ha portato all’adozione del testo della Convenzione, si è svolta nel Comitato ad hoc di cui s’è detto *supra* alla nota 4. Tale Comitato, aperto alla partecipazione di tutti gli Stati membri dell’ONU, ha lavorato consentendo l’intervento di delegazioni delle organizzazioni non governative più rappresentative delle persone con disabilità. V. in proposito l’approfondito resoconto di DEGENER, BEGG, *From invisible citizens to agents of change: a short history of the struggle for the recognition of the rights of persons with disabilities at the United Nations*, in *The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities. A commentary*, cit., pp. 15-39.

⁷ Così, *Disability Caucus*, in *Fourth Session, Daily summary*, volume 5, par. 5, 27 agosto 2004.

⁸ Australian Federation of Disability Organizations, *ibid.* Secondo l’ONG “Bizchut – The Israel Human Rights Center for People with Disabilities”, “[I]f life in an institution, even if not under duress, contradicts basic principles of equality and dignity by denying life in normative living frameworks in the community, and constitutes one of the most severe human rights violations” (*ibid.*). Analoga posizione è stata presa da “Inclusion International”: “Segregation of PWD [persons with disabilities] in institutions encourages society to view PWD as different and sub-human, and provides opportunities for denial of medical care and many other forms of abuse” (*ibid.*).

sistemazione in istituti. Con un approccio più possibilista, altre delegazioni hanno suggerito di aggiungere una sorta di clausola di salvaguardia al divieto proposto, che sarebbe andata nel senso di affermare l'obbligo per gli Stati di proibire la sistemazione in istituti "except where necessary".

Tra le delegazioni governative, è stata soprattutto quella dell'Unione europea ad insistere per mantenere un esplicito riferimento all'impegno degli Stati di assicurare che le persone con disabilità non siano obbligate a vivere in istituti. Per rendere tale impegno accettabile anche da parte dei Paesi contrari ad inserire nella Convenzione un divieto netto, e di applicazione immediata, dell'istituzionalizzazione, la delegazione UE ha proposto alcuni cambiamenti nella formulazione del progetto di articolo 15. Precisamente, secondo la versione proposta dall'UE, gli Stati parti avrebbero dovuto adottare misure adeguate ed effettive "to *facilitate*" – invece che "to *enable*", come proposto dal "Working Group" – le persone con disabilità ad una vita indipendente e ad una piena inclusione sociale; e l'impegno avrebbe dovuto includere "misure *finalizzate ad assicurare* che" tali persone non siano obbligate a vivere in un istituto, e non "misure *che assicurino*" il raggiungimento di questo obiettivo, come affermato invece nel progetto iniziale⁹.

Pur condividendo molti aspetti della proposta dell'UE, così come l'idea che la disposizione debba servire a far sì che si eviti la sistemazione in istituti ("a policy that has led to the violation of so many human rights for disabled people"), la delegazione neozelandese – molto attiva durante i lavori preparatori della disposizione – è intervenuta sostenendo che l'articolo dovesse piuttosto rappresentare un'alternativa "in positivo" all'istituzionalizzazione, sia rafforzando l'aspetto dell'inclusione sociale delle persone disabili quali cittadini "comuni", con diritti eguali a quelli degli altri, sia garantendo che essi abbiano eguali possibilità di decidere dove e con chi vivere. La Nuova Zelanda ha perciò proposto un primo paragrafo della disposizione (diverso rispetto a quello presentato dal *Working Group*) in cui si evitava qualsiasi riferimento al problema dell'"istituzionalizzazione" e che si riferiva esplicitamente alla libertà di scegliere la residenza e all'obbligo dello Stato "di assicurare che le persone con disabilità abbiano pari opportunità di determinare come, dove e con chi vivere"¹⁰.

La posizione della Nuova Zelanda è stata recepita nel testo finale dell'art. 19, alinea *a*), della Convenzione, in cui effettivamente non si rinviene alcun riferimento alla questione degli istituti e al problema della

⁹ Cfr. *Fourth Session of the Ad Hoc Committee, Contributions submitted by Governments, Proposed Modifications to Draft Article 15, European Union.*

¹⁰ *Fourth Session of the Ad Hoc Committee, Daily summary*, Vol. 5, #5, 27 agosto 2004, e *Contributions submitted by Governments, Proposed Modifications to Draft Article 15, New Zealand.*

“istituzionalizzazione obbligatoria”, ma in cui gli Stati si sono piuttosto obbligati ad assicurare che “[p]ersons with disabilities have the opportunity to choose their place of residence and where and with whom they live on an equal basis with others and are not obliged to live in a particular living arrangement”.

2.2 Il concetto di “vita indipendente”

L'altro punto molto discusso durante i negoziati della Convenzione relativi all'art. 19 ha riguardato il riferimento al concetto di “vita indipendente”.

Come s'è detto, il testo preparato dal *Working Group* affermava nel paragrafo iniziale l'obbligo degli Stati di prendere misure adeguate “to enable persons with disabilities to live independently and be fully included in the community”.

Già nell'ambito del “Gruppo di lavoro” erano però emerse perplessità al riguardo, nel senso che “the words ‘living independently’ in the title and the chapeau of this draft article did not reflect the cultural norm in many countries”, e che “the words might suggest that persons with disabilities should be separated from their families”¹¹.

Su questa linea critica, durante i negoziati, Israele ha in particolare insistito sul punto che il concetto di “indipendenza” “may be interpreted by many professionals in a manner contradictory to the spirit of the convention and the idea of living in the community”¹². Secondo Israele, “Many of the privileges of and services for people with disabilities are based on the levels of *functional dependency* ... There are various ways of living. Omitting any of the options, including *the right to choose to live independently or not independently in the community, as well as not in fully independent facilities*, is a violation of human rights. Persons with disabilities are the only ones who can make their own choices and decisions.”¹³

Tra le organizzazioni non governative, è stata soprattutto “International Disability Caucus” (IDC) a sostenere la posizione espressa da Israele. Secondo IDC, “there should be an explicit recognition of the right to live in the community, and the term ‘living independently’ should be deleted because *it could be used as an eligibility criteria for persons with disabilities in order for them to be allowed to live in the community*”. Il valore positivo insito nell'idea di “living independently” avrebbe dovuto piuttosto essere

¹¹ *Ibid.*, nota 51.

¹² *Fourth Session, Daily summary*, volume 5, #5, 27 agosto 2004.

¹³ *Fourth Session, Proposed Modifications to Draft Article 15, Israel*. Il corsivo è aggiunto.

espresso, secondo questa ONG, facendo riferimento al concetto di “choice on an equal basis with others”, o “choice based on autonomy and self-determination”¹⁴.

Anche altri Stati (soprattutto alcuni Stati africani, quali Kenya e Sudafrica) si sono espressi in senso critico nei confronti del concetto di “living independently”, in quanto si sarebbe trattato di una terminologia che sarebbe stata intesa come un pieno accoglimento delle teorie, a parer loro non condivisibili *in toto* e applicabili soltanto in certi Paesi e regioni del mondo, del c.d. “independent living movement”¹⁵. Anche questi Stati hanno pertanto manifestato una preferenza per l’uso di una terminologia diversa e di portata più ampia, che si riferisse ai concetti di “libertà di scelta”, “autonomia individuale” e “autodeterminazione”¹⁶.

In senso opposto, secondo molte altre delegazioni sarebbe invece stato fondamentale mantenere il concetto di “living independently”, sia al fine di esprimere in modo adeguato il valore della dignità e dell’autonomia delle persone con disabilità, sia per evidenziare l’importanza del principio della libertà di scelta. Per la maggior parte di queste delegazioni, i concetti “living independently” e “community inclusion” non sarebbero stati in contraddizione tra loro: anzi, il primo sarebbe servito a rafforzare il secondo e, alla luce del legame tra i due, non avrebbe potuto essere interpretato in modo da impedire l’inserimento nella comunità alle persone disabili che non possono vivere in modo indipendente¹⁷.

Alla fine, si è trovata una soluzione di compromesso tra le due posizioni: l’espressione “living independently” è stata mantenuta nel titolo dell’art. 19 della Convenzione, ma non è stata ripetuta nel paragrafo introduttivo della disposizione, in cui è stata sostituita dalla parafrasi esplicativa “the equal right of all persons with disabilities to live in the community, with choices equal to others”¹⁸.

¹⁴ *Seventh Session, Daily summary*, volume 8, #5, 20 gennaio 2006. Il corsivo è aggiunto.

¹⁵ L’“independent living movement” è un movimento politico e di azione civile nato verso la fine degli anni Sessanta negli Stati Uniti (e in particolare all’Università di Berkeley in California), molto vicino ai temi e alle rivendicazioni dei movimenti per i diritti civili sviluppatasi negli anni Cinquanta e Sessanta tra gli afro-americani statunitensi. V. <https://www.accessliving.org/Independent-Living-History>.

¹⁶ *Fourth Session, Daily summary*, volume 5, #5, 27 agosto 2004.

¹⁷ In questo senso molte delegazioni durante la Settima Sessione (cfr. *Seventh Session, Daily summary*, volume 8, #5, 20 gennaio 2006, in particolare lo *Statement* del *Chair*, che riassume la discussione sulla disposizione).

¹⁸ Per comodità di consultazione, riportiamo di seguito l’intero testo finale, in inglese, dell’art. 19 della Convenzione: “States Parties to this Convention recognize the equal right of all persons with disabilities to live in the community, with choices equal to

3. *L'essenza del diritto nel quadro della Convenzione, alla luce del titolo e del paragrafo introduttivo della disposizione*

Il titolo dell'art. 19 si esprime dunque in termini di “vita indipendente” e “inclusione nella comunità”. In termini leggermente diversi ma sostanzialmente analoghi, il par. introduttivo della disposizione parla di “diritto a vivere nella comunità” e di “piena inclusione e partecipazione nella comunità”.

Com'è stato giustamente rilevato, “there is no real tensions between the two (living independently on the one hand and being included in the community on the other)”¹⁹. L'espressione “living independently” nel titolo non vuole infatti riferirsi ad un presunto diritto – giuridicamente tutelato – delle persone con disabilità ad essere “assolutamente indipendenti”, nel senso di una vita completamente e individualmente autosufficiente (o, per dirla con altre parole, una vita “per conto proprio”). Nelle parole di un autorevole studioso della disabilità: “in reality, of course, no one in a modern industrial society is completely independent: we live in a state of mutual interdependence. The dependence of people with disabilities therefore, is not a feature which marks them out as different in kind from the rest of the population”²⁰.

Il concetto di “vita indipendente” rinvia piuttosto all'autonomia personale, alla libertà di compiere le scelte che riguardano la propria vita, e al controllo sulle proprie decisioni. In questo senso, l'espressione fa da eco al preambolo della Convenzione, che mette in risalto “the importance for persons with disabilities of their individual autonomy and independence, including the freedom to make their own choices”; e ancor più recepisce il principio, enunciato nell'art. 3, alinea *a*), della Convenzione, del “respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to

others, and shall take effective and appropriate measures to facilitate full enjoyment by persons with disabilities of this right and their full inclusion and participation in the community, including by ensuring that: *a*) Persons with disabilities have the opportunity to choose their place of residence and where and with whom they live on an equal basis with others and are not obliged to live in a particular living arrangement; *b*) Persons with disabilities have access to a range of in-home, residential and other community support services, including personal assistance necessary to support living and inclusion in the community, and to prevent isolation or segregation from the community; *c*) Community services and facilities for the general population are available on an equal basis to persons with disabilities and are responsive to their needs”.

¹⁹ *Getting a Life – Living Independently and Being Included in the Community*, Study by the Regional Office for Europe of the UN High Commissioner for Human Rights, aprile 2012, p. 26.

²⁰ OLIVER, *Disability and dependency: a creation of industrialised societies*, in *Disability and dependency*, a cura di Barton, London, 1989, pp. 83-84.

make one's choices, and independence of persons". Essa presenta inoltre importanti connessioni con l'art. 12, sul diritto all'eguale riconoscimento di fronte alla legge e alla capacità giuridica: il rispetto di quest'ultimo diritto è infatti essenziale per la realizzazione effettiva del diritto di vivere una vita indipendente, di compiere scelte e mantenere il controllo sulla propria vita.

Al contempo, l'art. 19 considera il diritto ad una vita indipendente non in modo avulso e astratto, bensì calato nel contesto sociale in cui vivono le persone con disabilità, come diritto cioè a vivere nella propria comunità (*living in the community*). E la disposizione afferma non solo il diritto di tali persone di vivere dentro la comunità – ossia di non essere isolati o segregati dalla collettività – ma anche quello di essere pienamente inclusi e di partecipare nella vita della comunità, con pari opportunità rispetto agli altri. In proposito, la parte introduttiva dell'articolo richiama espressamente un principio affermato ancora una volta nell'art. 3 della Convenzione, all'alinea c): il principio di "full and effective participation and inclusion in society". In questo modo essa chiaramente evidenzia "the community or civic engagement dimension to the right – a factor that colours how the remaining and more specific obligations of the remainder of the Article are to be parsed and understood"²¹.

La combinazione di questa dimensione sociale con quella del "vivere in modo indipendente" produce per l'appunto come risultato l'essenza del diritto sancito nel titolo e nel paragrafo introduttivo dell'art. 19: il diritto a una vita indipendente nella comunità. In altre parole: il diritto delle persone con disabilità a non essere escluse o segregate dalla comunità in cui vivono, ma ad essere pienamente incluse nella partecipazione alla vita sociale di questa, nel rispetto della loro autonomia individuale e del loro controllo della propria vita e delle proprie decisioni ("where autonomy and inclusion are mutually reinforcing and jointly avoid segregation"²²). Com'è stato ben evidenziato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Thomas Hammarberg, "Article 19 of the CRPD embodies a positive philosophy, which is about enabling people to live their lives to their fullest, within society. The core of the right, which is not covered by the sum of the other rights, is about neutralising the devastating isolation and loss of control over one's life, wrought on people with disabilities because of their need for support against the background of an inaccessible society"²³.

²¹ *Getting a Life*, cit., p. 26.

²² *Thematic study on the right of persons with disabilities to live independently and be included in the community*, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 12 dicembre 2014, A/HRC/28/37, par. 13.

²³ *The right of people with disabilities to live independently and be included in the commu-*

Da quest'ultimo punto di vista, può aggiungersi che l'art. 19 si pone in reciproca connessione con l'art. 8 della Convenzione, sull'accrescimento della consapevolezza (*awareness-raising*). Infatti, "full enjoyment of the right to live independently in the community is both the result of, and a precondition for, the combating of stereotypes and prejudices relating to persons with disabilities and the promotion of awareness of their capabilities and contributions to society"²⁴.

4. L'obbligo per lo Stato di riconoscere il diritto ad una vita indipendente nella comunità

Se il titolo e il paragrafo introduttivo identificano la fruizione effettiva dell'eguale diritto delle persone disabili a una vita indipendente e all'inclusione sociale come obiettivo essenziale dell'art. 19, lo *chapeau* della disposizione chiarisce anche che tipo di obblighi gravano sugli Stati parti della Convenzione in vista del raggiungimento di tale obiettivo. Nello *chapeau* si afferma infatti che gli Stati hanno l'obbligo di "riconoscere" tale diritto e che essi devono "adottare misure efficaci e appropriate al fine di facilitarne il pieno godimento da parte delle persone con disabilità".

Per quanto riguarda il fatto che gli Stati hanno affermato di "riconoscere" il diritto, la terminologia dell'articolo risulta coerente con la scelta operata nella stesura della Convenzione di evitare l'impressione di creare "nuovi" diritti dell'uomo: la Convenzione non intende infatti stabilire diritti "nuovi" riguardanti la disabilità, ma piuttosto ribadire e applicare diritti esistenti (e noti) alla situazione specifica e a beneficio delle persone con disabilità.

Va comunque detto che, a differenza di molti altri diritti sanciti nella Convenzione (ad es. il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza personale, alla personalità giuridica, alla salute, al lavoro, all'educazione, alla protezione sociale), il diritto a una vita indipendente e all'inclusione sociale non ha un'esatta corrispondenza in altri strumenti convenzionali sui diritti umani, né può essere considerato oggetto di una norma di diritto internazionale generale. Qualcosa di vagamente analogo si può peraltro trovare nella "Convenzione Interamericana sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le persone con disabilità", in cui gli Stati

nity, Council of Europe Commissioner for Human Rights, 20 febbraio 2012, p. 11.

²⁴ *Thematic study on the right of persons with disabilities to live independently and be included in the community*, cit., p. 4.

parti si sono impegnati a collaborare “in: ... *b*) The development of means and resources designed to facilitate or promote the independence, self-sufficiency, and total integration into society of persons with disabilities, under conditions of equality” (Articolo IV, par. 2, alinea *b*). Mentre, sul piano europeo, simile (e rilevante come sorta di precedente dell’art. 19) si presenta l’art. 15 della Carta sociale europea, nella versione c.d. riveduta del 1996, che sancisce “Il diritto delle persone con disabilità all’indipendenza, l’integrazione sociale e la partecipazione nella vita della comunità”²⁵.

Considerando dunque che il diritto a una vita indipendente e all’inclusione sociale si presenta come un diritto relativamente “nuovo”, il suo riconoscimento come valore giuridicamente tutelato assume un’importanza accresciuta dal punto di vista di un’adeguata applicazione della Convenzione. Deve in particolare ritenersi che il requisito di tale riconoscimento da parte degli Stati non sia soddisfatto in virtù della mera ratifica della Convenzione e dell’accettazione della disposizione. Gli Stati parti dovrebbero piuttosto provvedere a un chiaro inserimento del diritto nel proprio ordinamento, incardinandolo “in a legislative framework which clearly establishes it as a legal right and in turn places duties on authorities and service providers, while also allowing for recourse in case of violation”²⁶.

Unica alternativa accettabile ad una regolamentazione legislativa apposita

²⁵ Il testo dell’art. 15 della Carta sociale riveduta è il seguente: “With a view to ensuring to persons with disabilities, irrespective of age and the nature and origin of their disabilities, the effective exercise of the right to independence, social integration and participation in the life of the community, the Parties undertake, in particular: 1) to take the necessary measures to provide persons with disabilities with guidance, education and vocational training in the framework of general schemes wherever possible or, where this is not possible, through specialised bodies, public or private; 2) to promote their access to employment through all measures tending to encourage employers to hire and keep in employment persons with disabilities in the ordinary working environment and to adjust the working conditions to the needs of the disabled or, where this is not possible by reason of the disability, by arranging for or creating sheltered employment according to the level of disability. In certain cases, such measures may require recourse to specialised placement and support services; 3) to promote their full social integration and participation in the life of the community in particular through measures, including technical aids, aiming to overcome barriers to communication and mobility and enabling access to transport, housing, cultural activities and leisure”. Su questa disposizione v. PALMISANO, *La protezione dei diritti delle persone con disabilità nella Carta sociale europea*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, AA.VV., vol. I, Napoli, 2014, pp. 1171-1191.

²⁶ *Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, A/HRC/10/48, 26 gennaio 2009, par. 51.

del diritto in questione sarebbe, per gli Stati, quella di porre in atto una legislazione anti-discriminazione comprensiva e adeguata, che proibisca la discriminazione a motivo della disabilità, e che copra la sfera sia pubblica sia privata in settori quali il diritto alla casa, i trasporti, le telecomunicazioni, le attività ricreative e culturali. E dovrebbero anche essere previsti, e messi a disposizione delle persone disabili, rimedi effettivi in caso di trattamento discriminatorio illecito. Senza una legislazione adeguata e comprensiva di questo genere, che si basi sul principio del diritto ad una vita sociale indipendente, un ordinamento giuridico interno non potrebbe, a nostro avviso, considerarsi in conformità col requisito del “riconoscimento del diritto”, sancito nel paragrafo introduttivo dell’art. 19 della Convenzione.

5. L'adozione di misure effettive e appropriate per favorire il pieno godimento del diritto a una vita indipendente e all'inclusione sociale

Oltre al riconoscimento del diritto, il paragrafo introduttivo dell’art. 19 dispone che gli Stati parti “prendano misure effettive e appropriate per favorire” il pieno godimento, da parte delle persone con disabilità, del diritto di vivere nella comunità, nonché la loro inclusione e partecipazione sociale.

Emerge chiaramente dal testo e dal tenore di tale paragrafo che l’art. 19 non impone agli Stati l’obbligo “di risultato” di realizzare il pieno godimento del diritto ad una vita indipendente nella comunità e una piena inclusione e partecipazione sociale. Certo, lo scopo della disposizione è che si raggiunga quel risultato, ma sia il godimento del diritto a una vita indipendente nella comunità, sia l’inclusione e partecipazione sociale, dipendono da fattori talmente numerosi e vari (fattori ambientali e sociali, nonché caratteristiche individuali) che l’obbligo giuridico per lo Stato è stato concepito in modo da pretendere non già il raggiungimento dell’obiettivo (di difficile accertamento, oltretutto), quanto l’adozione di misure finalizzate ed effettivamente idonee a favorirne la realizzazione.

A questo proposito, l’adeguatezza delle misure da adottare per adempiere l’obbligo posto dall’art. 19 va innanzitutto valutata alla luce del quadro generale stabilito dall’art. 4 della Convenzione (“General obligations”). Ciò significa che gli Stati devono in particolare procedere all’eliminazione o alla modifica di tutta la legislazione, i regolamenti, gli usi e le prassi che costituiscono discriminazione nei confronti delle persone con disabilità dal punto di vista del diritto ad una vita indipendente e all’inclusione

sociale (art. 4, par. 1, alinea *b*)), e che devono altresì astenersi dal porre in essere qualsiasi atto o prassi che sia incompatibile o in contrasto col raggiungimento dell'obiettivo del pieno godimento del diritto, e assicurare che le autorità e le istituzioni pubbliche agiscano in modo conforme a tale obiettivo (art. 4, par. 1, alinea *d*)).

Inoltre, se si considera che quello ad una vita indipendente e all'inclusione nella comunità è *par excellence* un diritto "sociale", che richiede per essere realizzato l'adozione di misure positive (quali politiche pubbliche, programmi, attuazione di programmi, finanziamenti e gestione di risorse finanziarie e umane), l'impegno degli Stati deve essere – ai sensi dell'art. 4, par. 2, della Convenzione – di "prendere misure, per il massimo delle proprie risorse disponibili...in vista di conseguire progressivamente la piena realizzazione" del diritto stesso.

Bisogna ricordare in proposito che – come ha chiarito il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali – l'obbligo degli Stati "to promote *progressive realization* of the relevant rights to the maximum of their available resources clearly requires Governments to do much more than merely abstain from taking measures which might have a negative impact on persons with disabilities. The obligation in the case of such a vulnerable and disadvantaged group is to take positive action to reduce structural disadvantages and to give appropriate preferential treatment to people with disabilities in order to achieve the objectives of full participation and equality within society for all persons with disabilities. This almost invariably means that additional resources will need to be made available for this purpose and that a wide range of specially tailored measures will be required"²⁷.

Ciò significa che anche in periodi di crisi economica o in situazione di vincoli per il bilancio e riduzione della spesa pubblica, la "realizzazione progressiva" non consente un'inazione da parte dello Stato: "obligations of 'progressive achievement' assume some dynamic of change. It follows that the complete absence of such a dynamic – and the deliberative process that it assumes – would not be in conformity with the convention. Put more positively, this assumes that States – even impoverished States – have an obligation to reflect on where they are, where they ought to be as envisaged by the convention and to plan a responsible transition that moves in the right direction over time"²⁸.

A tal riguardo, può utilmente applicarsi all'obbligo previsto dall'art.

²⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment N. 5: Persons with Disabilities*, E/1995/22, 9 dicembre 1994; il corsivo è aggiunto.

²⁸ *Getting a Life*, cit., p. 19.

19 – di prendere misure per favorire il pieno godimento del diritto ad una vita indipendente e all’inclusione sociale – quanto il Comitato europeo dei diritti sociali ha affermato nell’importante decisione di un reclamo collettivo contro la Francia, riguardante proprio il diritto delle persone con disabilità all’indipendenza, all’integrazione e alla partecipazione sociale (ai sensi dell’art. 15 della Carta sociale “riveduta”²⁹): “When the achievement of one of the rights in question is exceptionally complex and particularly expensive to resolve, a State Party must take measures that allow it to achieve the objectives of the Charter within a reasonable time, with measurable progress and to an extent consistent with the maximum use of available resources. States Parties must be particularly mindful of the impact that their choices will have for groups with heightened vulnerabilities as well as for others persons affected including, especially, their families on whom falls the heaviest burden in the event of institutional shortcomings.”³⁰

6. *Le misure espressamente richieste dall’art. 19. I tre ambiti rilevanti*

6.1. *La libera scelta della residenza e la “deistituzionalizzazione”*

L’art. 19 non si limita a richiedere agli Stati, in modo generico, di prendere misure appropriate ed effettive. Esso individua anche espressamente tre ambiti di intervento di cui gli Stati devono necessariamente occuparsi per soddisfare il loro obbligo di impegnarsi nella realizzazione del diritto delle persone disabili a una vita indipendente e all’inclusione e partecipazione sociale.

Un ambito riguarda la scelta della residenza e la sistemazione abitativa. Secondo l’alinea *a)* dell’art. 19, agli Stati è richiesto di assicurare che le persone con disabilità abbiano la possibilità di scegliere, su base di eguaglianza con gli altri, il proprio luogo di residenza e dove e con chi vivere, e non siano obbligate a vivere in una particolare sistemazione abitativa.

Le prime misure a venire in rilievo in quest’ambito sono dunque quelle necessarie per assicurare alle persone con disabilità una scelta autenticamente libera della residenza. Lo Stato deve provvedere affinché la volontà e le preferenze delle persone con disabilità riguardanti la residenza e la sistemazione abitativa siano sempre prese in considerazione e rispettate nella massima

²⁹ V. *supra* nota 25.

³⁰ European Committee of Social Rights, Decision 13/2002, 7 novembre 2003, *Autisme Europe v. France*, par. 34.

misura del possibile, al pari di quel che avviene per le altre persone.

Il soddisfacimento di questo requisito è innanzitutto legato all'adempimento dell'obbligo previsto dall'art. 12, paragrafi 2 e 3, della Convenzione, secondo cui gli Stati parti "devono riconoscere che le persone con disabilità godano della capacità giuridica, su base di eguaglianza rispetto agli altri, in tutti gli aspetti della vita" e "adottano misure adeguate per permettere alle persone con disabilità di accedere al sostegno che esse possano richiedere nell'esercizio della capacità giuridica". L'essere giuridicamente riconosciuti quali persone di fronte alla legge ed essere posti in condizioni di esercitare la propria capacità giuridica costituiscono infatti aspetti preliminari indispensabili (per le persone con disabilità, al pari di chiunque altro) al fine di poter prendere decisioni in ordine sia alla propria residenza, sia alla sistemazione abitativa e alle persone con cui vivere.

Assicurare alle persone con disabilità una scelta della residenza che sia autenticamente libera implica inoltre che vengano riconsiderati e messi in discussione, sul piano dell'ordinamento interno, la legittimità e l'uso di quei sistemi di tutela legale (o di altro tipo) che comportano una completa sostituzione nel potere di prendere decisioni. Gli Stati parti sono cioè chiamati ad eliminare quei sistemi e meccanismi che, per quanto riguarda la scelta della residenza e della sistemazione abitativa, operano un trasferimento del potere di decisione dalla persona con disabilità al tutore (o ad altra parte "terza"), nonché a rivedere la legislazione interna che equipari il consenso del tutore a quello della persona disabile, per sviluppare invece modelli alternativi di sostegno all'assunzione di decisioni che massimizzino l'autonomia individuale.

L'altro aspetto cruciale delle misure da adottare nell'ambito della residenza e della sistemazione abitativa riguarda l'istituzionalizzazione forzata e la deistituzionalizzazione.

Com'è noto, un numero molto elevato di persone con disabilità, in tutto il mondo, è sistemato in "istituti", dove vivono isolate e separate dalle loro famiglie e dal resto della comunità, e in cui spesso soffrono a causa di condizioni di vita terribili e di abusi dei diritti più elementari.

Nel contesto di cui ci stiamo occupando, un "istituto" può essere definito come "any place in which people who have been labelled as having a disability are isolated, segregated and/or compelled to live together. It is also any place in which people do not have, or are not allowed to exercise control over their lives and their day-to-day decisions"³¹.

³¹ European Coalition for Community Living, *Focus on Article 19 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Focus Report 2009, p. 10. Com'è stato osservato, "[w]hile institutionalization can differ from one context to another, certain common

Ora, benché l'art. 19, alinea *a*), non faccia alcun esplicito riferimento agli "istituti", né alla necessità di chiudere gli istituti per soggiorni di lunga durata, dal suo disposto emerge chiaramente che, ai sensi della Convenzione, la c.d. istituzionalizzazione forzata debba considerarsi vietata. Questa conclusione è un'implicazione necessaria dell'obbligo che gli Stati parti si sono assunti di garantire che le persone con disabilità "non siano obbligate a vivere in una particolare sistemazione abitativa", ed è rinforzata da quanto stabilito dall'art. 14, par. 1, *b*), della Convenzione, in base al quale gli Stati hanno assicurato "che l'esistenza di una disabilità in nessun caso deve giustificare la privazione della libertà"³².

In aggiunta, bisogna considerare che l'oggetto e lo scopo essenziale dell'art. 19 è il *community living*, ossia il diritto delle persone con disabilità di vivere, partecipare ed essere inclusi nella propria comunità, e di non essere segregati né isolati da questa. Può quindi dirsi che via sia una forte presunzione che la prassi di isolare persone disabili in istituti per soggiorni di lunga durata sia *per sé* non conforme all'art. 19. Tale presunzione è corroborata ancora una volta dal divieto espressamente stabilito dall'art. 14 della Convenzione, che non prevede alcuna eccezione a giustificazione del fatto che una persona venga privata della libertà o detenuta a causa della sua disabilità, neppure in caso di possibili pericoli per se stessa o per gli altri. Pertanto, la c.d. istituzionalizzazione sarebbe soltanto ammissibile, in teoria

elements define it: isolation and segregation from community life; lack of control over day-to-day decisions; rigidity of routine, irrespective of personal preferences or needs; identical activities in the same place for a group of persons under a central authority; a paternalistic approach in the provision of services; supervision of living arrangements without consent; and disproportion in the number of persons with disabilities living in the same environment. Institutionalization is therefore not just about living in a particular setting; it is, above all, about losing control as a result of the imposition of a certain living arrangement. In that sense, small environments, including group homes, are not necessarily better than large institutions if overall control remains with supervisors" (*Thematic study on the right of persons with disabilities to live independently and be included in the community*, cit., par. 21).

³² In proposito, è opportuno evidenziare il fatto che la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia recentemente accertato una violazione dell'art. 5 della CEDU, sul diritto alla libertà personale, in relazione al caso di una persona disabile tenuta a vivere in un "istituto" (*Stanev v. Bulgaria*, sentenza del 17 gennaio 2012, ricorso n. 36760/06, p. 22: "The applicant, Rusi Stanev, had been institutionalised for nine years. The distance and isolation from the community he experienced, the institution's regimented daily schedule, the rules on leave of absence, the lack of choice in everyday matters, and the lack of opportunity to develop meaningful relationships, as well as the fact that Mr Stanev had been deprived of legal capacity, were all factors that led the Court to find a violation of the right to liberty within the meaning of Article 5 of the ECHR", (*Getting a Life*, cit., p. 22).

e in astratto, nei casi in cui la persona disabile dovesse consapevolmente e liberamente scegliere di vivere in un (piccolo o grande) istituto, isolandosi dalla famiglia e dalla comunità. E una scelta libera e consapevole implicherebbe, tra l'altro, che fosse effettivamente disponibile per la persona in questione un'opzione di sistemazione abitativa in famiglia o in comunità, alternativa a quella di vivere in un istituto.

Ciò considerato, per quanto il testo dell'art. 19 *a*) non sancisca espressamente un obbligo degli Stati parti né di chiudere tutti i c.d. istituti, né di proibire la sistemazione in istituti, ci sembra comunque corretto affermare che, al fine di assicurare l'effettivo esercizio da parte delle persone con disabilità del loro diritto a una vita indipendente e all'inclusione sociale, gli Stati parti sono giuridicamente obbligati, ai sensi dell'art. 19, ad avviare e portare avanti un processo di "deistituzionalizzazione", rendendo disponibili e accessibili sistemazioni abitative alternative agli istituti.

Beninteso, si tratta di un obbligo – come suol dirsi – di realizzazione progressiva. La deistituzionalizzazione non può infatti avvenire dal giorno alla notte. Piuttosto, essa è "a process that provides for a shift in living arrangements for persons with disabilities, from institutional and other segregating settings to a system enabling social participation where services are provided in the community according to individual will and preference. Effective deinstitutionalization requires a systemic approach, in which the transformation of residential institutional services is only one element of a wider change in areas such as health care, rehabilitation, support services, education and employment, as well as in the societal perception of disability"³³.

Nondimeno, al fine di condursi in modo conforme all'oggetto e allo scopo dell'obbligo sancito dall'art. 19 *a*), agli Stati è a nostro avviso richiesto di compiere tutti i passi possibili e misurabili che servano al raggiungimento dell'obiettivo della deistituzionalizzazione, facendo uso del massimo delle risorse disponibili e adottando strategie ed azioni, adeguatamente finanziate, di cui stabilire con chiarezza tempi di attuazione e risultati attesi.

6.2. *I servizi di sostegno personalizzati*

Quanto appena detto a proposito della c.d. deistituzionalizzazione trova una conferma nell'alea *b*) dell'art. 19, che richiede agli Stati parti di adottare misure per assicurare che "le persone con disabilità abbiano accesso ad una serie di servizi di sostegno domiciliare, residenziale o di comunità,

³³ *Thematic study on the right of persons with disabilities to live independently and be included in the community*, cit., par. 25.

compresa l'assistenza personale necessaria per permettere loro di vivere all'interno della comunità e di inserirvisi e impedire che esse siano isolate o vittime di segregazione". È per l'appunto questo il secondo ambito in cui è necessario per lo Stato adottare misure al fine di facilitare la piena fruizione del diritto delle persone con disabilità all'inclusione e partecipazione sociale.

Com'è stato evidenziato dal Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, "[t]o have access to a range of services presupposes that such services exist, and are within the reach of each person with disabilities"³⁴. Ciò significa che gli Stati parti hanno in primo luogo l'obbligo di assicurare che una rete sufficientemente ampia di servizi di sostegno (che possono essere forniti da enti sia pubblici che privati) sia effettivamente disseminata nel territorio e raggiungibile dalle persone con disabilità che vivono nello Stato.

Anche il c.d. "naturally occurring community support", ossia le attività di sostegno che sono fornite informalmente alle persone disabili da famiglia, amici e altri membri della comunità, vanno considerate tra i servizi di sostegno che lo Stato è tenuto ad assicurare ai sensi dell'art. 19 *b*). Riguardo a tale forma di sostegno, lo Stato dovrebbe pertanto prevedere incentivi e interventi finanziari, quali sussidi e indennità di previdenza sociale, o regimi pensionistici.

Qualunque sia il tipo di misura adottato dallo Stato per assicurare l'esistenza e l'accessibilità dei servizi di sostegno, il suo fondamento deve comunque essere di provvedere ad un servizio in quanto e nella misura in cui sia necessario per permettere alle persone con disabilità di vivere ed inserirsi nella comunità, e impedire che siano isolate o segregate dalla comunità. Ad esempio, i servizi di sostegno comprendono certamente l'assistenza domiciliare di tipo sanitario e le pulizie domestiche, ma queste non dovrebbero però essere intese e realizzate in modo da "prevent a person from leaving the home when he or she desires and should be complemented, where needed, by other community-based services"³⁵.

L'altro aspetto fondamentale dei servizi di sostegno, risultante dall'art. 19, è che essi devono essere centrati sulle esigenze di ogni singola persona (*person centered*). Il riferimento esplicito alla "assistenza personale" nel par. *b*) della disposizione è una chiara indicazione in questo senso. Il risultato della personalizzazione dei servizi può essere perseguito in vari modi, "ranging from individualised budgeting with or without supports, a liberalisation of the 'market' to allow novel suppliers in, etc."³⁶. Il finanziamento diretto

³⁴ *The right of people with disabilities to live independently and be included in the community*, cit., p. 30.

³⁵ *Thematic study on the right of persons with disabilities to live independently and be included in the community*, cit., par. 30.

³⁶ *Getting a Life*, cit., p. 29. Il Comitato per i diritti delle persone con disabilità si è

agli utilizzatori dei servizi, piuttosto che ai fornitori, può probabilmente contribuire meglio ad assicurare che il sostegno sia mirato sulla persona e rispetti adeguatamente le sue esigenze e preferenze, ma – con una soluzione di questo genere – dovrebbero essere anche forniti, quando necessario, servizi accessori che facilitino la pianificazione da parte della persona disabile dei servizi di sostegno, e la assistano nelle decisioni sull'utilizzo del budget personale.

Personalizzazione dei servizi significa anche che “[p]ersons with disabilities must have control over the support provided and be the ones who hire, employ, supervise, evaluate and dismiss their assistants”³⁷. Ciò è particolarmente importante per la c.d. assistenza personale e per tutti quei servizi che sono indispensabili per le persone che hanno bisogno di un elevato livello di sostegno, o per i servizi che riguardino gli aspetti più intimi della vita, come le cure quotidiane (*daily care*).

L'obbligo di assicurare che le persone disabili abbiano accesso ai servizi di sostegno pone ovviamente la questione problematica della disponibilità da parte dello Stato delle risorse finanziarie per coprire i costi di tali servizi: gli Stati tendono infatti a giustificare le carenze o l'inadeguatezza dei servizi in questione invocando la mancanza di risorse finanziarie disponibili.

A tal riguardo, va tuttavia nuovamente ricordato che gli Stati parti della Convenzione, in base all'art. 4, par. 2, hanno assunto l'obbligo generale di adottare misure nel limite massimo delle risorse disponibili. Inoltre, è stato giustamente osservato che “[c]osts often serve as an excuse for maintaining the *status quo*. Resources are needed to fund the strengthening, creation, and maintenance of community-based services. For a time, there may be a need for additional resources, particularly during the process of phasing out residential institutions and replacing them with community-based services and supports. When this process is completed, however, studies have shown that there can be cost savings once services and supports are transferred to the community and institutions are phased out. In contexts where

occupato proprio di questo aspetto dell'art. 19 (b) riguardante l'obiettivo essenziale delle misure di sostegno – ossia prevenire l'isolamento o la segregazione dalla comunità – nella decisione di una comunicazione individuale contro la Svezia. Nella decisione, il Comitato ha accertato che il diniego del permesso di costruzione di una piscina domestica al coperto per idroterapia, per fini di riabilitazione, aveva negato alla parte reclamante l'unica opzione di accesso all'idroterapia che avrebbe consentito al contempo di facilitare la vita e l'inclusione della persona nella comunità, avendo avuto come effetto di costringere invece la stessa persona a ricoverarsi in un istituto sanitario specializzato. Il Comitato ha pertanto concluso che il diritto previsto dall'art. 19 *b*) della Convenzione fosse stato violato dalla Svezia (Communication No. 3/2011, *H.M. v. Sweden*, 19 aprile 2012, par. 8.9).

³⁷ *Thematic study on the right of persons with disabilities to live independently and be included in the community*, cit., par. 38.

institutions are not prevalent but people with disabilities are marginalised within their communities, they and their families will need supports in their everyday life to enable community inclusion and participation. In both scenarios, the cost component would be mitigated as services for the general public are made accessible to people with disabilities”³⁸.

6.3. *L'accessibilità dei servizi sociali generali*

Assicurare che “i servizi e le strutture sociali destinate a tutta la popolazione siano messi a disposizione delle persone con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri, e siano adattati ai loro bisogni” costituisce il terzo tipo di misure che l’art. 19 espressamente impone agli Stati di adottare per facilitare il godimento del diritto all’inclusione sociale e alla partecipazione nella vita della comunità.

L’inclusività e l’accessibilità dei servizi sociali generali deve essere intesa in senso ampio, comprensivo di tutti i servizi e le strutture sociali, e riguarda perciò – volendo esemplificare – l’educazione, la salute, la formazione professionale, l’impiego e l’occupazione, l’assistenza sociale, l’abitazione, i trasporti, l’informazione, le tecnologie per la comunicazione.

A tal proposito, l’art. 19 c) risulta strettamente connesso, e in parte coincidente, con molte altre disposizioni della Convenzione: l’art. 9 sull’accessibilità, che richiede agli Stati parti di “prendere misure appropriate per assicurare alle persone con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri, l’accesso all’ambiente fisico, ai trasporti, all’informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione, e ad altre attrezzature e servizi aperti o offerti al pubblico”; l’art. 20 sulla mobilità personale; l’art. 21, nella parte riguardante l’accesso all’informazione; l’art. 24, par. 2, sull’educazione; l’art. 25 sulla salute; l’art. 27 sul lavoro e l’impiego; l’art. 28, nella parte riguardante i servizi di assistenza e protezione sociale; l’art. 30 nella parte concernente i servizi culturali e sportivi; e ovviamente l’art. 5 sull’eguaglianza e la non discriminazione, specialmente il par. 3 che richiede agli Stati parti di “prendere tutti i provvedimenti appropriati, per assicurare che siano forniti accomodamenti ragionevoli”.

È bene evidenziare che l’art. 19 c) richiede agli Stati di assicurare non solo che i servizi sociali generali siano accessibili, su base di eguaglianza, alle persone con disabilità, ma anche che essi siano rispondenti ai loro bisogni.

³⁸ *The right of people with disabilities to live independently and be included in the community*, cit., p. 32.

Per concretizzare quest'ultimo aspetto è evidentemente necessario che le persone disabili e le organizzazioni che li rappresentano siano coinvolte e messe al centro della pianificazione, sviluppo e attuazione delle politiche pubbliche e delle azioni riguardanti l'accessibilità dei servizi sociali. Ciò è del resto in linea con l'obbligo sancito dall'art. 4, par. 3, della Convenzione, che impone agli Stati parti di "operare in stretta consultazione e coinvolgere attivamente le persone con disabilità nello sviluppo e nell'attuazione della legislazione e delle politiche, nonché negli altri processi decisionali" che riguardino tali persone.

Per quanto concerne poi il problema dei costi finanziari per rendere i servizi sociali generali maggiormente inclusivi e rispondenti alle esigenze delle persone con disabilità, va osservato che quanto più tali servizi sono accessibili e inclusivi, tanto minori saranno la necessità e i costi di realizzazione di servizi individuali mirati e personalizzati. Come ben spiega il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa: "[for] example, ensuring that providers of general health services are trained to serve people with different types of disabilities (e.g., training all practitioners serving the general public about how to communicate with a person with an intellectual disability) reduces the need for creating specialised services for people with disabilities. This is more cost-effective and avoids the risk of segregation and sub-standardisation of a specialised service. In the area of employment, rather than developing specialised workshops for people with disabilities, individual inclusion in regular workplaces can be facilitated by on-site and informal support from work colleagues"³⁹.

7. I problemi principali nell'attuazione dell'art. 19 nella prassi applicativa del Comitato per i diritti delle persone con disabilità

Il Comitato per i diritti con le persone con disabilità ha dedicato notevole attenzione all'art. 19 nella sua attività di monitoraggio dell'attuazione della Convenzione da parte degli Stati. Uno sguardo complessivo alle c.d. "Osservazioni conclusive" adottate dal Comitato dal 2011 al 2015 conferma in effetti la ricostruzione del contenuto e del significato del diritto proposta nelle pagine che precedono, e consente altresì di identificare quali siano gli aspetti di maggior rilevanza e preoccupazione nell'attuazione interna del

³⁹ *The right of people with disabilities to live independently and be included in the community*, cit., pp. 32-33.

diritto a una vita indipendente e all'inclusione sociale.

Così, l'aspetto che è stato preso maggiormente in considerazione dal Comitato riguarda l'obbligo di intensificare gli sforzi verso la c.d. deistituzionalizzazione. Il Comitato ha ripetutamente sollecitato gli Stati parti a sviluppare e mettere in atto piani nazionali per la chiusura degli 'istituti residenziali', e ad adottare strategie adeguatamente finanziate per la deistituzionalizzazione⁴⁰. Ha anche sottolineato come i processi e le strategie di deistituzionalizzazione debbano avere "a clear timeline and concrete benchmarks for implementation which are effectively monitored at regular intervals"⁴¹.

Talvolta il Comitato ha criticato, come contrario all'art. 19, il fatto che uno Stato "has dedicated disproportionately large resources ... to the reconstruction of large institutions, which will lead to continued segregation, in comparison with the resources allocated for setting up community-based support service networks"⁴²; e ha raccomandato che gli Stati "end the use of State-guaranteed loans to build institution-like residences for persons with disabilities"⁴³.

In qualche raro caso il Comitato ha anche condannato la c.d. istituzionalizzazione di per sé considerata, "because placing in institutions is contrary to article 19 of the Convention, and leaves persons with disabilities vulnerable to violence and abuse"⁴⁴, e ha raccomandato allo Stato di adottare "immediate steps to phase out and eliminate institutional-based care for people with disabilities"⁴⁵.

Strettamente collegato con la deistituzionalizzazione è l'altro aspetto cui il Comitato ha dedicato particolare attenzione, ossia lo sviluppo di servizi sociali di sostegno. Il Comitato ha infatti sollecitato spesso gli Stati a programmare ed attuare azioni, e stanziare risorse, per consentire alle persone con disabilità di avere accesso a un'ampia gamma di servizi domiciliari, locali e di prossimità (spesso servizi per la riabilitazione), in modo da assicurare che esse possano effettivamente essere incluse nella vita

⁴⁰ Cfr., ad es., le "Osservazioni conclusive" su Australia, CRPD/C/AUS/CO/1, 2013, par. 42; Azerbaijan, CRPD/C/AZE/CO/1, 2014, par. 33; Belgio, CRPD/C/BEL/CO/1, 2014, par. 33; Costa Rica, CRPD/C/CRI/CO/1, 2014, par. 40; Croazia, CRPD/C/HRV/CO/1, 2015, paragrafi 29-30; El Salvador, CRPD/C/SLV/CO/1, 2013, par. 42; Germania, CRPD/C/DEU/CO/1, 2015, par. 42.

⁴¹ Osservazioni conclusive su Repubblica Ceca, CRPD/C/CZE/CO/1, 2015, par. 40; in modo simile Paraguay, CRPD/C/PRY/CO/1, 2013, par. 48, e Turkmenistan, CRPD/C/TKM/CO/1, 2015, par. 34.

⁴² Osservazioni conclusive su Ungheria, CRPD/C/HUN/CO/1, 2012, par. 33.

⁴³ Osservazioni conclusive su Danimarca, CRPD/C/DNK/CO/1, 2014, par. 43.

⁴⁴ Osservazioni conclusive su Austria, CRPD/C/AUT/CO/1, 2013, par. 36.

⁴⁵ Osservazioni conclusive su Cina, CRPD/C/CHN/CO/1, 2012, par. 32.

sociale, e non nascoste o isolate dalla comunità⁴⁶. In proposito, il Comitato ha spesso posto l'enfasi sull'aspetto della c.d. assistenza personale e la necessità di assicurare che le persone disabili abbiano accesso a sussidi o altre risorse finanziarie per tale forma di assistenza⁴⁷. Ha anche criticato il fatto che uno Stato metta a disposizione risorse per assumere assistenti personali soltanto a persone che abbiano uno specifico livello o grado di disabilità⁴⁸.

Inoltre, per quanto riguarda l'adozione di politiche e misure finalizzate a sviluppare o attuare servizi di sostegno per consentire alle persone con disabilità di vivere in modo indipendente in conformità con le proprie scelte e preferenze, il Comitato ha costantemente richiamato gli Stati parti alla necessità di "involve disabled persons' representatives and their families in their preparation"⁴⁹.

Da ultimo, e benché non sembri essere in cima alle sue preoccupazioni e priorità, il Comitato non ha mancato di richiamare criticamente l'attenzione anche su quelle situazioni in cui non sussista all'interno di uno Stato un sufficiente riconoscimento giuridico del diritto a una vita indipendente e all'inclusione sociale, a causa di un non adeguato quadro legislativo⁵⁰.

⁴⁶ V. ad es. le "Osservazioni conclusive" su Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1, 2012, par. 34; Belgio, CRPD/C/BEL/CO/1, 2014, par. 33; Costa Rica, CRPD/C/CRI/CO/1, 2014, par. 40; Repubblica Ceca, CRPD/C/CZE/CO/1, 2015, par. 39, Germania, CRPD/C/DEU/CO/1, 2015, par. 41.

⁴⁷ Osservazioni conclusive su Austria, CRPD/C/AUT/CO/1, 2013, par. 39; Corea, CRPD/C/KOR/CO/1, 2014, par. 40; Svezia, CRPD/C/SWE/CO/1, 2014, par. 44.

⁴⁸ Osservazioni conclusive su Spagna, CRPD/C/ESP/CO/1, 2011, paragrafi 39-41.

⁴⁹ Osservazioni conclusive sul Belgio, CRPD/C/BEL/CO/1, 2014, par. 33. V. anche le osservazioni conclusive su Cina, CRPD/C/CHN/CO/1, 2012, par. 32; Mongolia, CRPD/C/MNG/CO/1, 2015, par. 32, e Turkmenistan, CRPD/C/TKM/CO/1, 2015, par. 34.

⁵⁰ Osservazioni conclusive su El Salvador, CRPD/C/SLV/CO/1, 2013, par. 41, e Croazia, CRPD/C/HRV/CO/1, 2005, paragrafi 29-30.

SEZIONE TERZA
GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

Flavia Lattanzi *

Il contributo della giurisprudenza del Tribunale penale per la ex Jugoslavia all'interpretazione della nozione di genocidio in particolare alla luce dei casi Karadžić e Mladić

Il 24 marzo 2016 e il 22 novembre 2017 sono state rispettivamente rese in prima istanza le due sentenze nei casi Karadžić, ex-Presidente della Repubblica serba di B-E e Mladić, Capo di stato maggiore dell'esercito della Repubblica al tempo dei crimini allegati nell'atto di accusa. Entrambi gli accusati sono stati condannati per crimini di guerra e crimini contro l'umanità commessi per tutto il territorio della B-E e per il genocidio commesso nell'area di Srebrenica, enclave sotto protezione delle Nazioni Unite (c.d. *safe areas*), sebbene il Procuratore li avesse accusati di genocidio anche per sette municipalità diverse da Srebrenica e le Camere abbiano fondamentalmente accertato gli stessi fatti o fatti analoghi nelle due diverse aree.

Rilevando una certa confusione tanto in dottrina che fra le vittime sulle motivazioni dell'assoluzione dei due Accusati per genocidio nelle sette municipalità, l'Autrice svolge un'analisi della sentenza Karadžić, con qualche accenno a - e comparazione con - la sentenza Mladić. Il suo intento è quello di mostrare come il Tribunale penale per la ex Jugoslavia abbia, con queste sentenze, dato un contributo decisivo a chiarire la nozione di distruzione totale o parziale di un gruppo come tale quale elemento costitutivo del genocidio.

1. Introduzione

Il 24 marzo 2016 e il 22 novembre 2017 sono state rispettivamente rese dal Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia (TPIY), in prima istanza, le due sentenze nei casi *Karadžić* e *Mladić*¹.

* Già Professore ordinario nell'Università degli studi Roma Tre e giudice del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (2003-2006) e del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (2007-2016).

¹ *Prosecutor v. Karadžić*, IT-95-5/18-T, sentenza del 24 marzo 2016; *Prosecutor v. Mladić*, IT-09-92-T, sentenza del 22 novembre 2017. Le sentenze sono consultabili dal sito: <http://www.icty.org/> e dal sito <http://www.irmct.org/en>; di alcuni passaggi particolarmente

Riguardo ai capi di imputazione e alle relative condanne si tratta di due casi molto simili, arrivati davanti al Tribunale sulla base di uno stesso Atto di accusa, quello del 25 luglio 1995, che è stato poi modificato con l'aggiunta dei crimini dell'area di Srebrenica e separato in due Atti. Il primo di questi riguarda Karadžić, catturato in Serbia e poi trasferito sotto la custodia del Tribunale il 30 luglio 2008, dopo una latitanza di 13 anni. Il secondo riguarda Mladić, catturato in Serbia solo il 26 maggio 2011, dopo una latitanza di 16 anni e trasferito all'Aia il 31 maggio 2011.

La similarità dei due successivi Atti di accusa e delle relative condanne è legata al ruolo che i due accusati hanno svolto nel conflitto in Bosnia-Erzegovina negli anni 1992-1995. Il 12 maggio 1992 Karadžić era stato eletto Presidente della Presidenza collettiva della Republika Srpska (RS), cioè la Repubblica serba della Bosnia-Erzegovina, e dal 17 dicembre ne era diventato il solo Presidente, nonché il Comandante in capo delle forze armate della Repubblica, fino alla data delle sue dimissioni, il 19 luglio 1995. Nella ricostruzione dell'obiettivo della 'impresa criminale comune', la c.d. JCE, importante è stato anche il suo ruolo come co-fondatore e poi presidente del Partito democratico serbo (SDS), il partito che era stato creato nel 1989 per la diffusione e la realizzazione dell'ideologia della "Grande Serbia". Mladić era stato un ufficiale di alto livello dell'Esercito popolare della ex-Iugoslavia (la JNA) e poi dello Stato serbo-montenegrino e in tale ruolo aveva iniziato l'assedio di Sarajevo. Successivamente, il 12 maggio 1992, egli era stato prestato all'Esercito della Repubblica serba di Bosnia-Erzegovina (VRS) e qui nominato Capo di stato maggiore, funzione nella quale egli è rimasto fino all'8 Novembre 1996.

Se i due accusati sono stati condannati per crimini contro l'umanità e crimini di guerra con riguardo a tutta l'area della Bosnia-Erzegovina, per i fatti di Srebrenica Karadžić e Mladić sono inoltre stati condannati per genocidio. Tra i crimini di guerra meritano una sottolineatura particolare la presa di ostaggi del personale ONU in Bosnia-Erzegovina e i tiri dei cecchini e i bombardamenti volti a terrorizzare la popolazione civile a Sarajevo. Essi

significativi viene indicato in nota il paragrafo di riferimento. Mi piacerebbe che tutti leggessero le due sentenze nella loro integralità al fine di rendersi conto al meglio della precisa ricostruzione dei fatti che esse fanno, sulla base non solo delle testimonianze, ma anche di prove documentali. Ciò permetterebbe di evitare di farsi influenzare da qualche *fake news*, come quella che gira sul *web*, secondo cui l'eccidio di tutti gli uomini e fanciulli e l'espulsione di tutte le donne, di tutti bambini e vecchi siano stati a Srebrenica l'opera degli stessi Musulmani. Che un Bosniaco musulmano abbia potuto affermare ciò non mi meraviglia: lo stesso Karadžić ci ha portato a testimoniare a suo favore un Bosniacco che frequentava i palazzi del potere di Pale... e non dico di più sull'impressione che dava questo testimone.

sono stati condannati per forme di responsabilità in parte diverse e diversa è stata anche la pena inflitta: Karadžić ha ricevuto 40 anni di reclusione e Mladić l'ergastolo².

Le due sentenze meriterebbero commenti approfonditi su vari aspetti. Ma qui io mi limiterò ad alcune riflessioni sull'aspetto, tuttora controverso nei numerosi commenti che esso ha ricevuto, relativo all'elemento caratterizzante i fatti di Srebrenica rispetto ai fatti delle altre municipalità della Bosnia-Erzegovina. La rilevanza che tale elemento ha avuto per l'assoluzione dei due accusati sul capo di imputazione di genocidio per i fatti delle suddette municipalità – e ben sottolineata nella sentenza *Karadžić* piuttosto che in quella di Mladić – appare però non essere stata colta né nei commenti degli studiosi, né dalle vittime dei crimini di questa vastissima area per i quali i due accusati sono stati condannati – crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

È indiscusso che “there are obvious similarities between a genocidal policy and the policy commonly known as ‘ethnic cleansing’”³. Ma soprattutto dalla sentenza *Karadžić* emerge chiaramente come si distinguano gli atti di genocidio da altri atti, analoghi o perfino identici nell'elemento oggettivo, ma che siano invece qualificabili come crimini contro l'umanità per via dell'assenza del *dolus specialis* della distruzione totale o parziale del gruppo protetto. In tale sentenza emerge dunque evidente cosa si intenda più precisamente, nella Convenzione del 1948 per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, con l'espressione distruzione totale o parziale del gruppo.

Purtroppo, su questo aspetto regna ancora una certa confusione, la quale comporta una qualificazione affrettata di genocidio tutte le volte che, oltre a eccidi, torture, maltrattamenti, violenze sessuali, si realizzino anche, in particolare, trasferimenti forzati, espulsioni e deportazioni di massa. Spesso si finisce con il confondere fra sterminio e genocidio e fra le gravi sofferenze causate dai crimini suddetti, in particolare espulsioni e deportazioni come crimini contro l'umanità, e quelle causate dagli atti di genocidio, mentre, come era già stato sottolineato in precedenti sentenze del TPIY, “[a] clear distinction must be drawn between physical destruction and mere

² Nel processo *Karadžić* sono stati chiamati 586 testimoni, di cui 337 dal Procuratore, 248 dalla Difesa e 1 dalla Camera, e ammesse 11.481 prove documentali, di cui 6.671 del Procuratore e 4.807 della Difesa e 3 della Camera. Nel processo contro *Mladić* sono stati chiamati 530 testimoni, di cui 169 dal Procuratore, 208 dalla Difesa e 9 dalla Camera, e ammesse 9.914 prove documentali, di cui 7.803 del Procuratore, 2.108 della Difesa e 3 della Camera.

³ *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, sentenza del 2 agosto 2001, par. 562.

dissolution of a group. The expulsion of a group or part of a group does not in itself suffice for genocide”⁴. Nell’identificare automaticamente espulsioni e deportazioni con il genocidio si finisce dunque con il dare rilievo soprattutto agli *actus rei* e trascurare l’elemento soggettivo, il *dolus* della distruzione che li accompagna e che va letto, come vedremo, in un’accezione non rivolta solo al presente della comunità nella località di origine.

2. I capi di imputazione e le forme di responsabilità nei due Atti di accusa

Nei due Atti di accusa troviamo due capi di imputazione per genocidio: il capo 1°, relativo al genocidio in sette municipalità della Bosnia-Erzegovina diverse da Srebrenica e Sarajevo, e il capo 2°, relativo al genocidio nella municipalità di Srebrenica; troviamo cinque capi di imputazione per crimini contro l’umanità nei territori pretesi serbi in tutta la Bosnia-Erzegovina: omicidio, sterminio, deportazione, persecuzioni, altri atti disumani (soprattutto trasferimento forzato); troviamo quattro capi di imputazione per crimini di guerra nella stessa area: omicidio, attacchi contro la popolazione civile, presa di ostaggi (del personale ONU), più gli atti volti a terrorizzare la popolazione civile (durante l’assedio di Sarajevo).

Per entrambi gli accusati l’Atto di accusa prevede soprattutto, oltre ad altre forme di responsabilità di cui allo Statuto del Tribunale, la responsabilità per partecipazione a quattro imprese criminali comuni (JCE):

- la prima JCE generale (c.d. *overarching*), gradualmente affermatasi già a partire dagli anni 90-91 e consistente nell’obiettivo di espellere in modo permanente i Musulmani e i Croati dai territori della Bosnia-Erzegovina pretesi serbi, attraverso la commissione dei crimini di cui ai capi di imputazione, in particolare gli atti di genocidio e la campagna di persecuzioni, ad eccezione del capo 2° relativo al genocidio di Srebrenica;
- la seconda JCE, consistente nell’obiettivo di terrorizzare la popolazione civile di Sarajevo tramite tiri di cecchini e bombardamenti contro la popolazione civile;
- la terza JCE, affermatasi a partire dalla primavera del 1995 e consistente nell’obiettivo di eliminare i Bosniaci musulmani da Srebrenica tramite atti di genocidio e tutti gli altri crimini di cui ai capi di imputazione (fatta eccezione per la presa di ostaggi Nazioni Unite);

⁴ *Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-T, sentenza del 31 luglio 2003, par. 519.

- la quarta JCE, consistente nell'obiettivo di indurre l'ONU a cessare i *raids* aerei contro le forze militari serbo-bosniache tramite la commissione del crimine di guerra della presa in ostaggio del personale dell'Organizzazione.

Il fatto che nell'Atto di accusa si prevedano due capi di imputazione diversi per il genocidio – il 1° riferito all'area di sette municipalità di Bosnia-Erzegovina diverse da Srebrenica e il 2° all'area di Srebrenica – mostra chiaramente come lo stesso Procuratore abbia constatato una differenza di rilievo fra alcuni fatti di c.d. polizia etnica occorsi nelle due aree, nonostante li abbia poi qualificati per entrambe le aree come atti di genocidio, senza cogliere la specificità di tali atti rispetto in particolare ai crimini contro l'umanità.

La debolezza della tesi accusatoria del Procuratore con riferimento al genocidio nelle sette municipalità si esprime anche nel fatto che egli descrive in modo del tutto diverso l'obiettivo della JCE in tali municipalità rispetto all'obiettivo della JCE per l'area di Srebrenica: da un lato l'obiettivo di espellere in modo permanente i Bosniaci musulmani (i c.d. Bosniacchi) e i Croati dai territori della Bosnia-Erzegovina pretesi serbi e, dall'altro, l'obiettivo di eliminare i Bosniacchi dall'area di Srebrenica. Del resto, il fatto stesso che per l'origine della prima JCE il Procuratore si riferisca perfino alla campagna ideologica del Partito democratico serbo dal momento della sua fondazione (1989), come poi verrà accertato anche dalla Camera nel caso *Karadžić*, mentre egli situò l'obiettivo genocidiario di Srebrenica nei giorni del luglio 1995 immediatamente precedenti la sua realizzazione, è una riprova della differenza di quanto avvenuto nelle due diverse situazioni.

È certamente vero – e chiaramente accertato dalle due Camere nelle sentenze *Karadžić* e *Mladić* – che la leadership serba perseguiva l'obiettivo di ripulire buona parte della Bosnia-Erzegovina, compresa l'area di Srebrenica, dai Croati e dai Bosniacchi attraverso la commissione di crimini di rilevanza internazionale oggetto dello Statuto del TPIY. È quindi indiscusso che si trattava per entrambe le aree oggetto dei due Atti di accusa di “pulizia etnica”, espressione di carattere non giuridico, ma che sinteticamente vuol indicare tutti i crimini che si commettono a danno dei membri di una comunità etnica, e spesso religiosa, ai fini della “pulizia” di un territorio dalla loro presenza, a prescindere dalla qualificazione giuridica di tali crimini. Come si rileva giustamente nella sentenza della Corte internazionale di giustizia (CIG) nel caso *Bosnia c. Serbia*: “in the context of the Convention [quella sul genocidio], the term ‘ethnic cleansing’ has no legal significance of its own...⁵”.

⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*

Non sempre però “pulizia etnica” significa genocidio, come nella citata sentenza della CIJ si ribadisce: “Neither the intent, as a matter of policy, to render an area ‘ethnically homogeneous’, nor the operations that may be carried out to implement such policy, can as such be designated as genocide: the intent that characterizes genocide is ‘to destroy, in whole or in part’ a particular group, and deportation or displacement of the members of a group, even if effected by force, is not necessarily equivalent to destruction of that group, nor is such destruction an automatic consequence of the displacement⁶”. Come la Corte inoltre precisa, “this is not to say that acts described as ‘ethnic cleansing’ may never constitute genocide, if they are such as to be characterized as, for example, ‘deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part’, contrary to Article II, paragraph *c*) of the Convention, provided such action is carried out with the necessary specific intent (*dolus specialis*), that is to say with a view to the destruction of the group, as distinct from its removal from the region”⁷.

3. La procedura 98 bis e il capo di imputazione di genocidio per sette municipalità della Bosnia-Erzegovina

Visto che per tutta la Bosnia-Erzegovina i membri della comunità bosniaco-croata e di quella bosniaco-musulmana sono stati sistematicamente espulsi o forzati ad abbandonare le loro case, ma anche qui e là uccisi quando non sterminati su larga scala, oltre che torturati e maltrattati, la sottolineatura del *dolus* della distruzione nella situazione di Srebrenica non risponde ancora alla questione del perché per la “pulizia etnica” realizzata per il territorio della Bosnia-Erzegovina non ricomprendente l’area di Srebrenica si sia arrivati a una assoluzione per genocidio e a condanne per crimini contro l’umanità, oltre che per crimini di guerra, mentre per la “pulizia etnica” realizzata a Srebrenica si sia arrivati anche alla condanna per genocidio.

Questa stessa questione è emersa alla fine della presentazione delle prove dell’accusa, su ricorso in appello del Procuratore contro la parte della sentenza di prima istanza resa sulla base dell’art. 98 *bis* del Regolamento

(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), sentenza 26 febbraio 2007, in *ICJ Reports 2007*, p. 43 ss., par. 190.

⁶ *Ibid.*, par. 190.

⁷ *Ibid.*, par. 187.

di Procedura e Prova (RPP)⁸ che aveva assolto Karadžić dal 1° capo di imputazione sostenendo che “no evidence, even taken at its highest could be capable of supporting a conviction for genocide in the municipalities”⁹. Nella seconda fase del processo, quella relativa alla presentazione delle prove a difesa, Karadžić non avrebbe dunque dovuto difendersi sul genocidio nelle dette municipalità, ciò che è in effetti avvenuto nell’anno trascorso dal ricorso in appello alla relativa decisione.

In appello, però, l’assoluzione sul capo 1° nella procedura di cui all’art. 98 *bis* è stata annullata¹⁰. La Camera di appello, pur riconoscendo che “the commission of individual paradigmatic acts does not automatically demonstrate that the *actus reus* of genocide has taken place”, ha sostenuto “that no reasonable trial chamber reviewing the specific evidence on the record in this case, including evidence of sexual violence and of beatings causing serious physical injuries, could have concluded that it was insufficient to establish the *actus reus* of genocide in the context of Rule 98 *bis* of the Rules¹¹”.

Essa ha però erroneamente rilevato un errore della Camera di prima istanza – mi si perdoni il bisticcio – con riguardo all’*actus reus* del genocidio di cui all’art. 4, par. 2, lett. *b*), ritenendo che “the Trial Chamber erred in fact in concluding that the evidence, taken at its highest, was insufficient for a reasonable trier of fact to conclude beyond reasonable doubt that underlying genocidal acts of causing serious bodily or mental harm occurred” e che “this error resulted in a miscarriage of justice¹²”. In verità, la Camera di prima istanza aveva rilevato l’insufficienza delle prove, secondo la soglia della procedura 98 *bis*, con riferimento non già all’atto di genocidio *sub b*) - Causing serious bodily or mental harm to members of the group -, bensì all’atto di genocidio *sub c*) - Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part - e cioè quell’*actus reus* del genocidio che contiene in sé anche l’elemento soggettivo della distruzione totale o parziale del gruppo protetto. La conclusione negativa in prima istanza sulle prove era del resto basata non

⁸ L’art. 98 *bis*, intitolato *Judgement of Acquittal*, così recita: “At the close of the Prosecutor’s case, the Trial Chamber shall, by oral decision and after hearing the oral submissions of the parties, enter a judgement of acquittal on any count if there is no evidence capable of supporting a conviction”.

⁹ La sentenza orale resa il 28 giugno 2012 è reperibile nella forma di processo verbale dell’udienza tenutasi in quella data sul sito <http://www.icty.org/> (fra i *selected documents* del caso Karadžić).

¹⁰ *Prosecutor v. Karadžić*, IT-95-5/18-AR98*bis*, sentenza dell’11 luglio 2013.

¹¹ *Ibid.*, par. 37.

¹² *Ibid.*, par. 38.

già sull'*actus reus*, che la Camera aveva ben rilevato come esistente rispetto tanto a quello *sub a)* che a quello *sub b)*, bensì sull'elemento soggettivo della distruzione totale o parziale del gruppo protetto che, a suo giudizio, sulla base delle prove presentate dal Procuratore nella prima fase del processo, non raggiungeva la soglia sufficiente ai fini della qualificazione di genocidio e incideva negativamente anche sull'*actus reus* di cui alla lett. *c)*. Purtroppo, visto che nel lungo tempo trascorso dal ricorso in appello alla relativa decisione la Camera di prima istanza, conformemente alla propria decisione di assoluzione di Karadžić, era andata avanti con l'audizione dei testimoni dell'accusa eccetto che sul capo 1°, dopo la sentenza di appello essa ha dovuto richiamare alcuni testimoni informati dei fatti di cui a quel capo, ciò che ha comportato un certo prolungamento del processo.

La diversa valutazione in prima istanza e in appello del capo 1° di imputazione, nonché il fatto che nella procedura 98 *bis* nel caso *Mladić* il capo 1° fosse stato "confermato", ha portato a una certa ansia, anche fra i giudici, nell'attesa della sentenza finale *Mladić* in prima istanza: in tale sentenza la Camera avrebbe assolto o condannato *Mladić* sul genocidio per l'area delle sette municipalità? Ho già detto che anche per *Mladić* c'è stata l'assoluzione per genocidio con riguardo a quest'area, e ciò sempre per l'assenza del *dolus specialis* della distruzione del gruppo, che la maggioranza della Camera aveva però rilevato negli esecutori materiali di alcuni crimini, ma non in *Mladić*. Ma, rispetto alla *mens rea* degli esecutori materiali, i due giudici della maggioranza si sono concentrati troppo, a mio giudizio, sul presente della comunità bosniaca nell'area delle sette municipalità, trascurando la differenza sostanziale con il destino ben diverso della comunità di Srebrenica. E, infatti, allorché la Camera si è trovata a dover verificare l'esistenza o meno del *dolus specialis* di *Mladić*, essa è arrivata all'unanimità ad accertare la sua inesistenza e quindi ad assolvere *Mladić* per genocidio con riferimento al primo capo di imputazione.

Attualmente, l'ansia dell'attesa riguarda purtroppo le due sentenze di appello contro le sentenze finali di prima istanza di condanna e assoluzione. Esse dovrebbero arrivare a breve ad opera del Mechanism for International Criminal Tribunals (MICT) cui è stata trasferita la competenza giudiziaria del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (TPIR) e del TPIY, i quali hanno chiuso i battenti alla fine, rispettivamente, del 2015 e del 2017¹³. E l'ansia dell'attesa di queste sentenze in appello è accresciuta – e non solo per il capo 1°, ma per qualsiasi aspetto dei casi *Karadžić* e *Mladić* – dal fatto che alcune vicende occorse nel MICT – e che lasciano alquanto

¹³ Per le funzioni e l'operato del MICT si consulti il sito: <http://www.irmct.org/en>

perplexi – hanno comportato uno sconvolgimento nella composizione iniziale delle *Bench* di appello nei due casi. In tali *Bench* si trovavano inizialmente ex-giudici di appello del TPIY particolarmente esperti e che avevano notevolmente contribuito a sviluppare la giurisprudenza di diritto internazionale penale, mentre i giudici attuali hanno una limitata o nulla esperienza come giudici di tribunali penali internazionali. Non ci resta che aspettare per vedere cosa ne sarà in appello davanti al MICT dell'assoluzione e delle condanne in prima istanza di Karadžić e Mladić, nella speranza che le sentenze di condanna siano sostanzialmente confermate, ma che sia anche colto l'elemento determinante della caratterizzazione dei fatti di Srebrenica come atti di genocidio¹⁴.

Passo ora a descrivere i fatti delle due aree considerate dai capi 1° e 2° degli Atti di accusa. In questa illustrazione farò parlare soprattutto le Camere, in particolare quella del processo contro Karadžić, che naturalmente conosco dall'interno dell'elaborazione della sentenza. Cercherò di sintetizzare al massimo possibile gli accertamenti dei fatti e il ragionamento seguito per arrivare alla conclusione che sappiamo. Farò anche un'altra scelta, quella di riferirmi agli accertamenti delle Camere sulla base soprattutto delle prove documentali piuttosto che sulle testimonianze, poiché spesso quelle prove fanno parlare direttamente gli accusati. Ciò mi permette altresì di evidenziare un aspetto che mi sta particolarmente a cuore in questo momento storico: che se le leadership politiche, e a volte anche quelle militari, non commettono crimini sul terreno, i suoi membri portano però una responsabilità non solo morale, ma anche penale, oltre che naturalmente per la pianificazione e organizzazione dei crimini, anche per i discorsi di odio che fanno istigando la loro commissione.

Nei processi *Karadžić* e *Mladić* il contenuto criminale dei loro discorsi risulta dai documenti piuttosto che dalle testimonianze, documenti che, è d'uopo sottolineare, sono stati ammessi nel processo durante le udienze e nel rispetto del principio del contraddittorio.

¹⁴ Mi preme qui sottolineare che, mentre lo Statuto del TPIY prevedeva che la Camera di appello funzionasse tanto quale seconda istanza quanto quale "cassazione", in verità la Camera di appello del TPIY e del TPIR si è quasi sempre limitata a giudicare sul diritto decidendo per un processo *ex-novo* in prima istanza in caso di errore sui fatti. Una eccezione significativa ha rappresentato l'appello nel caso *Šešelj*, nel quale la Camera di appello, ormai del MICT, ha riesaminato anche i fatti, ribaltando la decisione di assoluzione che era stata presa a maggioranza, con la mia opinione dissidente.

4. La pulizia etnica nell'area delle sette municipalità

Come entrambe le Camere di prima istanza nei casi *Karadžić* e *Mladić* hanno accertato, per tutto il territorio della Bosnia-Erzegovina sono stati commessi eccidi sistematici e su larga scala, uccisioni, maltrattamenti, torture, abusi sessuali, persecuzioni, espulsioni, trasferimenti forzati, deportazioni, abbandono forzato delle case e proprietà, distruzioni del patrimonio culturale e religioso della comunità croata e di quella bosniaca.

Nel primo capo di imputazione, il Procuratore accusa Karadžić del crimine di genocidio previsto all'art. 4 dello Statuto. Egli allega che tra il 31 marzo e il 31 dicembre 1992, in sette municipalità della Bosnia-Erzegovina, cioè Bratunac, Foča, Ključ, Prijedor, Sanski Most, Vlasenica e Zvornik, la campagna di persecuzione ha ricompreso oppure si è intensificata fino a ricomprendere condotte che manifestavano l'intento di distruggere in parte i gruppi nazionali, etnici e/o religiosi di Bosniaci-musulmani e/o Bosniaci-croati come tali.

Il collegamento nell'Atto di accusa del genocidio con la campagna di persecuzione dipende dal fatto che sia le persecuzioni come crimine contro l'umanità che il genocidio hanno quale movente la discriminazione, con qualche differenza rispetto alle ragioni della discriminazione - ragioni politiche, razziali o religiose per la persecuzione, mentre la Convenzione contro il genocidio protegge il gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. Se poi il *dolus specialis* della persecuzione è quello della discriminazione *tout court* dei singoli membri del gruppo, il *dolus specialis* del genocidio è la distruzione totale o parziale del gruppo protetto come tale. La giurisprudenza del TPIR e del TPIY ha poi chiarito che la distruzione parziale deve mirare una parte sostanziale del gruppo.

Il nesso fatto dal Procuratore per i crimini delle sette municipalità fra campagna di persecuzioni e genocidio, oltre a essere facilitato dal fatto che, come ho già avuto modo di rilevare, gli *actus rei* delle persecuzioni e del genocidio in parte coincidono, è stato anche facilitato dal fatto che nel conflitto dell'ex-Iugoslavia sia le persecuzioni che il genocidio ad opera dei Bosniaci-serbi sono stati commessi contro i Bosniaci-croati e i Bosniaci-musulmani e dunque il "gruppo protetto", per così sinteticamente dire, coincideva nei due crimini¹⁵.

¹⁵ Va ricordato qui che anche i Serbo-bosniaci sono stati vittime di persecuzioni e altri crimini contro l'umanità ad opera dei membri delle FF.AA. delle altre due comunità e alcuni di questi membri sono stati anch'essi condannati dal TPIY per tali crimini, ma non per genocidio.

Il compito più difficile che restava alle Camere era però quello di accertare la *mens rea* dei due accusati tanto con riferimento al capo 1° che al capo 2°. Mi soffermerò ora proprio su questo aspetto per cercare di chiarire perché le due Camere hanno accertato crimini di guerra e crimini contro l'umanità e non atti di genocidio per l'area delle sette municipalità nonostante la similarità e spesso perfino la corrispondenza di tali atti a quelli posti in essere a Srebrenica.

Nella sentenza *Karadžić* si riportano numerosi discorsi tenuti dall'accusato prima del conflitto e poi in tutto il suo corso, in cui egli sosteneva l'impossibilità per i tre popoli di Bosnia-Erzegovina di vivere insieme e li comparava alle "plants which cannot grow side by side" e "have to be separated to flourish".

L'accusato sosteneva quindi che "[w]e are really something different [...] we should not hide that. We are not brothers". Se poi il mondo gli avesse chiesto perché non potessero vivere insieme, egli avrebbe risposto che "we are three cultures, three peoples and three religions" e che questi non avevano mai vissuto insieme in un regime democratico: "they lived together only when occupied or under a dictatorship", essendo "like oil and water"¹⁶, che se li metti nella stessa pentola non si mischiano, restano separati.

Da alcune dichiarazioni della leadership serbo-bosniaca del febbraio 1992 e riportate nella sentenza emerge che, allorché era diventata evidente la dissoluzione della Federazione iugoslava e la Bosnia-Erzegovina stava per diventare uno Stato indipendente, il disegno era, da una parte, quello di isolare i Bosniaci musulmani in piccole aree nel centro della Bosnia senza permettere loro di raggiungere una continuità territoriale e, dall'altra, quello di creare uno Stato serbo-bosniaco indipendente che avesse continuità territoriale.

Questo disegno fu ben presto reso più chiaro e concreto con l'approvazione, il 12 maggio 1992, durante la 16ª sessione dell'Assemblea serbo-bosniaca, dei c.d. "Strategic Goals" proposti da Karadžić: "1. separation from the other two national communities and the separation of states; 2. creation of a corridor between Semberija and Krajina; 3. creation of a corridor in the Drina Valley thus eliminating the Drina as a border between Serbian states; 4. creation of a border on the Una and Neretva Rivers; 5. division of the city of Sarajevo into Serbian and Muslim parts; 6. access of the SerBiH to the sea"¹⁷.

Le cose sono andate proprio così, salvo che per la creazione di tre stati in Bosnia-Erzegovina, che la leadership serba intendeva come tutti e

¹⁶ *Karadžić*, IT-95-5/18-T, cit., par. 2732.

¹⁷ *Ibid.*, par. 57.

tre indipendenti e quindi con confini internazionali. In effetti, a seguito del referendum del 29 febbraio-1° marzo 1992 indetto dalla Presidenza comune della Bosnia-Erzegovina e boicottato dai Serbo-bosniaci che lo consideravano illegale, la Bosnia-Erzegovina è divenuta indipendente; l'Assemblea dei Serbo-bosniaci, anticipando tale evento, votava il 28 febbraio la Costituzione della Repubblica serba (RS) rivendicando la sua indipendenza, e le conquiste territoriali realizzate con la guerra dai Bosniaci serbi hanno quasi accerchiato l'entità bosniaco-musulmana nella parte centrale dello Stato, permettendo così all'entità serbo-bosniaca di realizzare la continuità dei territori sotto controllo serbo nonché di raggiungere la Drina. Ma è un fatto che la comunità internazionale non ha mai riconosciuto l'indipendenza della RS.

Come nella sentenza si rileva, i membri della leadership serbo-bosniaca discussero apertamente gli "obiettivi strategici" con i rappresentanti internazionali, "who were told that RS would be ethnically 'pure'" e che "their aim was to redistribute the population in BiH to allow Bosnian Serb control of a 'single continuous block of territory' which also included 'traditionally Serb-inhabited areas'"¹⁸.

La verità è che la pulizia etnica aveva anche un obiettivo economico e non solo di conquista di terre "tradizionalmente serbe" (secondo la pretesa serba). E' così che la Camera *Karadžić* osserva che l'accusato ebbe a dire che "Serbs must fight for these territories to get a quality piece" e che "we want some of our rich areas to belong to us".

Ma per la realizzazione di questi obiettivi era necessaria, secondo *Karadžić*, una grande campagna di propaganda diretta al loro popolo: "We must speak on TV, we must participate in live TV shows; we must motivate people for chivalry and prepare them for victories; and, of course, we must nurture their anger toward the enemy"¹⁹. Si trattava in tal modo di incitare i Serbi, tutti i Serbi, all'odio nei confronti dei non-Serbi, ricordando loro, come diceva *Karadžić*, che "their enemies had attacked them at every opportunity in the last century and would continue to do so if they lived in the same state"²⁰.

La forza propagandistica dei discorsi di *Karadžić* e degli altri membri della JCE, *Seselj* compreso, è ben sottolineata nella sentenza, dove si accerta in particolare che "the Accused played a central role in formulating, promoting, and disseminating the Strategic Goals". Secondo la Camera, "In promoting the Strategic Goals, the Accused continued to emphasise not

¹⁸ *Ibid.*, par. 2880. L'acronimo HiB indica la Bosnia-Erzegovina.

¹⁹ *Ibid.*, par. 2890.

²⁰ *Ibid.*, par. 2859.

only the interests of the Serbs to self-determination but also the threat they faced from the Bosnian Muslims and Bosnian Croats who he continued to identify as their historic enemies". Attraverso i suoi discorsi, che erano condivisi anche dagli altri membri della JCE, "the Accused continued to disseminate propaganda against the Bosnian Muslims and Bosnian Croats which allowed him to promote the measures envisaged by the Strategic Goals"²¹. Nel luglio del 1992, Karadžić parlava sempre del pericolo di vivere in uno stato unitario, il quale non avrebbe potuto controllare i Musulmani, poiché "[w]e know very well what the fundamentalism is and that we cannot live together, there's no tolerance, they quadruple through the birth-rate, and we Serbs are not up to that".

Il 2 settembre del 1992, in una riunione di alcuni leaders politici e militari a Bijeljina, Karadžić dichiarava: "[w]e are close to the goal and we must run across it ... the Serbian people will either create their own state ... or we will be squeezed into a small area" e subito dopo, in una riunione dell'8 Settembre 1992, precisava che non c'era un solo Serbo, salvo a Sarajevo, che volesse vivere nello stesso stato con i bosniaci croati o musulmani.

Era però soprattutto nei confronti dei Bosniaci musulmani che gli ideologi della Grande Serbia manifestavano i maggiori timori. Secondo loro, essi, con il loro rapido accrescimento demografico, volevano impadronirsi di tutta la Bosnia-Erzegovina, ciò che i Serbi non potevano permettere, pena la loro stabilità, che, secondo Karadžić, era perfino compromessa in Serbia nonostante i Serbi fossero il 66%²².

La questione della crescita demografica dei Musulmani era in effetti per la leadership serba una vera ossessione. Dagli atti del processo *Karadžić* risulta che già prima che il conflitto scoppiasse in Bosnia-Erzegovina la leadership dell'SDS aveva commissionato degli studi sul cambiamento demografico in tale stato, perché temeva che i Bosniacchi arrivassero a una maggioranza assoluta in una Bosnia-Erzegovina che essi volevano indipendente, ciò che aveva portato Milosević, Šešelj e lo stesso Karadžić, all'inizio della dissoluzione della Federazione iugoslava, a una lotta ideologica per il mantenimento di questo Stato.

Durante una riunione con rappresentanti delle Nazioni Unite nel gennaio del 1993, Karadžić enfatizzò che i Serbi non avrebbero permesso che il passato si ripetesse e quindi i Bosniaci musulmani dovevano essere trasferiti fuori dal territorio serbo-bosniaco, ciò che peraltro era già in atto dall'inizio del conflitto.

²¹ *Ibid.*, par. 2895.

²² Nel 1991 la popolazione era così distribuita in Serbia: Serbi 66%, Albanesi 15%, Ungheresi 3.5%, altri 13.5%, fra cui molti che si dichiaravano semplicemente iugoslavi.

Col progredire delle conquiste territoriali i membri della leadership serbo-bosniaca cercavano di moderare i toni soprattutto negli incontri con i negoziatori internazionali, affermando di essere pronti ad accettare delle modifiche dei confini “to accommodate ethnic realities” e perfino pronti a tenere un referendum per risolvere i problemi relativi ad aree controverse. Ma, come si sottolinea nella sentenza *Karadžić*, “by the time these statements were made, there had already been a large forcible displacement of Bosnian Muslims from their homes and the Bosnian Serb leadership sought a peace deal on the basis of the large percentage of territory in BiH which they had already taken” e “by this time there were very few Bosnian Muslims or Bosnian Croats who remained to vote”. E quindi l’obiettivo strategico fondamentale, quello della pulizia etnica con la separazione delle tre comunità, era già realizzato. Nella sentenza *Karadžić* si rileva del resto che “there was a clear difference between what the Accused and the Bosnian Serb leadership were willing to say about the Strategic Goals in closed or confidential settings versus what they generally said to international representatives. The Accused in private meetings was far more candid about their willingness to pursue their territorial objectives even at the cost of lives and the displacement of thousands of people”.

Molto significativo rispetto alla pianificazione della pulizia etnica è quanto *Karadžić* ebbe a dire durante una riunione con gli altri membri della leadership serbo-bosniaca: “We prepared ourselves better during the time of peace than they. We knew what they are doing but they did not know what we are doing. They were astonished by the way we organized defense of the municipalities. We were organized; [G]eneral Kovačević knows that, because we were supported by [G]eneral Adžić. He worked on distribution of ammunition, he knew about”²³.

Del resto, nel dicembre 1993, Krajišnik, presidente dell’Assemblea della RS, dichiarava che all’inizio della guerra gli “obiettivi strategici” erano “one of the most important documents” che l’Assemblea aveva approvato, provvedendo poi a “organise the people to implement them”. E quindi il primo e più importante obiettivo “had been achieved and the RS now existed with its own state organisation and territory”. Krajišnik osservava altresì che nel delimitare i confini della RS conformemente agli obiettivi strategici essi “did not violate the like rights of the Muslim and Croat communities” e ciò che ancora restava da fare era di combattere per dei “just borders of our Republic, to be internationally recognised”.

Karadžić affermava che “[i]f we are going to divorce from the Muslims,

²³ *Karadžić*, IT-95-5/18-T, cit., par. 2890.

we must give them something” e che “It is impossible to make the Muslims vanish, and that we keep the entire territory”. Senza mezzi termini egli aggiungeva: “but we are the winners, we have a majority of the territory now, not only under our control, but also in our ownership”. Alla 37^a sessione del 10 gennaio 1994 dell’Assemblea serbo-bosniaca, Karadžić ebbe perfino a dichiarare che essi erano ormai uno stato che era loro al 100% ed era il “Dušan’s empire”²⁴! Con ciò egli evocava l’eroe delle battaglie vinte contro Bisanzio che portarono Dušan nel 1331 a divenire lo zar serbo!

Ma la questione demografica e in particolare la crescita delle nascite fra i Bosniaci musulmani continuava a preoccupare, per tutto il corso del conflitto, la leadership serba, e soprattutto Karadžić. È così che, alla stessa Assemblea egli dichiarava che la popolazione musulmana in RS cresceva dell’1% al giorno, mentre un altro deputato sottolineava che nella regione di Birač (RS) c’erano 120.000 musulmani ed esprimeva la speranza che questo numero “has at least been halved”. Nella stessa Assemblea emergeva però che non c’era una posizione politica “as to how to proceed with Muslims who have declared loyalty”, ma Karadžić aveva già chiaramente sostenuto che “while Bosnian Muslims could stay in the enclaves, it is going to be our state”. Infatti, se alcuni Musulmani erano rimasti nei territori conquistati dai Serbi è solo perché essi, pur di non abbandonare i loro villaggi, erano stati costretti a giurare fedeltà al regime serbo e in alcuni casi anche a cambiare la loro religione per quella ortodossa. E’quanto, secondo la testimonianza di un ex prigioniero musulmano nel processo Mladić, questi gli avrebbe chiesto in cambio dell’ “offerta” di vivere in RS.

Ciò nonostante, nella riunione del Comando di stato maggiore del 31 marzo 1995, l’accusato evocava il pericolo posto dai Bosniaci musulmani rimasti nei loro territori e dichiarava che “Muslims remaining there in any way is disastrous for us”, e che la politica dei Serbi era quella della “separation of peoples, of cultures, of worlds”, based on the idea that “birds of a feather flock together”²⁵.

La Camera nota infatti che nel 1995 Karadžić e gli altri leader serbo-bosniaci continuavano a parlare della necessità di espellere i non-Serbi dallo stato che essi avevano creato, come dell’importanza dell’unificazione di tutte le terre serbe, come del fatto che “Drina should be clean” e “the corridor must be wide”, come dell’obiettivo dell’indipendenza. A suo giudizio l’ulteriore grande vittoria serba sarebbe stata quella di realizzare “their ultimate dream, a serbian State west of the Drina”, e con ciò Karadžić intendeva la cacciata

²⁴ *Ibid.*, par. 2887.

²⁵ *Ibid.*, par. 2773.

dei Musulmani dall'area di Srebrenica e l'indipendenza della RS!

In una intervista del maggio 1995, l'accusato confermava che essi non rinunciavano alla realizzazione di tutti i "Strategic Goals", che avrebbero perseguito "either through political or military means". Tale affermazione si riferiva soprattutto alla pulizia etnica definitiva dell'area vicina alla Drina, ma a quel tempo attraverso ancora la modalità della separazione e non già dell'eliminazione dei non-Serbi.

A conclusione dell'analisi delle prove sulla *mens rea* dei membri della "Overarching JCE" e in particolare su quella di Karadžić, prove che ho menzionato solo in minima parte, la Camera conclude che "the speeches and statements made by the Accused and the Bosnian Serb leadership denigrated Bosnian Muslims and Bosnian Croats, portrayed them as their historic enemies, and exacerbated ethnic tensions in BiH". A suo giudizio, tali prove dimostrano "an intent to create an ethnically homogeneous Serb state in BiH, to separate from Bosnian Muslims and Bosnian Croats, and remove them from Bosnian Serb controlled territory", poiché, aggiunge la Camera, secondo Karadžić la coesistenza con i non-Serbi non sarebbe stata possibile neppure all'interno di un territorio controllato dai Serbo-bosniaci.

La Camera trova poi anche una ragione del fatto che se certi "highly inflammatory speeches and statements in which the Accused and other alleged members of the Overarching JCE spoke about the "disappearance", "annihilation", "vanish[ing]", "elimination", and "extinction" of the Bosnian Muslims", che pure essa riporta, tali discorsi dovevano essere considerati "in the full context in which they were delivered and not in isolation". Essa ritiene cioè che "the early speeches which contained this kind of rhetoric were delivered mainly as a warning that Bosnian Muslims should not pursue a path to independence which was contrary to the Bosnian Serb interests, and as a threat that if they did do so there would be war which would lead to severe blood shed". E conclude dunque che, se "the records show that the Bosnian Serbs were prepared to use force and violence against Bosnian Muslims and Bosnian Croats in order to achieve their objectives and assert their historic territorial claims" tuttavia, "in light of the totality of the evidence, the Chamber is not convinced that the only reasonable inference to draw from these statements is that the respective speakers intended to physically destroy a part of the Bosnian Muslim and/or Bosnian Croat groups".

Essa poi precisa ancora che "these statements, speeches, and actions were consistent with the Bosnian Serb objective of ethnic separation and the forceful creation of an ethnically homogenous state". Secondo la Camera

“The Accused was adamant that this ethnic separation was necessary and acknowledged that the “freedom struggle” of the Serbs had not been finished and would result in many casualties and again made reference to the historic crimes committed against the Serbs”.

Accertata la *mens rea* dell'accusato, la Camera faceva l'accertamento finale sui crimini. Riporto qui solo la parte relativa alle deportazioni e ai trasferimenti forzati, in ragione del fatto che proprio questi comportamenti, insieme agli eccidi naturalmente, sono quelli che più di altri sono correlati agli atti di genocidio allorché, naturalmente, siano intesi alla distruzione o parziale del gruppo protetto: “The Chamber finds that the only reasonable inference to draw from all of the evidence analysed earlier in this Judgement is that the crimes of deportation, inhumane acts (forcible transfer), and persecution (forcible transfer and deportation) were intended to achieve the objective of the Overarching JCE and that the Accused and other members of that JCE shared the intent for these crimes. With respect to forcible transfer and deportation as underlying acts of persecution, the Chamber also finds that the Accused and the other members of the Overarching JCE shared the specific intent to discriminate on the basis of the identity of the victims as Bosnian Muslims or Bosnian Croats”²⁶.

Nel valutare in particolare gli appelli della leadership serba alla discriminazione etnica nelle sette municipalità della Bosnia-Erzegovina, la Camera Karadžić precisa: “Even where the Bosnian Serb leadership called into question the identity of the Bosnian Muslims as a nation or a people, these speeches were delivered in the context that the Bosnian Muslim population residing in Bosnian Serb-claimed territory should be separated from the Serbs—by force if necessary—but did not suggest that a part of that group should be physically destroyed as such”.

Si tratta quindi di crimini contro l'umanità motivati dalla discriminazione nei confronti dei membri delle due comunità e tale elemento porta ad accertare soprattutto atti di persecuzione, ma a ogni buon conto non si tratta qui di atti di genocidio.

5. *La pulizia etnica dell'area di Srebrenica*

Nelle sentenze *Mladić* e *Karadžić* le Camere ricostruiscono in modo molto minuzioso anzitutto la situazione di Srebrenica prima del genocidio

²⁶ *Ibid.*, par. 3464.

e il tentativo delle forze musulmane di mantenere il controllo dell'area nord-est della Bosnia. Io qui mi riferirò di nuovo soprattutto alla sentenza *Karadžić*.

Nel novembre 1992, le forze musulmane di Srebrenica iniziarono una offensiva al fine di collegarsi alle forze musulmane di Cerska e così isolare le forze serbe che occupavano Bratunac e Skelani e conquistare Bratunac. La popolazione civile musulmana fu così costretta a fuggire dal conflitto verso Srebrenica che, come sappiamo, era a maggioranza musulmana. La risposta serba fu un'offensiva dura, secondo la direttiva n. 4 emessa il 19 novembre 1992, al fine di tenere Višegrad, Zvornik e il corridoio, costringere i Musulmani ad abbandonare le aree di Cerska, Birač, Žepa, Gorazde, Srebrenica, offrire la resa ai Musulmani in armi, che se non l'avessero accettata, sarebbero stati distrutti, secondo una dichiarazione della leadership serba. Nel frattempo, Srebrenica "was crowded with large numbers of Bosnian Muslim refugees from other parts of eastern BiH, and severe hardship, including a serious food shortage, was visible on the streets... The sole UNHCR convoy which had obtained clearance from the VRS to proceed to Srebrenica was halted in Bratunac, where it remained for three or four days before finally being allowed to proceed to Srebrenica".

Nel gennaio 1993, l'esercito musulmano a Srebrenica (ABiH) aveva conquistato dal 92 al 93% del territorio della municipalità di Bratunac. Ciò teneva separata quest'area dal resto dell'area sotto il controllo delle forze del Drina Corps della VRS. Ma la resistenza serba ebbe la meglio e la città di Kravica fu conquistata dai Serbi. Da quel momento gli attacchi ad opera delle forze serbe non cessarono ed esse gradualmente si impadronirono delle aree affidate alla responsabilità di quel corpo. Come la Camera sottolinea, "VRS attacks generally followed a pattern of 'lob[bing] a few shells an hour into a small number of villages' for two or three days, which would generally cause most of the population to flee, before approximately 50 infantrymen, a couple of tanks, and a couple of APCs would suddenly attack and capture the "largely deserted" villages", che venivano altresì incendiati dalla VRS. La Camera sottolinea che, "in some instances, the VRS targeted mixed columns of civilians and soldiers, forcing them to flee". Nella prima settimana del marzo 1993, "thousands made their way southeast to Srebrenica or west towards Tuzla". A Srebrenica si ritrovarono oltre 30.000 rifugiati, quasi tutti per le strade nonostante i bombardamenti serbi.

Nella sentenza si passa quindi alla descrizione dettagliata della grave situazione umanitaria nell'est della Bosnia-Erzegovina, dove anche il fiume era stato inquinato e i convogli con gli aiuti venivano bloccati nonostante gli

accordi conclusi dalla leadership serba con i rappresentanti internazionali e i negoziati che le Nazioni Unite intraprendevano sul terreno perché i convogli degli United Nations Military Observers (UNMOs) potessero passare.

Ai primi di aprile la VRS si trovava ormai a due km dalla città di Srebrenica, ma il 16 aprile 1993 il Consiglio di sicurezza adottava la risoluzione 819 con cui dichiarava Srebrenica e i suoi dintorni una “safe area”, “that should be free from armed attack or any other hostile act”. Con la successiva Risoluzione 824 esso dichiarava “safe aereas” anche le enclaves di Žepa and Gorazde. Mladić e Halilović – il comandante musulmano –, con la mediazione delle NU, concordarono dunque un cessate-il-fuoco che entrò in vigore il 18 aprile: tutte le armi, munizioni ecc. dovevano essere consegnate alla United Nations Protection Force (UNPROFOR) in 72 ore e i combattenti musulmani disarmati dovevano essere trattati come civili.

Ma le linee delle aree da demilitarizzare erano controverse. Tanto il “Bravo Company Compound” a Srebrenica, quanto quello più ampio a nord di Potočari – “UN Compound” - avrebbero dovuto controllare l’operazione di demilitarizzazione. Le truppe dell’UNPROFOR, armate in modo leggero, ammontavano a non più di 600 unità. Le “Rules of Engagement” (ROE) stabilivano che i *peacekeepers* potessero usare la forza solo per legittima difesa. Essi si giovavano peraltro del supporto aereo della NATO, il cui intervento diretto nel conflitto fra le due parti non era però autorizzato. Le forze musulmane consegnarono all’UNPROFOR, come accertato dalla Camera, solo “old and dysfunctional weapons” e non si fecero ricerche casa per casa. Ciò “resulted in the demilitarisation process not being wholly successful”. La Camera *Karadžić* accerta infatti che “the Muslim Forces in Srebrenica continued to obtain arms and open fire on VRS lines” e che “ABiH helicopters flew in violation of the no-fly zone”²⁷.

Le truppe nazionali che costituivano le Forze di pace delle Nazioni Unite si alternavano. Nel gennaio 1995 arrivò il battaglione olandese - DutchBat -, comandato dal Tenente Colonnello Thomas Karremans. Tale battaglione aveva otto posti di osservazione (OPs) nel perimetro dell’enclave, altri quattro furono aggiunti da febbraio a luglio 1995. Ma un gruppo del DutchBat, che nel gennaio 1995 tentava di ristabilire la libertà di movimento in una zona dell’enclave, fu arrestato e rilasciato solo dopo vari giorni a seguito di un accordo.

La direttiva 7 dell’8 Marzo 1995, sottoscritta dallo stesso Karadžić e inviata ai comandanti dei vari Corpi dell’esercito, ordinava al Drina Corps di “[b]y planned and well-thought-out combat operations create an un

²⁷ *Karadžić*, IT-95-5/18-T, cit., par. 4993.

bearable situation of total insecurity with no hope of further survival or life for the inhabitants of Srebrenica and Žepa”. A questo fine, le forze serbe ricevettero anche l’ordine di “reduce and limit the logistics support of UNPROFOR to the enclaves and the supply of material resources to the Muslim population”, rendendoli dipendenti, come diceva lo stesso ordine, dalla buona volontà della leadership serba, ciò che avrebbe impedito la condanna da parte della “international community and international public opinion”. Se poi l’UNPROFOR avesse abbandonato Srebrenica e Žepa, il Drina Corps avrebbe dovuto to “brea[k] up and destro[y] the Muslims forces in these enclaves and definitively liberat[e] the Drina valley region”. La successiva direttiva 7/1 ordinava operazioni militari volte a “inflict the heaviest possible losses on the enemy, restoring the reputation of the VRS among the people and in the world, and forcing the enemy to negotiate and end the war at the achieved lines through successful actions by VRS forces along chosen axes”.

Si trattava dunque ancora di operazioni militari dure, inumane e condotte in violazione grave del diritto internazionale umanitario, ma non di atti di genocidio.

Verso la fine di maggio 1995, tensioni e attacchi fra le forze musulmane a Srebrenica e la VRS aumentarono all’interno e attorno all’enclave, ciò che ridusse anche il movimento del DutchBat, che nel giugno 1995 fu preso di mira direttamente dalla VRS.

Il 2 luglio 1995, informati di un imminente attacco dell’ABiH volto a dividere l’area sotto la responsabilità del Drina Corps, che collegava le enclavi di Srebrenica e Žepa con il territorio controllato dai Bosniaci musulmani, i Serbi decisero di passare dalla c.d. difesa all’attacco, che iniziò in modo coordinato il 6 luglio. La Camera accerta in proposito che “Snipers posted on the surrounding hills targeted Bosnian Muslim civilians, including women and children, who were living in the houses in the vicinity of OP Papa”. Ma “Bosnian Serb Forces also fired on a number of OPs, including OP Mike, with small and large calibre weapons²⁸”.

L’8 luglio le Forze serbe si avvicinavano sempre più agli Ops dell’UNPROFOR e una fiamana di rifugiati si dirigeva verso la città di Srebrenica, concentrandosi davanti al Bravo Company compound, nel centro della città. I Capi del compound chiesero al generale Tolimir, il responsabile per la sicurezza della VRS (condannato all’ergastolo con sentenza definitiva del TPIY per il genocidio di Srebrenica), l’immediato ritiro delle forze serbe, richiesta che fu portata alla conoscenza di Karadžić.

²⁸ *Ibid.*, par. 5009.

Questi approvò invece l'espansione dell'operazione e ordinò la conquista di Srebrenica, ma con l'istruzione che "full protection [should] be ensured to UNPROFOR members and the [Bosnian] Muslim civilian population".

Il DutchBat ricevette l'ordine di difendere la città con tutti i mezzi militari a disposizione, che erano per la verità ben pochi, visto che tali mezzi erano stati forniti solo per la difesa del compound e del relativo personale. E quindi il DutchBat non poté che limitarsi a bloccare gli ingressi al compound, ma ricevette il 10 luglio l'ultimatum serbo di lasciare l'enclave insieme con la popolazione civile, abbandonando armi ed equipaggiamento. La risposta delle Nazioni Unite fu la seguente: "an order to the Bosnian Serb Forces to withdraw to the 1993 borders of the enclave as of 6 a. m. on 11 July 1995 or face the threat of "massive air attacks". Ci si riferiva qui ad attacchi NATO, naturalmente.

La sera del 10 luglio, un tentativo della VRS di entrare nella città fu respinto dalla ABiH e dal DutchBat. Nel corso della notte, Thomas Karreman informò i Bosniaci musulmani dell'ultimatum da parte delle forze serbe: "they would like the Muslims to leave the enclave within 48 hours". La mattina successiva le forze armate musulmane erano scomparse dalla città, ma varie migliaia di Musulmani erano concentrati di fronte al Bravo Company compound e chiedevano di poter entrare per aver salva la vita. Verso le 11.00, in 5.000 riuscirono a forzare i cancelli e a entrare. Non passò molto tempo allorché colpi di mortaio ne colpirono e ferirono vari. La maggior parte fu costretta dal DutchBat a rimanere fuori dal compound. I Capi militari serbi cercavano di tranquillizzarli dicendo che nulla sarebbe loro accaduto. I Musulmani erano però molto spaventati perché ben consapevoli di quel che rischiavano. Appare dunque incredibile che i membri del DutchBat non si siano resi conto che le intenzioni serbe non erano per nulla concilianti, anche perché quelli che erano rimasti fuori dal compound erano vittime di vari abusi ad opera delle Forze serbe. La superficialità del DutchBat risulta anche in una sentenza olandese, quella resa nel 2011 da una Corte dell'Aia che ha condannato a risarcire tanto i parenti di un elettricista musulmano che lavorava al compound e fu costretto dai soldati delle Nazioni Unite a uscire, quanto l'interprete musulmano del DutchBat, il cui padre e fratello avevano subito lo stesso trattamento²⁹. La sentenza sostiene, infatti, che il Dutchbat è stato testimone di vari maltrattamenti e perfino uccisioni all'esterno del compound di rifugiati musulmani di sesso maschile e sottolinea che il Dutchbat era quindi a conoscenza del rischio che

²⁹ Corte d'Appello dell'Aja, *Nuhanovic v. the State of the Netherlands*, causa n. 200.020.174/01, 5 luglio 2011.

gli uomini e fanciulli costretti a uscire correvano. Tutti e tre i Musulmani cacciati dal compound, con altre centinaia di cacciati, hanno subito infatti il destino riservato a tutti i Musulmani di sesso maschile *able-bodied*.

Alle ore 17.00, il bombardamento serbo della città cessò. Poco dopo Mladić, con Živanović, Comandante del Drina Corps, e Krstić, il suo vice (che il 13 luglio sarebbe divenuto il comandante del corpo), entrò da conquistatore a Srebrenica dichiarando: “Here we are, on 11 July 1995, in Serb Srebrenica. On the eve of yet great Serb holiday, we give this town to the Serb people as a gift. Finally, after the [R]ebbellion against the Dahis, the time has come to take revenge on the Turks in this region”³⁰. Il video che mostra Mladić con i suoi ufficiali e soldati per le strade di Srebrenica testimonia più di ogni altra cosa la violenza e l’arroganza dei conquistatori.

Alcuni civili che si dirigevano verso Potočari furono fermati dalle forze musulmane e rimandati indietro. Ma poi la popolazione civile musulmana ancora in vita fu evacuata con il supporto delle Forze di pace.

Mentre le donne, i bambini e i vecchi partivano per Potočari, la maggior parte degli uomini atti alle armi si diresse a piedi verso i boschi, nel timore di essere uccisi se fossero restati con le famiglie: ma furono tutti intercettati e catturati dalle FF.AA. serbo-bosniache. Una colonna di musulmani, insieme ai feriti e malati trasportati da veicoli NU, partì per Potočari scortata dal DutBach, ma anch’essa fu poi intercettata. Qualche Musulmano che era rimasto a Srebrenica fu scovato con granate e incendi in una minuziosa ricerca casa per casa organizzata dalle forze armate serbe.

L’11 luglio, Mladić e altri leaders di tali forze, nonché i rappresentanti del DutchBat si riunirono all’Hotel Fontana, vicino a Srebrenica, su richiesta di Karremans. Dai filmati dell’incontro e degli altri due incontri che abbiamo avuto modo di visionare durante il processo si coglie l’aria di tensione fra i presenti e l’aria di minaccia da parte serba nei confronti dei rappresentanti delle Forze di pace. Queste furono biasimate “per aver armato i bosniaci musulmani” e per i raids NATO, nonché accusate di aver aperto il fuoco a Srebrenica contro le forze serbe.

Mladić, come rileva la Camera, alternava i suoi inviti a Karremans di dare suggerimenti sulla situazione “with veiled threats; for example, with regard to the DutchBat members being held at the hotel, he stated that they would not be hosted for long if NATO kept bombing, since ‘we know how to bomb too’”. E poi aggiungeva: “You can either all leave, all stay, or all die here”. Karremans appariva soggiogato dal Comandante serbo, quasi impaurito, in ogni caso chiaramente umiliato.

³⁰ Karadžić, IT-95-5/18-T, cit., par. 5033.

Un ex insegnante musulmano, Nesib Mandžić consentì ad essere il portavoce della popolazione e Mladić gli chiese cosa volesse. Egli rispose di non essere un rappresentante ufficiale dei rifugiati e di essere “completely unprepared”. Mladić gli ordinò allora di portare “the people who can secure the surrender of weapons and save your people from destruction”. Mandžić appare nel filmato ansioso, impaurito, nel panico, come la Camera rileva. Altri due civili musulmani furono quindi trovati a supporto di Mandžić.

Al secondo incontro, che si tenne alle 11.00, Mladić chiese a Mandžić di dargli “a clear position on the representatives of your people on whether you want to survive ... stay or vanish” e informò Mandžić del fatto che “the future of your people is in your hands, not only in this territory”³¹.

Il terzo incontro, al mattino del 12 luglio, si svolse nella stessa situazione di confusione sul destino dei Musulmani, nonché di tensione, minaccia e umiliazione anche dei rappresentanti delle Forze di pace, come pure il video sul brindisi imposto da Mladić testimonia. La Camera ritiene infatti che “Although Mladić gave the impression that the Bosnian Muslim representatives’ wishes would be respected, he also implied that they had no choice but to leave in order to survive”³².

Sappiamo del resto che dai tre incontri uscì un “accordo” di cui lo stesso Karremans non aveva capito l’esatto contenuto, come lui stesso ebbe modo di dichiarare. Ma, il 17 luglio 1995, quando l’operazione genocidio era quasi alle battute finali, Mladić imponeva uno *statement* sostanzialmente falso che pretendeva riassumere *ex post*, nella forma di “dichiarazioni musulmane”, il seguente contenuto dell’accordo: “- our civilian population could stay in the enclave or move out, depending on the wish of each individual; - should we wish to move out from the enclave, it was agreed that we could choose where we wanted to go; we decided that the entire population move out of the enclave and be evacuated to the territory of Kladanj municipality; - it was arranged that the evacuation would be carried out by the Army and Police of the Republic of Srpska and that UNPROFOR would supervise and provide an escort for the evacuation”³³. Vi si dichiarava altresì che l’evacuazione sarebbe stata condotta in conformità con le Convenzioni di diritto internazionale umanitario, quando ormai, a quella data, tutte le norme, non solo di tali Convenzioni, erano state violate.

Il vice di Karremans, il Maggiore Franken, nella testimonianza davanti alla Camera *Karadžić*, ha sostenuto che alcune parti della dichiarazione, come quella che recitava “we decided that the entire population move out

³¹ *Karadžić*, IT-95-5/18-T, cit., par. 5630.

³² *Ibid.*, par. 5697.

³³ *Ibid.*, par. 5128.

of the enclave and be evacuated to the territory of Kladanj municipality”, “were nonsense”, e che egli aveva firmato solo al fine di assicurare che “the evacuation of DutchBat and the wounded proceeded smoothly”. Egli ha altresì detto di aver aggiunto un punto alle dichiarazioni “in an effort to neutralise the false language in the 17 July 1995 Statement”³⁴. Questa testimonianza conferma l’arrendevolezza del DutchBat di fronte all’arroganza dei capi delle forze serbe.

Se può infatti ritenersi pacifico che i membri della Forza di pace presenti nell’area di Srebrenica non avrebbero potuto difendere, con gli scarsi mezzi che avevano a disposizione, i Musulmani dalla violenza delle Forze armate serbo-bosniache, che oltre a rappresentare un esercito erede della JNA – uno dei più organizzati ed equipaggiati eserciti del mondo – erano animati dall’odio propagandato dalla leadership serba, è anche un fatto che i responsabili del DutchBat che si sono trovati a negoziare con Mladić non erano preparati per gestire una situazione certamente difficile, ma di cui non sono stati capaci di cogliere nulla, nonostante la pianificazione e l’organizzazione del genocidio fosse già in corso. Non era probabilmente ipotizzabile che si stesse preparando il genocidio mentre si negoziava, ma alcune affermazioni della leadership serba sull’area di Srebrenica prima della conquista, come tutto ciò che stava avvenendo a Srebrenica dal momento della conquista e che il DutchBat non poteva ignorare, oltre all’evidenza del fatto che i capi militari serbi nascondevano le loro vere intenzioni sul destino dei Musulmani e umiliavano apertamente i capi del DutchBat, non potevano certo lasciare speranze.

Almeno, nel negoziare con i capi militari serbi, invece di avere un atteggiamento di difesa, che non paga mai allorché non c’è nulla di cui ci si debba giustificare, li si sarebbe dovuti colpevolizzare duramente per le violazioni di tutte le norme internazionali applicabili nella situazione di Srebrenica. E poi si sarebbe dovuto fare subito chiarezza su quanto concordato all’Hotel Fontana sul destino dei Musulmani e mettere subito tutto nero su bianco. Forse, in tal modo, al terzo incontro si sarebbe acquisita una maggiore consapevolezza di quel che poi è emerso da una importante testimonianza e cioè che il destino di migliaia di Musulmani era stato già deciso. Mi riferisco alla testimonianza di Nikolić l’ufficiale incaricato dei rapporti con l’UNMOs e l’UNPROFOR e altre organizzazioni internazionali nell’area di Srebrenica. Prima dell’inizio della riunione, egli si trovò fuori dell’Hotel con Popović, il tenente colonnello che dall’aprile 1995 era il Capo del Dipartimento della sicurezza del Drina

³⁴ *Ibid.*, par. 5631.

Corps, con Kosorić, il Capo dell'Intelligence del Drina Corps, e Ušćumlić, l'interprete nei rapporti con il DutchBat. Allorchè Nicoljić domandò a Popović cosa sarebbe accaduto ai Musulmani, Popović rispose che "Bosnian Muslim women and children would be transferred to Bosnian Muslim-held territory and ... military-aged men would be separated". Poi, sempre secondo la testimonianza di Nikolić, che sulla base di una valutazione molto approfondita la Camera *Karadžić* ha ritenuto credibile, Nikolić domandò ancora cosa sarebbe accaduto a quegli uomini, e Popović rispose: "all the balijas should be killed"³⁵.

Entrambe le Camere nei casi *Karadžić* e *Mladić* ricostruiscono in modo minuzioso tutte le fasi della c.d. (falsa) evacuazione - in verità trasferimento forzato - dei Musulmani dall'enclave, degli eccidi e delle sepolture nelle diverse località dove uomini e fanciulli erano stati concentrati a gruppi di centinaia, come dell'operazione di trasferimento forzato di circa 30.000 donne, bambini e vecchi che furono trasportati fra il 12 e il 13 luglio in condizioni fisiche e psicologiche disumane, verso i territori controllati dalle forze bosniaco-musulmane. Alcune donne avevano subito stupri nell'attesa dell'evacuazione.

Allorché gli uomini e i fanciulli erano separati dalla popolazione destinata al trasferimento, a chi chiedeva di voler rimanere con la famiglia veniva detto di non preoccuparsi, che successivamente si sarebbero ricongiunti. Tutto fu realizzato con l'inganno di un personale dell'UNPROFOR che dimostrò di nuovo, bisogna dirlo, molta ingenuità: è così che Rave, il consigliere per la sicurezza di Karremans, "asked Mladić about the separation of Bosnian Muslim men, to which Mladić responded that the VRS was trying to find out if there were soldiers among the men; if so they would be separated, be made POWs, brought to a prison camp in the vicinity of Bijeljina, and exchanged for Bosnian Serb POWs"³⁶.

La Camera *Karadžić* fa così un primo accertamento: "The Chamber is therefore satisfied for the purpose of Article 4(2)(b) of the Statute that thousands of female and male members of the Bosnian Muslims of Srebrenica were subjected to serious bodily or mental harm as a result of actions of the Bosnian Serb Forces and that this harm was of such serious nature as to contribute or tend to contribute to the destruction of part of the group"³⁷.

L'operazione di selezione, trasporto, uccisione e sepoltura di uomini e

³⁵ *Ibid.*, par. 5702. *Balijas* è un termine spregiativo usato dai Serbi nei confronti dei Bosniaci musulmani.

³⁶ *Ibid.*, par. 5111.

³⁷ *Ibid.*, par. 5665.

fanciulli durò dal 12 luglio fino ai primi di agosto. Ciascuno dei destinati all'uccisione fu anche privato dei suoi effetti personali, comprese carte d'identità e vestiti, "which were piled about 30 to 40 metres from the White House alongside the road". Come la Camera nota, le prove indicano che "being a Bosnian Muslim man was the exclusive criterion for separation and that they were all earmarked for execution³⁸", mentre Karadžić ha cercato di difendersi sostenendo che sarebbero stati selezionati fra i Musulmani solo i sospettati di crimini di guerra. In verità, non ci fu alcuna selezione di potenziali criminali, perché tutti quegli uomini e fanciulli erano già destinati all'uccisione. Lo stesso Nikolić ha testimoniato che "there was no process to identify and separate the men who were suspected of having committed war crimes". Inoltre, come la Camera Karadžić rileva, "No effort was made... to distinguish the soldiers from the civilians³⁹".

La Camera accerta poi che il trasferimento di donne, bambini e vecchi di Srebrenica che non fossero già deceduti per maltrattamenti e attacchi diretti fu forzato e non già "a genuine choice", come pretendeva la difesa. Essa accerta altresì che almeno 5.115 Musulmani di sesso maschile furono uccisi. Tale numero risulta dalle numerose prove al di là di ogni ragionevole dubbio, compresi i test sul DNA dei corpi sparpagliati qui e là in fosse comuni secondarie, trovate in zone montuose isolate e scavate dopo il conflitto, nel tentativo vano di occultare il genocidio⁴⁰; ma altri scavi, ritrovamenti di corpi di Musulmani di Srebrenica e test sul DNA sono ancora in corso, sebbene nessun tribunale internazionale potrà più accertare la loro appartenenza alle vittime del genocidio di Srebrenica.

La Camera nota inoltre che "the operation, which was carried out by the Bosnian Serb Forces who vigorously pursued the Bosnian Muslim males in the column, encompassed the killing of all Bosnian Muslim men in Bosnian Serb custody, irrespective of whether they were combatants or civilians and regardless of whether they were captured or had surrendered". Essa considera che "this, combined with the manner as well as the systematic and highly organised nature of the killings, demonstrates a clear intent to kill every able-bodied Bosnian Muslim male from Srebrenica". Essa nota inoltre che "killing every able-bodied male of a group results in severe procreative

³⁸ *Ibid.*, par. 5062.

³⁹ *Ibid.*, par. 5112.

⁴⁰ Durante una visita sui luoghi in Bosnia-Erzegovina, abbiamo visitato l'area delle fosse primarie e quella delle fosse secondarie, da cui appare evidente il tentativo maldestro, ma anche qui del tutto disumano, di nascondere il genocidio, con la conseguenza crudele per i parenti di non avere neppure il piccolo conforto di poter dare una sepoltura dignitosa ai corpi integri dei loro cari.

implications that may lead to the group's extinction", e conclude dunque che "the only reasonable inference on the basis of such evidence is that members of the Bosnian Serb Forces orchestrating this operation intended to destroy the Bosnian Muslims in Srebrenica as such"⁴¹.

Inoltre, "viewing the evidence in its totality, the Chamber considers that the Bosnian Serb Forces must have been aware of the detrimental impact that the eradication of multiple generations of men would have on the Bosnian Muslims in Srebrenica in that the killing of all able-bodied males while forcibly removing the remainder of the population would have severe procreative implications for the Bosnian Muslims in Srebrenica and thus result in their physical extinction. The Chamber therefore finds beyond reasonable doubt that these acts were carried out with the intent to destroy the Bosnian Muslims in Srebrenica as such"⁴².

Molto significativo ai fini dell'accertamento del genocidio è il riferimento alla "eradication of multiple generations of men" e alla simultanea rimozione di tutto il resto della popolazione musulmana, ciò che aveva "severe procreative implications that may lead to the group's extinction". Con queste sottolineature la Camera ha inteso applicare uno degli elementi costitutivi del genocidio, la distruzione del gruppo come tale, in un'accezione rivolta non solo al presente, ma anche e soprattutto al futuro del gruppo.

La Camera aggiunge inoltre che "on the basis of the totality of the evidence..., the Chamber is satisfied beyond reasonable doubt that these killings were carried out pursuant to a systematic and highly organised plan" e puntualizza che "a plan to kill all the able-bodied Bosnian Muslim men and boys in Srebrenica had been established by the time that the third Hotel Fontana meeting commenced at 10 a.m. on 12 July"⁴³.

Il piano coordinato viene dimostrato dalla Camera anche con riferimento alle operazioni di "reburial" dei corpi degli uccisi di Srebrenica: nel settembre 1995 i corpi sono stati spostati dalle fosse primarie in fosse comuni secondarie per evitare che la comunità internazionale trovasse tracce del genocidio.

Successivamente, la Camera analizza un altro elemento rilevante nella nozione di genocidio e cioè il carattere sostanziale della distruzione parziale della comunità protetta. E qui, dopo aver considerato che la popolazione musulmana di Srebrenica, in ragione dei rifugiati, raggiungeva a quel tempo tra 50.000 e 60.000 unità e a volte perfino 70.000 unità e che la popolazione di Bosnia-Erzegovina nel 1991 era di circa 4,4 milioni di

⁴¹ *Ibid.*, par. 5669.

⁴² *Ibid.*, par. 5671.

⁴³ *Ibid.*, par. 5731.

persone, di cui, secondo un censimento dell'aprile 1991, il 43,7% Bosniaci musulmani, 32,4% Bosniaci serbi e 17,3% Bosniaci croati, essa calcola che i Bosniaci musulmani di Srebrenica rappresentassero meno del 2% della popolazione di tutta la Bosnia-Erzegovina. Dal punto di vista numerico non si poteva quindi considerare sostanziale la distruzione parziale di tale comunità. Tuttavia, la Camera, riprendendo quanto era già stato sostenuto nella sentenza di appello nel caso *Krstić*, e cioè che “the enclave’s seizure was of particular strategic importance due to its geographic proximity to Serbia, its symbolic stature as a refuge for Bosnian Muslims, and the fact that its elimination despite its *status* as a safe area would be demonstrative of the potential fate of all Bosnian Muslims”⁴⁴, accerta il carattere sostanziale della distruzione sulla base del valore simbolico della presa di Srebrenica.

Del resto, anche nella sentenza *Mladić*, ai fini dell'accertamento del genocidio, la Camera dà importanza alla posizione di Srebrenica affermando che essa “was of significant strategic importance to the Bosnian-Serb leadership during the conflict because the majority Bosnian-Muslim population of this region made it difficult for them to claim the land as inherently Serb.... as it was in close geographical proximity to Serbia and, therefore, was required for maintaining a Serb-populated border area contiguous with Serbia”. Anzi, per la Camera Mladić è proprio questo elemento che caratterizza i fatti di Srebrenica rispetto a quelli delle altre municipalità al fine della loro qualificazione come atti di genocidio. Essa infatti trascura di sottolineare a questo fine la rilevanza della distruzione del futuro della comunità musulmana e accentua invece soprattutto il peso del valore simbolico di Srebrenica.

Ma veniamo all'importante aspetto della responsabilità dell'accusato *Karadžić* in ragione del suo *dolus specialis* della distruzione della comunità musulmana di Srebrenica, che la Camera accerta citando documenti e testimonianze che indicano come Karadžić fosse informato di tutte le operazioni.

È così che viene riportata la testimonianza di Nikolić sul contrasto fra Beara e Deronjić, capi di due battaglioni della VRS incaricati dell'esecuzione dell'eccidio, sul ‘dove’ – non sul ‘se’, precisa la Camera - bisognasse sterminare uomini e fanciulli, Deronjić volendo che ciò avvenisse altrove e non già a Bratunac. Per avere il supporto di Karadžić su questo, il 13 luglio, alle 8.10 della sera, Deronjić telefonava al Presidente per informarlo dell'arrivo a Bratunac di 2000 detenuti e dell'attesa di molti altri in arrivo

⁴⁴ *Ibid.*, par. 5672; cfr. *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33-A, sentenza del 19 aprile 2004, paragrafi 15-16.

nella notte. Si tratta di una conversazione chiaramente in codice e che si conclude così con le parole di Karadžić: “All the goods must be placed inside the warehouses before twelve tomorrow” e poi “not in the warehouses over there, but somewhere else” e poi di Deronjić: “Understood, Goodbye”.

Soprattutto sulla base di questa telefonata, la Camera ritiene che “the Accused adopted and embraced the expansion of the plan to entail the killing the Bosnian Muslim men and boys in Srebrenica during his conversation with Deronjić on the evening of 13 July”⁴⁵, mentre il piano era già stato elaborato da altri membri della JCE, in particolare da Mladić, nella notte fra il 10 e l’11 luglio.

L’implicazione di Karadžić nel genocidio è stabilita dalla Camera anche con riferimento alla sua decisione presa il 14 luglio di dichiarare lo stato di guerra nell’area di Srebrenica-Skelani, e cioè in una zona ancora formalmente sotto protezione delle Nazioni Unite, “in order to enable the full engagement of human and material resources in the defence of the RS and final victory over the enemy”. Secondo la Camera, tale dichiarazione ha permesso ai militari e alla polizia “to utilise all human and material resources without submitting requests for mobilisation, and allowed for the military to requisition civilian property, such as equipment for burial, without complicated procedural protocols, thus facilitating the ongoing killing operation”⁴⁶.

La Camera si riferisce da ultimo alle prove che mostrano come Karadžić si sia molto calorosamente congratulato per l’operazione Srebrenica soprattutto con vari membri della leadership militare serba.

Inoltre, tenendo conto della “Accused’s position as RS President and Supreme Commander”, nonché delle prove “demonstrating the continuous flow of information he was seeking and receiving from the ground from many different sources”, la Camera ritiene che “the Accused must have known about the killing aspect of the plan to eliminate at some point prior to his conversation with Deronjić in the evening of 13 July”. Del resto, avendo già determinato la *mens res* dei crimini specifici e cioè il fatto che l’accusato “shared the intent for the crimes of murder, inhumane acts (forcible transfer), extermination, persecution, and genocide” la Camera stabilisce che “by virtue of his participation in the Srebrenica JCE, the Accused is responsible for these crimes”⁴⁷.

Quanto a Mladić, non potendo naturalmente determinarne la responsabilità nel processo contro Karadžić, la Camera si limita ad

⁴⁵ *Ibid.*, par. 5811.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 5819.

⁴⁷ *Karadžić*, IT-95-5/18-T, cit., par. 5831

affermare: “the complex operation by which the Bosnian Muslim men and boys of Srebrenica were killed would not have been possible without the authorisation and orders of the VRS Commander, Mladić. Given Mladić’s role and function at the time, his presence on the ground after the fall of Srebrenica, and his actions during the days following the take-over and while the execution of the operation to kill was underway, the Chamber is satisfied that Mladić formed an essential part of this operation”⁴⁸.

6. Il valore simbolico della conquista di Srebrenica quale elemento determinante della realizzazione del genocidio

Abbiamo visto come il valore simbolico di Srebrenica sia venuto in considerazione in entrambe le sentenze come elemento di particolare importanza nella determinazione del genocidio. A mio parere esso può anche chiarire la ragione per cui la leadership militare e politica serba ha fatto la scelta di passare da una pulizia etnica che nelle aree di Bosnia-Erzegovina diverse da Srebrenica è stata realizzata solo con crimini di guerra e crimini contro l’umanità, a una pulizia etnica che nell’area di Srebrenica è stata realizzata anche con atti di genocidio. Ritengo dunque opportuna una breve illustrazione di ciò che Srebrenica rappresentava per i Musulmani da una parte e per i Serbi dall’altra.

Srebrenica (da ‘srebro’, argento in serbo, argentaria nell’Impero romano per via della presenza di miniere d’argento) era una ricca cittadina della ex-Iugoslavia, nota soprattutto per le sue acque termali dalle proprietà curative, meta turistica preferita da tutta la popolazione iugoslava. Il tenore e la qualità della vita erano tra i più alti della ex Iugoslavia anche perché, oltre alle miniere di argento, nelle zone limitrofe erano ancora attive soprattutto miniere di zinco, piombo e cromo. Nella municipalità di Srebrenica abitava il 75% di quelli che per secoli, dalla conquista ottomana, erano stati i privilegiati e ricchi Musulmani, considerati dai nazionalisti serbi i traditori della c.d. slavità e della religione cristiana, in particolare di quella ortodossa. Il resto della popolazione era costituito per il 25% di Serbi.

Durante il regime di Tito, la convivenza pacifica tra i differenti gruppi etnici e religiosi non era mai stata messa in discussione. Con Milosević invece, constatata l’impossibilità di mantenere l’unità della ex-Iugoslavia, messa in discussione da Croati e Musulmani anche per via del dominio

⁴⁸ *ibid.*, par. 5831.

che la leadership serba stava cercando di realizzare nella Federazione, emerse gradualmente l'idea di sottrarre a quei due gruppi la maggior parte del territorio bosniaco-erzegovino ai fini della costruzione di una Grande Serbia. Tale ideologia trovò i più agguerriti ideologi, ma anche esecutori, in un brillante professore universitario, Seselj, e in un medico-psichiatra, Karadžić, e il più agguerrito esecutore militare nel generale Mladić.

Le conquiste territoriali serbe e la realizzazione in Bosnia-Erzegovina della pulizia etnica soprattutto nei territori dove era presente una maggioranza di Serbi erano anche volte a garantire la continuità dei territori conquistati. Proprio in funzione della realizzazione della "Grande Serbia", l'interesse della leadership serba alla continuità era particolarmente avvertito per la parte nord-orientale della Bosnia perché contigua alla Serbia e anche perché considerata un suo possesso, a prescindere dal numero di Serbi ivi residente: così, secondo quanto detto da Mladić in una intervista del 1994, "although they had been the majority population there, the heritage did not belong to the 'Turks'".

In effetti, l'area di Srebrenica era, prima del conflitto, un territorio bosniaco a grande maggioranza musulmana, che curvando e incuneandosi secondo il corso della Drina in direzione del territorio della Serbia era, secondo Mladić, "a large 'Islamic and Turkish' stronghold until the war started", e, oltre a rappresentare l'emblema più concreto dell'antica conquista musulmana dei Balcani e dei vari falliti tentativi serbi di impossessarsi di quell'area, spezzava la detta continuità verso oriente, vanificava il sogno della "Grande Serbia" rendendo la Drina in quella zona un confine internazionale, ciò che i Serbi non riuscivano a tollerare. Su questo confine Mladić aveva detto che "the Drina was a synonym of domination over the Serbs, dating from the time of the powerful Turkish empire". Dunque, a seguito delle conquiste territoriali del 1992-93, tale conquista appariva sempre più una necessità per i piani di tutta la leadership serba, che si trattasse di quella di Pale o di quella di Belgrado⁴⁹, sebbene la presenza di una grande maggioranza musulmana nell'area e nella stessa cittadina di Srebrenica rendesse più difficile che per altre aree giustificare la conquista serba davanti alla comunità internazionale.

La comunità internazionale era ben consapevole della soluzione militare perseguita nel Nord-est della Bosnia-Erzegovina dai Serbo-bosniaci, nonostante la grande presenza nella zona dei Musulmani. Ne è segno palese il fatto che nel 1993 le Nazioni Unite abbiano deciso di dichiarare l'enclave di Srebrenica e quelle adiacenti di Žepa e Goražde aree protette.

⁴⁹ In verità Milosević, da statista navigato e ormai preoccupato della propria sorte politica, non era convinto fino in fondo che nel 1994 si dovesse continuare con l'uso della forza militare, come invece lo erano Karadžić e naturalmente Mladić

Da allora, i Musulmani erano però più che raddoppiati, essendo tali enclaves il rifugio di coloro che erano stati cacciati o erano fuggiti dalle terre della Bosnia-Erzegovina conquistate dai Serbi. Le enclaves internazionalmente protette erano dunque rimaste le uniche zone della Bosnia-Erzegovina orientale, al confine con la Serbia-Montenegro, e cioè vicinissime al confine naturale della Drina, che per la VRS (ossia l'esercito della RS) non era affatto agevole conquistare.

L'area di Srebrenica aveva ormai per i Serbi un valore simbolico ancora più forte, rappresentando l'emblema non solo della conquista di un territorio serbo da parte dei Turchi secoli addietro, ma anche una nuova conquista da parte dei Bosniacchi, "con la complicità e l'assistenza della comunità internazionale", come essi sostenevano. La ragione del trattamento umiliante inflitto al DutchBat tanto durante le tre riunioni all'Hotel Fontana, quanto durante l'evacuazione dei Musulmani, è infatti da ricercarsi, oltre che nell'arroganza dei vincitori, in particolare di Mladić, anche nella loro convinzione che la mancata conquista di quell'area fino al luglio 1995 fosse colpa della "comunità internazionale che proteggeva i Musulmani".

E' così che Mladić, arrivando a Srebrenica da conquistatore, chiese a un rappresentante di una organizzazione umanitaria di filmare la zona perché "our Serbs see what we have done to them, how we took care of the Turks", aggiungendo che "if the Dutch had not been there to protect the Bosnian Muslims, they would have disappeared from this area a long time ago". Inoltre, come sappiamo, egli lanciò il messaggio della vendetta contro i "Turchi" qualificando la conquista di Srebrenica come dono fatto ai Serbi.

Tuttora, da molti, troppi Serbi, per questa conquista egli è ancora considerato un eroe nazionale.

7. Conclusioni

Abbiamo visto che la pulizia etnica realizzata nelle sette municipalità era funzionale alla rimozione permanente della comunità croata e di quella musulmana dai territori su cui i Serbi avanzavano pretese, mentre la pulizia etnica nell'area di Srebrenica era funzionale alla totale eliminazione della comunità musulmana dall'area, alla cancellazione del suo futuro in quella zona ormai sotto il controllo della RS e del suo futuro anche nelle altre aree della Bosnia-Erzegovina sotto il controllo dei Musulmani. La comunità musulmana del Nord-Est della Federazione di Bosnia-Erzegovina

per generazioni non aveva possibilità di ricostituirsi e quindi neppure di aumentare il numero di Musulmani nelle aree da questi mantenute o conquistate, ciò che è tuttora l'ossessione dei nazionalisti serbi⁵⁰.

È questo elemento che permette di cogliere la distinzione fra atti criminosi identici o simili qualificabili come genocidio o come crimini contro l'umanità. Questo elemento si evince peraltro dalla stessa Convenzione del 9 dicembre 1948, la cui definizione di genocidio è ripresa negli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*. Esso si evince non solo dalla indicazione del *dolus specialis* della distruzione, ma anche dalla descrizione di quattro dei cinque *actus rei* elencati nella Convenzione: *b*) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; *c*) il fatto di sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale; *d*) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; *e*) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo a un altro.

Nella elencazione, sub *a*) troviamo anzitutto il riferimento puro e semplice alla uccisione di membri del gruppo, che naturalmente si trova anche fra gli *actus rei* dei crimini contro l'umanità in quanto tale (*murder*) o come atto sottostante costitutivo, da solo o con altri, del crimine di persecuzione. L'ulteriore atto di genocidio indicato con l'espressione *lesioni gravi all'integrità fisica o mentale* di membri del gruppo, piuttosto che con le espressioni "torture" o "altri atti disumani" come nei crimini contro l'umanità, indica già, nelle gravi conseguenze che causa, un *actus rei* suscettibile altresì di pregiudicare il futuro della comunità. Tale elemento è ancora più chiaro nell'*actus reus sub c*) che contiene nell'elemento oggettivo del crimine anche il suo elemento soggettivo – l'atto inteso alla distruzione totale o parziale della comunità. Ma la chiarezza assoluta si raggiunge negli atti *sub d*) ed *e*): il futuro della comunità è certamente cancellato dalle misure miranti a impedire le nascite e dalla integrazione forzata dei fanciulli nella comunità dominante da cui il genocidio è perpetrato⁵¹.

Ed è proprio a questo fine che era volto lo sterminio, "scientificamente" pianificato e organizzato in tutti i dettagli, di tutti i Musulmani di sesso maschile dell'età dai 14 ai 70 anni, i c.d. '*able-bodied*', e cioè di coloro che erano nell'età abile, oltreché alle armi, anche alla procreazione. Secondo il

⁵⁰ Non solo il presente, ma anche il futuro della comunità è stato ugualmente cancellato nel 1916-17 per la comunità armena nell'Impero ottomano, come per la comunità ebraica in Europa durante la seconda guerra mondiale.

⁵¹ Questi stessi *actus rei* hanno caratterizzato il massacro degli Armeni dell'Impero ottomano nel 1915-16. Mi si permetta di rinviare in proposito al volume *The Armenian Massacres of 1915-1916 a Hundred Years Later. Open Questions and Tentative Answers in International Law*, F. Lattanzi ed E. Pistoia editors, Heidelberg, 2018.

Procuratore si sarebbe trattato di almeno 8.000 uomini e fanciulli uccisi, un numero che è storicamente probabile, ma che in Karadžić non è stato processualmente accertato. Sulla base delle prove disponibili sappiamo che si è arrivati alle 5115 unità.

Al contempo si è provveduto alla distruzione di ogni traccia della vita culturale e religiosa della comunità musulmana, mentre si è organizzato il trasferimento forzato con i bus e non la semplice espulsione, delle donne, dei bambini e dei vecchi, il più lontano possibile dalla RS, per non rischiare che qualcuno si fermasse in alcuni villaggi adiacenti all'area conquistata o nella stessa area. E risulta del resto molto bene dalle prove come molte donne siano state stuprate durante la conquista di Srebrenica e nei giorni del genocidio, ciò che rappresenta un ulteriore elemento di distruzione di una comunità, visto lo stigma che accompagna per tutta la vita, anche presso la propria comunità, lo stupro delle donne. Finisce così ogni speranza di vita dignitosa altrove⁵². E' questa la ragione per cui ci sono stati anche fra le donne numerosi suicidi, come risulta dalle prove in entrambi i processi.

Ma se il "west of the Drina" è stato conquistato con il genocidio e la Drina è solo formalmente un confine internazionale, l'indipendenza della RS resta per i Serbo-bosniaci un sogno. Che Karadžić lo voglia o no, egli è un cittadino e un suddito di uno Stato dove i Serbi sono costretti più o meno a convivere con le altre due invisibili comunità. L'Accordo di Dayton ha infatti consacrato la RS come una delle due entità autonome – solo entità, neppure stati autonomi del tipo di quelli che compongono gli USA. Sebbene spesso questi termini vengano confusi, autonomia non è indipendenza. Karadžić ha partecipato ai negoziati non come Presidente e delegato della RS, ma solo come consulente della delegazione della Repubblica della Serbia-Montenegro, e cioè del Capo di Stato Milosević, mentre la Bosnia-Erzegovina era rappresentata da Izetbegović, e cioè dal suo Capo di Stato. Con Dayton tale Stato è stato dunque costruito come una Federazione e non già Confederazione, sebbene, purtroppo, con la consacrazione formale della pulizia etnica, soprattutto quella realizzata dalla leadership serba, compresa quella realizzata con il genocidio di Srebrenica, area che è infatti rimasta tutta sotto il controllo serbo-bosniaco. E, purtroppo, la leadership serbo-bosniaca non ha ancora rinunciato a voler trasformare la RS in stato indipendente, come appare da alcune recenti rivendicazioni, e ciò sempre in vista della realizzazione, cui pure essa non ha rinunciato, di una "Grande Serbia".

Del resto, se la RS non ha più un esercito nel senso formale del termine

⁵² Merita di essere citata in proposito la testimonianza di una donna stuprata in quel contesto: secondo lei i serbi "wanted to destroy, kill, destroy our spirit as much as they could because there is no cure for a woman who was raped".

(la ex VRS), essa ha tuttavia una polizia forte e ben organizzata, quella stessa che componeva, insieme alla VRS, le Forze armate sotto il comando di Karadžić e Mladić che hanno realizzato il genocidio di Srebrenica. E dagli atti dei processi Karadžić e Mladić appare chiaro il ruolo rilevante che la componente MUP - le forze di polizia – delle forze armate della RS ha svolto nella realizzazione del crimine⁵³.

Non si può che rammaricarsi del fatto che la conquista di Srebrenica ad opera dei Serbi sia stata accettata da tutti a Dayton. In attuazione di impegni internazionali, alcuni coraggiosi Musulmani sono tornati, ma l'area di Srebrenica è ormai a grande maggioranza serba⁵⁴.

C'è solo da augurarsi che la comunità internazionale operi perché la RS rimanga una entità autonoma di uno Stato ancora plurietnico e plurireligioso sebbene diviso a macchia di leopardo. Purtroppo, credo che sarà impossibile tornare indietro a una convivenza effettiva fra le tre comunità, a uno Stato veramente unitario e con una Sarajevo che torni a essere quello che era: il simbolo per eccellenza del pluralismo culturale.

⁵³ In una *site-visit* in Bosnia-Erzegovina nel caso Karadžić, nell'ingresso in RS dalla parte musulmana di Sarajevo, nel passaggio delle consegne dalla polizia della Bosnia musulmana alla Bosnia serba ho avuto la sensazione di passare un confine internazionale piuttosto che nazionale. E nella RS, compresa Srebrenica dove abbiamo alloggiato, si avvertiva un'atmosfera di tensione per l'arrivo dei giudici del TPIY che stavano processando l'ex-Presidente della RS.

⁵⁴ Non ho trovato dati certi che si riferiscano alla situazione attuale, ma nel 2005 si calcolava nell'area di Srebrenica un terzo di musulmani rispetto a tutta la popolazione. E purtroppo, recentemente, è stato eletto un sindaco serbo che nega il genocidio...

Giuseppe Nesi *

*Giustizia penale internazionale e Consiglio di sicurezza:
tabù o istituzionalizzazione?*

La giustizia penale internazionale contemporanea si è sviluppata negli ultimi venticinque anni prendendo le mosse dal Consiglio di sicurezza, con la creazione dei Tribunali penali internazionali ad hoc e la stipula di accordi che promuovevano o riconoscevano l'esistenza di Tribunali internazionali o internazionalmente assistiti, fino all'istituzione della Corte penale internazionale. La profonda crisi che oggi attraversa la giustizia penale internazionale ha numerose e diverse ragioni; essa è guardata con sospetto anche in Consiglio di sicurezza. Ciononostante, è proprio dall'interno del Consiglio che di recente provengono segnali per una sua possibile rivitalizzazione come uno degli strumenti per il mantenimento della pace e sicurezza internazionali.

1. *Introduzione*

In queste pagine¹ non mi soffermerò sulle questioni relative alla rilevanza della giustizia penale internazionale in Consiglio di sicurezza,

* Professore ordinario nell'Università degli studi di Trento.

¹ Nello svolgere il mio intervento a Roma nel dicembre del 2017 e nel preparare questo contributo ho preso spunto da un mio articolo intitolato *Non Permanent Members of the Security Council and International Criminal Justice. A proposal for Revitalization*, presentato a Leiden nel maggio del 2017 e che sarà pubblicato nel volume *The Role of Elected Members on the Security Council in the Pursuit of Peace and Justice: Key Players or Lame Ducks?*, a cura di Schrijver e Blokker, e da un intervento sulla *completion strategy* dei Tribunali penali internazionali fatto in occasione della giornata di studio in onore di Flavia Lattanzi, il 21 febbraio 2017, a Roma, al CNR. Avendo avuto la fortuna di occuparmi di giustizia penale internazionale, sia come studioso sia come "pratico", fin dalla metà degli anni '90, mi sembrava opportuno riflettere su alcuni degli aspetti dei rapporti tra Consiglio di sicurezza e giustizia penale internazionale, e a guardare a tali aspetti anche alla luce della mia personale esperienza. Sono molto grato che, a venticinque anni dall'istituzione del primo Tribunale penale internazionale *ad hoc*, mi siano state offerte diverse opportunità per farlo, e sono lieto di averlo fatto col pensiero rivolto a coloro che più mi sono stati vicini nella mia formazione scientifica.

come l'applicazione degli articoli 13 (b) o 16 dello Statuto di Roma, né sulla dibattuta inclusione dell'aggressione tra i crimini di competenza della Corte penale internazionale². Presenterò invece alcune riflessioni su come la giustizia penale internazionale sia oggi percepita nella comunità internazionale e, dopo avere constatato che essa attraversa una fase di crisi, mi concentrerò sulla posizione assunta dal Consiglio di sicurezza in merito a tale fenomeno. Proverò a comprendere se si tratta di una crisi irreversibile o se, al contrario, sia immaginabile che la giustizia penale internazionale possa riacquistare rilevanza nei lavori del principale organo politico dell'ONU, e come ciò potrebbe avvenire in un clima nel quale le istituzioni multilaterali non godono del trascinate favore che alla fine degli anni '90 ha permesso l'adozione dello Statuto di Roma e, in pochi anni, la sua entrata in vigore nonché la creazione della Corte penale internazionale.

Inizierò ricordando che il concetto contemporaneo di giustizia penale internazionale ha visto la luce proprio in Consiglio di sicurezza nell'ultima decade del secolo scorso (par. 2). Dopodiché descriverò come, tanto all'interno quanto fuori dal Consiglio, sia progressivamente mutato l'atteggiamento di molti Stati che guardano oggi alla giustizia penale internazionale con indifferenza quando non con sospetto, e quali sono le ragioni che, soprattutto tra alcuni dei membri permanenti (P5) ma anche tra i membri eletti (E10), sono alla base di tale atteggiamento (par. 3). Dopo avere constatato che il superamento della crisi richiederà, tra l'altro, una profonda riflessione sui rapporti tra "politica" e "diritto", proverò a comprendere se sia possibile una rivalutazione e un rilancio della giustizia penale internazionale a partire dal Consiglio. Nel tentare di rispondere a questa domanda mi soffermerò in primo luogo su un'occasione in cui, pur in presenza di posizioni divergenti in merito a diversi aspetti connessi proprio alla giustizia penale internazionale, il Consiglio è riuscito a raggiungere un accordo attraverso un serrato confronto tra i suoi membri: mi riferisco al negoziato relativo alla cosiddetta *completion strategy* dei Tribunali penali internazionali *ad hoc* (par. 4). Si tratta a mio avviso di un caso paradigmatico che dimostra come, al ricorrere di determinate condizioni, il Consiglio di sicurezza possa trattare in maniera costruttiva questioni connesse alla giustizia penale internazionale (par. 5). La parte finale sarà dedicata a una proposta concreta volta a permettere che in futuro il Consiglio di sicurezza torni a considerare la giustizia penale internazionale come uno degli strumenti ai quali fare

² Per uno studio approfondito dei rapporti tra giustizia penale internazionale e Consiglio di sicurezza sia permesso limitare il rinvio all'opera forse più recente dedicata al tema e pubblicata in italiano: BUFALINI, *I rapporti tra la Corte penale internazionale e il Consiglio di sicurezza*, Napoli, 2018.

ricorso nel mantenere la pace internazionale (par. 6).

2. Il Consiglio di sicurezza come motore della giustizia penale internazionale nel mondo contemporaneo

Com'è noto, il Consiglio di sicurezza è stato il motore della più recente promozione dell'istituto della giustizia penale internazionale allorché i massacri nella ex-Iugoslavia e in Ruanda colpirono l'opinione pubblica mondiale che chiedeva di porre fine all'impunità per quegli orrendi crimini³. E d'altra parte, dopo diversi, vani tentativi di creare a livello internazionale tribunali indipendenti volti a reprimere i crimini internazionali, si pensava che la fine della guerra fredda potesse favorire il realizzarsi dell'aspirazione a punirne i responsabili. La via indicata dal Consiglio di sicurezza con la creazione dei Tribunali penali internazionali *ad hoc* per l'ex-Iugoslavia e per il Ruanda (d'ora in poi, rispettivamente, TPIY e TPIR) ispirò ulteriori passi e condusse alla creazione della Corte penale internazionale, e cioè di un'istanza giurisdizionale permanente con una precisa competenza *ratione materiae*. Inoltre, una volta istituita la Corte, il Consiglio di sicurezza si è più volte occupato di giustizia penale internazionale a proposito del deferimento di situazioni al Procuratore, come accaduto nel caso del Sudan/Darfur nel 2005⁴ e della Libia nel 2011⁵, oltre che in occasione della creazione del Tribunale Speciale per il Libano, nel 2007⁶. Ancora, com'è noto, diverse

³ UN Doc. S/RES/827, 25 maggio 1993 e S/RES/955, 8 novembre 1994, con cui il Consiglio di sicurezza ha istituito, rispettivamente, l'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 (ICTY), e l'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 and 31 December 1994 (ICTR).

⁴ UN Doc. S/RES/1593, 31 marzo 2005.

⁵ UN Doc. S/RES/1970, 26 febbraio 2011 e S/RES/1973, 17 marzo 2011.

⁶ Il Tribunale speciale per il Libano avrebbe dovuto vedere la luce sulla base di un Accordo tra Nazioni Unite e Governo libanese (Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the Establishment of a Special Tribunal for Lebanon, firmato rispettivamente il 6 febbraio 2007 e il 23 gennaio 2007). Ma dal momento che tale Accordo non era entrato in vigore a causa di contrasti politici interni (dopo l'approvazione parlamentare il Presidente aveva rifiutato la ratifica del Trattato), per superare lo stallo il Consiglio, agendo ex Capitolo VII della Carta, ha "incorporato" l'Accordo non entrato in vigore in una risoluzione (UN Doc. S/RES/1757, 30 maggio 2007), in cui il Trattato figura

iniziative concernenti la giustizia penale internazionale come la Corte speciale per la Sierra Leone e le Camere straordinarie nelle Corti della Cambogia, hanno trovato realizzazione – con modalità diverse – sulla base di accordi bilaterali fra le Nazioni unite e gli Stati interessati, accordi rispetto ai quali il Consiglio di sicurezza non manifestò alcuna obiezione⁷. Grazie alla creazione dei Tribunali penali internazionali *ad hoc* e ai dibattiti semestrali sulle loro attività, nonché al deferimento di alcune situazioni alla Corte, nella prima decade di questo secolo la giustizia penale internazionale è dunque divenuta uno degli argomenti più di frequente all'ordine del giorno del Consiglio. Anche in altri casi come in occasione dell'adozione di risoluzioni sulla protezione della popolazione civile nel corso dei conflitti armati o di quelle sul ruolo delle donne nella soluzione dei conflitti, la necessità di reprimere i crimini internazionali e di punirne gli autori sono state più volte richiamate.

Quando il Consiglio di sicurezza ha svolto un ruolo attivo nella promozione della giustizia penale internazionale, ha dunque dato risposta alla domanda di giustizia in situazioni nelle quali erano stati commessi crimini internazionali, e l'istituzione di tali Tribunali ha verosimilmente

come annesso, istituendo così con proprio atto il Tribunale.

⁷ A proposito del Tribunale speciale per la Sierra Leone, vale la pena di ricordare che il Consiglio di sicurezza invitò il Segretario Generale, con ris. 1315 del 14 agosto 2000, ad avviare negoziati con la Sierra Leone per l'istituzione di un tribunale internazionalizzato. L'Accordo istitutivo del Tribunale venne concluso il 16 gennaio 2002, mentre con ris. 1400 del 28 marzo 2002, il Consiglio accolse con favore l'istituzione del Tribunale speciale e la firma dell'Accordo tra Nazioni Unite e Sierra Leone (par. 9). Nel caso delle Camere Straordinarie nelle Corti della Cambogia la legge istitutiva (*Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, 10 agosto 2001, come emendata il 27 ottobre 2004, NS/RKM/1004/006) precede la conclusione dell'Accordo internazionale, poiché è stata adottata unilateralmente dalla Cambogia in una fase di stallo del negoziato tra Nazioni Unite e Governo cambogiano. Anche tramite l'intervento dell'Assemblea Generale – che ha indotto il Segretario Generale a tornare al tavolo dei negoziati (si veda UN Doc. A/RES/57/228, 27 febbraio 2003) – l'Accordo (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) è stato finalmente concluso il 6 giugno del 2003. La legge istitutiva è stata poi modificata per renderla conforme all'Accordo internazionale sopraggiunto. Nel processo negoziale il ruolo del Consiglio di sicurezza è apparso meno attivo che in altre circostanze analoghe, anche perché gli "sponsor" del progetto di istituzione di un meccanismo di giustizia internazionale o mista (*in primis* gli USA) erano consci della netta contrarietà di altri P5 (tra cui in particolare la Cina). La dialettica istituzionale prevalente è stata dunque quella tra Assemblea Generale e Segretario Generale da un lato, e governo cambogiano dall'altro.

contribuito a scoraggiare la commissione di altri crimini⁸. Il Consiglio di sicurezza contribuì attivamente allo sviluppo della giustizia penale internazionale nelle situazioni sopra descritte perché, come ricordato da diversi membri del Consiglio, la commissione di crimini internazionali costituisce una minaccia alla pace e sicurezza internazionale e gli autori di quei crimini devono essere perseguiti. Dal momento che gli Stati che li avrebbero dovuti processare erano incapaci di farlo, o semplicemente non intendevano procedere, non c'era in quelle circostanze alcuna alternativa alla creazione di tribunali penali internazionali, o internazionalmente assistiti.

3. La crisi della giustizia penale internazionale all'interno e all'esterno del Consiglio di sicurezza

Se mettiamo a confronto quanto succede oggi in Consiglio di sicurezza con quanto accadeva fino a qualche anno fa, si ha la sensazione che parlare di giustizia penale internazionale in quella sede sia ormai tabù. Aldilà di alcune lodevoli eccezioni, sembra che si provi imbarazzo e quasi vergogna a parlare di giustizia penale internazionale nelle riunioni di uno degli organi principali del sistema delle Nazioni unite. È un fatto che l'unico dibattito formale in Consiglio di sicurezza sulla giustizia penale internazionale si sia svolto nell'ottobre del 2012, per iniziativa del Guatemala, e che quando, nel luglio del 2018, si è proposto di promuoverne un altro in occasione del ventesimo anniversario della firma dello Statuto di Roma, la delegazione olandese in Consiglio di sicurezza è riuscita soltanto a convocare una riunione "Arria formula", e cioè una riunione informale, aperta alla partecipazione di Stati membri, organizzazioni internazionali e della società civile⁹. Questa è la realtà, benché tutti riconoscano che crimini internazionali siano tuttora commessi, e in alcuni casi massicciamente, in diverse parti del mondo come nel caso della Siria e di Myanmar, e anche se gli Stati nei cui territori vengono perpetrati siano spesso "unable or unwilling" non solo a perseguire ma anche solo a svolgere adeguate indagini rispetto alla commissione di tali gravi crimini.

⁸ Benché occorra ricordare che uno dei momenti peggiori del conflitto nell'ex-Iugoslavia, il massacro di Srebreniça, ebbe luogo nell'estate del 1995 e cioè dopo la creazione del TPIY.

⁹ Security Council Report, What's in Blue, *International Criminal Court: Arria Formula Meeting*, reperibile all'indirizzo <https://www.whatsinblue.org/2018/07/international-criminal-court-arria-formula-meeting.php> (l'ultimo accesso ai documenti od opere on line citati nel presente articolo è avvenuto in data 7 gennaio 2019).

La circostanza che il Consiglio di sicurezza abbia oggi un atteggiamento di quasi reticenza rispetto alla giustizia penale internazionale è dunque in contraddizione con quanto accaduto in quella sede fin dall'inizio degli anni '90, allorché, come si è appena ricordato, il Consiglio era considerato uno dei principali fori nei quali il concetto contemporaneo di giustizia penale internazionale gradualmente emergeva e favoriva la presa di coscienza della necessità di reprimere i crimini internazionali¹⁰.

Occorre dunque chiedersi perché le cose siano radicalmente cambiate in anni recenti. Potrebbero esserci diverse spiegazioni a questo fenomeno, ed alcune riguardano il difficile rapporto fra, da un lato, il Consiglio di sicurezza, il principale organo politico del sistema ONU il cui funzionamento si basa essenzialmente sui rapporti di forza tra gli Stati che ne fanno parte e, dall'altro, organi giurisdizionali internazionali o internazionalmente assistiti le cui azioni sono invece basate sull'applicazione di regole giuridiche, sostanziali e processuali. In effetti, si è constatato che l'"onnipotente" organo politico del sistema ONU può essere a disagio nel dovere sottostare a norme e procedure basate essenzialmente sul diritto. Più specificamente, il Consiglio di sicurezza, e in particolare i suoi membri permanenti, si sono dovuti confrontare con i tentativi di riaffermare l'indipendenza degli organi giudiziari nel perseguire i presunti autori dei crimini internazionali. E d'altra parte l'applicazione delle norme giuridiche, tanto sostanziali quanto procedurali, da parte degli organi di giustizia penale internazionale non lasciano spazio alla flessibilità politica che solitamente ispira le decisioni del Consiglio. L'ampia discrezionalità di cui gode il Consiglio (che può trasformarsi, e spesso si trasforma, in arbitrarietà da parte dei membri permanenti) nel pervenire alle sue deliberazioni non sempre è compatibile con le rigidità che caratterizzano il funzionamento di istituzioni giudiziarie che, pur essendo molto diverse da quelle statali, si fondano comunque su un apparato istituzionale e normativo necessariamente stabile e definito. Allo stesso tempo, si può osservare che i membri non permanenti, o almeno quelli tra i membri eletti che hanno una visione dello stato di diritto basata sulla tutela a livello interno e internazionale dei diritti umani, hanno spesso tentato di promuovere la giustizia penale internazionale in Consiglio proprio perché riconoscere un mandato permanente al Consiglio nella repressione da parte di istanze giurisdizionali internazionali dei crimini

¹⁰ Non è forse superfluo ricordare che Francia e Italia (con Luigi Ferrari Bravo, all'epoca capo del servizio giuridico del Ministero degli affari esteri) furono in prima linea, soprattutto all'inizio degli anni '90, insieme alla CSCE, nel favorire la creazione del TPIY che ebbe come primo presidente Nino Cassese, che successivamente fu anche il primo presidente del Tribunale speciale per il Libano.

internazionali potrebbe favorire il mantenimento della pace e della sicurezza. È forse per questa ragione che le posizioni di alcuni dei membri permanenti divergono da quelle di molti membri eletti (e, fin qui, della maggioranza dell'Assemblea Generale) rispetto alla giustizia penale internazionale, e non è un caso che tre dei cinque membri permanenti del Consiglio di sicurezza non siano parti dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

In termini più generali e in estrema sintesi, sulla base di quanto avvenuto negli ultimi anni si potrebbe dire che, all'insofferenza di alcuni membri permanenti del Consiglio di sicurezza rispetto all'operato di istituzioni giudiziarie indipendenti, si aggiungono altri elementi - molti riguardanti proprio il rapporto tra "politica" e "diritto" - che hanno messo in discussione la rilevanza della giustizia penale internazionale nel mondo contemporaneo.

In primo luogo, ci sono stati casi nei quali la promozione di un'azione penale a livello internazionale nei confronti dei principali attori di un processo di pace ha avuto ripercussioni sullo stesso processo. È quanto avvenuto, ad esempio, nei casi del Darfur e del Kenya. Benché alla luce del diritto non si possa immaginare una sorta di esenzione dalla giurisdizione per gli autori (a volte conclamati) di crimini internazionali che continuano a svolgere un ruolo fondamentale in periodo post-conflittuale, è evidente che un'azione penale a livello internazionale rispetto a costoro può condurre all'assenza e/o alla delegittimazione di una o più parti il cui contributo è essenziale per il raggiungimento o il consolidamento del processo di pacificazione, con indubbie conseguenze su tale processo. In secondo luogo, è avvenuto che in alcune circostanze la giustizia penale internazionale sia stata strumentalizzata da una delle parti di un conflitto proprio per delegittimare l'altra; basti pensare all'inquietante questione dei *self-referral*. Inoltre, i tribunali internazionali hanno ricevuto forti critiche per la loro presunta inefficienza e i loro fallimenti nell'applicazione della giustizia penale internazionale nonché per gli alti oneri finanziari connessi al loro funzionamento. Ancora, la Corte penale internazionale è stata più volte accusata di utilizzare due pesi e due misure (*double standard*) perseguendo i presunti autori di crimini internazionali commessi soltanto in alcune aree geografiche, suscitando accuse di "neo-colonialismo" giudiziario¹¹. Ciascuna

¹¹ Queste critiche furono presentate in diverse sedi e riprese da numerosi studiosi. Cfr. CLARKE, *Fictions of Justice: The International Criminal Court and the challenge of legal pluralism in sub-Saharan Africa*, Cambridge, 2009; AMBOS, *Expanding the Focus of the "African Criminal Court"*, in *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, a cura di Schabas, McDermott e Hayes, Abingdon, 2013, p. 499 ss.; BABINGTON-ASHAYE, *The International Criminal Court and its Potential Impact on Development in Africa*, in *L'Afrique et le droit international: variations sur l'organisa-*

di queste critiche, più o meno fondate, meriterebbe un esame approfondito che dovrebbe implicare, tra l'altro, una riflessione sui rapporti tra politica e diritto e dovrebbe forse riprendere alcune delle riflessioni critiche autorevolmente avanzate alla vigilia della Conferenza di Roma che ha istituito la Corte penale internazionale¹². Scopo di queste pagine è, molto più semplicemente, lo ripetiamo, comprendere se l'ostracismo del Consiglio di sicurezza rispetto alla giustizia penale internazionale, basato anche su tali critiche, possa essere superato e, in caso di risposta affermativa, in che modo ciò possa avvenire.

4. *Istituzione e attività di un organo sussidiario del Consiglio di sicurezza: l'Informal Working Group on International Tribunals (IWGT)*

Per assolvere al compito che ci siamo assegnati potrebbe essere utile dare conto di quanto avvenuto in un'occasione nella quale il Consiglio si è dovuto occupare dell'impatto della giustizia penale internazionale sull'intero sistema ONU. Mi riferisco ai complessi negoziati che hanno portato all'adozione di una strategia volta a concludere i lavori dei Tribunali penali internazionali

tion internationale, Liber Amicorum Raymond Ranjeva, Paris, 2013, p. 45 ss.; DICKER, *The International Criminal Court (ICC) and Double Standards of International Justice, The Law and Practice of the International Criminal Court*, a cura di Stahn, Oxford, 2015, p. 3 ss.; LABUDA, *The International Criminal Court and Perceptions of Sovereignty, Colonialism and Pan-African Solidarity*, in *African Yearbook of International Law*, 2013-2014, p. 289 ss.; ID., *Africa and the ICC: Shattered Taboos and the Status Quo*, in *EJIL: Talk!*, 23 novembre 2016, www.ejiltalk.org/africa-and-the-icc-shattered-taboos-and-the-status-quo; ID., *The African Union's Collective Withdrawal from the ICC: Does Bad Law Makes for Good Politics?*, in *EJIL: Talk!*, 15 febbraio 2017, <https://www.ejiltalk.org/the-african-unions-collective-withdrawal-from-the-icc-does-bad-law-make-for-good-politics>; NESI, *Statehood, Self-determination and International Criminal Justice*, in *Autonomie und Selbstbestimmung in Europa und im internationalen Vergleich*, a cura di Hilpold, Wien, 2016, p. 322 ss.; VILMER, *The African Union and the International Criminal Court: Counteracting the Crisis*, in *International Affairs*, 2016, p. 1319 ss. Sulla prassi degli Stati africani riguardo alla Corte penale internazionale, v. African Union, 'Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court', Extraordinary Session of the Assembly of the African Union on 12 October 2013, AU Doc. Ext/Assembly/AU/Dec.1-2, October 2013; Ext/Assembly/AU/Dec.1-4, October 2013, http://www.au.int/sites/default/files/decisions/9655-ext_assembly_au_dec_decl_e_0.pdf.

¹² ARANGIO-RUIZ, *The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of the Implied Powers of the United Nations*, in *Dai Tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, a cura di Lattanzi e Sciso, Napoli 1996, p. 31 ss.; *contra*, CONDORELLI, *Legalità, legittimità, sfera di competenza dei tribunali penali ad hoc creati dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, *ivi*, p. 47 ss.

ad hoc e a curarne i seguiti (in linguaggio onusiano, la *completion strategy* dei Tribunali). Ricordare quanto avvenuto in questa circostanza e il ruolo svolto da alcuni dei membri eletti in Consiglio (E10) potrebbe suggerire alcune linee di azione che, soprattutto questi Stati, potrebbero promuovere al fine di “incorporare” in maniera permanente il tema della giustizia penale internazionale nei lavori del Consiglio.

I negoziati che hanno portato all’adozione della *completion strategy* furono condotti all’interno dell’*Informal Working Group on International Tribunals* (d’ora in poi IWGIT), organo sussidiario del Consiglio di sicurezza, in cui tutti i membri del Consiglio sono solitamente rappresentati dai consiglieri giuridici. Questo gruppo di lavoro fu creato informalmente nel giugno del 2000 su richiesta di tre membri non permanenti, Bangladesh, Canada e Tunisia. La sua prima denominazione fu “Working Group on International Criminal Tribunals”, e fu originariamente convocato per discutere una specifica questione riguardante lo Statuto del TPIY¹³. Fino al 2008 questo gruppo di lavoro mantenne la sua denominazione originaria e, in assenza di un assetto stabile, la presidenza veniva assicurata dalla presidenza di turno del Consiglio di sicurezza, secondo lo schema di rotazione mensile. Nel 2008 su richiesta di altri E10, e in particolare di Belgio, Italia, Panama e Sudafrica, e col consenso dei membri permanenti, si decise di stabilizzare la presidenza e renderla di durata annuale. Fu inoltre deciso che il Belgio avrebbe presieduto il gruppo di lavoro nel 2008. Una presidenza di più lungo periodo aveva lo scopo di assicurare una certa continuità, con la conseguente possibilità di potenziare la cooperazione tra Consiglio di sicurezza e Segretariato dell’ONU (in particolare il suo Office of Legal Affairs) nel settore della giustizia penale internazionale. Tali riforme avrebbero fornito il sostegno istituzionale a livello politico. Continuità e sostegno istituzionale sarebbero stati cruciali nel realizzare una *completion strategy* accettabile da parte del Consiglio.

Benché l’idea di realizzare una *completion strategy* per i tribunali penali internazionali *ad hoc* sia stata presentata nel 2000 dall’allora Presidente del TPIY, Claude Jorda¹⁴, il Consiglio iniziò a dibatterne in maniera regolare soltanto nel 2008, e concluse i suoi lavori nel 2010 con l’adozione della risoluzione 1966 (2010), sotto la presidenza austriaca

¹³ *Repertory of the Practice of the Security Council ‘Informal and ad hoc working groups’*, in www.un.org/en/sc/repertoire/2000-2003/00-03_5.pdf#page=20.

¹⁴ *Seventh Annual Report of the 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*, UN Doc. A/55/273-S/2000/777, 7 agosto 2000.

dell'IWGIT¹⁵. I dibattiti sulla natura del meccanismo riguardarono da un lato il tipo di attività che sarebbero state ad esso assegnate, e dall'altro la ricostituzione dello stato di diritto nelle aree geografiche rispetto alle quali i Tribunali avevano operato. I negoziati rivelarono come questi due elementi fossero in realtà strettamente interconnessi l'uno all'altro e come il ristabilimento dello stato di diritto sarebbe stato realizzabile soltanto sotto il controllo di un meccanismo di carattere internazionale. Inoltre è opportuno notare che gli Stati più legati al rispetto del principio del non intervento negli affari interni (Federazione Russa e Cina) intendessero fermamente "chiudere per sempre le porte" dei Tribunali *ad hoc*. Secondo questi Stati le situazioni in Ruanda e nell'ex-Jugoslavia erano ormai state risolte a livello internazionale; toccava ora ai tribunali locali proseguire nella repressione dei crimini al di fuori di condizionamenti di tipo internazionale. Se appariva condivisibile riconoscere alle giurisdizioni nazionali la competenza a concludere quanto fatto dai Tribunali internazionali, parte della dottrina fece notare come sarebbe stato più corretto parlare anziché di *completion strategy* di *continuation strategy*, nella quale i tribunali locali avrebbero dovuto basare il proprio operato sulle linee indicate dai tribunali *ad hoc*, ma con il conforto di un meccanismo internazionale¹⁶. Attraverso le presidenze belga e austriaca, entrambe fortemente a favore della giustizia penale internazionale, furono introdotti nuovi metodi di lavoro per l'IWGIT, al di là della presidenza annuale. Basti pensare che se fino al 2007 l'IWGIT si riuniva una o due volte l'anno e in alcuni casi senza un ordine del giorno, l'attività nel 2008 si articolò in una dozzina di riunioni, ben strutturate, e tra il 2009 e il 2010 si tennero ventisei riunioni, a riprova della regolarità e continuità dei lavori ispirati dalla presidenza annuale¹⁷.

¹⁵ La risoluzione fu adottata con quattordici voti a favore e l'astensione della Federazione Russa. Per i verbali della riunione finale v. UN Doc. S/PV.6463 (2010).

¹⁶ POCAR, *Completion or Continuation? Appraising Problems and Possible Developments in Building the Legacy of the ICTY*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 655 ss.; ID., *The ICTY's Completion Strategy: Continuing Justice in the Region*, in *ASIL Proceedings*, 2009, p. 222 ss.

¹⁷ Con una decisione molto brillante, e del tutto inusuale, le presidenze dell'IWGIT sostenute da altri membri del Consiglio, riuscirono a "formalizzare" le attività dell'IWGIT proponendo l'adozione di documenti che, contrariamente a quanto normalmente accade nel caso di qualsiasi gruppo di lavoro informale, riportassero (anche se non *verbatim*), le attività dell'IWGIT. È quanto accadde nel 2008 e nel 2009 con i seguenti documenti, rispettivamente: UN Doc. S/2008/849 e UN Doc. S/2009/687. Per questa osservazione e per altre interessanti considerazioni sulle attività dell'IWGIT, da questo autore presieduto per l'Austria negli anni 2009 e 2010, v. BÜHLER, *The Role of the UN Security Council in Preserving the Legacy of the Tribunals: Establishment of a Residual Mechanism and Preservation of the Archives*, in *Assessing the Legacy of the ICTY*, a cura di Steinberg, Leiden, 2011, p. 59.

Nell'IWGIT vennero discusse, con le scontate divergenze di vedute, tutte le questioni politiche e giuridiche relative ai tribunali, tra cui la questione della cooperazione tra Stati e tra Stati e organizzazioni internazionali nella cattura e nella consegna degli autori dei crimini; la protezione dei diritti umani (non solo quelli delle vittime e dei testimoni, ma anche dei presunti autori dei crimini); l'obbligo di non intervento negli affari interni; e l'influenza della giustizia penale internazionale sugli ordinamenti giuridici nazionali¹⁸. In tale contesto la presidenza dell'IWGIT fu estremamente utile nel mediare tra le diverse posizioni e nel chiarire che in quel negoziato non era in gioco la chiusura dei Tribunali, come richiesto da Federazione Russa e Cina, ma la piena realizzazione del mandato conferito ai Tribunali e la continuazione delle attività che avrebbero dovuto costituire l'adempimento del mandato (sinteticamente descritte come "residuali")¹⁹. L'esito di questo complesso negoziato fu la creazione, come soluzione di compromesso, di un "Meccanismo residuale per i Tribunali internazionali", in breve il Meccanismo, che avrebbe svolto funzioni amministrative e giurisdizionali, e avrebbe preso il posto dei Tribunali²⁰. Più specificamente, le funzioni del Meccanismo sarebbero state, secondo quanto deciso con la risoluzione 1966 (2010): ricerca e sottoposizione a processo dei latitanti; completamento dei residui procedimenti di primo grado e d'appello di fronte ai due Tribunali *ad hoc*; trattazione dei ricorsi per revisione dei giudizi dei Tribunali *ad hoc* e del Meccanismo, e svolgimento di eventuali nuovi processi; indagini, giudizi di primo grado e d'appello per ostacolo alla giustizia e per falsa testimonianza; protezione delle vittime e dei testimoni apparsi di fronte ai Tribunali *ad hoc* e

¹⁸ I sei temi "chiave" che furono posti all'ordine del giorno dell'IWGIT per gli anni 2008 e 2009 furono: i) struttura e organizzazione del meccanismo residuale; ii) ubicazione del meccanismo residuale e degli archivi; iii) inizio delle attività del meccanismo; iv) latitanti da sottoporre a giudizio; v) funzioni del meccanismo; vi) archivi e centri di comunicazione, secondo quanto riportato da BÜHLER, op. cit., p. 62.

¹⁹ ACQUAVIVA, *Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 789 ss.

²⁰ UN Doc. S/RES/1966, 22 dicembre 2010. Riguardo al Meccanismo sui Tribunali penali internazionali v., più di recente: TORTORA, *The Mechanism for International Criminal Tribunals. A Unique Model and Some of Its Distinctive Challenges*, in *ASIL Insights*, 6 aprile 2017; ARCARI, FRULLI, *The Advent of the Residual Mechanism for Criminal Tribunals and the future of (ad hoc) international criminal justice: Questions of legality, efficiency, and fairness*, in *Questions of International Law Zoom-in*, p. 1 ss.; GALAND, *Was the Residual Mechanism's creation falling squarely within the Chapter VII power of the Security Council?*, *ibid.*, p. 5 ss.; CARCANO, *Of efficiency and fairness in the administration of international justice: Can the Residual Mechanism provide adequately reasoned judgments?*, *ibid.*, p. 21 ss.; McDERMOTT, *Fairness before the Mechanism for the International Criminal Tribunals*, *ibid.*, p. 39 ss.

al Meccanismo; controllo dell'attuazione delle sentenze a carico d'individui giudicati dai Tribunali *ad hoc* e dal Meccanismo; assistenza alle giurisdizioni nazionali nelle indagini e nello svolgimento di casi riguardanti crimini di guerra e altre violazioni del diritto internazionale; conservazione e gestione degli archivi dei Tribunali *ad hoc* e del Meccanismo; monitoraggio dei casi trasferiti alle giurisdizioni nazionali.

Si tratta di un elenco davvero significativo per un Meccanismo che secondo alcuni dei P5 non avrebbe dovuto essere creato. Benché il Meccanismo sia stato concepito come un organismo diverso dai Tribunali, come si può constatare gli vennero attribuite molte funzioni analoghe, se non identiche, a quelle dei Tribunali.

5. Segue. *Possibili sviluppi*

L'adozione della risoluzione 1966 (2010), è il risultato tangibile del lavoro dell'IWGIT e dimostra che al ricorrere di determinate condizioni il Consiglio di sicurezza è riuscito ad occuparsi con successo di temi riguardanti la giustizia penale internazionale. Occorre riconoscere che negoziato e risoluzione vertevano sul ridimensionamento e sul graduale superamento dei due Tribunali penali internazionali *ad hoc*, tema sul quale sussisteva un accordo politico di massima tra i membri del Consiglio di sicurezza, tanto quelli che avevano sostenuto l'attività dei Tribunali quanto quelli che lo avevano criticato. In altri termini, è chiaro che la posta in gioco in occasione del negoziato che ha portato all'adozione della risoluzione 1966 (2010) ha reso più agevole in tale circostanza il raggiungimento di un compromesso tra i membri del Consiglio. Ciò nonostante, quanto sostenuto sopra in merito al contributo che il Consiglio di sicurezza, attraverso l'IWGIT, potrebbe potenzialmente dare per la rivitalizzazione della giustizia penale internazionale nell'ambito del Consiglio non deve essere sottovalutato o dimenticato, come pare sia invece avvenuto nel corso degli ultimi anni.

In realtà, dopo l'adozione della risoluzione sopra ricordata, benché non siano mancate le occasioni nelle quali l'IWGIT avrebbe potuto essere convocato per la discussione di questioni molto rilevanti tra cui i seguiti del Meccanismo, esso fu invece marginalizzato e riprese a funzionare secondo le modalità e i ritmi antecedenti al 2008, riunendosi una o due volte l'anno. L'impatto di questa inazione da parte dell'IWGIT è apparso di tutta evidenza riguardo alla situazione in Libia, così come nei negoziati

riguardanti la Siria. Dall'esame delle risoluzioni 1970 (2011) e 1973 (2011) e di quello che è dato sapere sui negoziati sulla Siria, è chiaro che le questioni relative alla giustizia penale internazionale non sono state trattate in modo soddisfacente.

Quanto alla Libia, dopo l'iniziale deferimento, il Consiglio non ha adottato ulteriori deliberazioni in merito alle complesse questioni sollevate dalle indagini del Procuratore. In tali circostanze il Consiglio avrebbe potuto fornire, anche tramite l'IWGIT, sostegno alle indagini, come avvenuto ripetutamente per i due Tribunali penali internazionali *ad hoc*²¹.

A proposito della Siria, diverse proposte per avviare indagini su casi di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario non ebbero successo per il veto della Federazione Russa e della Cina a qualsiasi progetto di risoluzione. Tali posizioni furono spiegate soprattutto sulla base del principio di non intervento negli affari interni, anche se non sono mancate critiche alle modalità di applicazione (o non applicazione), in altri contesti, della giustizia penale internazionale, e alla posizione di alcuni membri permanenti²².

²¹ È sufficiente rinviare in proposito ai dibattiti in Consiglio di sicurezza e in Assemblea Generale allorché Presidenti e Procuratori dei Tribunali *ad hoc* hanno presentato i rapporti sulle attività a quegli organi. Per questi rapporti, v. www.icty.org/en/documents/annual-reports; unictr.unmict.org/en/documents/annual-reports.

²² Di particolare interesse è a questo proposito la Draft Resolution (UN Doc. S/2014/348) del 22 maggio 2014, proposta dalla Francia, facente riferimento al Capitolo VII e sostenuta da una sessantina di Stati, che proponeva il *referral* della situazione siriana alla Corte penale internazionale. Il progetto di risoluzione registrò tredici voti a favore e i voti contrari di Federazione Russa e Cina, e quindi non venne adottata. Si vedano le minute del meeting n. 7180 del Consiglio di sicurezza per la posizione dei due Paesi (UN Doc. S/PV/7180, 22 maggio 2014). La Federazione russa (pp. 12 e 13) sottolinea la natura controproducente del *referral* alla CPI per il progresso del processo di pace siriano; richiama il precedente libico per sottolineare come dietro al *referral* possa nascondersi un intento di *regime change* in Siria; stigmatizza la clausola di esenzione dalla competenza della Corte per i cittadini di Stati non parte allo Statuto di Roma. La Cina ribadisce forti riserve rispetto al *referral* di *country specific situations* alla Corte e afferma che il *referral* può soltanto ostacolare una soluzione politica della crisi siriana (pp. 13 e 14). Di notevole interesse per la questione della repressione dei crimini commessi in Siria a partire dal 2011 è la circostanza che, successivamente al progetto di risoluzione sopra richiamato e di fronte alla commissione di ulteriori crimini internazionali nell'area, l'Assemblea Generale ha tentato di percorrere altre strade, sostituendosi al Consiglio e varando l'*International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011*. Su tale questione si rinvia a PAPA, *Il Meccanismo internazionale, imparziale e indipendente di sostegno alle indagini e alla repressione dei crimini internazionali commessi in Siria*, in *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e sfide*

Occorre inoltre ricordare che altri organi sussidiari del Consiglio, in particolare alcuni comitati sanzioni (ad esempio quelli sulla Libia e sul Sudan) avrebbero potuto occuparsi di questioni riguardanti la giustizia penale internazionale se il Consiglio, magari attraverso l'IWGIT, avesse prestato maggiore attenzione a tali questioni.

In sintesi, in occasione del negoziato sulla *completion strategy* il Consiglio di sicurezza, attraverso l'IWGIT, ha dimostrato di essere in grado, sulla base d'indicazioni politiche, di occuparsi di questioni riguardanti la giustizia penale internazionale in modo efficiente e competente, tenendo nel debito conto tanto il ritorno alla normalità in situazioni post-conflittuali quanto la necessità di un controllo internazionale in tali ambiti. La giustizia penale internazionale rimane un fenomeno nuovo e complesso che dovrebbe essere trattato, a nostro avviso, tanto da esperti giuridici quanto da diplomatici. Se non si riesce in questo intento il rischio è quello che più di venti anni di sforzi volti a punire i responsabili dei più gravi crimini internazionali siano vanificati o dipendano dalla volontà politica del momento.

6. *La rivitalizzazione della giustizia penale internazionale nel Consiglio di sicurezza: l'IWGIT e il ruolo dei membri non permanenti del Consiglio*

È giunto il momento di dare una risposta alla domanda che ci si è posti all'inizio di queste pagine, e cioè se a distanza di venticinque anni dall'istituzione del primo tribunale penale internazionale *ad hoc*, nonostante la crisi del multilateralismo e le critiche ricorrenti alla giustizia penale internazionale, ci sia spazio per una rivitalizzazione di quest'ultima e se il Consiglio di sicurezza, nell'ambito della sua responsabilità primaria nel mantenimento della pace internazionale, possa contribuire a tale rivitalizzazione indicando nuove strade perché ciò possa avvenire.

A questo proposito, un suggerimento costruttivo e realistico sia sul futuro della giustizia penale internazionale sia sul ruolo che il Consiglio di sicurezza potrà svolgere come motore della rivitalizzazione, è stato formulato in una recente dichiarazione di uno dei membri non permanenti del Consiglio di sicurezza, secondo il quale il Consiglio "...could adopt a more structured approach in dealing with international criminal justice issues and with the International Criminal Court in particular. In this regard, we favor a broader discussion on the role international criminal justice can play in the

al diritto internazionale, a cura di Ronzitti e Sciso, Torino, 2018, p. 91 ss.

activities of the Council, for instance by reinforcing the role of the Informal Working Group on International Tribunals. The Council needs to engage in a strategic reflection on the role of justice, including the International Criminal Court, in the prevention, restoration and maintenance of international peace”²³.

In maniera coerente, alcuni giorni dopo la dichiarazione appena ricordata, con riguardo ai Tribunali penali internazionali *ad hoc*, è stato altresì affermato che: “...the Council should assume full ownership of the work done by these subsidiary organs established in the 1990s and should incorporate their lessons into its activities. Together with the Secretariat we need to find ways to have these issues featured more systematically and analyzed more in depth. Accountability must become part of the United Nations’ broader prevention strategy. *There is virtually no situation of which the Council is seized that does not require attention for accountability*: from Syria to Yemen, from Iraq to South Sudan, from the Democratic Republic of the Congo to the Central African Republic. We might have different views, but precisely for this reason we should be able to find a forum where we can discuss about these different views thoroughly, and consider all aspects of justice more systematically. We must not shy away from discussing concerns until we find viable solutions”²⁴.

E inoltre: “as long as crimes continue to be committed – and there is abundant evidence that they do continue to be committed – the Council must consider situations including from the angle of accountability and, on the basis of the work done by the ICTY and ICTR, and now the Mechanism on International Criminal Tribunals, redouble efforts to be united in the fight against impunity”²⁵.

Non può che condividersi l’invito al Consiglio di sicurezza a discutere al suo interno, eventualmente utilizzando l’IWGIT, le questioni connesse alla giustizia penale internazionale e in particolare alla ricerca dell’*accountability*, termine di difficile traduzione, degli autori dei crimini internazionali. Ritengo che questo sia un contributo tangibile che i membri eletti del Consiglio di sicurezza, insieme a quelli tra i P5 che credono nella giustizia

²³ Discorso tenuto dalla Delegazione italiana in Consiglio di sicurezza dopo un briefing sulla situazione in Libia, 8 maggio 2017, https://italyun.esteri.it/rappresentanza_onu/en/comunicazione/archivio-news/2017/05/consiglio-di-sicurezza-briefing_15.html.

²⁴ Discorso tenuto dalla Delegazione italiana in Consiglio di sicurezza in una riunione sui Tribunali penali internazionali, 7 giugno 2017, https://italyun.esteri.it/rappresentanza_onu/it/comunicazione/archivio-news/2017/06/consiglio-di-sicurezza-dibattito_12.html (il corsivo è nostro).

²⁵ *Ibid.*

penale internazionale, possono dare alla rivitalizzazione della giustizia penale internazionale in Consiglio. Oggi la giustizia penale internazionale è certamente vista come un tabù da alcuni membri del Consiglio, come dimostrato dalla ritrosia nel richiamarla anche in contesti, come quello della protezione dei civili nei conflitti armati, che sono inestricabilmente legati alla giustizia penale internazionale²⁶. Inoltre, appare significativo, che in occasione di dibattiti aventi ad oggetto anche la giustizia penale internazionale, accanto ad alcune dichiarazioni costruttive sulla rilevanza del ricorso ad essa, molti Stati si limitano a interventi che appaiono più come l'adesione a vuoti rituali che non dichiarazioni convincenti sul suo ruolo nella repressione dei crimini internazionali.

Uno dei possibili rimedi alla marginalizzazione della giustizia penale internazionale in Consiglio di sicurezza potrebbe essere proprio quello di ristrutturare e dare un ampio mandato all'IWGIT o addirittura creare un organo sussidiario *ad hoc* con un mandato specifico, centrato sulla

²⁶ Vale la pena di ricordare in proposito che nelle più recenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza che costituiscono i seguiti della risoluzione S/RES/1325 (2000), del 31 ottobre 2000, su questo argomento, e in particolare la risoluzione S/RES/2378 (2017), del 20 settembre 2017, non si fa alcun riferimento al ruolo della giustizia penale internazionale nella repressione dei crimini internazionali. Per completezza d'informazione è opportuno segnalare che con riguardo alla Repubblica Centrafricana, il Consiglio di sicurezza fa diversi riferimenti alla giustizia penale e anche al ruolo di assistenza che la Corte penale internazionale potrebbe giocare riguardo alla Special Criminal Court (SCC) (UN Doc. S/RES/2387, 15 novembre 2017). In tale contesto, tuttavia, pur assegnando un ruolo cruciale alla SCC, si esprime soddisfazione per l'inizio dell'operatività della SCC, ma si insiste sulle responsabilità delle istituzioni nazionali nella repressione dei crimini commessi in quell'area. Nel preambolo, si afferma infatti: "Stressing the urgent and imperative need to end impunity in the CAR and to bring to justice perpetrators of violations of international humanitarian law and of abuses and violations of human rights, welcoming in this regard the progressive operationalization of the Special Criminal Court (SCC) and underlining the need to bolster the other national accountability mechanisms as well as the support for the work of the Independent Expert on human rights in the CAR, Reiterating the primary responsibility of the national authorities to ensure a conducive environment for the effective and independent investigation, prosecution and adjudication of all cases, also emphasizing the need for the CAR government to ensure institutional preparedness to that end". Nella parte operativa della risoluzione, l'unico riferimento alla Corte penale internazionale si trova al par. 43, secondo cui il Consiglio di sicurezza s'impegna: "(xi) Without prejudice to the primary responsibility of the CAR Authorities, to support the restoration and maintenance of public safety and the rule of law, including through apprehending and handing over to the CAR Authorities, consistent with international law, those in the country responsible for crimes involving serious human rights violations and abuses and serious violations of international humanitarian law, including sexual violence in conflict, so that they can be brought to justice, and through cooperation with States of the region as well as the ICC in cases of crimes falling within its jurisdiction".

giustizia penale internazionale, così come avviene per altri organi sussidiari del Consiglio, quale il Comitato per l'ammissione di nuovi Stati membri all'ONU²⁷. La creazione di un organo di questo tipo potrebbe convogliare l'attenzione della comunità internazionale verso questi temi allorché vengono trattati in Consiglio e potrebbe reiterare l'idea che il rispetto del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani è elemento fondamentale per il mantenimento della pace e sicurezza internazionali. "Ri-prendere" consapevolezza della rilevanza della giustizia penale internazionale in Consiglio potrebbe inoltre contribuire ad aumentare l'effetto deterrente rispetto alla commissione di crimini internazionali e favorire lo stato di diritto a livello interno e internazionale.

Riteniamo che avere indicato questa via durante la presenza dell'Italia in Consiglio di sicurezza, nel corso del 2017, abbia costituito un tangibile e coerente contributo al dibattito internazionale da parte dello Stato che ha ospitato la Conferenza di Roma del 1998 e che, unitamente agli altri 122 Stati parte dello Statuto, dovrebbe sostenere e riaffermare gli ideali che hanno condotto alla creazione della prima giurisdizione penale internazionale permanente.

²⁷ In relazione all'esigenza di rivitalizzare i rapporti tra Consiglio di sicurezza e Corte penale internazionale, appare di sicuro interesse, ed in linea con quanto qui sostenuto, la proposta lanciata di recente dalla Procuratrice della Corte penale internazionale. Secondo Fatou Bensouda, intervenuta il 6 luglio 2018 alla riunione "Arria formula" del Consiglio di sicurezza, *supra*, nota 9, sarebbe utile "to designate a focal point – or permanent mechanism – for interaction between the Council and the ICC outside the biannual reporting on referred situations. I see this as a low-hanging fruit which can be of great practical assistance and yield many benefits, including ensuring a more systematic follow-up to the Council's resolutions referring situations to my Office". L'intero discorso, molto interessante su diversi aspetti della cooperazione tra il Consiglio e la Corte, è reperibile all'indirizzo <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180706-otp-statement-arria-formula>.

Riccardo Pisillo Mazzeschi *

Il caso Regeni: alcuni profili di diritto internazionale

Il caso Regeni viene esaminato sotto il profilo degli strumenti che il diritto internazionale può offrire ai fini dell'accertamento della responsabilità per le gravi violazioni dei diritti fondamentali, nel caso di specie il divieto di atti di tortura e di privazione del diritto alla vita.

Premessa

Il caso *Regeni* è stato, giustamente, oggetto di grande attenzione da parte dei media; ma non ha destato altrettanto interesse nella dottrina internazionalistica¹. Invece, a mio avviso, vi sono alcuni profili di diritto internazionale che meritano qualche riflessione. Lo scopo principale di queste riflessioni è quello di comprendere quali strumenti può offrire il diritto internazionale per contribuire ad accertare la verità sugli atti di tortura e di violazione arbitraria del diritto alla vita subiti da Giulio Regeni e sui responsabili di tali atti.

1. Sull'esistenza di un illecito internazionale

A mio parere, lo Stato egiziano ha commesso un illecito internazionale,

* Professore ordinario nell'Università degli studi di Siena.

¹ Ma si veda RONZITTI, *Caso Regeni, le vie del diritto per ottenere giustizia*, in *Affari internazionali*, 18 febbraio 2016, www.affariinternazionali.it/articolo.asp?ID=3334; PASQUET, *L'Italia, l'Egitto, e il "diritto alla verità": alcune considerazioni sul caso Regeni*, in *SIDIBlog*, 25 febbraio 2016; CARELLA, *In morte di Giulio Regeni*, in *SIDIBlog*, 11 marzo 2016; ID., *Partenariato Ue-Egitto: l'Europa dimentica Regeni*, www.marinacastellana.it/blog/; VIOLI e BUSCEMI, *The unsolved case of Giulio Regeni. An attempted legal analysis*, *Völkerrechtsblog*, 3 luglio 2017 (l'ultimo accesso ai documenti od opere on line citati nel presente articolo è avvenuto in data 12/5/2018).

perché ha violato le norme internazionali sulla protezione degli stranieri e quelle sulla tutela dei diritti umani. Più specificamente, le norme consuetudinarie sul divieto di tortura e sul divieto di privazione arbitraria della vita e le norme pattizie contenute nella Convenzione delle NU del 1984 contro la tortura². Per motivare questa affermazione, conviene esaminare, in maniera sintetica, il comportamento dello Stato egiziano in relazione ai vari obblighi stabiliti da tali norme.

1.1. *Obblighi negativi*

Per prudenza, ritengo che non sia stato finora dimostrato, con sicurezza, il fatto che Giulio Regeni sia stato torturato e ucciso da individui-organi dello Stato egiziano (che agivano *de jure*³ o *ultra vires*⁴) o da individui che agivano come organi *de facto*⁵ o sotto la direzione o il controllo del Governo egiziano⁶. E che quindi non sia configurabile, a carico dell'Egitto, la violazione di un obbligo negativo di astenersi dalla tortura e dalla privazione arbitraria del diritto alla vita.

1.2. *Obblighi positivi di prevenzione*

Le norme sul divieto di tortura e di privazione arbitraria della vita contengono una pluralità di obblighi positivi di prevenzione. Lo Stato ha l'obbligo di avere un apparato normativo di prevenzione, idoneo a prevenire in astratto le violazioni di tali divieti; l'obbligo di avere un apparato amministrativo, che sia anch'esso in astratto idoneo a prevenire tali violazioni; e soprattutto l'obbligo di *far funzionare* in concreto il suo apparato quando le circostanze lo richiedano, prendendo volta per volta le misure opportune per prevenire le violazioni. Cioè lo Stato deve attivarsi quando sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che vi era un pericolo che fossero compiuti atti di tortura o di privazione arbitraria della vita.

Si può ricordare che l'art. 2, paragrafo 1, della Convenzione del 1984 contro la tortura, ratificata da Italia ed Egitto, recita: "Ogni Stato parte

² Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, New York, 10 dicembre 1984.

³ V. gli articoli 4 e 5 del Progetto di articoli della CDI sulla responsabilità dello Stato, 1 agosto 2001.

⁴ *Ibid.*, art. 7.

⁵ *Ibid.*, art. 9.

⁶ *Ibid.*, art. 8.

adotta tutte le misure legislative, amministrative, giudiziarie o altre misure atte a prevenire la commissione di atti di tortura in qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione”.

Ciò premesso, ci si deve chiedere se l'Egitto abbia violato o no i propri obblighi positivi di prevenire i crimini commessi contro Giulio Regeni. La risposta è difficile. Infatti, da una parte non è facile provare che, nel caso in oggetto, le autorità egiziane sapevano, o avrebbero dovuto sapere, che Regeni poteva subire violenze. Dall'altra parte, risulta che Giulio Regeni era tenuto sotto osservazione da parte delle forze dell'ordine egiziane; e quindi si potrebbe ritenere che queste fossero in grado di prevenire le violazioni da parte di individui privati o di individui-organismi di grado subordinato. Per rispondere a questa domanda, occorrerebbero maggiori informazioni, che per ora le autorità egiziane non hanno fornito.

Pertanto, allo stato attuale conviene concludere, per prudenza, che non sia stata finora dimostrata, a carico dell'Egitto, la violazione di un obbligo positivo di prevenire atti di tortura e di privazione arbitraria della vita.

1.3. *Obblighi positivi di repressione*

Le norme sul divieto di tortura e di privazione arbitraria della vita contengono anche una serie di obblighi positivi di repressione. In particolare, per quanto qui ci interessa, lo Stato deve indagare in maniera rapida ed efficace, quando si verifica un caso di tortura o di privazione arbitraria della vita, allo scopo di identificare e catturare i colpevoli. Quindi, in caso positivo, lo Stato ha l'obbligo di processarli e punirli.

La giurisprudenza e prassi internazionale sull'obbligo procedurale di indagare è assai ampia e precisa ed essa specifica il contenuto di tale obbligo nel diritto internazionale consuetudinario⁷. Lo Stato deve condurre indagini effettive ed adeguate; non ci deve essere lacunosità nelle attività di investigazione; gli organi che indagano devono dare garanzie di indipendenza; non ci deve essere un atteggiamento di inerzia o di

⁷ A mio avviso, dalla giurisprudenza e prassi uniforme degli organi internazionali di controllo dei trattati sui diritti umani si può ricavare la natura consuetudinaria dell'obbligo in questione. Per tale giurisprudenza e prassi si veda BESTAGNO, *Diritti umani e impunità: Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003; PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, *Recueil des Cours*, vol. 333, 2008, pp. 175 ss., pp. 345-351 e 414-422; CITRONI e SCOVAZZI, *La tutela internazionale dei diritti umani* in *Corso di diritto internazionale*, a cura di Scovazzi, *Parte III*, Milano, 2013, pp.126-145. V. anche le sentenze più recenti citate da PASQUET (*supra*, nota 1).

acquiescenza delle autorità inquirenti; le attività istruttorie devono essere rapide e approfondite; e così via.

Inoltre, se anche si esamina il diritto convenzionale che vincola specificamente Egitto ed Italia, si nota che la Convenzione delle NU contro la tortura del 1984, all'art. 12, ribadisce l'obbligo di investigazione dello Stato territoriale nei seguenti termini:

“Ogni Stato parte assicura che le sue autorità competenti procedano ad una inchiesta immediata ed imparziale ogni volta che ci sono ragionevoli motivi di credere che un atto di tortura è stato commesso in un qualunque territorio sotto la sua giurisdizione”.

La medesima Convenzione, agli artt. 5 e 6, afferma gli obblighi dello Stato territoriale relativi all'esercizio della propria giurisdizione; e, all'art. 9, stabilisce un ampio obbligo di cooperazione giudiziaria fra gli Stati parti:

“Gli Stati parti si accordano reciprocamente la più ampia assistenza giudiziaria in ogni procedimento penale relativo ai reati previsti all'articolo 4, compresa la comunicazione di tutti gli elementi di prova dei quali dispongono e che sono necessari ai fini della procedura”.

Alla luce di questi presupposti, a me sembra dimostrato che lo Stato egiziano abbia violato il proprio obbligo positivo di repressione; cioè l'obbligo “procedurale” di investigare prontamente e con *due diligence*, tramite il proprio apparato di polizia e giudiziario, sui fatti relativi alla tortura e l'omicidio di Giulio Regeni, per pervenire alla scoperta e cattura dei responsabili. Sono passati oramai quasi tre anni dalla morte di Giulio Regeni, nei quali si è palesata l'inefficienza delle autorità investigative egiziane e la loro insufficiente collaborazione con le autorità italiane. Forse si possono addirittura ipotizzare comportamenti ostruttivi delle indagini. Pertanto, si può sostenere che si sono realizzate sia la violazione del diritto consuetudinario che la violazione degli articoli 9 e 12 della Convenzione del 1984.

Pertanto, a mio avviso, si deve concludere che l'Egitto ha commesso un atto illecito internazionale nei confronti dell'Italia, della famiglia Regeni⁸ ed anche nei confronti della comunità internazionale degli Stati (quantomeno per la violazione del divieto di tortura che stabilisce un obbligo *erga omnes*⁹).

⁸ Per la tesi che la violazione dei diritti umani comporti una responsabilità internazionale anche nei confronti degli individui vittime, v. PISILLO MAZZESCHI, *The Marginal Role of the Individual in the ILC's Articles on State Responsibility*, in *It. YIL*, vol. 14, 2004, p. 39 ss.; ID., *Human Rights and the Modernization of International Law*, in *International Law for Common Goods: Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, a cura di Lenzerini e Vrdoljak, Oxford/Portland, 2014, p. 89 ss., pp. 92-93 e 96-98.

⁹ Cfr. VIOLI e BUSCEMI (*supra* nota 1).

2. Le azioni possibili, o dovute, da parte del Governo italiano

2.1. Possibilità di esercizio della protezione diplomatica

Sulla base di quanto concluso sopra, essendosi verificato un illecito internazionale dell'Egitto nei confronti dell'Italia, il Governo italiano *poteva e può ancora* esercitare tutte le azioni comprese nell'esercizio della protezione diplomatica, cioè invocare formalmente la responsabilità dell'Egitto, chiedere la riparazione, ricorrere a arbitrati internazionali, ricorrere a contromisure economiche, a interruzione di rapporti commerciali, di comunicazioni, a interruzione di rapporti diplomatici, etc.

Inoltre, il Governo italiano poteva e può ancora esercitare tutte le azioni tese a far valere la responsabilità dell'Egitto per violazione dei diritti umani fondamentali. In realtà i due tipi di azioni si fondano su norme primarie diverse (quelle sulla protezione degli stranieri e quelle sui diritti umani), ma finiscono in pratica per coincidere.

Per quanto riguarda l'esercizio di queste azioni da parte dell'Italia, una possibile obiezione da parte del Governo egiziano potrebbe essere il mancato esaurimento dei ricorsi interni dinanzi alle autorità egiziane, da parte dei genitori di Regeni, per ottenere l'accertamento dei fatti e la riparazione¹⁰. Tuttavia, in questo caso si può sostenere che operano alcune eccezioni alla regola del previo esaurimento¹¹. In primo luogo, si può affermare che i ricorsi interni in Egitto sono inefficaci ed inadeguati. In materia di tortura, ad esempio, il Comitato delle NU contro la tortura ha spesso affermato che la regola del previo esaurimento non si applica quando è poco probabile che i ricorsi possano arrecare riparazione alla vittima della violazione.

In secondo luogo, si può sostenere che opera l'eccezione delle c.d. "circostanze speciali". Gli organi internazionali di controllo sui diritti umani hanno spesso affermato che talora la situazione oggettiva esistente in uno Stato ostacola il funzionamento della giustizia in modo tale da dispensare il ricorrente dall'onere di esaurire i ricorsi interni.

In terzo luogo, si può anche invocare l'eccezione costituita dalle "prassi amministrative illecite", che consistono di due elementi: la ripetizione di atti e la tolleranza ufficiale delle autorità statali. In materia di tortura, la tolleranza ufficiale è stata descritta nei seguenti termini:

¹⁰ V. l'art. 3 del Progetto della CDI sulla protezione diplomatica, 8 agosto 2006; e l'art. 27 del Progetto di articoli della CDI sulla responsabilità dello Stato (*supra*, nota 3).

¹¹ V. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, pp.139-146 e 171-194.

“Though acts of torture or ill-treatment are plainly illegal, they are tolerated in the sense that superiors or those immediately responsible, though cognisant of such acts, take no action to punish them or prevent their repetition; or that higher authority, in face of numerous allegations, manifests indifference by refusing any adequate investigation of their truth or falsity ...”¹².

In quarto luogo, si può sostenere che opera l’eccezione costituita dai casi di “gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani” da parte degli organi dello Stato egiziano. Questa eccezione costituisce uno sviluppo, in materia di diritti umani, dell’eccezione delle “prassi amministrative illecite” ed è stata applicata ampiamente dagli organi internazionali di controllo sui diritti umani. Anch’essa, in realtà, si fonda sulla presunzione che, quando in uno Stato vi sono *gross violations* dei diritti umani, i ricorsi interni da parte delle vittime non sono accessibili, adeguati ed efficaci

Quindi, a mio avviso, l’Italia può intervenire in protezione diplomatica ed anche invocare la responsabilità dell’Egitto per violazione dei diritti umani. Non mi sembra che le azioni finora intraprese dal Governo italiano possano essere considerate come protezione diplomatica¹³. Infatti, l’Italia non ha formalmente invocato la responsabilità dell’Egitto né chiesto in via ufficiale la riparazione dell’illecito. D’altra parte, il richiamo temporaneo dell’ambasciatore italiano al Cairo, se anche fosse considerato come un atto di esercizio della protezione diplomatica (il che mi sembra assai dubbio), non è certamente stato un atto che abbia prodotto qualche effetto. Lo stesso può dirsi per il mancato rinnovo della fornitura gratuita di pezzi di ricambio per gli aerei F-16. Pertanto, occorrono atti più efficaci.

Uno di questi atti potrebbe essere costituito dall’attivazione, ad opera dell’Italia, della procedura prevista dall’art. 30 della Convenzione delle NU contro la tortura¹⁴. Penso che si possa dimostrare l’esistenza dei presupposti per il funzionamento dell’art. 30, o che tali presupposti possano essere rapidamente creati contestando all’Egitto la violazione della Convenzione. In tal modo si avrebbe una controversia fra Italia ed Egitto relativa

¹² Commissione europea dei diritti dell’uomo, *Ireland v. UK* (5310/71), rapp. 25 gennaio 1976, in *Yearbook*, vol. 19, 1976, p.754.

¹³ V. anche, in questo senso, VIOLI e BUSCEMI (*supra* nota1).

¹⁴ Art. 30, paragrafo 1: “Ogni controversia tra due o più Stati parti relativa all’interpretazione o all’applicazione della presente Convenzione, che non può essere risolta con una negoziazione, sarà sottoposta ad arbitrato su richiesta di uno di essi. Se entro sei mesi dalla data della domanda di arbitrato le parti non riescono ad accordarsi sull’organizzazione dell’arbitrato, una qualunque delle parti può deferire la controversia alla Corte internazionale di giustizia, con una richiesta conformemente allo Statuto della Corte”.

all'applicazione della Convenzione e si potrebbe attivare un arbitrato. L'arbitrato internazionale potrebbe contribuire all'accertamento della verità e delle responsabilità.

2.2. *Obbligo di esercizio della protezione diplomatica?*

Ma si può sostenere che il Governo italiano abbia, oltre che una facoltà di intervenire in protezione diplomatica, anche un *obbligo* di intervenire?

Come è noto, il diritto internazionale tradizionale lo esclude. Tuttavia, non si deve dimenticare l'art. 19 del Progetto di articoli della Commissione di Diritto Internazionale (CDI) sulla protezione diplomatica approvato nel 2006¹⁵, secondo il quale lo Stato che ha diritto di esercitare la protezione diplomatica “*dovrebbe dare la dovuta considerazione alla possibilità di esercitare la protezione diplomatica ... quando si è verificata un'offesa significativa (significant injury)*”.

Si può obiettare che tale disposizione costituisce un tentativo di sviluppo progressivo del diritto internazionale, anziché una sua codificazione. Ma voglio qui ricordare che proprio il Governo italiano, nel 2006, ha proposto e patrocinato, in sede di commenti al Progetto, una disposizione simile, ed anzi più precisa e più vincolante. La proposta italiana era la seguente: “Italy suggests that two paragraphs be added to article 2, which could be worded in the following way: “2. Notwithstanding paragraph 1, a State has *a legal duty* to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request; *a*) If the injury results from a grave breach, attributable to another State, of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as *protection of the right to life, the prohibition of torture* or of inhumane or degrading treatment or punishment, and the prohibition of slavery and racial discrimination. *b*) If, in addition, the injured person is unable to bring a claim for such an injury before a competent international court or tribunal or quasi-judicial authority. 3. In the cases set out in paragraph 2, States are obliged to provide in their municipal law for the enforcement of the individual right to diplomatic protection before a competent domestic court or other independent national authority”¹⁶.

Come si vede, nel 2006 il Governo italiano proponeva formalmente che nel Progetto venisse inserito un vero e proprio obbligo dello Stato di esercitare la protezione diplomatica di un proprio cittadino offeso all'estero,

¹⁵ V. *supra* nota 10.

¹⁶ V. Doc. A/CN.4/561 and Add.1-2, *Comments and observations received from Governments*, 27 gennaio, 3 e 12 aprile 2006 (corsivi aggiunti).

quando l'offesa risulta da un atto di tortura o di privazione arbitraria della vita. Sono passati solo pochi anni da tale solenne proposta del Governo italiano alle NU. Pertanto coerenza vorrebbe che il Governo italiano, nel caso *Regeni*, esercitasse concretamente tutte le azioni opportune di protezione diplomatica; e quindi dimostrasse che intende davvero sviluppare il diritto internazionale nella direzione che aveva indicato nella proposta del 2006.

3. Le azioni possibili da parte della famiglia Regeni

3.1. Un'azione contro lo Stato egiziano dinanzi ai giudici italiani

E' noto che la famiglia Regeni, con l'assistenza di un avvocato, ed i magistrati della Procura della Repubblica di Roma, stanno cercando da tempo, con notevoli difficoltà, di scoprire chi siano gli individui direttamente responsabili degli atti di tortura e dell'omicidio. Certamente si deve sperare che questi tentativi possano finalmente avere successo. Tuttavia, a mio avviso, i genitori di Giulio, pur senza rinunciare ai suddetti tentativi, potrebbero anche intraprendere un'altra strada, sempre allo scopo principale di pervenire all'accertamento della verità.

Essi potrebbero iniziare, dinanzi ai giudici italiani (probabilmente dinanzi al Tribunale di Roma) un'azione civile contro lo Stato egiziano, sostenendo che il suo illecito internazionale per violazione dell'obbligo di repressione si è realizzato non solo nei confronti dello Stato italiano ma anche nei confronti della famiglia Regeni. L'azione civile sarebbe volta ad ottenere una riparazione (risarcimento monetario ed altre forme di riparazione: ad esempio, scuse ufficiali, un monumento o una scuola dedicati a Giulio, ecc.). Questo processo civile, come ho detto, potrebbe anche contribuire all'accertamento della verità.

Si deve riconoscere che una simile azione presenterebbe alcune difficoltà, che tuttavia sono a mio avviso superabili.

Il primo problema sarebbe costituito dall'accertamento della competenza giurisdizionale dei giudici italiani a giudicare su un illecito civile (derivante da reato) che si è prodotto nel territorio egiziano. Propongo qui di seguito alcune possibili soluzioni per questo problema, tenendo conto che si deve escludere l'applicabilità del Regolamento n. 1215/2012 (*Bruxelles I bis*) per difetto del requisito soggettivo del domicilio del convenuto in uno Stato membro¹⁷.

¹⁷ V. l'art. 6, paragrafo 1, del Regolamento.

Pertanto la competenza dei giudici italiani dovrebbe verificarsi sulla base all'art. 3, 2° comma, della Legge n. 218/1995. Tale norma, come è noto, rinvia ai criteri stabiliti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 (sezioni 2, 3 e 4 del titolo II)¹⁸ quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione, mentre, per le altre materie, rinvia ai criteri stabili dalla legge italiana per la competenza territoriale.

Si pone quindi il problema se la condotta omissiva illecita (difetto di indagini e di cooperazione giudiziaria) ed un'eventuale condotta ostruttiva delle indagini da parte degli individui-organi dello Stato egiziano rientri nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione di Bruxelles (materia civile e commerciale).

La risposta è negativa se si ritiene, come sembra corretto, che la condotta, sia pure illecita, dei funzionari egiziani si sia svolta nell'esercizio di pubblici poteri o della loro potestà di imperio. E' infatti pacifico che la Convenzione di Bruxelles non si applica a tali condotte¹⁹. In questo caso, l'art. 3, 2° comma, della Legge n. 218/1995 consente di radicare la competenza dei tribunali italiani in base ai criteri di competenza territoriale del codice di procedura civile. Si potrebbe allora sostenere che si applica l'art. 19 cod. proc. civ., interpretando la competenza del "giudice del luogo dove la persona giuridica ha ... un rappresentante autorizzato a stare in giudizio" come soddisfatta dalla presenza dell'Ambasciata egiziana in Italia. Questa soluzione ha avuto recentemente importanti conferme da parte della nostra Corte di Cassazione²⁰; ed essa consentirebbe agevolmente l'avvio di un'azione per responsabilità civile nei confronti dell'Egitto dinanzi ai giudici italiani.

Si noti che, in via subordinata, qualora tale tesi non venisse accolta, vi potrebbe essere un altro criterio per radicare la giurisdizione dinanzi ai giudici italiani ex art. 3 della L. n. 218/1995. Infatti la Corte di Cassazione ha anche stabilito che tale art. 3, sulla base di una sua "lettura costituzionalmente orientata", consente un'estensione della giurisdizione italiana, in via residuale, anche oltre i criteri di collegamento da esso espressamente previsti, qualora tali criteri non permettano di affermare la giurisdizione italiana e non risulti neppure la giurisdizione di alcun

¹⁸ Secondo l'interpretazione prevalente. Ma vi è anche una tesi minoritaria, secondo la quale l'art. 3 rimanda ora ai regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I bis.

¹⁹ V. ad es., Corte di giustizia, 15 febbraio 2007, causa C-292/05, *Lechouritou et al.*; Corte di giustizia, 11 aprile 2013, causa C-645/11, *Sapir et al.*

²⁰ Cfr. Cass., sezioni unite, 9 maggio 2018, n. 11178. V. anche, in precedenza, Cass., sezioni unite, 28 ottobre 2015, n. 21946 e Cass., sezioni unite, 28 ottobre 2015, n. 21947. Queste due ultime sentenze riguardano l'esecuzione di decisioni emesse da tribunali degli USA concernenti l'indennizzo per danni derivanti da attività terroristiche imputabili all'Iran.

giudice straniero, cosicché ad una persona risulti del tutto negata la tutela giurisdizionale²¹. Questa ipotesi potrebbe ricorrere nel caso *Regeni*.

Vi è anche un'altra possibilità. Dalle indagini in corso da parte della Procura della Repubblica di Roma potrebbe emergere l'ipotesi che le carenze di indagini (o addirittura certe ostruzioni delle medesime) da parte dei funzionari egiziani si siano svolte al di fuori dell'esercizio legittimo di pubblici poteri o in contravvenzione di istruzioni ricevute²² o tramite condotte di natura meramente privatistica. In questo caso, potrebbe trovare applicazione, *ratione materiae*, la Convenzione di Bruxelles del 1968.

Se si volesse seguire questa ipotesi, sarebbe in realtà più difficile radicare la giurisdizione dei giudici italiani nel caso *Regeni*. Una soluzione potrebbe essere quella di invocare l'art. 5, n. 4, della Convenzione che, nelle azioni di risarcimento di danni nascenti da reato, prevede la competenza del giudice davanti al quale l'azione penale è esercitata, sempreché questo possa conoscere dell'azione civile. Poiché risulta che la Procura di Roma abbia avviato nel febbraio 2016 un procedimento per omicidio contro ignoti ex art. 10 c.p.p., si potrebbe inserire, nell'eventuale procedimento penale dinanzi al Tribunale o alla Corte di assise di Roma, un'azione civile contro lo Stato egiziano. Ma ciò presuppone, evidentemente, che si accolga un'interpretazione estensiva del criterio di collegamento giurisdizionale dell'art. 5, n. 4, della Convenzione.

Sempre sulla base della Convenzione di Bruxelles, un'altra possibilità sarebbe quella di invocare l'art. 5, n. 3, che, in materia di delitti o quasi-delitti, prevede la competenza del giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto. Si dovrebbe sostenere la tesi che l'evento dannoso si è prodotto anche in Italia, perché i suoi effetti hanno colpito i genitori di Giulio

²¹ V. Cass. (sezioni unite) 17 luglio 2008, n. 19595: "... dopo le sent. n. 348 e 349 della Corte costituzionale, che hanno ritenuto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è oggetto dell'obbligo di conformità prescritto dall'art. 117 Cost., comma 1, per la potestà legislativa statale e regionale, e che quindi le disposizioni della Convenzione possono costituire parametro interposto di questione di costituzionalità, si impone - nell'ordinamento giuridico italiano che deve adeguarsi alla Convenzione - una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 3 cit. perché, nel rispetto dell'art. 6 della Convenzione ... non ricorra l'ipotesi (in vero eccezionale) in cui, non sussistendo la giurisdizione del giudice italiano in ragione dell'applicazione dei tre criteri di collegamento ivi previsti, non risulti neppure la giurisdizione di alcun giudice straniero con la conseguenza che risulterebbe del tutto negata la tutela giurisdizionale; evenienza questa non compatibile con l'art. 6 della Convenzione, ed ora - per il tramite dell'art. 117 Cost., comma 1, - anche con la nostra Costituzione, con la conseguenza che, ove risulti positivamente che nessun giudice straniero abbia giurisdizione, sussiste residualmente la giurisdizione del giudice italiano". V. anche Cass., sezioni unite, 14 luglio 2017, n. 17549.

²² V. l'art.7 del Progetto della CDI sulla responsabilità dello Stato (*supra* nota 3).

Regeni. Questa interpretazione estensiva del concetto di evento dannoso è, a mio avviso, ragionevole secondo logica; potrebbe appoggiarsi ad alcune sentenze risalenti²³; ed è stata di recente sostenuta dalle difese dei ricorrenti in alcuni casi dinanzi alla Corte di Cassazione²⁴. Ma essa, per la verità, non ha molte possibilità di essere accolta, poiché si scontra adesso con un netto orientamento contrario della Cassazione italiana²⁵ e della Corte di giustizia dell'Unione Europea²⁶, che temono che un'interpretazione così estensiva del concetto di evento dannoso concederebbe troppo spazio al “*forum actoris*”.

Infine, qualora queste due soluzioni dessero un esito negativo, si potrebbe forse far valere, anche per le materie ricomprese nel campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles, quel criterio della giurisdizione “residuale” e “di necessità”, affermato dalla Cassazione, di cui abbiamo sopra parlato.

Il secondo problema da risolvere, in un'eventuale azione contro l'Egitto dinanzi ai giudici italiani, è costituito dal fatto che tale Stato invocherebbe molto probabilmente l'immunità dalla giurisdizione civile italiana. Ma qui soccorre la giurisprudenza Ferrini e la nota sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana: lo Stato estero non può invocare l'immunità dinanzi ai giudici italiani per atti che violano norme a tutela di diritti umani fondamentali o aventi natura di *ius cogens*²⁷. E' vero che, nel caso Ferrini ed in altri successivi, si trattava di veri e propri crimini internazionali; ma la giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale non si limitano ai casi di crimini internazionali, ma si estendono a tutte le gravi violazioni dei diritti umani fondamentali. E non vi è dubbio che violazioni di questa natura siano state commesse nel caso Regeni.

L'Egitto potrebbe forse sollevare un'altra obiezione: potrebbe sostenere che l'eccezione all'immunità per violazione di diritti umani fondamentali opera soltanto se le vittime non hanno rimedi alternativi ed equivalenti (secondo la regola della “protezione equivalente”); cioè se viene loro interamente precluso l'accesso alla giustizia. Ma la sentenza *Ferrini* non ha posto il limite della “protezione equivalente”. In ogni caso, all'eventuale obiezione dell'Egitto, si potrebbe replicare che tale Stato non offre ricorsi

²³ V. Corte di giustizia, 30 novembre 1976, causa C-21/76, *Mines de Potasse*; Corte di giustizia, 7 marzo 1995, causa C-68/93, *Shevill*; Cass., 22 maggio 1998, n. 5145. Tuttavia si deve ammettere che tali sentenze non riguardano fattispecie identiche a quella in oggetto.

²⁴ V. ad esempio gli argomenti dei ricorrenti in Cass., sezioni unite, 28 ottobre 2015, n. 21946 e Cass. (sezioni unite) 28 ottobre 2015, n. 21947.

²⁵ V. le sentenze citate *supra*, nota 24.

²⁶ V. ad es., Corte di giustizia, 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari c. Lloyd's Bank*; Corte di giustizia, 16 gennaio 2014, causa C-45/13, *Kainz c. Pantherwerke A.G.*

²⁷ Così anche RONZITTI (*supra*, nota 1).

interni efficaci ed adeguati, secondo quanto si è già detto prima. Inoltre, i genitori di Giulio non possono presentare una comunicazione individuale né al Comitato delle NU contro la tortura né al Comitato dei diritti umani, perché l'Egitto non ha accettato la competenza di tali comitati a ricevere ricorsi individuali. Pertanto, i genitori di Regeni non hanno rimedi giurisdizionali o quasi-giurisdizionali alternativi ed equivalenti rispetto ad un'azione dinanzi ai giudici italiani.

3.2. *Un'azione contro lo Stato italiano?*

Ho detto sopra che, ai sensi del diritto internazionale tradizionale, il Governo italiano non ha un vero e proprio obbligo di intervenire in protezione diplomatica (o far valere la responsabilità per violazione dei diritti umani) contro l'Egitto, a favore della famiglia Regeni. Tuttavia, un discorso diverso si potrebbe fare a livello di diritto costituzionale italiano²⁸. Infatti, con la sentenza n. 238/2014, la Corte costituzionale italiana ha sostenuto che il rispetto dei principi supremi della Costituzione, e specie dei diritti umani fondamentali ex art. 2 Cost. e del diritto di accesso alla giustizia ex art. 24 Cost., consente di disapplicare le norme internazionali consuetudinarie contrarie a tali principi²⁹.

Si potrebbe quindi sostenere che, se la famiglia Regeni intraprende un'azione contro lo Stato egiziano dinanzi ai tribunali italiani e tale azione risulta improcedibile, perché i giudici italiani negano la propria competenza giurisdizionale, tale famiglia non ha altri rimedi giurisdizionali possibili o comunque adeguati ed effettivi. In tale ipotesi non ci sembra azzardato sostenere che la tradizionale discrezionalità del Governo nell'esercizio della protezione diplomatica, prevista dal diritto internazionale consuetudinario, dovrebbe venir meno; e che quindi la famiglia Regeni avrebbe diritto a pretendere dal Governo italiano un intervento in protezione diplomatica contro l'Egitto.

Del resto, anche la Corte di Cassazione italiana ha riconosciuto l'“interesse legittimo” di un individuo a richiedere la protezione diplomatica del proprio Stato³⁰. Inoltre, nella sopracitata proposta del Governo italiano in sede di commento al Progetto di articoli sulla protezione diplomatica, si prevede l'obbligo degli Stati, in un caso come la tortura, di stabilire nel proprio diritto interno un vero e proprio diritto delle vittime alla protezione

²⁸ V. anche VIOLI e BUSCEMI (*supra* nota1).

²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 238/2014, in www.cortecostituzionale.it.

³⁰ Cass. Civ. (sezioni unite), 19 ottobre 2011, n. 21581.

diplomatica da far valere dinanzi ad un giudice³¹.

Sulla base di queste premesse, un'azione della famiglia Regeni contro lo Stato italiano potrebbe avere qualche fondamento.

4. Conclusioni

Gli internazionalisti italiani non si sono, a mio avviso, sufficientemente mobilitati sul caso *Regeni*. L'indignazione morale ed il dolore per la gravità del crimine subito da Giulio Regeni e dalla sua famiglia sono doverosi, ma non sono sufficienti. Le pratiche di tortura e le violazioni arbitrarie del diritto alla vita mettono in crisi uno dei valori fondamentali del diritto internazionale contemporaneo; e quindi richiedono una risposta netta e forte da parte della nostra comunità, a prescindere dalle azioni intraprese o meno da parte del Governo italiano.

³¹ V. il par. 3 della proposta italiana (*supra* nota 16).

SEZIONE QUARTA
DIRITTO UMANITARIO
E VALORI FONDAMENTALI

Giulio Bartolini *

*La (fallita) proposta di un
“Meeting of States on International Humanitarian Law”*

Lo scritto analizza, in chiave critica, i meccanismi esistenti nell'ambito del diritto internazionale umanitario, e quelli che si sono progressivamente sviluppati all'esterno di questo sistema, volti a facilitare l'applicazione di questa disciplina. Questa analisi permette di identificare le carenze e difficoltà nel funzionamento dei meccanismi attualmente previsti, tanto che, recentemente, gli Stati parti alle Convenzioni di Ginevra, sulla base del lavoro svolto come facilitatori dalla Confederazione Elvetica e dal Comitato internazionale della Croce Rossa, avevano partecipato ad una serie di incontri per creare un nuovo meccanismo, ovvero il “Meeting of States on International Humanitarian Law”, demandato a svolgere una serie di funzioni rilevanti per facilitare l'attuazione del diritto internazionale umanitario. La proposta per la sua istituzione, discussa nel corso della trentaduesima Conferenza internazionale di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa tenutasi nel 2015, non venne però approvata a causa dei contrasti sorti fra gli Stati. Anche le successive consultazioni, conclusesi nel dicembre 2018, hanno evidenziato l'impossibilità di giungere ad un accordo in materia.

1. *Introduzione*

Il rilevante contributo svolto da Paolo Benvenuti rispetto allo studio e alla diffusione delle tematiche del diritto internazionale umanitario (*d'ora in poi: DIU*) è a tutti noto. Uno dei temi che, in modo ricorrente, ha attirato la sua attenzione scientifica è quello dall'attuazione di questa disciplina. Rispetto a questa tematica, infatti, Paolo Benvenuti ha sviluppato analisi rivolte sia ad effettuare un bilancio degli istituti rilevanti nell'ambito del sistema del DIU¹,

* Professore associato nell'Università degli studi Roma Tre.

¹ BENVENUTI, *International Humanitarian Law and the Means for Improving its Effectiveness: a Comprehensive Appraisal*, in *Quale diritto nei conflitti armati?*, a cura di Papanicolopulu e Scovazzi, Milano 2006, p. 3 ss.; ID., *Gli strumenti volti a garantire il rispetto del diritto internazionale umanitario*, in *Diritto umanitario e Cappellani militari*, Città del Vaticano, 2004, p. 135 ss.; ID., *Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function*,

dove con piacere si sono sviluppate anche analisi comuni², sia a valutare questa problematica rispetto all'ordinamento italiano³. Considerando che la nozione di attuazione, nella sua accezione di *compliance*, è attualmente intesa come “as respect for all relevant obligations under IHL”⁴ o come “ensuring that belligerents act in conformity with IHL”⁵ è chiaro come le problematiche connesse a questo tema risultino fra le più complesse per questo settore normativo, tali da attirare la particolare attenzione di Paolo Benvenuti. La valenza di questa tematica prescinde infatti dal mero dato dell'analisi giuridica, volta a garantire un sempre maggiore rispetto degli obblighi internazionali e una loro puntuale interpretazione, ma incide su un elemento di maggiore rilievo, ovvero la possibilità, per il suo tramite, di garantire una protezione rafforzata alle vittime dei conflitti armati.

Non sorprende, quindi, che una crescente attenzione, anche in dottrina, sia rivolta alla valutazione dei meccanismi di *compliance* esistenti, sia interni al sistema del DIU sia esterni ad esso, con delle analisi usualmente accompagnate da un certo scetticismo circa le possibilità per questi

Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of International Humanitarian Law, in *Yearbook of International Institute of International Humanitarian Law*, 1989-1990, p. 27 ss.

² BENVENUTI, BARTOLINI, *Is There a Need for New International Humanitarian Law Implementation Mechanisms?*, in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, a cura di Kolb e Gaggioli, Cheltenham, 2013, p. 590 ss.

³ BENVENUTI, *Il ritardo della legislazione italiana nell'adeguamento al diritto internazionale umanitario, con particolare riferimento alla disciplina dei conflitti armati non internazionali*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, a cura di Lamberti Zanardi e Venturini, Milano, 1998, p. 107 ss.; ID., *Italy and Implementation of the ICC Statute in National Legislation: Updating and Brief Remarks*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 1443 ss.

⁴ ICRC/SWISS FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, *Strengthening Compliance with International Humanitarian Law, Concluding Report*, giugno 2015, p. 12, nota 25: “The goal of the IHL compliance system discussed within the Swiss-ICRC facilitated consultation process is to strengthen respect for IHL. The term “compliance” may be understood in the present context as respect for all relevant obligations under IHL”. Il rapporto conclusivo (Concluding Report) presentato dai facilitatori, ovvero il Comitato internazionale della Croce Rossa e il Governo Svizzero, così come i documenti sviluppati nel corso del processo consultativo come le *Chairs' conclusions* e i *Background Reports* sono disponibili a: <<https://www.icrc.org/en/document/strengthening-compliance-international-humanitarian-law-ihl-work-icrc-and-swiss-government>>.

⁵ BOUTRUCHE, *Good Offices, Conciliation and Enquiry*, in *The 1949 Geneva Conventions. A Commentary*, a cura di Clapham, Gaeta e Sassòli, Oxford, 2015, p. 561: “Unlike the complementary notion of enforcement of IHL that focuses on the ways to restore observance with IHL when it has been violated, compliance pertains to ensuring that belligerents act in conformity with IHL”.

meccanismi di rispondere all’obiettivo prefisso con, di conseguenza, un interesse circa l’esplorazione di nuove soluzioni volte a rafforzare l’applicazione di questa disciplina⁶. Questa tematica, inoltre, è tornata all’attenzione della prassi diplomatica grazie alle attività recentemente svolte sotto l’egida della Conferenza internazionale della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa. L’interesse sul tema era già emerso nella Risoluzione 1 adottata nella trentunesima Conferenza internazionale tenutasi nel 2011⁷, che condusse alla creazione del cd. *compliance track*, con il quale si richiedeva all’ICRC e alla Svizzera di agire quali facilitatori e condurre delle consultazioni allo scopo di identificare soluzioni per rafforzare l’effettività dei meccanismi di attuazione del DIU, al fine di proporre queste ipotesi di lavoro alla trentaduesima Conferenza internazionale.

Su questa base, nell’ottobre 2015 i facilitatori presentarono una bozza di risoluzione su “Strengthening Compliance with International Humanitarian Law” in vista della trentaduesima Conferenza internazionale⁸. Nella bozza di risoluzione si prevedeva una rilevante novità: la proposta di creare un nuovo meccanismo, il cd. “Meeting of States on International Humanitarian Law”, ovvero un istituzionalizzato, periodico, volontario forum di discussione sul DIU fra gli Stati parti alle Convenzioni di Ginevra. Questa proposta, come vedremo, in ragione dell’opposizione netta di alcuni Stati, non ha però trovato il favore complessivo dei partecipanti alla Conferenza internazionale, tanto che la Risoluzione 2⁹ infine adottata ha sostanzialmente determinato una posticipazione del tema e richiesto ulteriori discussioni su queste problematiche fra gli Stati in vista della trentatreesima Conferenza internazionale nel 2019. Tuttavia, negli anni successivi, il permanere dei contrasti fra gli Stati, espresso nel corso di periodiche riunioni volte a valutare

⁶ SASSÒLI, *The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2007, p. 45 ss.; PFANNER, *Various Mechanisms and Approaches for Implementing International Humanitarian Law and Protecting and Assisting War Victims*, in *International Review of the Red Cross*, 2009, p. 307 ss.

⁷ Vedi XXXI Conferenza internazionale, Resolution 1: *Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflicts*, 2011, disponibile a: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm>.

⁸ Per la Draft Resolution 2 circolata fra le delegazioni vedi <https://perma.cc/X3K2-G3AD>.

⁹ Vedi XXXII Conferenza internazionale, Resolution 2: *Strengthening Compliance with International Humanitarian Law*, 32IC/15/R2, disponibile a: https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/12/14/strengthening-compliance-with-ihl-disappointment-and-hope/?utm_source=ICRC+Law+%26+Policy+Forum+Contacts&utm_campaign=b538ad3fd2-LP_EMAIL_BLOG_POST_2018_12_13_08_17&utm_medium=email&utm_term=0_8eeeebc66b-b538ad3fd2-69071717&mc_cid=b538ad3fd2&mc_eid=bef98ec790. http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/sites/3/2015/04/32IC-AR-Compliance_EN.pdf.

ulteriori azioni in questo campo, ha indotto il Comitato internazionale della Croce Rossa e la Confederazione Eilevetica a riconoscere, nel dicembre 2018, l'impossibilità a prospettare un accordo, e una conseguenze azione, in questo ambito¹⁰, lasciando così cadere, per ora, l'ipotesi di prospettare, a breve, l'istituzione di questo nuovo meccanismo. Il presente contributo vorrà quindi effettuare un bilancio dei meccanismi attualmente operanti per l'attuazione del DIU, per poi soffermarsi, criticamente, sulle prospettive di riforma che sono emerse nell'ambito dei lavori delle Conferenze internazionali di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa.

2. Gli esistenti meccanismi per l'attuazione del DIU: caratteristiche e limiti

Un'analisi della proposta oggetto di attenzione nel corso della trentaduesima Conferenza Internazionale presuppone ovviamente una valutazione degli attuali meccanismi per l'attuazione del DIU previsti nelle Convenzioni di Ginevra e nei Protocolli addizionali, così come di quelli sviluppati ed operanti nell'ambito di altri settori normativi ed istituzionali, ma capaci di avere una ricaduta per il DIU, onde comprendere le motivazioni che potevano militare in favore per le soluzioni sottoposte all'attenzione di tale consesso.

2.1. Gli esistenti meccanismi previsti dai trattati di DIU

Relativamente alla dimensione interna del DIU e dei meccanismi operanti in questo ambito è possibile innanzitutto sviluppare delle considerazioni iniziali su alcune problematiche comuni come, ad esempio, in merito: *a)* alla natura infruttuosa di diversi meccanismi di *compliance* previsti nei trattati di DIU, situazione in larga parte causata anche dalla riluttanza degli Stati parte nell'attivarli; *b)* all'assenza di un forum istituzionale strutturalmente demandato a supervisionare l'applicazione di questa normativa; e *c)* al limitato campo di applicazione di diversi meccanismi pattizi, principalmente ristretti ai conflitti armati internazionali, senza un'adeguata considerazione verso quelli non internazionali.

¹⁰ DURHAM, *Strengthening compliance with IHL: Disappointment and hope*, 14 dicembre 2018, disponibile a: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/12/14/strengthening-compliance-with-ihl-disappointment-and-hope/>

a) In primo luogo occorre considerare che diversi meccanismi offerti dal sistema del DIU si sono rilevati infruttuosi, data l'assenza di un adeguato interesse politico/giuridico degli Stati nell'attivarli¹¹. Dato che numerosi meccanismi implicano la necessità di accertare un consenso statale per il loro funzionamento, l'assenza di quest'ultimo ne ha implicato l'irrilevanza all'atto pratico.

Ad esempio, il ruolo delle Potenze Protettrici, ovvero degli Stati neutrali nei conflitti armati internazionali chiamati a svolgere alcune funzioni di garanzia una volta acquisito il consenso delle Parti al conflitto, è stato progressivamente trascurato¹². Dall'adozione delle Convenzioni di Ginevra nel 1949, ad esempio, le Potenze protettrici sono state nominate in soli cinque conflitti armati internazionali. Questo declino può essere attribuito a diverse cause concorrenti. In particolare pochissimi Stati membri sono percepiti come neutrali o come in grado, ovvero disposti, a svolgere questo compito, dato che una simile attività li potrebbe esporre a difficoltà di politica estera. Inoltre, il Comitato internazionale della Croce Rossa (*d'ora in poi*: CICR), come già ipotizzato dalle Convenzioni di Ginevra, ha potuto svolgere un ruolo sostitutivo rispetto alle Potenze protettrici quando queste non vengono nominate, così riducendo il rilievo, e la necessità, per il ricorso a questo meccanismo¹³. In definitiva, come recentemente riconosciuto anche nel nuovo Commentario alle Convenzioni di Ginevra, “(t)he obstacles do not appear to result from the inadequacy of the procedures nor from the financial burden, but are more likely to be related to political considerations”.¹⁴

Allo stesso modo, le procedure di inchiesta previste dalle Convenzioni di Ginevra del 1949¹⁵ non hanno suscitato l'interesse degli Stati. I tentativi di rendere operative queste procedure sono falliti in passato a causa della mancanza di consenso da parte degli Stati coinvolti nei conflitti, requisito

¹¹ SASSÒLI, *The Implementation*, cit., p. 52.

¹² Vedi gli articoli 8 e 9 delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e l'art. 5 del Primo Protocollo addizionale del 1977. Vedi sul tema BUGNION, *Article 8. Protecting Powers*, in ICRC, *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces, Commentary of 2016* (edizione on-line); KOLB, *Protecting Powers*, in *The 1949 Geneva Conventions*, a cura di Clapham, Gaeta and Sassòli, cit., p. 549 ss.

¹³ ICRC, *Improving Compliance with International Humanitarian Law*. ICRC Expert Seminars, ottobre 2003, pp. 10-12, disponibile a: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/improving_compliance_with_ihl-oct_2003.pdf>.

¹⁴ BUGNION, *Article 8. Protecting Powers*, in ICRC, *Convention (I)*, cit., para. 116.

¹⁵ Prima Convenzione di Ginevra, Art. 52; Seconda Convenzione di Ginevra, Art. 53; Terza Convenzione di Ginevra, Art. 132; Quarta Convenzione di Ginevra, Art. 149. Vedi VITÉ, *Article 52. Enquiry Procedure*, in ICRC, *Convention (I)*, cit., par. 1 ss.

fondamentale per la loro attivazione¹⁶. Anche in questo caso non stupisce quindi che il nuovo Commentario finisca per riconoscere che “the ineffectiveness of the enquiry mechanism established under the 1949 GCs is due mainly to lack of political will” and its absence of institutionalization¹⁷.

Simili carenze sono riscontrabili per la International Humanitarian Fact-Finding Commission (IHFFC), prevista dall’art. 90 del Primo Protocollo¹⁸, volta a scrutinare possibili gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra o dello stesso Protocollo attraverso una procedura confidenziale.

La Commissione non è stata mai utilizzata per questa finalità, nonostante che più di 70 Stati abbiano effettuato una dichiarazione generale volta ad accettare la competenza della Commissione. Allo stesso modo, la volontà espressa da tempo dalla Commissione, volta ad estendere le sue attività ai conflitti armati non internazionali purché tutte le parti in conflitto siano d’accordo, non ha portato a risultati concreti¹⁹. Anche i recenti avvenimenti, come l’attacco nel 2015 ad un ospedale di *Médecins sans frontières*, rispetto al quale la ONG aveva richiesto l’intervento della Commissione non si è potuto concretizzare stante la carenza dello Stato interessato di procedere in tale senso²⁰. Solo recentemente, in relazione ad un attacco sviluppato in danno di una missione OSCE in Ucraina, la Commissione ha potuto sviluppare delle limitate attività, la cui base giuridica risulta oggetto di discussione in dottrina²¹.

Un altro meccanismo che non è ancora stato testato nella prassi è la

¹⁶ Circa il fallito tentativo del CICR di facilitare la creazione di una commissione di inchiesta in relazione al conflitto coinvolgente Israele e alcuni Stati arabi nel 1973 vedi BUGNION, *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Ginevra, 1994, p. 1099.

¹⁷ VITÉ, *Article 52. Enquiry Procedure*, cit., par. 34.

¹⁸ DE PREUX, *Article 90*, in *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, a cura di Sandoz, Swinarski and Zimmermann, Ginevra, 1987, p. 1039 ss.; CONDORELLI, “*The International Humanitarian-Fact Finding Commission: An Obsolete Tool or a Useful Measure to Implement International Humanitarian Law?*”, in *International Review of the Red Cross*, 2001, p. 393 ss.

¹⁹ KALSHOVEN, *The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty?*, in *Humanitäres Völkerrecht*, 2002, p. 214.

²⁰ HARWOOD, *Will the ‘Sleeping Beauty’ Awaken? The Kunduz Hospital Attack and the International Humanitarian Fact-Finding Commission*, in *EJIL: Talk!*, 15 ottobre 2015, disponibile a: <http://www.ejiltalk.org/will-the-sleeping-beauty-awaken-the-kunduz-hospital-attack-and-the-international-humanitarian-fact-finding-commission>.

²¹ Vedi sul punto Cristina Azzarello, Matthieu Niederhauser, *The Independent Humanitarian Fact-Finding Commission: Has the ‘Sleeping Beauty’ Awoken?*, 9 gennaio 2018, in <http://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/01/09/the-independent-humanitarian-fact-finding-commission-has-the-sleeping-beauty-awoken/>.

riunione delle Alte Parti Contraenti prevista all'art. 7 del Primo Protocollo addizionale²². Questo meccanismo, così come le analoghe riunioni degli Stati parti di seguito analizzate e previste su base giuridiche, è di particolare interesse alla luce delle proposte presentate nel 2015. Ai sensi dell'articolo 7, sulla base della richiesta di uno o più Stati parte e a seguito dell'approvazione della maggioranza degli Stati che hanno ratificato il Primo Protocollo addizionale, la Svizzera può essere chiamata a convocare una riunione di questi per discutere i "general problems concerning the application of the Conventions and of the Protocol".

Ad oggi nessuna riunione è però mai stata convocata su questa base, in parte a causa di alcuni limiti intrinseci previsti dalla stessa norma. In primo luogo, la riunione può realizzarsi solo ove si riscontri una comune richiesta espressa da un numero significativo di Stati parte. In secondo luogo, questo meccanismo non è previsto come una regolare conferenza degli Stati parti, quindi non potrebbe beneficiare di elementi istituzionali e burocratici necessari per facilitare la gestione di questi incontri intergovernativi. In terzo luogo, l'ampio riferimento alla possibilità di discutere "general problems" relativi all'applicazione della Convenzione di Ginevra determina la necessità "to exclude the discussion of specific situations"²³ dal suo campo applicativo. Si pensi, in proposito, al rifiuto, giuridicamente corretto, opposto dalla Svizzera alla richiesta di convocare un incontro urgente quale espressa da un gruppo di Stati in occasione del conflitto in Libano del 2006, dato che questa ipotesi venne considerata quale estranea ai requisiti fissati dall'art. 7 del Primo Protocollo addizionale²⁴.

Fino ad ora, solo una diversa tipologia di riunione degli Stati parte è stata realizzata in circostanze eccezionali. Le sue basi sono contenute nella Risoluzione 1, adottata dalla ventiseiesima Conferenza internazionale del 1995²⁵, che ha approvato la raccomandazione di un gruppo di esperti intergovernativi²⁶ di richiedere al "Depositary to organize periodical

²² ZIMMERMANN, *Article 7*, cit., p. 104 ss.

²³ *Ibid.*, p. 104.

²⁴ Per la richiesta effettuata da venti Stati parte e la posizione della Svizzera vedi Federal Department of Foreign Affairs, Notification to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, del 12 settembre 2006, disponibile a: https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/geneve/060912-GENEVE_e.pdf. Sul tema DISTEFANO e HENRY, *Final Provisions, Including the Martens Clause*, in *The 1949 Geneva Conventions*, a cura di Clapham, Gaeta and Sassòli, cit., p. 172.

²⁵ Resolution 1 of the 26th International Conference of the International Red Cross and Red Crescent (Geneva, Switzerland, 3-7 December 1995), in *International Review of the Red Cross*, 1996, p. 58 ss.

²⁶ Meeting of the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims:

meetings of the States Parties to the 1949 Geneva Conventions to consider general problems regarding the application of IHL”. Su questa base la Svizzera è riuscita a organizzare un solo incontro nel 1998, inerente la disintegrazione delle strutture statali e il suo rilievo per il DIU e la sicurezza delle organizzazioni umanitarie²⁷. Questa iniziativa, come originariamente suggerito dalla ventiseiesima Conferenza internazionale, avrebbe potuto contribuire a creare un forum periodico di discussione sulle sfide contemporanee per il DIU, anche se la sua non istituzionalizzazione e le incertezze relative alla gestione delle questioni chiave (ad esempio la selezione degli argomenti, la diffusione e gestione dei risultati degli incontri, ecc.) non ha facilitato il successo di questa iniziativa, successivamente abbandonata.

Tuttavia, conferenze coinvolgenti Stati parti alle Convenzioni di Ginevra sono state occasionalmente organizzate su una base diversa. In particolare, attraverso alcune sue risoluzioni l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha raccomandato alle Alte Parti contraenti della IV Convenzione, o al governo svizzero in quanto depositario di questo trattato, di organizzare conferenze sull'applicazione di questo trattato relativamente ai territori palestinesi occupati²⁸.

L'allontanamento rispetto al modello sopra indicato è chiaro. In questo caso l'attenzione si concentra sull'organizzazione di riunioni degli Stati contraenti di una delle Convenzioni rispetto ad uno specifico conflitto armato, la cui realizzazione è stata talora subordinata dalla Svizzera al raggiungimento di un consenso sufficiente da parte degli Stati parte circa la convocazione di questa specifica riunione. La base giuridica principale per questi incontri è stata ricondotta all'art. 1 comune alle Convenzioni di Ginevra²⁹ e, al momento, in tre occasioni, ovvero nel 1999, 2001 e 2014,

Recommendations, in *International Review of the Red Cross*, 1995, p. 37 ss.

²⁷ BURCI, *The First Periodic Meeting of the States Parties to the 1949 Geneva Conventions*, in *Comunità internazionale*, 1998, p. 116 ss.; CAFLISCH, *First Periodical Meeting on International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 1998, p. 366 ss.

²⁸ Vedi UN Doc. A/RES/64/10 (2009); UN Doc. A/RES/ES-10/7 (2000); UN Doc. A/RES/ES-10/6 (1999); e UN Doc. A/RES/ES-10/3 (1997). Vedi HAPPOLD, *The Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2001, p. 389 ss.; e LANZ, MAX e HOEHNE, *The Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention of 17 December 2014 and the Duty to Ensure Respect for International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2015, p. 1116 ss.

²⁹ LANZ, MAX e HOEHNE, *The Conference*, cit., p. 1116. Il Commentario del 2016 menziona questi incontri come prassi rilevante nell'ambito dell'applicazione dell'art. 1 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949: HENCKAERTS, *Article 1. Respect and Ensure Respect*, in ICRC, *Convention (I)*, cit., par. 39. Sull'art. 1 comune vedi: DÖRMANN e SERRALVO, *Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations*, in *International Review of the Red Cross*,

si sono registrate riunioni degli Stati parte dedicate a questa problematica.

Tuttavia queste soluzioni si sono dimostrate tutt'altro che soddisfacenti. In primo luogo, la natura altamente sensibile della situazione specifica oggetto di indagine ha imposto un complesso bilanciamento di interessi, come accertato in merito alla necessità di realizzare un consenso minimale sulla stessa istituzione della riunione. Ad esempio, il processo multilaterale avviato nel 2009 sulla base della risoluzione 64/10 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che appunto richiedeva la predisposizione di una simile conferenza, si è concluso solo con la convocazione avvenuta nel 2014, favorito da un'ulteriore escalation militare che ha colpito l'area. Allo stesso modo, gli Stati rilevanti, compresi quelli direttamente coinvolti nella situazione in esame, si sono opposti a questo meccanismo, sollevando così dubbi sulla sua efficacia³⁰. Le difficoltà di replicare questo tipo di conferenza per altri conflitti sono poi evidenti, con il rischio di un approccio ad hoc rispetto a questa possibilità. Nonostante questi limiti simili soluzioni hanno comunque il merito di sensibilizzare sulle conseguenze umanitarie di determinati conflitti ed esercitare delle pressioni diplomatiche sulle parti.

L'analisi effettuata sui meccanismi di *compliance* previsti dal DIU evidenzia quindi il loro limitato ruolo, anche se altre possibilità non devono essere sottovalutate. Si potrebbe ad esempio fare riferimento alle molteplici attività del CICR³¹, che sono di fondamentale importanza in questo settore. Allo stesso modo, anche se principalmente rivolta alla fase dell'*enforcement*, occorre fare riferimento alla responsabilità penale individuale (specie dei comandanti) per crimini di guerra, data la valenza di deterrente³² delle azioni repressive in questo ambito, volte in definitiva a garantire una maggiore *compliance* per il DIU. Tuttavia, il rilievo di queste ultime misure è di ridotta importanza in questo ambito dato che, come vedremo, uno dei punti di partenza delle discussioni che si sono svolte rispetto alla possibile istituzione del *Meeting of States on IHL* è stato rappresentato dalla non volontà di analizzare anche possibili azioni inerenti il diritto internazionale penale.

2015, p. 707 ss.; e GEISS, *The Obligation to Respect and Ensure Respect for the Conventions*, in *The 1949 Geneva Conventions*, a cura di Clapham, Gaeta and Sassòli, cit., p. 111 ss.

³⁰ HAPPOLD, *The Conference*, cit., pp. 391-393; LANZ, MAX e HOEHNE, *The Conference*, cit., p. 1125.

³¹ Vedi ad esempio GILADI e RATNER, *The Role of the International Committee of the Red Cross*, in *The 1949 Geneva Conventions*, a cura di Clapham, Gaeta and Sassòli, cit., p. 525 ss.

³² Per diverse impostazioni su questo aspetto vedi JENKS e ACQUAVIVA, *Debate: The Role of International Criminal Justice in Fostering Compliance with International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2015, p. 775 ss.

b) Una seconda lacuna degli attuali meccanismi di *compliance* del DIU è la carenza di un coerente quadro istituzionale volto a promuovere l'applicazione di questo corpus normativo e a verificarne l'adempimento. Come noto in settori affini operano Conferenze degli Stati parte, come nell'ambito del diritto internazionale penale³³ o dei trattati sulle armi³⁴, volti anche a facilitare l'adozione di misure da realizzarsi a livello nazionale per attuare gli obblighi del trattato, anche se non va sottaciuto come questi meccanismi hanno principalmente affrontato simili tematiche secondo un approccio più burocratico e di dialogo piuttosto che di scrutinio sostanziale delle condotte degli Stati.

Un simile meccanismo istituzionale potrebbe avere alcuni effetti positivi anche nel settore del DIU, tenendo conto del fatto che questa branca normativa presta un'attenzione significativa agli obblighi degli Stati di adottare misure nazionali volte a facilitare l'applicazione della normativa anche indipendentemente dall'esistenza di un conflitto armato, come disposto dall'art. 2 comune e dettagliato in numerose altre norme pattizie³⁵. Si pensi alle norme che richiedono agli Stati di prevedere norme penali per criminalizzare le violazioni del DIU o alle disposizioni volte a favorire la disseminazione del DIU fra le Forze Armate e la popolazione civile. Tuttavia, in carenza dell'accettazione delle proposte del CICR di richiedere agli Stati di fornire indicazioni periodiche circa la realizzazione di queste misure,³⁶ l'implementazione di queste norme è largamente delegata alla discrezionalità degli Stati, senza sostanziali margini di supervisione esterna³⁷.

Attualmente l'unico momento di regolare dialogo istituzionale tra le parti interessate è rappresentato dalle predette Conferenze internazionali, che si

³³ Statuto della Corte penale internazionale, art. 112. Vedi SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010, pp. 1115-1134.

³⁴ Vedi ad esempio: art. 8 della Convenzione che proibisce alcune armi convenzionali del 1980; art. 11 della Convenzione sulle mine antipersona del 1997 e art. 11 della Convenzione sulle munizioni a grappolo del 2008.

³⁵ Per le attività richieste in questo ambito vedi ZIEGLER e WEHRENBURG, *Domestic Implementation*, in *The 1949 Geneva Conventions*, a cura di Clapham, Gaeta and Sassòli, cit., p. 647 ss.

³⁶ Per le proposte sviluppate dal CICR su questo tema nell'ambito della Conferenza diplomatica del 1974-1977, v. DE PREUX, *Article 83*, in *Commentary*, a cura di Sandoz, Swinarski and Zimmermann, cit., p. 963 ss.

³⁷ Prima Convenzione di Ginevra, art. 47; Seconda Convenzione di Ginevra, art. 48; Terza Convenzione di Ginevra, art. 127(1); Quarta Convenzione di Ginevra, art. 144(1); Primo Protocollo Addizionale, art. 83(1); Secondo Protocollo Addizionale, art. 19. Vedi MÜLLER, *Article 47. Dissemination*, in ICRC, *Convention (I)*, cit., par. 1 ss.; e MIKOS-SKUZA, *Dissemination of the Conventions, Including in Times of Armed Conflicts*, in *The 1949 Geneva Conventions*, a cura di Clapham, Gaeta and Sassòli, cit., p. 597 ss.

tengono ogni quattro anni. Tuttavia, le Conferenze internazionali hanno un carattere principalmente di dialogo diplomatico e politico piuttosto che rappresentare un momento di monitoraggio delle condotte degli Stati: le delegazioni evitano infatti di trasformare questi incontri in un possibile sistema di controllo³⁸. Inoltre, l'intenso programma delle Conferenze e i lunghi periodi di inattività impediscono qualsiasi dialogo regolare.

Allo stesso modo, a livello nazionale, l'esistenza di un contesto istituzionale in grado di promuovere un quadro giuridico e politico che favorisca l'attuazione del DIU non può essere data per scontata, differenziandosi quindi da altre aree del diritto internazionale dove l'operare di piattaforme e *focal points* nazionali, volti a consentire una migliore applicazione dei trattati³⁹ e anche di norme internazionali non vincolanti⁴⁰, rappresenta un indubbio valore aggiunto. Nonostante le raccomandazioni a questo proposito da parte di varie Conferenze internazionali⁴¹, nell'ambito del DIU la creazione di simili istituzioni, come le Commissioni nazionali sul DIU, usualmente composte da rappresentanti dei vari dicasteri governativi coinvolti, accademici e dalla Società nazionali di Croce rossa o Mezzaluna Rossa, dipende dall'interesse governativo in materia⁴². Questi organismi sono presenti in appena la metà degli Stati parte alle Convenzioni di Ginevra e presentano al loro interno significative differenze quanto alla capacità di svolgere un ruolo effettivo in materia⁴³.

Gli effetti negativi connessi all'assenza di strutture istituzionali a livello internazionale e nazionale per favorire la *compliance* rispetto al DIU può essere esemplificata per quanto riguarda l'Italia. Come noto l'Italia non ha ancora modificato integralmente il suo sistema normativo penale per recepire la criminalizzazione di talune condotte vietate ai sensi delle Convenzioni di Ginevra e dei Protocolli addizionali rispetto alle quali

³⁸ PFANNER, *Various Mechanisms*, cit., p. 307.

³⁹ Vedi ad esempio le attività dei focal points nazionali previsti da diversi trattati multilaterali sull'ambiente o dalle WHO International Health Regulations.

⁴⁰ Vedi ad esempio la richiesta di creare focal points nazionali in relazione alla disaster risk reduction, come previsto dallo Hyogo Framework for Action (2005-2015) e riaffermato nel Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (2015-2030).

⁴¹ Vedi in particolare il par. 4 della Risoluzione 1 della ventiseiesima Conferenza internazionale, cit.

⁴² PELLANDINI, *Ensuring National Compliance with IHL: The Role and Impact of National IHL Committees*, in *International Review of the Red Cross*, 2015, p.1043 ss.

⁴³ Attualmente sono formalmente previsti circa 110 comitati o commissioni nazionali di DIU. Per i dati rilevanti vedi: <https://www.icrc.org/en/document/table-national-committees-and-other-national-bodies-international-humanitarian-law>.

questi trattati richiedono un necessario adattamento a livello interno⁴⁴, situazione presentatasi nuovamente con riferimento allo Statuto della Corte penale internazionale. Allo stesso modo, il Comitato interministeriale sul DIU, originariamente istituito dal Ministero degli Affari esteri nel 1998 e formalmente ancora in vigore, non è più operativo da anni. È evidente come altre priorità legislative e problematiche di allocazione delle risorse possono militare contro un'attenzione rispetto a queste problematiche. Di conseguenza, la creazione di meccanismi istituzionali, internazionali o nazionali, volti a favorire un'attenzione in materia potrebbe risultare quale funzionale in questo ambito.

c) Infine, una delle principali carenze di diversi meccanismi di *compliance* del DIU è rappresentato dal loro campo di applicazione, essenzialmente circoscritto ai conflitti armati internazionali. Molti meccanismi previsti dai trattati, sopra evidenziati, sono inapplicabili in relazione allo scenario più comune per l'applicazione del DIU, ovvero i conflitti armati non internazionali, stante l'originaria preminenza attribuita a questo scenario dai redattori delle Convenzioni di Ginevra. Inoltre un possibile ruolo attivo in materia da parte dei gruppi armati organizzati è totalmente assente, dato che in nessun caso questi possono attivarli onde chiedere un maggior rispetto della disciplina da parte delle forze armate governative, così da evidenziare ancora una volta la percezione di un'asimmetria giuridica fra le parti dei conflitti armati che difficilmente favorisce l'osservanza di queste norme.

2.2. I meccanismi "esterni" di *compliance* del DIU

La consapevolezza dei limiti riscontrati dal DIU quanto ai suoi meccanismi interni di *compliance* ha determinato un progressivo ricorso all'utilizzo di strumenti previsti da altre branche normative, come nell'ambito della normativa internazionale sui diritti umani e sulle organizzazioni internazionali. L'uso crescente di questi meccanismi ha implicato indubbiamente aspetti positivi, dato che il loro operare arricchisce il catalogo di strumenti disponibili per favorire l'implementazione del DIU. Tuttavia è altresì evidente come il loro sviluppo abbia fatto emergere anche

⁴⁴ BARTOLINI, *Le modifiche al codice penale militare di guerra a seguito della missione italiana in Afghanistan*, in *Comunità internazionale*, 2002, p. 179 ss.; e BENVENUTI, *Il ritardo della legislazione italiana nell'adeguamento al diritto internazionale umanitario*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, a cura di Lamberti Zanardi e Venturini, Milano, 1998, p. 107 ss. Simili valutazioni possono farsi per l'implementazione dello Statuto della Corte penale internazionale.

alcune problematicità, dato che questi ulteriori meccanismi possono essere percepiti come guidati da dinamiche politiche o quali selettivi relativamente ai contesti analizzati, oltre che, parimenti, quali poco efficaci.

In particolare, in questo ambito occorre considerare come una serie di rilevanti meccanismi è riconducibile agli organismi internazionali di controllo sui diritti umani. In proposito, in primo luogo, si può richiamare il coinvolgimento di organismi giudiziari o quasi-giudiziari sui diritti umani relativamente a reclami individuali o finanche interstatali su violazioni della normativa internazionale sui diritti umani accadute nel corso di conflitti armati, così da compensare, almeno in parte, l'assenza di simili meccanismi di reclamo nell'ambito del DIU⁴⁵.

Tuttavia questo trend è lontano dal dirsi quale non problematico, a causa delle tensioni giuridiche ed interpretative che spesso si pongono fra disciplina del DIU e dei diritti umani anche in ragione dei diversi approcci adottati dagli organismi di controllo⁴⁶. L'esame dei rapporti periodici degli Stati parti ai trattati sui diritti umani ha ugualmente permesso a questi organismi di effettuare generici riferimenti al DIU o a certe specifiche disposizioni di questi trattati che hanno una peculiare valenza in caso di conflitti armati⁴⁷. Tuttavia, questi riferimenti non seguono un approccio uniforme, in quanto solo un ridotto numero di Stati coinvolti in conflitti armati è stato oggetto di questo particolare scrutinio e non tutti gli organismi internazionali di controllo hanno adottato un approccio uniforme in materia.

A livello universale un contributo aggiuntivo è fornito dalle attività del Consiglio dei diritti umani, tramite il cd. *Universal Periodic Review*. Nello specifico, la risoluzione istitutiva di questo meccanismo⁴⁸ attribuisce al Consiglio il compito di valutare le condotte degli Stati anche rispetto al DIU. Questa attività, relativamente al DIU, è stata però sviluppata in modo

⁴⁵ KLEFFNER, *Improving Compliance with International Humanitarian Law through the Establishment of an Individual Complaints Mechanisms*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 237 ss.

⁴⁶ Vedi ad esempio *International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies. International and Domestic Aspects*, a cura di Jinks, Maogoto e Solomon, The Hague, 2014; *Research Handbook*, a cura di Kolb e Gaggioli, cit.; *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: pas de deux*, a cura di Ben-Naftali, Oxford, 2011.

⁴⁷ Vedi ad esempio Comitato dei diritti umani, Concluding Observations (Central African Republic), UN Doc. CCPR/C/CAF/CO/2 (2006), par. 8; Comitato sui diritti del fanciullo, Concluding Observations (Canada), UN Doc. CRC/C/OPAC/CAN/CO/1 (2007), par. 12. Su questa prassi vedi OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflict. Law, Practice, Policy*, Cambridge, 2015, pp. 262-270.

⁴⁸ Consiglio dei diritti umani, Institution-Building of the United Nations, UN Doc. A/HRC/RES/5/1 (2007).

non particolarmente esaustivo, anche se una crescente attenzione in materia si può registrare negli ultimi anni⁴⁹, nonostante le persistenti critiche di alcuni Stati rispetto a questa possibilità⁵⁰. Inoltre, il carattere politico-diplomatico del sistema determina limiti sulle modalità con le quali questo meccanismo di controllo viene esercitato. Il crescente interesse verso il DIU trova poi espressione in risoluzioni del Consiglio che condannano le violazioni di questa normativa⁵¹, che possono contribuire ad aumentare la pressione diplomatica sulle parti in conflitto, oltre all'incremento nelle sessioni speciali dedicate a conflitti armati⁵², che hanno permesso anche di prendere in considerazione le condotte degli attori non statali in questi contesti.

Un elemento molto significativo è rappresentato dall'istituzione di commissioni di inchiesta indipendenti e *fact-finding missions* relative ai conflitti armati, gestite dal Consiglio dei diritti umani⁵³, da altri organismi delle Nazioni Unite⁵⁴ e da organizzazioni internazionali regionali⁵⁵. Queste attività sono particolarmente rilevanti dato che evidenziano lo spostamento di attenzione verso queste attività - originariamente previste come parte del sistema di *compliance* del DIU - rispetto a meccanismi esterni. Queste

⁴⁹ ZHU, *International Humanitarian Law in the Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council*, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2014, p. 186 ss.

⁵⁰ Vedi ad esempio, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UN Doc. A/HRC/8/25 (2008), par. 36.

⁵¹ Vedi ad esempio UN Doc. A/HRC/RES/S-23/1(2015) relativamente alle attività di Boko Haram; UN Doc. A/HRC/RES/S-8/1 (2008), Democratic Republic of Congo.

⁵² Delle ventotto sessioni speciali del Consiglio dei diritti umani, oltre venti sono state dedicate a situazioni inerenti conflitti armati, nel cui ambito questioni di DIU hanno trovato trattazione (ad es. Iraq, Repubblica Centrafricana, Sri Lanka, Repubblica Democratica del Congo, Sudan, Israele, Siria e Libia)..

⁵³ Vedi le commissioni di inchiesta o *fact-finding* relativamente a: Libano, 2006 (UN Doc. A/HRC/S-2/1); Gaza, 2009 (UN Doc. A/HRC/RES/S-9/1); *FreedomFlotilla*, 2010 (UN Doc. A/HRC/RES/14/1); Libia, 2011 (UN Doc. A/HRC/RES/S-15/1); Costa d'Avorio, 2011 (UN Doc. A/HRC/RES/16/25); e Siria, 2011 (UN Doc. A/HRC/RES/S-17/1).

⁵⁴ Per commissioni di inchiesta o di *fact-finding* ovvero *panel* di esperti creati dal Consiglio di Sicurezza o dal Segretario-Generale delle Nazioni Unite vedi: Darfur, 2004 (UN Doc. S/RES/1564); Guinea, 2009 (UN Doc. S/2009/556); Sri Lanka, 2010 (UN Doc. SG/SM/12967); Repubblica Centrafricana, 2013 (UN Doc. S/RES/2127).

⁵⁵ Vedi Decisione Consiglio UE 2008/901/CFSP atta a creare una commissione di *fact-finding* per il conflitto in Georgia; Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights' Fact-Finding Mission to the Republic of Sudan in the Darfur Region, EX.CL/364 (XI), Annex III, 2004; Inter-American Commission on Human Rights, Third report on the human rights situation in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 1999.

commissioni, oltre a fornire valutazioni primariamente inerenti il rispetto dei diritti umani, di solito hanno il mandato di analizzare le vicende in esame anche alla luce del DIU. Un loro indubbio vantaggio, rispetto i meccanismi pattizi di DIU, è rappresentato dalla possibilità di indirizzarsi anche rispetto ai conflitti armati non internazionali e alle attività degli attori non statali. Inoltre, agendo sulla base di un mandato attribuito da un'organizzazione internazionale, queste commissioni non devono basarsi sul consenso delle parti in conflitto per svolgere le loro attività, ovvero un elemento di criticità che come riscontrato, in molte occasioni, ne ha precluso il funzionamento nell'ambito del DIU.

Tuttavia, questi organismi sono stati caratterizzati da approcci che differiscono ampiamente dai simili meccanismi previsti in ambito DIU. Ad esempio uno degli obiettivi di questi organismi è fornire uno scrutinio pubblico degli eventi, e delle relative violazioni, mentre l'IHFFC è tenuta a svolgere le proprie attività in base al principio di riservatezza, se non diversamente stabilito dalle parti. Allo stesso modo, queste commissioni si sono raramente limitate a semplici attività di accertamento dei fatti, dato che hanno altresì previsto funzioni sostanzialmente giudiziarie, facendo largo uso di valutazioni giuridiche sugli eventi in causa, arrivando financo, in alcuni casi, ad identificare i presunti responsabili delle violazioni, soluzione che ha sollevato un crescente dibattito sugli standard giuridici relativi a queste valutazioni⁵⁶.

L'attenzione sul DIU ha altresì caratterizzato alcune attività del Consiglio dei diritti umani, come i procedimenti tematici⁵⁷ o per paese⁵⁸, che hanno riguardato anche le attività degli attori non statali. Funzioni analoghe sono identificabili nelle attività del Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite per i bambini e i conflitti armati⁵⁹,

⁵⁶ Vedi HENDERSON, *Commissions of Inquiry: Flexible Temporariness or Permanent Predictability?*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2014, p. 287 ss.; VEZZANI, *Fact-Finding by International Human Rights Institutions and Criminal Prosecution*, in *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, a cura di Pocar, Pedrazzi e Frulli, Cheltenham, 2013, p. 349 ss.

⁵⁷ Vedi le procedure speciali relative a: esecuzioni arbitrarie, sommarie e extra-giudiziarie; tortura, detenzioni arbitrarie, ecc.

⁵⁸ Vedi ad esempio i rapporti degli esperti indipendenti relativamente a Sudan (UN Doc. A/HRC/14/41, 2010, par. 52-58) e Somalia (UN Doc. A/HRC/15/48, 2010, par. 12-18).

⁵⁹ Per il suo mandato vedi UN Doc. A/Res/51/77 (1997). Vedi KLOSTERMANN, *The UN Security Council's Special Compliance System – The Regime of Children and Armed Conflict*, in *Inducing Compliance with International Humanitarian Law*, a cura di Krieger, Cambridge, 2015, p. 313 ss.

o nei rapporti periodici del Segretario generale per la protezione dei civili nei conflitti armati⁶⁰. Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha poi fatto ripetuto ricorso ai suoi ampi poteri per adottare una serie di misure riguardanti l'applicazione del DIU⁶¹. Infine, altre istituzioni hanno concentrato i loro sforzi sull'applicazione del DIU o sul monitoraggio della sua applicazione, come l'Assemblea generale delle Nazioni Unite⁶², l'Ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani⁶³ e di altre organizzazioni internazionali⁶⁴.

Le suddette misure, sviluppate al di fuori dell'ambito del sistema di DIU, rivelano quindi uno scenario abbastanza frammentato. Sebbene singolarmente considerate queste misure non possono risultare come atte a risolvere le problematiche in questione, queste risultano nondimeno complementari a quelle previste nell'ambito del DIU così da contribuire comunque al miglioramento della sua *compliance*.

In alcuni casi, le misure esterne hanno di fatto sostituito le norme pattizie di DIU che si sono rivelate non effettive, come nel caso delle attività di accertamento dei fatti. Allo stesso modo, diversi meccanismi esterni condividono il vantaggio di potere prescindere, per la loro operatività, dal consenso delle parti al conflitto, un limite che ha impedito l'operatività di alcuni strumenti previsti dal DIU. Inoltre, questi meccanismi hanno operato specie relativamente ai conflitti armati non internazionali, un'area dove i meccanismi del DIU sono molto meno sviluppati. Allo stesso tempo, alcune tensioni connesse allo sviluppo di questi meccanismi esterni possono manifestarsi. Ad esempio, l'attenzione alle questioni inerenti il DIU è risultata frammentaria o ha dato vita a valutazioni giuridiche controverse

⁶⁰ Per un rapporto rilevante in questo contesto vedi ad esempio UN Doc. S/2015/453 (2015).

⁶¹ ROSCINI, *The United Nations Security Council and the Enforcement of International Humanitarian Law*, in *Israel Law Review*, 2010, p. 330 ss. Vedi per esempio le risoluzioni volte a: condannare violazioni del DIU; creare commissioni di inchiesta; focalizzarsi su tematiche rilevanti nel corso di conflitti armati, come la tutela dei bambini soldato. Violazioni del DIU rilevano anche per l'imposizione di sanzioni da parte di questo organismo. Vedi ad esempio per la Costa d'Avorio UN Doc. S/RES/1572, 2004, par. 9.

⁶² Vedi risoluzioni dedicate a temi generali di DIU (per un primo esempio vedi ad esempio UN General Assembly Resolution 2444 (XXIII) sul rispetto dei diritti umani in caso di conflitto armato del 1968) o atte a condannare violazioni di questa disciplina (es., UN Doc. A/RES/64/10 (2009), e UN Doc. A/RES/64/254 (2010), su Israele).

⁶³ BELLAL, *Building Respect for the Rule of Law in Violent Contexts: The Office of the High Commissioner for Human Rights' Experience and Approach*, in *International Review of the Red Cross*, 2015, p. 881 ss.

⁶⁴ NAERT, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights*, Antwerpen, 2010.

che hanno accesso un rilevante dibattito diplomatico. Inoltre, potrebbero esistere limiti politici che implicano una selettività nelle decisioni in merito a quali conflitti o problemi devono essere affrontati.

Lo sviluppo di tali meccanismi esterni è tuttavia lontano dall'essere considerato come non problematico per gli Stati, come emerso espressamente anche durante il processo di consultazione nell'ambito del *compliance track*. In quel contesto, nel corso delle discussioni preliminari inter-governative, più volte si è sottolineato il carattere talora politicizzato e l'assenza di expertise sulle questioni di DIU, come ripreso poi nel rapporto conclusivo dei facilitatori dove si è affermato che: "While IHL is being increasingly referenced in International political fora and in specialized bodies overseeing the implementation of other branches of international law, such attention is of a sporadic and therefore insufficient nature. Focus on IHL is often the result of real or perceived emergencies, in which political considerations prevail over the need to expertly assess the specific content and implementation of this body of rules"⁶⁵.

Di conseguenza, accanto alle carenze intrinseche di alcune norme pattizie del DIU volte a definire i meccanismi di *compliance* di questo sistema normativo, il sistema attuale volto a sviluppare ed utilizzare strumenti esterni a questo ha favorito lo sviluppo di soluzioni ulteriori, non prive di alcune difficoltà.

3. Le precedenti proposte in materia di creazione di un organismo degli Stati parte alle Convenzioni di Ginevra

L'idea di creare un organismo permanente intergovernativo di discussione sulle tematiche del DIU – all'interno del quadro delle Nazioni Unite o fra le parti alle Convenzioni di Ginevra - era già stato proposto in passato, specie nel Rapporto del Segretario Generale delle Nazioni Unite del 1970 sul Respect for Human Rights in Armed Conflicts⁶⁶. Allo stesso modo, a metà

⁶⁵ Concluding Report, cit., p. 19. Vedi, inoltre, le *Chairs' conclusions* dell'*Informal Meeting* tenutosi il 13 luglio 2012, p. 3: "The positive contributions of these mechanisms and bodies of law to enhancing the protection of victims of armed conflict are beyond doubt. Yet the discussion showed that the specificities of IHL, which reflect the extraordinary situation it regulates, suggest a need for further thinking on how best to conceptualize specific IHL compliance".

⁶⁶ Report of the UN Secretary - General, *Respect for Human Rights in Armed Conflicts*, UN Doc. A/8052 (1970), par. 75-79.

degli anni '90, il CICR presentò una proposta per sviluppare, attraverso un comitato di esperti, un meccanismo per “to examine reports and advise States on any matters regarding the implementation of IHL”⁶⁷. Questo meccanismo doveva essere modellato sull'esempio degli organismi di controllo previsti nei trattati sui diritti umani, ma non venne accolto dagli Stati timorosi delle attività di scrutinio che questo organismo poteva sviluppare. Infine, nell'ambito dello UN Millennium Summit, la proposta di Kofi Annan di stabilire “a mechanism to monitor compliance by all parties with existing provisions of international humanitarian law”⁶⁸ non venne accolta.

Le Conferenze internazionali hanno quindi fornito periodiche occasioni di discussione sulla possibilità di rafforzare i meccanismi di attuazione del DIU. Per esempio, in vista della ventottesima Conferenza internazionale tenutasi nel 2003 il CICR organizzò un processo di consultazione, i cui risultati vennero presentati alla Conferenza⁶⁹. Tuttavia, il dibattito che ne emerse, e che aveva anche condotto ad alcune proposte in materia, non trovò un riflesso nella risoluzione 1 adottata dalla Conferenza, che si limitava ad invitare i membri ad utilizzare e garantire l'efficace funzionamento dei meccanismi di DIU esistenti⁷⁰.

Ciò nonostante, dopo ulteriori consultazioni in occasione del sessantesimo anniversario delle Convezioni di Ginevra del 1949⁷¹, un consenso quanto la necessità di sviluppare attività concrete in questo settore venne finalmente raggiunto durante la trentunesima Conferenza internazionale tenutasi nel 2011. In particolare, come accennato, la Risoluzione 1 adottata dalla Conferenza internazionale affidava al CICR (poi affiancato dalla Svizzera) il compito di condurre “further research, consultation and discussion in cooperation with States ... to: ... ii) enhance and ensure the effectiveness of mechanisms of compliance with international humanitarian law ... and

⁶⁷ Proposals by the International Committee of the Red Cross, Special Rapporteurat the International Conference for the Protection of War Victims (Geneva, 1993), in *International Review of the Red Cross*, 1995, p. 25 ss.

⁶⁸ ANNAN, *We the Peoples. The Role of the United Nations in the 21st Century*, New York, 2000, p. 46.

⁶⁹ XXVIII Conferenza internazionale, ICRC's Report on IHL and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, p. 20-25 e 45-70, disponibile a: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihlcontemp_armedconflicts_final_ang.pdf.

⁷⁰ XXVIII Conferenza internazionale, Resolution 1: Adoption of the Declaration and Agenda for Humanitarian Action, 2003, disponibile a: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/28-international-conference-resolution-1-2003.htm>.

⁷¹ Vedi 60 Years of the Geneva Conventions and the DecadesAhead, 2010, pp. 34-43, disponibile a: https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Konferenzpapier-60-Jahre-Genfer-Konventionen_en.pdf.

to submit a report ... with a range of options, to the 32nd International Conference".⁷² Questa Risoluzione era quindi il punto di partenza delle proposte poi presentate alla trentaduesima Conferenza internazionale del 2015, concretizzatosi tramite nove riunioni tenutesi tra il 2012 e il 2015 capaci di coinvolgere circa 140 Stati. Consultazioni vennero realizzate anche con le Società Nazionali di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa, anche se il loro ruolo è risultato secondario rispetto ai dibattiti tra gli Stati.

Secondo i rapporti preparati dai facilitatori, nel corso di queste riunioni preparatorie gli Stati hanno evidenziato un interesse limitato a rafforzare gli esistenti meccanismi di *compliance* previsti dai trattati di DIU. I limiti intrinseci che caratterizzano tali meccanismi vennero sottolineati più volte durante le consultazioni e un diffuso scetticismo venne registrato circa la possibilità di una loro modifica⁷³. Unicamente con riferimento alla IHFFC si poteva riscontrare un maggiore interesse, ma i facilitatori non suggerirono ulteriori azioni in materia a causa della mancanza di proposte specifiche da parte degli Stati, così non contribuendo a modificare il suo *status* di "sleeping beauty".⁷⁴

Al contrario, un interesse condiviso tra gli Stati sembrava emergere per quanto riguarda la creazione di una struttura istituzionale dedicata a facilitare la *compliance* con le Convenzioni di Ginevra e i Protocolli addizionali⁷⁵, al fine di affrontare una carenza dannosa per il sistema del DIU: l'assenza di riunioni periodiche degli Stati parti per migliorare il rispetto di questo corpus legislativo. Le consultazioni si concentrarono quindi nel chiarire il contenuto di una proposta in materia, specie a partire dalla metà del 2015, quando sono stati diffusi gli elementi di base della possibile Risoluzione 2, così da offrire alle delegazioni l'opportunità di confrontarsi su di essa. Su questa base, il testo definitivo della bozza di Risoluzione 2, fatto circolare nell'ottobre 2015 in vista della sua potenziale adozione da parte della trentaduesima Conferenza internazionale, rappresentava il punto finale del quadriennale processo di consultazione.

⁷² Vedi XXXI Conferenza internazionale, Resolution 1, cit..

⁷³ Vedi le *Chairs' conclusions* del secondo (giugno 2013) e terzo (giugno 2014) incontro fra gli Stati (cit. nota 1).

⁷⁴ KALSHOVEN, *The International*, cit., p. 213 ss.

⁷⁵ Per iniziali riferimenti al tema vedi le *Chairs' conclusion* dello *Informal Meeting* del 13 luglio 2012, p. 2.

4. La proposta di Risoluzione 2: un'analisi critica

Il progetto di Risoluzione 2 forniva una proposta articolata per la creazione di un innovativo *Meeting of States on IHL*⁷⁶, sebbene la proposta rinviasse a future decisioni alcune questioni non secondarie.

Il primo punto rilevante da affrontare è il modo in cui il *Meeting of States on IHL* doveva essere istituzionalizzato. Secondo la Risoluzione 2, la Conferenza internazionale doveva limitarsi a raccomandare “the establishment, by States, of a regular Meeting of States on International Humanitarian Law, with the functions and features described above, at the first Meeting of States, which the government of Switzerland is invited to convene within one year”.⁷⁷ Durante il processo di consultazione le proposte alternative vennero infatti respinte. Le ipotesi di emendare le Convenzioni di Ginevra, o di adottare un nuovo Protocollo addizionale in materia, non vennero prese in considerazione a causa del desiderio di preservare la natura non vincolante del Meeting. Allo stesso modo, la possibilità della trentaduesima Conferenza internazionale di creare direttamente il Meeting non venne accolta, in larga parte date le difficoltà di conciliare la natura mista degli attori coinvolti nella Conferenza internazionale con il carattere strettamente inter-statale del meccanismo ipotizzato. Di conseguenza, il progetto di Risoluzione 2 si limitava a facilitare i successivi passi che gli Stati dovevano intraprendere in materia, deferendo la concreta creazione del meccanismo alla sua iniziale riunione.

Inoltre, attraverso una serie di paragrafi operativi, la bozza di Risoluzione 2 intendeva fornire gli elementi di base che dovevano fungere da *road map* per la costituzione del *Meeting of States on IHL*, definendo una serie di aspetti considerati accettabili dai partecipanti alla Conferenza internazionale.

In primo luogo, il progetto di Risoluzione 2⁷⁸ raccomandava che il forum potesse riunirsi annualmente, aspetto che avrebbe finalmente garantito un contesto regolare per facilitare il dialogo tra gli Stati sulle questioni relative al DIU. Questa soluzione era da considerarsi anche come una conseguenza della difficile interrelazione con i meccanismi di controllo esterni al sistema

⁷⁶ Per ulteriori riferimenti vedi anche: BARTOLINI, *Strengthening Compliance with International Humanitarian Law: The Failed Proposal for a 'Meeting of States on International Humanitarian Law'*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, 201 ss.; PEJIC, *Strengthening Compliance with IHL: The ICRC-Swiss Initiative*, in *International Review of the Red Cross*, 2016, p. 315 ss.

⁷⁷ Draft Resolution 2, cit., paragrafo operativo 17. Vedi inoltre il Concluding Report, cit., pp. 31-33.

⁷⁸ Draft Resolution 2, cit., paragrafo operativo 9.

DIU, come espressamente accennato nel rapporto dei facilitatori secondo cui la cadenza annuale era determinata “given the important challenges to IHL observance on the ground, which are being dealt with on an almost continuous basis in other International *fora not specifically dedicated to IHL*”.⁷⁹

Altre caratteristiche significative del *Meeting of States on IHL* erano date dalla sua prevista natura volontaria, potenzialmente aperto alla partecipazione di tutti gli Stati parti alle Convenzioni di Ginevra del 1949, ma non vincolante per questi⁸⁰. Questo elemento poteva risultare quale una sfida per l’effettività del meccanismo, dato che il concreto coinvolgimento degli Stati politicamente e militarmente più rilevanti non poteva affatto considerarsi quale scontato. Inoltre, tenendo conto della sua natura volontaria, il *Meeting of States on IHL* non avrebbe rappresentato una vera e propria conferenza degli Stati Parte, con la necessità di adattare le sue attività a questa caratteristica specifica, al fine di evitare tensioni tra gli Stati membri che non avrebbero però aderito al proposto meccanismo.

La Risoluzione 2 prevedeva la partecipazione di altri soggetti interessati in qualità di osservatori, in ragione del loro ruolo nel rafforzamento sulla *compliance* del DIU. A questo proposito, un riferimento era posto alle organizzazioni internazionali, attori della società civile come le ONG e componenti del Movimento della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa⁸¹. Il *Meeting of States on IHL*, quanto alla sua composizione, sarebbe quindi stato diverso rispetto alla Conferenza internazionale, al fine di sottolineare il suo carattere incentrato sugli Stati. Come noto in quest’ultimo forum sono presenti gli Stati parte, il CICR, l’IFRC e le Società nazionali della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa e ciascuna di queste delegazioni ha uguali diritti, compresi in materia di voto⁸². La Risoluzione 2 non dettagliava però le modalità di partecipazione come osservatori per le Società Nazionali. In proposito vennero discusse varie opzioni, che andavano dalla loro rappresentanza sotto l’egida dell’IFRC, al coinvolgimento di gruppi regionali o come membri delle delegazioni governative, quindi non fornendo loro una posizione autonoma⁸³. Al contrario al CICR sarebbe stato riconosciuto un ruolo autonomo, con la possibilità di parteciparvi “in an expert or other

⁷⁹ Concluding Report, cit., p. 25 (corsivo nell’originale).

⁸⁰ Draft Resolution 2, cit., paragrafi operativi 4- 5.

⁸¹ Draft Resolution 2, cit., paragrafi operativi 11-12.

⁸² Vedi art. 9 dello Statuto del Movimento internazionale di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa adottato nel corso della venticinquesima Conferenza internazionale nel 1986 e emendato nel 1995 e 2006, disponibile a: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf>.

⁸³ Vedi Concluding Report, cit., pp. 25-26.

capacity”⁸⁴, ad esempio sostenendo la gestione del *Meeting of States on IHL*.

Tuttavia, la definizione delle modalità di partecipazione degli osservatori venne rinviata a ulteriori deliberazioni che dovevano avere luogo fra gli Stati una volta instaurato il meccanismo. Il loro coinvolgimento poteva infatti assumere varie forme, che ne avrebbero determinato un ruolo maggiormente rilevante o meno, compresa la possibilità di: diffondere documenti, direttamente o tramite il sostegno degli Stati; partecipare a sessioni pubbliche; prendere la parola durante i dibattiti; organizzare eventi collaterali⁸⁵. Queste diverse soluzioni avrebbero ovviamente avuto un impatto significativo sulle caratteristiche del *Meeting of States on IHL*.

La possibilità per le ONG di partecipare al *Meeting of States on IHL* era quindi in linea con gli attuali trend volti a favorire il loro possibile contributo nell’implementazione di norme internazionali, anche nello stesso settore del DIU dove la “implementation is seen less and less as the sole prerogative of state or of state-driven actors”.⁸⁶ Un riferimento può essere fatto, ad esempio, ad attività di ONG come Geneva Call⁸⁷ o al ruolo di istituzioni dedicate alla formazione nell’ambito del DIU, come l’Istituto internazionale di diritto umanitario di Sanremo. Allo stesso modo, in settori complementari al DIU, come i trattati internazionali sulle armi, la partecipazione di organizzazioni non governative alle Conferenze di revisione o alle riunioni periodiche degli Stati parti è espressamente previsto dalle disposizioni dei trattati, così da riconoscere espressamente il loro ruolo di supporto nell’attuazione di queste convenzioni, come realizzato in specie a livello interno⁸⁸.

Allo stesso modo, la bozza di risoluzione rinviava ad ulteriori negoziati tra gli Stati la definizione di elementi istituzionali volti a sostenere le attività del *Meeting of States on IHL*. Tenendo conto del suo carattere permanente, il progetto di Risoluzione 2 faceva un generico riferimento all’istituzione di

⁸⁴ Draft Resolution 2, cit., paragrafo operativo 13.

⁸⁵ VABULAS, Consultative and Observer Status of NGOs in Intergovernmental Organizations, in *Routledge Handbook of International Organization*, a cura di Reinalda, London, 2013, 189 ss.; GARCIA, *Les observateurs auprès des organisations intergouvernementales : contribution à l’étude du pouvoir en droit international*, Bruxelles, 2012.

⁸⁶ MÉGRET, *Universality of the Geneva Convention*, in *The 1949 Geneva Conventions*, a cura di Clapham, Gaeta and Sassòli, cit., p. 685.

⁸⁷ BONGARD e SOMER, *Monitoring Armed Non-State Actor Compliance with Humanitarian Norms: A Look at International Mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment*, in *International Review of the Red Cross*, 2011, p. 673 ss.

⁸⁸ Vedi ad esempio: art 11(3) e 12(3) della Convenzione sulle munizioni a grappolo del 2008; art. 11(4) e 12(3) della Convenzione sulle mine antipersona del 1997. Vedi CASEY-MASLEN, *Article 11. Meeting of States Parties*, in *The Convention on Cluster Munitions. A Commentary*, a cura di Nystuen e Casey-Maslen, Oxford, 2010, pp. 504-506.

una presidenza, un *bureau* e un segretariato per la gestione degli incontri annuali⁸⁹. Le questioni di bilancio non erano state parimenti risolte nel testo sottoposto, sebbene la relazione conclusiva abbia esplorato diverse alternative in materia per garantire la prevedibilità dei fondi, un elemento essenziale per l'efficacia del meccanismo previsto⁹⁰.

Per quanto riguarda i principali elementi sostanziali circa l'operare di questo meccanismo, il progetto di Risoluzione 2 definiva le aree di attività del *Meeting of States on IHL*, indicando innanzi tutto la necessità "to find appropriate ways to ensure that all types of armed conflicts, as defined in the Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols (for the latter as may be applicable), and the parties to them are included".⁹¹ Questo riferimento sottolineava correttamente la necessità di comprendere nell'ambito delle sue attività elementi pertinenti i conflitti armati internazionali e non internazionali, anche se, come vedremo, la concreta possibilità di affrontare questioni inerenti questa ultima tipologia di conflitti armati poteva essere messa in dubbio.

Relativamente al pertinente quadro normativo per le attività del futuro meccanismo, non un singolo passaggio della Risoluzione 2 era dedicato a questo rilevante aspetto. Questa carenza era principalmente imputabile alle difficoltà degli Stati nel concordare una soluzione in materia, data la necessità di preservare esigenze di sovranità degli Stati coinvolti e il carattere volontario del meccanismo. In proposito solo alcuni elementi del rapporto conclusivo elaborato dai facilitatori forniva delle indicazioni, specie quando si prevedeva, quale punto di partenza, che "the Meeting of States ... should focus on the 1949 Geneva Conventions and their Additional Protocols".⁹² Questa soluzione era chiaramente condivisibile, al fine di evitare sovrapposizioni con altri trattati rilevanti per il DIU, ma già provvisti di autonome Conferenze degli Stati parte, come nel caso delle convenzioni sui sistemi di armamento⁹³.

Allo stesso tempo, per ampliare l'efficacia del *Meeting of States on IHL*, la relazione conclusiva sottolineava che "States not party to the Additional Protocols should be able to invoke them if they so wish". La stessa posizione

⁸⁹ Draft Resolution 2, cit., paragrafo operativo 10. Per riferimenti aggiuntivi vedi Concluding Report, cit., pp. 28-30.

⁹⁰ Draft Resolution 2, cit., paragrafo operativo 15 e Concluding Report, cit., pp. 30-31.

⁹¹ Draft Resolution 2, cit., paragrafo operativo 4 e Concluding Report, cit., pp. 13-14.

⁹² Concluding Report, cit., p. 19.

⁹³ Oltre ai citati esempi forniti dai trattati sui sistemi d'armamento vedi ad esempio art. 27 della Convenzione sulla Protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954.

era poi espressa per quanto concerne le norme consuetudinarie in materia⁹⁴, così da evitare un approccio strettamente limitato alle Convenzioni del 1949 per gli Stati che non hanno aderito ai Protocolli addizionali. I limiti di un approccio ancorato alle Convenzioni del 1949 era piuttosto evidente, dato che questi trattati come noto si concentrano principalmente sulla protezione delle persone che prendono o non prendono più parte ai conflitti armati, mentre le regole relative alla condotta delle ostilità sono state codificate nei Protocolli Addizionali del 1977 oltre che nelle pertinenti regole consuetudinarie. Allo stesso modo, il riferimento alle norme consuetudinarie presente nel Rapporto conclusivo elaborato dai facilitatori risultava particolarmente pertinente soprattutto per i conflitti armati non internazionali, dato il ridotto novero di norme pattizie applicabili in materia.

Tuttavia, le possibilità aggiuntive di cui sopra erano intrinsecamente limitate dal fatto che simili soluzioni facevano affidamento su un atteggiamento proattivo degli Stati coinvolti. Se uno Stato partecipante al *Meeting of States on IHL*, ma non parte ai Protocolli addizionali, voleva mantenere un'impostazione strettamente limitata alle Convenzioni di Ginevra del 1949 nessun ostacolo si sarebbe frapposto rispetto a questo approccio minimalista. Questa soluzione avrebbe quindi permesso allo Stato di evitare di affrontare tematiche sensibili, ad esempio quelle relative alla condotta delle ostilità o ai conflitti armati non internazionali, dato che l'articolo 3 comune difficilmente può fornire un quadro completo delle sfide attuali presenti in questi contesti conflittuali. Inoltre la soluzione prevista, concentrata sulle Convenzioni di Ginevra del 1949 e sui Protocolli addizionali, risultava financo determinare un limite rispetto alle proposte, accolte in precedenza nel corso della ventiseiesima Conferenza internazionale, di stabilire degli incontri regolari degli Stati parte per discutere "general problems regarding the application of IHL": questa formulazione era stata infatti indicata per ampliare le aree di intervento rispetto al riferimento incluso nell'art. 7 del Primo Protocollo relativamente alle riunioni delle Parti contraenti, che richiede di focalizzarsi sulla "application of the Conventions and of the Protocol".⁹⁵

Un elemento chiave affrontato dal progetto di Risoluzione 2 riguardava le potenziali funzioni attribuite al previsto meccanismo. Il processo di consultazione è stato di fondamentale importanza per gli Stati onde valutare diverse opzioni. In particolare, la seconda riunione consultiva svoltasi a Ginevra nel giugno 2013 può essere identificata come il punto di svolta

⁹⁴ Concluding Report, cit., p. 14.

⁹⁵ LANZ, MAX e HOEHNE, *The Conference*, cit., pp. 1117-1118.

in materia. In quella occasione, infatti, il CICR e la Svizzera presentarono una serie di proposte in un *back-ground document*⁹⁶ basate sulle funzioni di *compliance* esistenti in altre aree del diritto internazionale, quali: esami di reclami individuali e interstatali; funzioni di risoluzione delle controversie; visite negli Stati interessati; allarmi precoci; appelli urgenti; buoni uffici; attività di *fact-finding*; rapporti periodici; discussioni tematiche. L'insieme delle proposte permetteva quindi agli Stati di valutare le soluzioni preferibili in materia che, se accolte, avrebbero potuto attribuire rilevanti funzioni al nuovo meccanismo. Tuttavia, è quasi inutile dire che nel corso di quella riunione solo le opzioni minime vennero accolte, ovvero l'elaborazione di rapporti periodici e discussioni tematiche, mentre la possibilità di attribuire al *Meeting of States on IHL* un ruolo relativamente al *fact-finding* venne posticipato alle future discussioni da svolgersi in questo organismo.

In proposito la bozza di Risoluzione 2 indicava che “among the possible functions ... two were deemed by the consultation process to be particularly relevant ...: thematic discussions on issues of IHL and periodic reporting on national compliance with IHL [T]hese voluntary functions should be organized so as to be non-contextual and non-politicized”, con alcune ulteriori indicazioni presenti nel rapporto conclusivo dei facilitatori⁹⁷. L'attribuzione di estese funzioni al *Meeting of States on IHL* venne pertanto esclusa a priori, così da seguire un approccio minimalista in linea con il carattere generale non vincolante del meccanismo proposto

Relativamente ai rapporti periodici la proposta era di sviluppare un iniziale “basic report”, volto a commentare come lo Stato coinvolto implementa il DIU nel suo ordinamento, così da soffermarsi su misure quali attività di diffusione, la nomina di consulenti giuridici delle Forze Armate, le procedure per indagare le violazioni del DIU, anche al fine di individuare le *best practices* e le *lessons learned* da condividere con gli altri Stati partecipanti a questo meccanismo. Inoltre, la possibilità di preparare “subsequent reports”, entrambi destinati ad aggiornare il “basic report” e ad analizzare le questioni legate alle discussioni tematiche selezionate dal *Meeting of States on IHL*, era stata ugualmente menzionata. In tal caso, la natura mista dei “subsequent reports” sarebbe stata particolarmente funzionale rispetto all'ulteriore compito attribuito al *Meeting of State on IHL*, ovvero le discussioni tematiche. In particolare, tramite i rapporti successivi gli Stati avrebbero potuto esaminare nel dettaglio queste tematiche e la prassi

⁹⁶ Second Meeting of States on Strengthening Compliance with International Humanitarian Law. Background Document, Maggio 2013.

⁹⁷ Draft Resolution 2, cit., paragrafo operativo 8. Vedi anche Concluding Report, cit., pp. 12-24.

pertinente, così compensando il limitato ammontare di tempo dedicato a queste problematiche nell'ambito delle riunioni annuali.

In ogni caso, l'esame dei rapporti degli Stati non avrebbe rappresentato una significativa forma di controllo per questi. Dato che il procedimento era basato su una valutazione non contestualizzata e non politicizzata, così da implicare un approccio informato al "no naming, no shaming", un esame individuale dei rapporti era escluso. Al contempo era stata espressa una preferenza per un unico documento conclusivo volto ad includere le migliori pratiche, le sfide comuni riscontrate dagli Stati e/o raccomandazioni generali, non prevedendo un esame singolo della posizione degli Stati coinvolti⁹⁸. Pertanto, non ci si poteva attendere in questo ambito nemmeno il limitato controllo esercitato per il tramite di *concluding observations* sviluppate dagli organismi di controllo sui diritti umani. L'efficacia di questa funzione di revisione sarebbe stata inoltre probabilmente limitata a causa dei noti ritardi che molti Stati accumulano nell'elaborare rapporti periodici sull'implementazione di norme internazionali⁹⁹. Inoltre, tenendo conto della natura non contenziosa di questa funzione, né la relazione conclusiva né le conclusioni sviluppate al termine delle pregresse consultazioni fornivano indicazioni tecniche per evitare gli ostacoli dovuti a Stati non collaborativi, come la preparazione di 'rapporti ombra', o suggerimenti su come affrontare le situazioni poste dall'assenza di rapporti periodici. Era chiaro, quindi, che il rilievo di questa funzione sarebbe completamente dipeso da un atteggiamento positivo da parte degli Stati coinvolti.

La funzione aggiuntiva attribuita al *Meeting of States on IHL* era rappresentata dalla possibilità di devolvere parte delle riunioni plenarie a discussioni tematiche sul DIU¹⁰⁰. Queste sessioni avevano lo scopo di facilitare lo scambio di opinioni sulle posizioni giuridiche e politiche degli Stati relativamente ai temi affrontati, anche al fine di condividere *best practices* ed *expertise* tecnica. A questo proposito, la possibilità di beneficiare di input esterni, come presentazioni tenute da esperti nel settore o *background documents*, era stata menzionata, così da aumentare l'efficacia di questa funzione.

Tuttavia, la creazione di organi ausiliari, come un comitato di esperti indipendenti, venne espressamente respinta, così confermando ancora una volta la natura "State-driven" del proposto organismo. La funzione prevista

⁹⁸ Concluding Report, cit., pp. 19-20.

⁹⁹ Per delle proposte volte ad affrontare la cd. *reporting fatigue* vedi MORIJN, *Reforming United Nations Human Rights Treaty Monitoring Reform*, in *Netherlands International Law Review*, 2011, p. 295 ss.

¹⁰⁰ Concluding Report, cit., pp. 20-22.

avrebbe quindi permesso agli Stati di discutere di argomenti di DIU su una base *peer-to-peer*, a intervalli regolari, facilitando così un dibattito franco su queste sensibili tematiche. Ciò nonostante, per placare le preoccupazioni di alcuni Stati, si prevedeva che le discussioni tematiche dovevano essere non politicizzate, non selettive e su base volontaria. Queste caratteristiche erano anche in grado di influenzare l'eventuale follow-up dei dibattiti: la proposta fatta era quella di elaborare solo un documento finale per riassumere le discussioni svolte. Anche rispetto a questo aspetto si confermava quindi la natura diplomatica e non avversativa del *Meeting of States on IHL*, dato che questo meccanismo era ispirato alla volontà di promuovere il dialogo tra gli Stati, piuttosto che a segnalare casi di non applicazione della normativa rilevante da parte di questi.

5. Le discussioni sul tema nel corso della trentaduesima Conferenza internazionale e la Risoluzione 2 approvata nel suo ambito

Il progetto di Risoluzione 2 era quindi un tentativo di sintetizzare le posizioni degli Stati come risultavano espresse durante le consultazioni dove, nonostante le critiche rivolte da alcuni Stati, sembrava essersi delineato un consenso generale sugli elementi sopra esposti, tanto da indurre i facilitatori a presentare la proposta all'attenzione della Conferenza internazionale. La proposta aveva certamente diversi meriti, favorendo la creazione di un forum regolare per la discussione delle questioni di DIU, con la speranza intrinseca che questo meccanismo potesse gradualmente migliorare la fiducia reciproca tra gli Stati in questo settore e facilitare discussioni orientate a sensibilizzare questi attori nel rispetto della normativa.

Allo stesso tempo la proposta evidenziava delle possibili carenze, che erano principalmente attribuibili all'approccio auto-limitato espresso dagli Stati, che portò a facilitare soluzioni minimaliste, poi traslate nella bozza di risoluzione circolata. Data la sua natura volontaria, incerta era la possibilità di attirare al suo interno gli Stati politicamente e militarmente più rilevanti, specialmente nel caso in cui la prassi di questo organismo si fosse allontanata dalle sue caratteristiche originali per assumere un carattere più incisivo. Allo stesso modo, sarebbe stato difficile mantenere la sua natura non contestuale e non politicizzata di fronte alle ricorrenti crisi politico-diplomatiche legate ai conflitti armati.

Infine, la probabilità che le (piuttosto limitate) funzioni attribuite al

Meeting of States on IHL potessero essere in grado di incrementare l'effettiva applicazione del DIU era da considerarsi quale un dato incerto, anche in ragione del fatto che la loro rilevanza sarebbe sostanzialmente dipesa da un'attitudine proattiva degli Stati coinvolti, *dominus* di questo meccanismo.

Lo sviluppo di un processo guidato dagli Stati al fine di creare "a venue ... for dialogue and cooperation on IHL issues among States"¹⁰¹ implicava altresì la totale irrilevanza dei gruppi armati organizzati. Una soluzione del genere era ovviamente dettata da motivazioni di ordine politico, ma rappresentava un'occasione sostanzialmente sprecata, dato che il limitare la discussione sul DIU nei conflitti armati non internazionali alla sola posizione degli Stati poteva difficilmente fornire un quadro esaustivo delle problematiche giuridiche ed operative connesse all'applicazione della disciplina in questo contesto. In particolare, poiché i conflitti armati non internazionali rappresentano lo scenario più complesso per l'applicazione del DIU, sarebbe stato auspicabile attribuire a questo contesto un rilievo prioritario, con la necessità di accogliere anche le prospettive degli attori non statali, come già realizzato in passato¹⁰².

L'esperienza della Conferenza Diplomatica del 1974-1977, in cui i movimenti di liberazione nazionale agirono in qualità di osservatori, sottolinea le potenzialità del loro coinvolgimento in attività volte al rafforzamento del DIU¹⁰³. Allo stesso modo, la prassi recente ha evidenziato come i gruppi armati organizzati, o almeno alcuni di essi, possono venire coinvolti in iniziative volte a generare il rispetto del DIU, come evidenziato dai *Deeds of Commitment* sottoscritti da questi nell'ambito delle attività promosse da Geneva Call e dalle susseguenti attività connesse che si spingono fino all'implementazione sul terreno di attività di accertamento sul rispetto degli impegni unilaterali assunti in materia.

Forse alcune soluzioni creative avrebbero potuto essere successivamente adottate nelle riunioni del *Meeting of States on IHL*, quali la possibilità di estendere la partecipazione alle discussioni svolte da gruppi di esperti anche ad ex membri di gruppi armati organizzati coinvolti nei processi di pace, con il necessario consenso degli Stati coinvolti, così da permettere di condividere le loro esperienze e prospettive in materia. Analogamente, dal punto di vista astratto, altre possibilità per il coinvolgimento di attori non statali potevano

¹⁰¹ Concluding Report, cit., p. 16 (corsivo nell'originale).

¹⁰² ICRC's Report, cit., pp. 24-25 e 64-68.

¹⁰³ PICTET, *General Introduction*, in *Commentary*, a cura di Sandoz, Swinarski e Zimmermann, cit., p. xxxiii; e SASSÒLI, *Involving Organized Armed Groups in the Development of Law?*, in *Non-State Actors and International Humanitarian Law*, a cura di Odello e Beruto, Milano, 2010, p. 217.

essere esplorate, al fine di rendere più efficace il meccanismo nel favorire un accresciuto rispetto per il DIU¹⁰⁴. Era tuttavia evidente dai dibattiti svoltisi durante il processo consultivo che gli Stati non erano interessati alla ricerca di ulteriori possibilità creative relativamente a questo ambito.

Il progetto di Risoluzione 2 presentato alle delegazioni della trentaduesima Conferenza internazionale rifletteva quindi l'attuale approccio minimalista degli Stati per quanto riguarda le questioni relative al DIU, ma almeno rappresentava un'iniziale opportunità avendo l'indubbio merito di sviluppare un possibile percorso che determinasse un'evoluzione “From Tiny Seed to Ripening Fruit”, come sperimentato dal DIU per altre norme di riferimento¹⁰⁵.

Gli esiti della Conferenza internazionale si sono però poi dimostrati deleteri per il processo di consultazione che, con fatica, era stato condotto dal CICR e dalla Svizzera. Difatti, stante la netta opposizione manifestata da alcuni Stati e la non volontà di giungere ad una spaccatura in materia per il tramite di una votazione sulla bozza di Risoluzione 2, così come presentata alle delegazioni, durante la Conferenza internazionale si è assistito ad un sostanziale impasse, dato che le delegazioni non si sono accordate per favorire la creazione del *Meeting of States on IHL*.

Viceversa, la risoluzione 2 infine adottata si limita a raccomandare la continuazione delle consultazioni fra gli Stati “to find agreement on features and functions of a potential forum of States and to find ways to enhance the implementation of IHL”¹⁰⁶ in vista della trentatreesima Conferenza internazionale del 2019. Inoltre nel suo paragrafo operativo 1 la Risoluzione indicava una serie di principi che dovevano informare le future consultazioni, come: “the State-driven and consensus-based character of the process; ... the importance to avoid politicization ...; the need to ... address all types of armed conflicts ...; ... the voluntary, i.e. non-legally binding, nature of the consultation process, as well as its eventual outcome; the need for the process and the mechanism to be non-contextualized”. La divergenza tra il testo finale della Risoluzione 2 e la bozza originale è chiara, tanto da attrarre le pesanti critiche del Presidente del CICR Maurer¹⁰⁷. In sostanza la

¹⁰⁴ BENVENUTI, BARTOLINI, *Is there a Need*, cit., pp. 617-620.

¹⁰⁵ KALSHOVEN, “*The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit*”, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, p. 3 ss.

¹⁰⁶ XXXII Conferenza internazionale, Resolution 2, cit., paragrafo operativo 2.

¹⁰⁷ Vedi il comunicato stampa del 10 dicembre 2015 del Presidente del CICR Peter Maurer, disponibile a: <https://www.icrc.org/en/document/no-agreement-states-mechanism-strengthen-compliance-rules-war>.

Risoluzione 2 prevedeva principalmente un ulteriore round di consultazioni tra gli Stati con la speranza di raggiungere un accordo sulle caratteristiche e le funzioni di un potenziale forum dedicato alle questioni di DIU.

A seguito della Risoluzione 2 il CICR e la Svizzera hanno compiuto nuovi passi, tramite la realizzazione di periodiche consultazioni fra gli Stati, per valutare nuovamente questa tematica in vista della trentatreesima Conferenza internazionale prevista nel dicembre 2019. In questo contesto le discussioni sono state incentrate sull'analisi di possibili proposte in questo contesto: dal rafforzamento dell'esame delle discussioni sul rispetto del DIU nell'ambito delle periodiche Conferenze internazionali, allo sviluppo di forum di discussioni a livello regionale, alla comunque possibile creazione di un meccanismo ad hoc volontario, non dissimile dal *Meeting of States on IHL* discusso nel corso della trentaduesima Conferenza internazionale. Tuttavia, a differenza di quanto realizzato nel precedente percorso diplomatico in materia, i risultati delle discussioni periodiche sviluppate non sono stati resi disponibili pubblicamente, così da non permettere di sviluppare accurate valutazioni circa questo processo consultivo e le proposte presentate.

Nel corso di questi anni, tuttavia, l'atteggiamento degli Stati non si è sostanzialmente modificato rispetto alle posizioni inizialmente presentate nella discussione sviluppatasi nel 2015. Questa situazione di stallo, con l'impossibilità di raggiungere un accordo unanime come auspicato dai facilitatori, ha determinato, già nel dicembre 2018, la valutazione negativa da parte della Confederazione elvetica e della Svizzera circa possibili sviluppi negoziali in questo ambito¹⁰⁸. Si tratta, quindi, di una sostanziale chiusura del processo negoziale che, per lunghi anni, ha visto coinvolti numerosi Stati e altre componenti del Movimento, con un esito dove le tensioni politiche fra gli Stati si sono assommate all'ormai comune "deep sense of mistrust between States in multilateral processes"¹⁰⁹, tale da determinare il fallimento di questo progetto volto al rafforzamento dei meccanismi di *compliance* del DIU. Resta quindi incerto comprendere se, nel prossimo futuro, ulteriori attività potranno realizzarsi per rafforzare la *compliance* del DIU, anche alla luce delle proposte che sono emerse negli ultimi anni.

¹⁰⁸ DURHAM, *Strengthening Compliance*, cit.

¹⁰⁹ *Ibid.*

Rosario Sapienza *

*La protezione dei beni culturali nei conflitti armati.
Un formidabile incubatore concettuale¹*

Il contributo mira ad evidenziare come la disciplina della protezione dei beni culturali nel diritto internazionale dei conflitti armati funzioni come un vero e proprio “incubatore concettuale” capace di generare nuove idee e istituti giuridici. Ci si sofferma sulla responsabilità degli individui autori di atti di danneggiamento o distruzione dei beni culturali, per mostrare come tale nozione emerga all’interno del diritto internazionale dei conflitti armati per poi assumere più generale rilevanza e influenzare gli esiti normativi anche al livello degli ordinamenti interni.

1. Le particolari ragioni di gratitudine a Paolo Benvenuti dalla cattedra catanese di diritto internazionale

Ringrazio gli organizzatori di questo evento per l’opportunità che mi viene offerta di rendere omaggio a un maestro della scuola italiana del diritto internazionale, che è per me anche un amico e un punto di riferimento sin dagli anni del suo insegnamento catanese.

Paolo Benvenuti ha infatti insegnato il diritto internazionale a Catania dal 1977 al 1986, succedendo a Luigi Condorelli sulla cattedra che fu di Giuseppe Carnazza Amari ed è stato in quegli anni che io l’ho conosciuto

* Professore ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Catania.

¹ Questo testo riproduce, nella sostanza, quanto da me detto in occasione dell’evento “Diritto internazionale e valori umanitari. Giornata di studio in onore di Paolo Benvenuti”, tenutosi a Roma il 19 dicembre 2017. L’ho ricostruito dagli appunti utilizzati in quella circostanza. Desidero però ringraziare vivamente, per la preziosa assistenza nella ricerca e documentazione finalizzate alla redazione del presente contributo, l’avvocato Elisabetta Mottese, dottore di ricerca in “Profili della cittadinanza nella costruzione dell’Europa” e assegnista di ricerca presso la cattedra di diritto internazionale del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Catania.

ed ho imparato a stimarlo².

Ne è nato un rapporto di amicizia che dura tutt'oggi e che anzi negli anni si è consolidato. Perché Paolo non ha mai dimenticato Catania ed è sempre stato un punto di riferimento per la cattedra catanese nelle sue iniziative scientifiche e didattiche.

Ne porto subito un primo esempio. L'argomento sul quale ho scelto di parlare per onorare il magistero di Paolo nella nostra disciplina, la protezione dei beni culturali nei conflitti armati, è quello sul quale nel 2004 organizzammo a Catania il convegno celebrativo dei cinquant'anni della Convenzione de L'Aja del 1954 e dell'entrata in vigore del suo protocollo addizionale del 1999.

L'impresa mi era da subito apparsa tanto affascinante quanto ardua e così chiesi aiuto a Paolo per l'individuazione dei temi e dei relatori. E l'aiuto venne, amichevole e generoso come sempre. E il convegno, organizzato insieme con l'Università di Roma Tre e con la Croce Rossa Italiana, fu, non certo per merito mio, un vero successo con la partecipazione di ben venticinque relatori che dall'Italia e dall'Europa accolsero l'invito di Paolo e mio³.

E poi negli anni, Paolo è sempre stato vicino a Catania. Ricorderò ancora la sua presidenza della sessione dedicata al diritto umanitario nel Convegno su "La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale" che organizzammo a Catania nel 2011 in occasione della XVI^a Assemblea della SIDI⁴.

E più recentemente, proprio quest'anno, ricordo la sua appassionata lezione magistrale sul processo di pace in Colombia in apertura della nostra Winter School sui diritti umani e il diritto internazionale umanitario⁵.

Paolo, Catania e il diritto internazionale umanitario, dunque. Gli elementi di un inscindibile trinomio che mi ha indirizzato verso la scelta del tema per il mio contributo di oggi: la tutela dei beni culturali nei conflitti armati.

E partirò proprio dalle parole di Paolo nella sua introduzione al volume

² La cattedra catanese di diritto internazionale fu istituita nel 1864 e primo titolare ne fu Giuseppe Carnazza Amari, amico e sodale di Pasquale Stanislao Mancini.

³ Gli atti di quel convegno sono raccolti nel volume *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, a cura di Benvenuti e Sapienza, Milano, 2007. L'introduzione di Paolo Benvenuti si legge alle pp. IX ss.

⁴ Gli atti si leggono nel volume *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, a cura di Di Stefano e Sapienza, Napoli, 2012 e l'intervento introduttivo di Paolo Benvenuti alle pp. 53 ss.

⁵ La Winter School Diritti Umani e Diritto Internazionale Umanitario si è tenuta a Catania dal 27 febbraio al 10 marzo 2017, organizzata dalla Cattedra che mi onoro di dirigere e dal Comitato Provinciale Catanese della Croce Rossa Italiana. Paolo Benvenuti tenne il 6 marzo la sua magistrale lezione inaugurale del modulo di diritto internazionale umanitario sul tema "L'accordo di pace in Colombia nei suoi profili di diritto internazionale umanitario".

che raccoglie gli atti del convegno catanese del 2004, per sottolineare la fecondità di quella nozione di “patrimonio culturale dell’umanità intera” enunciata nel preambolo della Convenzione de L’Aja. “Una nozione forte... (che) ha indirizzato altresì il processo normativo verso un approfondimento e una maggiore complessità della disciplina sotto il profilo della struttura delle situazioni giuridiche soggettive”⁶.

Ed è proprio questa nozione che fa sì che la disciplina della protezione dei beni culturali nel diritto internazionale dei conflitti armati funzioni come un vero e proprio “incubatore concettuale” capace di generare nuove idee e istituti giuridici. Tre ne individuava allora Paolo: l’emergere di obblighi *erga omnes*, la creazione di istituzioni attive nel campo della tutela del patrimonio culturale, l’affermarsi della nozione di responsabilità degli individui quando compiano atti di danneggiamento o distruzione di beni culturali.

Tutte e tre in linea con sviluppi che più in generale hanno interessato anche altri ambiti del diritto internazionale, ma che nel diritto internazionale dei beni culturali assumono una particolare rilevanza.

Vorrò dire qui brevemente della responsabilità degli individui autori di atti di danneggiamento o distruzione dei beni culturali, per mostrare come tale nozione emerga all’interno del diritto internazionale dei conflitti armati per poi assumere più generale rilevanza e influenzare gli esiti normativi al livello degli ordinamenti interni, così mostrando la eccezionale valenza nomopoietica della nozione di patrimonio comune dell’umanità.

In quest’ambito problematico, lo studio dei grandi trattati internazionali e della loro prassi applicativa rappresenta un terreno d’elezione e, tra questi grandi trattati, quelli sulla protezione dei beni culturali costituiscono un esempio assai interessante proprio per le ragioni che Paolo Benvenuti evidenziava nella sua introduzione al volume che raccoglie gli atti del convegno catanese del 2004.

Oggi il trattato internazionale (non devo ricordarlo qui se non a me stesso) è infatti uno strumento duttile, di uso assai frequente e che gli Stati usano per adottare sistemi di legislazione concertata, per costruire schemi organizzativi complessi, per costruire addirittura “mondi giuridici” autonomi e spesso non comunicanti fra loro (i cosiddetti ordinamenti giuridici particolari sui quali non possiamo qui soffermarci)⁷.

⁶ *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, op. cit., p. X ss.

⁷ Sia consentito al riguardo rinviare a i miei contributi *La triade “Soggetto, Contratto, Responsabilità” nell’evoluzione della teoria del diritto internazionale pubblico. La “soggettivazione” dello Stato come processo in divenire*, in SAPIENZA, *Diritto Internazionale. Quattro pezzi facili*, Torino, 2013, p. 1 ss.; ID., *Profili internazionalistici dei processi di formazione del consenso*, in *Quaderni di Synaxis*, 2013, p. 205 ss.; ID., *La teoria generale*

Ma veniamo adesso alla ricostruzione in questo contesto, così complesso e problematico, del processo normativo che, prendendo le mosse appunto da quella nozione di patrimonio culturale mondiale, ha condotto all'affermazione della fattispecie "distruzione e danneggiamento dei beni culturali" proprio attraverso la stipulazione di una serie di trattati internazionali.

2. Alla ricerca di una definizione della fattispecie "distruzione e danneggiamento dei beni culturali". La Dichiarazione UNESCO del 2003

La storia della evoluzione dell'istituto della responsabilità penale individuale per comportamenti lesivi dei beni culturali coincide con quella della fattispecie che meglio di ogni altra incarna la logica di questa dinamica normativa: la fattispecie, appunto della distruzione e danneggiamento dei beni culturali. Essa viene elaborata proprio in seno al diritto internazionale dei conflitti armati.

Il patrimonio culturale, infatti, si trova esposto a gravi rischi ovunque nel mondo e ciò in particolare nei periodi di accesa conflittualità politica e militare. L'Organizzazione per l'Istruzione, la Scienza e la Cultura (UNESCO) ha lanciato ad esempio qualche tempo fa un allarme per i siti archeologici siriani, dall'antica città di Palmira alla fortezza crociata del Krak des Chevaliers, minacciati dalla guerra civile in corso in quelle aree e sono noti i gravi danni che la guerra in Iraq produsse sul patrimonio archeologico di quella terra, nonostante i generosi sforzi della cooperazione internazionale.

Ciò accade il più delle volte perché i combattenti collocano postazioni militari nella immediata vicinanza di siti culturali per proteggerle dalla furia della guerra, peraltro in violazione di norme espresse del diritto internazionale bellico. Altre volte però succede che il patrimonio culturale venga deliberatamente fatto oggetto di misure di distruzione proprio per quel che esso rappresenta in quanto testimonianza di un credo religioso o di una appartenenza culturale, in altre parole di una identità. Una distruzione appunto "intenzionale".

L'esempio più noto di questa ipotesi è offerto dalla distruzione dei Buddha di Bamiyan, avvenuta nel 2001 ad opera dei Talebani

del diritto internazionale pubblico e la dittatura del soggetto Stato, in Libera Natura Umana. Il Soggetto avrà ancora un ruolo nella vita economica e sociale?, a cura di Carvelli e Sapelli, Padova, 2017, p. 123 ss.

dell'Afghanistan, i quali, in omaggio al loro credo iconoclasta e volendo attrarre l'attenzione del mondo intero, distrussero queste gigantesche statue, ritenendole testimonianza di una fede idolatra, anche se non più professata nel loro Stato.

Produssero in verità un effetto di riverberazione mondiale, e tra le numerose conseguenze, l'approvazione il 17 ottobre 2003 da parte della Conferenza Generale dell'UNESCO della Dichiarazione sulla distruzione intenzionale del patrimonio culturale, un documento pensato e voluto a caldo (per i tempi del negoziato diplomatico due anni sono lo spazio di un mattino) per ribadire l'illiceità internazionale di simili condotte⁸.

La Dichiarazione rappresentò certamente un' importante reazione a quanto era accaduto, ma letta oggi a quasi quindici anni dalla sua approvazione lascia non poche questioni aperte e, in un certo senso, offre una prova dell'atteggiamento fino a questo momento prudente (per non dire altro) degli Stati rispetto a questi problemi.

Ma che dice nella sostanza la Dichiarazione? Raccomanda, perché di più essendo una Dichiarazione non può fare, agli Stati sia di aderire ai trattati esistenti, sia di impegnarsi per l'adozione di strumenti giuridici che proteggano in maniera sempre più efficace il patrimonio culturale (art. III, par. 4) nonché di ispirare la loro azione ai principi relativi alla protezione del patrimonio culturale in tempo di pace (art. IV) e di conflitto armato (art. V).

La Dichiarazione, però, ha il merito di tentare di definire cosa debba intendersi per "distruzione intenzionale", ipotesi che si ha, appunto, quando si commette un atto inteso a distruggere in tutto o in parte il patrimonio culturale, compromettendone l'integrità, in una maniera che costituisce una violazione del diritto internazionale o una offesa ingiustificabile ai principi di umanità o ai dettami della pubblica coscienza, quando questi atti non siano già regolati dai principi fondamentali del diritto internazionale (art. II, par. 2): "[f]or the purposes of this Declaration "intentional destruction" means an act intended to destroy in whole or in part cultural heritage, thus compromising its integrity, in a manner which constitutes a violation of international law or an unjustifiable offence to the principles of humanity and dictates of public conscience, in the latter case in so far as such acts are not already governed by fundamental principles of international law."

Formula, però, che, nella sua apparente volontà di dire tutto, finisce per

⁸ Il testo della Dichiarazione può leggersi al seguente indirizzo http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Se ne veda una attenta e acuta analisi critica in SCOVAZZI, *La Dichiarazione sulla distruzione intenzionale del Patrimonio Culturale*, in *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, op. cit, p. 171 ss.

svuotarsi di senso da sola, dato che rischia di evocare (anzi di fatto fa proprio questo) quelle norme del diritto internazionale bellico che vietano di usare i siti culturali come postazioni militari e dunque, indirettamente, permettono in questi casi di attaccarli adducendo la “necessità militare”.

Le conseguenze poi di una distruzione “intenzionale” del patrimonio culturale sono espresse in un linguaggio prudente e vago, dato che si fa un generico riferimento al diritto internazionale, evitando di evocare il ristabilimento della situazione preesistente o il risarcimento.

La Dichiarazione mantiene poi il suo atteggiamento vago e prudente in materia di sanzioni per gravi violazioni dei diritti umani, e sembra quasi arretrare rispetto a quanto previsto dallo Statuto della Corte Penale Internazionale, che già prevedeva che violazioni gravi delle norme di diritto internazionale sulla protezione del patrimonio culturale costituissero crimini di guerra e come tali venissero giudicati dalla Corte.

3. I limiti del tradizionale sistema di protezione internazionale dei beni culturali

Certo, la Dichiarazione è, in fin dei conti, un documento di circostanza, scritto per approntare una reazione all’escrabile comportamento dei talebani, ma essa risente dell’approccio complessivo dell’UNESCO al problema della salvaguardia del patrimonio culturale. Infatti, è questo il vero problema, il quadro normativo all’interno del quale l’organizzazione opera è complesso, a tratti caotico e, non saprei dirlo diversamente, non particolarmente incoraggiante e *user friendly*.

Le non poche convenzioni dell’UNESCO in materia di protezione di beni culturali si sovrappongono a volte, delineando un quadro normativo all’interno del quale l’azione dell’organizzazione risulta sempre e comunque fortemente condizionata dalla volontà degli Stati e i risultati che si colgono sono dunque assai spesso il frutto della caparbia dei funzionari dell’organizzazione e della buona volontà degli Stati interessati, non certo della perspicuità delle norme internazionali.

È pur vero che il ruolo dell’UNESCO nella tutela dei beni culturali si è in verità progressivamente accentuato nel succedersi dei trattati internazionali stipulati sotto l’egida dell’organizzazione, ma il sistema appare comunque ancora assestato su un modello, che certo è andato progressivamente istituzionalizzandosi, ma che rimane quasi interamente nelle mani degli Stati parti.

A voler ricostruire rapidamente le linee portanti di questa evoluzione, occorre partire dalla Convenzione dell'Aja del 14 maggio 1954, una convenzione che appare puntare tutto sull'azione degli Stati, accontentandosi di obblighi piuttosto blandi quanto al controllo sul loro operato (salvo che per l'istituzione del regime di protezione speciale, quello sì oggetto di una normazione più dettagliata) basterà notare che essa affida i controlli sull'adempimento degli obblighi degli Stati alla blanda tecnica dei rapporti degli Stati, con l' art. 26 contiene una singolare accoppiata⁹.

Al primo comma si dice che le Alte Parti Contraenti si comunicheranno reciprocamente attraverso il Direttore generale dell'UNESCO le traduzioni ufficiali della presente Convenzione e del Regolamento per la sua esecuzione.

Al secondo comma si dice che almeno una volta ogni quattro anni invieranno al direttore generale un rapporto che fornisca qualsiasi informazione esse ritengano utile relativamente alle misure di esecuzione che hanno adottato o intendono adottare per l'adempimento degli obblighi della presente Convenzione e del Regolamento di esecuzione.

Un rapporto dunque, redatto dallo Stato sotto la sua responsabilità e perdipiù ogni quattro anni. E peraltro l'obbligo è messo lì, quasi dimenticato insieme all'obbligo di far tradurre la Convenzione nella propria lingua ufficiale. C'è da dubitare che un simile sistema possa funzionare e, infatti, non funziona.

Se ci riferiamo poi alla Convenzione di Parigi del 1970 sul traffico internazionale di cose d'arte non troviamo un assetto molto differente, dato che gli articoli 16 e 17 ripropongono lo schema dei rapporti periodici, prevedendo una assistenza tecnica dell'UNESCO, ma solo a richiesta dello Stato¹⁰.

Più articolate sono invero le previsioni della Convenzione sul Patrimonio Mondiale del 1972, ma non particolarmente sui punti dei quali ci stiamo occupando. Tutto appare incentrato sull'azione del Comitato per la protezione del Patrimonio mondiale anche in tema di assistenza tecnica agli Stati, ma, benché la normazione contenuta negli articoli 19-26 sia più articolata e lasci al Comitato margini d'azione assai ampi, tutto si origina comunque da una richiesta dello Stato parte, come evidenziato dall'art. 19¹¹.

⁹ http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

¹⁰ http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

¹¹ http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

4. La scelta di impegnare la responsabilità penale individuale: la distruzione e il danneggiamento dei beni culturali nella giurisprudenza dei Tribunali Penali Internazionali

È chiaro dunque che, alla ricerca di un modo per rendere più efficace la tutela apprestata dal diritto internazionale ai beni culturali ci si sia orientati verso la responsabilità penale individuale. La logica è anche qui quella che ha determinato l'accelerazione in fatto di criminalizzazione delle responsabilità individuali nel diritto internazionale. La logica sottesa al diritto preesistente finiva con l'assicurare in troppi casi una sostanziale impunità a chi commetteva violazioni gravi del diritto internazionale. Chi operava adduceva spesso la scriminante dell'ordine superiore e poi risalendo per la catena di comando si arrivava ai vertici della catena, la cui posizione apicale faceva sì che il loro operato fosse coperto dall'immunità dello Stato con il quale finivano con l'identificarsi in virtù del principio dell'immedesimazione organica¹².

Ed è dunque nei tribunali penali internazionali e nella loro giurisprudenza che bisogna ricercare una ricostruzione più attenta ed efficace della fattispecie della distruzione e danneggiamento dei beni culturali, e della sua "intenzionalità" ovviamente nella sua dimensione di crimine di guerra o di crimine contro l'umanità¹³.

Cominciamo dal Tribunale Penale per l'ex Jugoslavia, il cui Statuto all'art. 3, lett. *d*) individua tra le gravi violazioni delle leggi e delle consuetudini della guerra di competenza del Tribunale "seizure of, destruction or willful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science".

Ci si potrebbe chiedere a questo punto se "willful" sia lo stesso che "intentional". Il Tribunale Penale per la Ex-Jugoslavia, peraltro, ha chiarito

¹² Sulla complessa e articolata vicenda che ha condotto alla istituzione dei tribunali penali internazionali mi paiono ancora attuali le considerazioni proposte da Luigi Condorelli a proposito della Corte Penale Internazionale. Alludo allo scritto *La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli)*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 7 ss. e ora anche in *L'optimisme de la raison*, Paris, 2014, p. 189 ss.

¹³ Si veda al riguardo il contributo di POLITI e GIOIA, *La responsabilità penale individuale per violazione degli obblighi posti a tutela dei beni culturali in tempo di conflitto armato*, in *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, op. cit., p. 197 ss. e anche MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nel diritto penale internazionale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, Milano, 2008.

come tali comportamenti possano integrare anche la fattispecie della persecuzione, proprio in relazione alla qualità dell' "intent". L'attacco ai beni culturali, infatti, "when perpetrated with the requisite *discriminatory intent*, amounts to an attack on the very religious identity of a people. As such, it manifests a nearly pure expression of the notion of '*crimes against humanity*', for all humanity is indeed injured by the destruction of a unique religious culture and its concomitant cultural objects ... the destruction and willful damage of institutions dedicated to ... religion or education, coupled with the requisite *discriminatory intent*, may amount to an act of persecution"¹⁴.

Insomma, non un semplice crimine di guerra, ma un crimine contro l'umanità a riprova di quella forza propulsiva della nozione di patrimonio culturale mondiale di cui si diceva sopra. Altre utili citazioni possono trarsi dalla sentenza Jokic: "[t]he whole of the Old Town of Dubrovnik was considered, at the time of the events contained in the Indictment, an especially important *part of the world cultural heritage*. It was, among other things, an outstanding architectural ensemble illustrating a significant stage in human history. *The shelling attack on the Old Town was an attack not only against the history and heritage of the region, but also against the cultural heritage of humankind*. Moreover, the Old Town was a 'living city' (as submitted by the Prosecution) and the existence of its population was intimately intertwined with its ancient heritage"¹⁵.

O dal caso Karadzic¹⁶, nel quale il Tribunale ha ritenuto che atti "of wanton destruction of private and public property, including cultural monuments and sacred sites ... constitute acts of persecution as a crime against humanity"¹⁷.

Anche il sistema della Corte Penale Internazionale muove nella stessa direzione. Secondo l'art. 8(2)(b)(ix) rientrano nella competenza della Corte: "(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following.....(ix) Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives"¹⁸.

¹⁴ TPIY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 26 febbraio 2001, IT-95-14/2-T, par. 207.

¹⁵ TPIY, *Prosecutor v. M. Jokić*, 18 marzo 2004 IT-01-42/1-S, parr. 46-51.

¹⁶ TPIY, *Prosecutor v. R. Karadzic*, 24 marzo 2016, IT-95-5/18-T, par. 2259.

¹⁷ Ivi, parr. 2548-2558.

¹⁸ Con comparabile formulazione dispone l'art. 8(2)(e)(iv) per i conflitti armati di carattere non internazionale.

E qui appare di nuovo l'espressione "intentionally". Orbene, nel mese di settembre del 2016, la Corte Penale Internazionale ha condannato *Ahmad Al Faqi Al Mahdi* a nove anni di reclusione per crimini di guerra per aver organizzato la distruzione di nove mausolei e una moschea di Timbuctù, in Mali, ritenendo la pratica di visitarli da parte dei fedeli incompatibile con i precetti della religione islamica¹⁹.

Osservava al riguardo la Corte che: "Timbuktu was an emblematic city with a mythical dimension and that it played a crucial role in the expansion of Islam in the region. Timbuktu is at the heart of Mali's cultural heritage, in particular thanks to its manuscripts and to the mausoleums of the saints. The mausoleums reflected part of Timbuktu's history and its role in the expansion of Islam. They were of great importance to the people of Timbuktu, who admired them and were attached to them. They reflected their commitment to Islam and played a psychological role to the extent of being perceived as protecting the people of Timbuktu ... Furthermore, all the sites but one (the Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani Mausoleum) were UNESCO World Heritage sites and, as such, their attack appears to be of particular gravity as their destruction does not only affect the direct victims of the crimes, namely the faithful and inhabitants of Timbuktu, but also people throughout Mali and the international community. ... The witness testified that destroying the mausoleums, to which the people of Timbuktu had an emotional attachment, was a war activity aimed at *breaking the soul of the people of Timbuktu*. In general, the population of Mali, who considered Timbuktu as a source of pride, were indignant to see these acts take place. Moreover, P-151 described how the entire international community, in the belief that heritage is part of cultural life, is suffering as a result of the destruction of the protected sites"²⁰.

Non so se veramente la decisione abbia, come si ritiene da parte dei più, dato autonoma rilevanza alla distruzione *per se*, o se, ancora una volta la fattispecie sia stata sovrapposta a nozioni diverse come la persecuzione o il genocidio culturale, ma resta il fatto che per la prima volta qualcuno viene condannato per la distruzione "intenzionale" di beni culturali.

¹⁹ Corte Penale Internazionale, Trial Chamber VIII, *Prosecutor v. Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi*, sentenza del 27 settembre 2016, ICC-01/12-01/15. Si veda, tra i tanti commenti, quello di SCOVAZZI, *La prima sentenza della Corte Penale Internazionale in tema di distruzione di beni culturali*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2017, p. 77 ss.

²⁰ V. paragrafi 78- 80 *passim*.

5. *A mo' di conclusione sulla Convenzione di Nicosia del 2017*

E' però con la Convenzione di Nicosia, recentemente aperta alla firma, che la nozione di distruzione o danneggiamento dei beni culturali esce dall'ambito del diritto bellico, per assumere autonoma e circostanziata rilevanza all'interno dei sistemi giuridici degli Stati²¹.

L'art. 10 della Convenzione di Nicosia contiene infatti una espressa previsione in materia di distruzione e danneggiamento di beni culturali anche in tempo di pace ed al par. 1 sancisce che: "Each Party shall ensure that the following conducts constitute a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally: a) the unlawful destruction or damaging of movable or immovable cultural property, regardless of the ownership of such property; b) the unlawful removal, in whole or in part, of any elements from movable or immovable cultural property, with a view to importing, exporting or placing on the market these elements under the circumstances described in Articles 5, 6 and 8 of this Convention".

Questa disposizione obbliga, quindi, gli Stati che ratificheranno la convenzione ad introdurre nei loro ordinamenti il reato di distruzione e danneggiamento di beni culturali mobili e immobili, pubblici o privati, (lett. *a*) o la rimozione di parti di essi usati per realizzare le condotte criminose di cui agli articoli 5, 6 e 8 del trattato, anche se il par. 2 consente che "[a]ny State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that it reserves the right not to apply paragraph 1 of the present article, or to apply it only in specific cases or conditions in cases where the cultural property has been destroyed or damaged by the owner of the cultural property or with the owner's consent".

E ciò perché i redattori del testo hanno avuto lo scrupolo di salvaguardare comunque il diritto di proprietà, come avverte l'Explanatory Report, secondo il quale "[t]his reservation was inserted to reflect some concerns expressed that this article should not interfere with or weaken the right to property, as understood in their national law, and thus States retain flexibility to determine the precise circumstances and conditions under which destruction and damage of a person's own property would be criminalized in accordance with this article"²².

Non molti lumi il Report fornisce però relativamente al requisito della

²¹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680710435>.

²² Par. 69.

intenzionalità. Afferma infatti che: “[t]he interpretation of the intention of the offender(s) is left to domestic law, but the requirement for intentional conduct relates to all the elements of the offence. As always in criminal law conventions of the Council of Europe, this does not mean that Parties would not be allowed to go beyond this minimum requirement by also criminalizing non-intentional acts”²³.

Sembrerebbe che qui ci si voglia limitare a considerare intenzionale tutto ciò che è deliberatamente voluto, a prescindere da qualsiasi ulteriore intento. Ma è presto per esprimersi sul punto. Resta comunque il fatto che, pur con questi limiti, l’iter che abbiamo fin qui sinteticamente ricostruito offre non pochi spunti di verifica dell’affermazione di Paolo Benvenuti dalla quale abbiamo preso le mosse. Si riconferma infatti la capacità nomopoietica della nozione di patrimonio culturale dell’umanità intera offrendo al diritto internazionale un ruolo guida nell’orientare la prassi degli Stati verso la costruzione di fattispecie di diritto interno di rilevanza penalistica sia nel diritto di guerra sia nel diritto di pace e dunque con una pervasiva e complessiva rilevanza.

²³ Par. 34.

Mirko Sossai *

*Enrico Catellani: un internazionalista
al Comando supremo durante la Grande Guerra*

In anni recenti si è manifestato un rinnovato interesse nei confronti della tragica vicenda umana nonché del contributo intellettuale di un grande e per lungo tempo dimenticato internazionalista: Enrico Catellani. Professore all'Università di Padova, la "capitale al fronte" durante la Grande Guerra, servì come esperto di diritto bellico al Comando supremo: a distanza di un secolo da quegli eventi, è interessante soffermarsi sulla posizione di Catellani rispetto allo *jus in bello*, a partire dal suo pamphlet sulle violazioni del diritto di guerra pubblicato nel 1917.

1. *Introduzione*

Nella produzione scientifica di Paolo Benvenuti si avverte – anche negli studi condotti su temi settoriali, come il diritto internazionale umanitario – l'esigenza di una riflessione di più ampio respiro che sappia cogliere le tendenze del "diritto delle genti in divenire"¹. L'attenzione per la dimensione evolutiva della vita di relazione internazionale, nonché un certo "gusto" per la storia del diritto internazionale – materia che, peraltro, ha avuto modo di insegnare per alcuni anni – sono certo legati al periodo della sua formazione culturale e universitaria, a Firenze e poi a Roma. Così, il corposo studio sull'impostazione giusnaturalistica della Clausola Martens, secondo un'analisi che muove "da Grozio fino a tutto il XIX secolo"² si riallaccia alla riflessione del Maestro Giuseppe Barile sulle complesse questioni relative alla rilevazione del diritto consuetudinario³. Si deve poi all'iniziativa di Paolo

* Professore associato nell'Università degli studi Roma Tre

¹ BENVENUTI, *Diritto delle genti in divenire: fonti e soggetti*, *Comunità int.*, 2000, p. 593 ss.

² BENVENUTI, *La Clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, p. 171 ss., a p. 222.

³ BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, Milano, 1953.

Benvenuti la pubblicazione delle lezioni di Roberto Ago sull'origine storica del diritto internazionale⁴.

In questo scritto, desidero rapidamente soffermarmi, a ottant'anni dalla promulgazione delle leggi razziali del 1938, su alcuni tratti della vicenda umana e del contributo intellettuale di un grande e, per lungo tempo, dimenticato internazionalista, Enrico Catellani, antesignano di un moderno approccio storico al diritto internazionale e studioso attento delle problematiche di diritto bellico.

2. Enrico Catellani: la vicenda umana

La vicenda di Enrico Catellani si intrecciò in maniera profonda con la storia della sua città e dell'Ateneo patavino. Egli proveniva dalla vivace comunità ebraica padovana: come scrive Angelo Ventura, gli ebrei padovani, non radicati nel passato municipale, “apportavano il contributo di una cultura che aveva le proprie matrici in una dimensione spirituale e religiosa di valore universale e in un'esperienza storica cosmopolita quant'altre mai [...]. Insomma questa componente vitale trainante della nuova classe dirigente padovana è quanto di più antitetico si possa immaginare rispetto allo spirito municipale”⁵.

Questa matrice culturale rimane un tratto caratterizzante la figura di Catellani, anche con la conversione al cristianesimo unitario e il matrimonio con l'alsaziana Carolina Bahy. Successore del Maestro, l'Abate Giambattista Pertile, alla cattedra di diritto internazionale all'Università di Padova, fu membro e vicepresidente dell'*Institut de droit international*⁶. Enrico Catellani appartiene alla “prima” generazione di internazionalisti, che si richiamava alla dottrina della nazionalità di Pasquale Stanislao Mancini: ottenuta la libera docenza in diritto internazionale nel 1883, dedica la sua lezione inaugurale presso l'Ateneo patavino a metodo e fine degli studi diritto internazionale, da cui emergono i tratti essenziali di un approccio ricostruttivo che risente della tradizione storicistica italiana, per il quale “il diritto internazionale ci si presenta dunque come una pianta annosa e

⁴ AGO, *Caratteri generali della Comunità internazionale e del suo diritto. Introduzione al Corso di Diritto internazionale*, a cura di Paolo Benvenuti, Napoli, 2002.

⁵ VENTURA, *Padova*, Roma-Bari, 1989, p. 42.

⁶ Per la notizia dell'elezione a membro associato, v. *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XI, 1891-92, p. 26; circa l'elezione a vicepresidente *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 34, 1928, pp. x-xi.

gigantesca cresciuta fra le vicende dei secoli e della storia”⁷.

Sebbene inizialmente su posizioni neutraliste, durante il primo conflitto mondiale all'età di sessant'anni servì nel Comando supremo, come consulente per le questioni di diritto bellico. Fu quindi nominato senatore del Regno nel 1920. Collocato a riposo per raggiunti limiti d'età nel 1931, rimase profondamente legato all'insegnamento e all'Ateneo patavino⁸. A conclusione della sua carriera accademica, ebbe l'onore di essere insignito di una laurea *honoris causa* a Cambridge nel luglio 1931, insieme a giuristi del calibro di James Brown Scott e di Nicolas Politis⁹.

Il nome di Enrico Catellani compare nell'elenco destinato alla segreteria particolare del duce sul personale antifascista della scuola e dell'Università, stilato verso la fine degli anni venti¹⁰: per questa ragione gli fu negato il titolo di professore emerito¹¹. Fu colpito dalle leggi razziali del 1938¹²: radiato dall'Istituto veneto di Scienze, Lettere ed Arti, di cui era stato Presidente nel biennio 1919-21¹³, si ritirò a vita privata e solitaria nella sua casa di Padova, dove morì “tragicamente e miseramente” a distanza di poche ore dalla moglie nel gennaio del 1945, secondo alcune fonti ucciso da agenti fascisti. Anton Maria Bettanini, suo allievo, nella commemorazione tenuta il 16

⁷ CATELLANI, *Metodo e fine degli studi di diritto internazionale: Prelezione*, Torino, 1884, p. 41. L'interesse per gli aspetti storici del diritto internazionale caratterizza in effetti gli albori della disciplina in Italia, v. PIERANTONI, *Storia degli studi di diritto internazionale in Italia*, Modena 1969; SAREDO, *Saggio sulla storia del diritto internazionale privato*, Firenze, 1873; FUSINATO, *Dei feziali e del diritto feziale. Contributo alla storia del diritto pubblico esterno di Roma*, Roma, 1884.

⁸ PASSERO, *Catellani (Levi Catellan), Enrico*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013, Vol. I, pp. 487-488.

⁹ Si veda la notizia del conferimento della laurea in *Annuario del R. Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Venezia per l'anno accademico 1931-1932*, Venezia, 1932, p. 99 ss.

¹⁰ Cfr. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di Birocchi e Loschiavo, Roma, 2015, p. 9 ss., a p. 15.

¹¹ Si vedano sia la proposta per la nomina, inviata il 17 dicembre 1932, dal Rettore dell'Università Carlo Anti e la risposta negativa del Ministro dell'educazione nazionale, del 25 marzo 1933, motivata con la contrarietà di Catellani al fascismo: settore Archivio di Ateneo, archivio riservato Anti, fascicolo C/2, riprodotto in <http://mostre.cab.unipd.it/enricocatellani/it/11/durante-il-fascismo>.

¹² Cfr. VENTURA, *Le leggi razziali all'Università di Padova*, in *L'Università dalle leggi razziali alla Resistenza. Giornata dell'Università italiana nel 50° anniversario della Liberazione (Padova, 29 maggio 1995)*. Atti, Padova, 1996, p. 130 ss.; BARTOLINI, *Le leggi razziali e la dottrina italiana di diritto internazionale*, in *Leggi razziali - Passato/Presente*, a cura di Resta e Zeno-Zencovich, Roma, 2015, p. 55 ss.

¹³ Cfr. URBANI, *Tra scienza e coscienza. L'Istituto Veneto di fronte alle leggi razziali*, in *Giuseppe Jona* (a cura di Danieli), Venezia, 2015, p. 21 ss, a p. 42.

maggio 1947 all'Università di Padova, auspicava che “la Scuola di perenne culto ne circonda la immacolata memoria”¹⁴.

Per decenni su Enrico Catellani è invece calato l'oblio e il silenzio: solo nel 2010 sono stati riaperti gli scatoloni contenenti parte della sua preziosa biblioteca personale, ora in fase di catalogazione¹⁵. Il destino di quei libri per decenni fu oggetto di un piccolo giallo: dopo l'8 settembre 1943, la biblioteca fu dapprima confiscata insieme agli altri beni appartenenti a Catellani; quindi, a seguito della morte di coniugi, fu posta sotto sequestro e affidata alla Facoltà di scienze politiche. Con la Liberazione, i libri furono in effetti acquistati dall'Università nel dicembre 1946: successivamente, tuttavia, se ne persero le tracce fino al recente ritrovamento¹⁶. Per meritoria iniziativa dell'Ateneo padovano si è ora proceduto alla digitalizzazione di una parte consistente della sua produzione scientifica¹⁷.

3. *Il contributo intellettuale di un grande e dimenticato giurista*

Enrico Catellani era descritto come Maestro buono, efficace, animatore: in occasione del 25° anno di insegnamento, il quotidiano *Il Veneto* ne tratteggiava un ritratto da cui emergeva una persona modesta, riservata, cara ai suoi allievi “per la gentilezza squisita dei suoi modi”¹⁸. Tenne per incarico corsi di storia dei trattati e di diritto coloniale all'Università Bocconi di Milano, e a Venezia all'Istituto superiore di scienze economiche e commerciali. Non pubblicò mai un manuale di diritto internazionale, sebbene presso la biblioteca dell'Università di Padova siano conservate diverse annate delle sue lezioni diligentemente raccolte dagli studenti¹⁹.

¹⁴ BETTANINI, *Enrico Catellani: Commemorazione tenuta il 16 maggio 1947 nell'Università di Padova*, Padova, 1948 (estratto da *Annuario dell'Università di Padova per l'anno accademico 1946-47*), p. 11.

¹⁵ DE ROBBIO, GIACOMAZZI, *Storia e memoria di una biblioteca salvata*, *Biblioteche oggi*, 2/2011, p. 47 ss.

¹⁶ La ricostruzione delle vicende della biblioteca salvata è ora in <http://mostre.cab.unipd.it/enricocatellani/it/13/la-biblioteca> (l'ultimo accesso ai documenti od opere on line citati nel presente articolo è avvenuto in data 4 novembre 2018).

¹⁷ La collezione, che comprende le pubblicazioni conservate nelle biblioteche dell'Università degli Studi di Padova, è consultabile in https://phaidra.cab.unipd.it/detail_object/o:331785?mycoll=o:192425.

¹⁸ Cfr. ALBERTON, *L'Università di Padova dal 1866 al 1922*, Padova, 2016, p. 92.

¹⁹ V. l'ultimo programma di lezioni prima del pensionamento in CATELLANI, *Appendice al corso di diritto internazionale dell'Anno Accademico 1928-29, aggiornata e completata secondo*

In quanto ultimo esponente in ordine di tempo della prima scuola italiana di diritto internazionale, Catellani finì per rimanere in una posizione isolata nel panorama degli studi di diritto internazionale, a seguito della svolta impressa in Italia da Dionisio Anzilotti nel segno della diffusione di un rigoroso positivismo²⁰. In ogni caso, numerosi scritti di Catellani comparvero nella *Rivista di diritto internazionale*, fondata dallo stesso Anzilotti nel 1906 insieme con Arturo Ricci Busatti e Leone Adolfo Sinigaglia, a partire dal lavoro sull'obbligo della dichiarazione di guerra²¹. Tra Catellani e Anzilotti il confronto fu vivace, sin dal dibattito circa la "natura giuridica dei tribunali misti dell'Egitto" ospitato nella seconda annata della *Rivista*, nel 1907²².

Fu descritto come "il più storico degli internazionalisti"²³; questo contribuì a spiegare, insieme al notevole eclettismo intellettuale di cui era dotato, il rinnovato interesse con cui si è tornati a leggere il lavoro di Catellani in anni recenti. Non a caso le lezioni da lui tenute all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 1933 sono dedicate ad una ricostruzione in chiave storica della dottrina italiana nel XIX secolo²⁴. Fu autore di numerosi necrologi dei principali protagonisti della scienza del diritto internazionale in Italia²⁵. Non si deve, tuttavia, avere l'idea di uno studioso con lo sguardo rivolto al passato: fu capace, al contrario, di cogliere le implicazioni giuridiche di fenomeni nuovi. Pubblicò una delle prime trattazioni in chiave sistematica del *Diritto aereo*, comparsa nel 1911 e tradotta in francese l'anno successivo²⁶. La fama di Catellani superò i confini nazionali: colpisce, ad esempio, che ben cinque sue opere furono oggetto di recensione nei primi dieci anni dell'*American Journal of International Law*²⁷.

il programma svolto nell'anno 1930-31, a cura di Cappello e Miliani, Padova, 1931.

²⁰ SALERNO, *L'affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, *Riv. dir. int.*, 2012, p. 29 ss.

²¹ CATELLANI, *Per una codificazione del diritto di guerra: l'obbligo della dichiarazione*, *Riv. dir. int.*, 1906, p. 186 ss.

²² Cfr. ANZILOTTI, *Natura giuridica dei tribunali misti d'Egitto*, *Riv. dir. int.*, 1907, p. 256 ss.; CATELLANI, *A proposito della natura giuridica dei tribunali misti*, *ivi*, p. 517 ss.; nonché la risposta di Anzilotti, *ivi*, p. 542 ss.

²³ GIANNINI, *Ricordo di Enrico Catellani*, in *Riv. di studi politici int.*, 1949, p. 59 ss.

²⁴ CATELLANI, *Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIXe siècle*, *Recueil des cours*, tomo 46, 1934-IV, p. 705 ss, anche in traduzione italiana, con il titolo *La dottrina italiana del diritto internazionale nel secolo XIX: lezioni alla Accademia di Diritto Internazionale all'Aja nel 1933*, Roma, 1935.

²⁵ V., ad esempio, CATELLANI, *Pasquale Fiore*, *Riv. dir. int.*, 1915, p. 141 ss.

²⁶ CATELLANI, *Il diritto aereo*, Torino, 1911; *Id.*, *Le droit aérien*, Paris, 1912.

²⁷ Cfr. PALCHETTI, *Uno sguardo d'oltreoceano: la dottrina italiana di diritto internazionale nelle pagine dell'American Journal of International Law (1907-1960)*, *Rivista italiana per*

Della sua vasta produzione scientifica – oltre duecentosessanta scritti²⁸ – impressiona l’abilità ricostruttiva delle diverse impostazioni teoriche quale emerge nell’opera in tre volumi *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*. Al centro della riflessione di Catellani vi è la consapevolezza che “[t]utta la storia del diritto internazionale privato si può riassumere in una lotta fra il principio dell’isolamento giuridico degli Stati e della territorialità delle leggi ed il principio della loro cooperazione giuridica e della estraterritorialità della legge civile”²⁹.

Soprattutto, resistono nel tempo le sue fondamentali opere di diritto coloniale che alla rigorosa analisi giuridica affiancano una non comune sensibilità per la ricostruzione storica e politica. Catellani è un autore imprescindibile per quegli studiosi che recentemente hanno indagato il rapporto tra diritto internazionale e mondo coloniale³⁰. Egli si fece interprete di un approccio umanitario alla colonizzazione: già nel 1885, inquadrando il fenomeno dell’espansione coloniale a seguito della Conferenza di Berlino, formulava l’auspicio che un Paese come l’Italia potesse farsi vanto della missione di “civilizzare col suolo acquistato anche gli abitanti che vi trova e farseli utili cittadini e ridurli uomini migliori” e di riconoscere loro “non il diritto di nazionalità che non è di tutti, né può svilupparsi dovunque e in ogni stadio della civiltà umana, ma il diritto alla vita e alla proprietà che è proprio d’ogni essere umano, in ogni angolo della terra”³¹. Due decenni più tardi, dedicando uno studio al tema della protezione dei diritti privati degli indigeni nella colonizzazione africana, riconobbe un progresso ed evidenziò quale tratto comune delle più recenti legislazioni fondiarie delle colonie “la preoccupazione di conciliare meglio che sia possibile il diritto e l’interesse

le scienze giuridiche, 2015, p. 269 ss., a p. 278.

²⁸ BETTANINI, op. cit., p. 9: l’allievo ricorda che Catellani alternava alle pubblicazioni di carattere strettamente scientifico scritti di natura divulgativa, nella convinzione che “in problemi di politica internazionale, che specialmente interessavano l’Italia, l’opinione pubblica dovesse essere illuminata dai competenti”. V. anche ROVITO, *Letterati e giornalisti italiani contemporanei*, Napoli, 1922, p. 91: “illustre professore e pubblicista, [...] La sua bibliografia è straordinariamente copiosa e sarebbe impossibile dare qui l’elenco di tutte le pubblicazioni di questo fecondissimo scrittore”.

²⁹ CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*², Torino, 1895, p. 509; v. a tale riguardo MANNONI, *Potenza e Ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell’equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, 1999.

³⁰ V. inter al. NUZZO, *Dal colonialismo al postcolonialismo. Tempi e avventure del soggetto indigeno*, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33–34, 2004–2005, p. 409 ss.; ID., *Sovereignty and the Construction of the Colonial Space*, in *International Law and Empire: Historical Explorations*, a cura di Koskenniemi, Rech e Jiménez Fonseca, Oxford, 2016, p. 263 ss.

³¹ CATELLANI, *Le colonie e la Conferenza di Berlino*, Torino, 1885, p. 40.

nuovo della colonizzazione, col diritto antico dei precedenti abitanti del paese”³². In Catellani, come è stato da altri evidenziato, “l’elogio della colonizzazione-civilizzazione non cancella la percezione del carattere oggettivamente violento della colonizzazione stessa; una colonizzazione che ha provocato, come l’autore non esita a ricordare, la decimazione di intere popolazioni”³³. Pioneristici furono gli studi di Catellani sulle questioni giuridiche legate alla penetrazione europea in estremo oriente, legati alla concessione italiana di Tientsin, in Cina³⁴.

Meriterebbero inoltre maggiore attenzione i suoi scritti sul tema della guerra e della pace³⁵. Con altri giuristi – tra cui Pasquale Fiore e Guido Fusinato – intrattenne buoni rapporti con il Premio Nobel per la pace Ernesto Teodoro Moneta³⁶, sebbene fosse rimasto critico rispetto agli entusiasmi del movimento pacifista, soprattutto nei confronti dell’arbitrato internazionale come strumento efficace per scongiurare la guerra³⁷. Vari scritti successivi al primo conflitto mondiale sono quindi dedicati al tema delle vie per la pace e alla genesi della Società delle Nazioni: non mancano i rilievi critici rispetto difficoltà e alle imperfezioni dell’organizzazione, pur riconoscendo l’ideale della Società delle Nazioni come “garanzia di sicurezza per l’Europa”, nonché “promessa di pace per il mondo”³⁸.

Non vi è dubbio che la riscoperta del pensiero di Catellani oltre i confini nazionali si debba soprattutto alla rilevanza che assume nell’opera di Martti Koskenniemi. Nel suo capolavoro *The Gentle Civilizer of Nations*, l’autore affida alla lucida analisi di Catellani il resoconto sullo stato del diritto internazionale all’inizio del XX secolo³⁹. Nel 1901, infatti, il professore

³² CATELLANI, *La protezione dei diritti privati degli indigeni nella colonizzazione africana*, estratto da *Rivista coloniale*, 1908, p. 17.

³³ COSTA, *Il fardello della civilizzazione: Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2004-2005, p.169 ss. a p. 173.

³⁴ CATELLANI, *La penetrazione straniera nell’Estremo Oriente*, Firenze, 1915. Su cui ora DONATI, *Italy’s Informal Imperialism in Tianjin During the Liberal Epoch, 1902–1922*, in *The Historical Journal*, 2016, p. 447 ss.; nonché NUZZO, *Quel che resta della sovranità. Concessioni e governo del territorio a Tianjin*, *Giornale di storia costituzionale*, 2017, p. 211 ss.

³⁵ CATELLANI, *Realtà e Utopie della pace*, Torino, 1899.

³⁶ Sulla figura di Moneta, v. CANALE CAMA, *La pace dei liberi e dei forti. La rete di pace di Ernesto Teodoro Moneta*, Bologna, 2012; CONTI, *Moneta Ernesto Teodoro*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 75, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2011, pp. 630-34.

³⁷ CATELLANI, *I trattati d’arbitrato e le attuali garanzie della pace*, in *Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, Anno accademico 1903-904, tomo LXIII, parte seconda.

³⁸ CATELLANI, *Possibilità di avvenire della Società delle Nazioni*, *Nuova Antologia*, n. 321, 1925, p. 367 ss., a p. 372.

³⁹ KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*

padovano scriveva sulla *Revue générale de droit international public*, con una certa preoccupazione, di una tendenza che si era già palesata nel nuovo secolo, ossia il crescente ricorso alla forza per determinare il destino dei popoli. Mentre il diritto si stava allontanando dagli ideali di giustizia ed eguaglianza ancora prevalenti verso la metà dell'Ottocento, la fine del secolo si caratterizzava invece per una situazione di dominio imperiale, di metodica riduzione in schiavitù di intere popolazioni, di guerra. Così concludeva amaramente Catellani: “se nell'immediato futuro la società internazionale deve vivere e svilupparsi secondo la legge della lotta per la vita e della sopravvivenza del più forte, per quanto mi riguarda, spero soprattutto che il mio Paese non si troverà dal lato dei deboli e degli incapaci, destinati a soccombere e a scomparire”⁴⁰. Nei cupi presagi di Catellani, c'era la preoccupazione che la violenza e la sopraffazione trovassero giustificazione nelle teorie sociologiche del momento, ispirate all'evoluzionismo darwiniano.

4. *Un internazionalista al Comando supremo*

Non sorprende allora che il discorso inaugurale dell'anno accademico 1915-16, affidato al Prof. Catellani e letto nell'Aula Magna della Regia Università di Padova in una data a posteriori significativa, il 4 novembre 1915, fosse intitolato *Le costruzioni della dottrina e le ricostruzioni della storia*⁴¹. Le tragiche vicende della Grande guerra avevano animato il dibattito nell'opinione pubblica circa la crisi – se non la “bancarotta” – del diritto internazionale, incapace di prevenire la guerra e assicurarvi una regolamentazione tesa ad umanizzarla. Nell'aprire l'anno accademico precedente all'Università di Roma, Dionisio Anzilotti si era chiesto infatti: “l'immane conflitto che si svolge sotto ai nostri occhi non ha forse dimostrato, con tremenda eloquenza, la vanità o almeno l'estrema fragilità di un preteso ordinamento giuridico dei rapporti fra gli Stati, proprio nel

1870–1960, Cambridge, 2001, cap. II. Nella prefazione all'edizione italiana a cura di Gustavo Gozzi, Lorenzo Gradoni e Paolo Turrini (*Il mite civilizzatore delle nazioni*, Laterza, 2012), l'a. fa cenno al ruolo importante attribuito all'inizio del capitolo 2 “alla tragica e forse più interessante figura del padovano Enrico Catellani”.

⁴⁰ CATELLANI, *Le droit international au commencement du XXe siècle, Revue général de droit international public*, 1901, p. 567 ss., a p. 586 (traduzione italiana tratta da KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore*, cit., p. 123).

⁴¹ CATELLANI, *Le costruzioni della dottrina e le ricostruzioni della storia*, Padova, 1916. Un estratto del discorso è ripubblicato con un diverso titolo: *I caratteri specifici della società internazionale e del diritto internazionale*, *Riv. dir. int.*, 1915, p. 343 ss.

momento in cui più sicuro e completo se ne annunciava lo sviluppo?”⁴².

Catellani, come altri colleghi internazionalisti⁴³, non si sottrasse al dibattito: parlò della “vicenda della grande illusione e della grande delusione, che si alternano nei giudizi dati volgarmente del diritto internazionale”. Così veniva intesa dal professore patavino l’annosa questione se il diritto internazionale fosse veramente diritto: lo scetticismo intorno alla giuridicità del diritto internazionale era alimentato dai pregiudizi derivanti da concezioni statualistiche del diritto – che faticavano a considerare come giuridico un ordinamento senza un apparato coercitivo centralizzato – così come dalla frustrazione suscitata dalle innumerevoli violazioni delle norme internazionali, soprattutto in tempo di guerra, rispetto alle promesse di pace e giustizia tra le nazioni.

Per Catellani, “l’illuso e il deluso errano entrambi; il primo considerando quale società di diritto costituita in modo corrispondente alla costituzione di uno Stato, una società di fatto costituita solo in parte nella forma dell’associazione; l’altro lasciandosi indurre dalla dolorosa constatazione della inesistenza dello Stato degli Stati nel quale aveva fino a quel momento creduto, a rinnegare anche quella immanente socialità che esiste [...] che non resta del tutto senza efficacia pur durante la guerra, che deve riprendere la antecedente efficacia, sia pur nella imperfetta forma associativa e convenzionale, al ritorno della pace”⁴⁴.

Durante la grande guerra del 1915-1918, partecipò attivamente come consulente giuridico del Comando supremo italiano. Pubblicò un *pamphlet* prima in italiano e poi in traduzione inglese e francese, dal titolo *L’Italia e l’Austria in guerra*, che fu ampiamente recensito⁴⁵. È evidente l’impostazione impeccabilmente patriottica della pubblicazione, peraltro autorizzata dal Comando supremo. L’intento antiaustriaco è chiaro: “offrire una conoscenza

⁴² ANZILOTTI, *Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale*, riprodotto in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Tomo Primo, Roma, 1956, p. 617. Cfr. PASSERO, *Dalle Convenzioni di Ginevra alla “banca rotta” del diritto internazionale. Il rapporto tra il “nuovo” “jus in bello” otto-novecentesco e la catastrofe della prima guerra civile europea, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 1479 ss., a p. 1488.

⁴³ CAVAGLIERI, *La guerra europea e la crisi del diritto internazionale*, *La vita italiana*, 1917, p. 32 ss.; FEDOZZI, *La crisi del diritto internazionale*, *Scientia*, 1917, p. 304 ss.

⁴⁴ CATELLANI, *I caratteri specifici della società internazionale*, cit., p. 354.

⁴⁵ Si vedano le recensioni nella *Revue général de droit international public*, 1917, p. 527 e nell’*American Journal of International Law*, 1918, p. 227: “It differs from most of the many recent pamphlets on atrocities in that scholarly and conservative reasoning is combined with simple and popular style. The clarity of thought, the simplicity of grammatical construction, and the absence of the labored style often found in Italian legal discussions makes this pamphlet easy reading even for those who read ordinary Italian only with difficulty”.

esatta del contrasto fra la condotta nostra e quella del nostro nemico”⁴⁶. Al netto dei passaggi dichiaratamente propagandistici, resta l'impressione di un tentativo di ricognizione rigorosa dei fatti, condotta alla luce delle norme del diritto di guerra. È interessante osservare che il presupposto giuridico del *pamphlet* è costituito dall'applicazione della IV Convenzione dell'Aja del 1907 relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre e del Regolamento annesso, ratificata dall'Impero asburgico nel 1909 ma non dall'Italia⁴⁷. Come noto, tale convenzione non avrebbe trovato applicazione in quanto tale, difettando dei requisiti stabiliti al suo art. 2, compresa la condizione assai stringente che “i belligeranti facciano tutti parte della Convenzione”⁴⁸. Nondimeno, Catellani fece leva sulla circostanza che il Governo italiano avesse dichiarato solennemente “alla vigilia del presente conflitto, di voler rispettare e farle rispettare come se fossero state ratificate”⁴⁹, evidenziando i successivi passi per conformare ad esse l'ordinamento interno. Lo studio sulla condotta del nemico in violazione del diritto di guerra passò in rassegna in maniera scrupolosa i mezzi e i metodi di combattimento (l'impiego di proiettili deformati o esplodenti, mazze ferrate gas asfissianti, l'abuso della bandiera nemica), gli effetti della guerra aerea sulla popolazione civile, il trattamento dei feriti, dei malati e dei prigionieri, il governo dei territori occupati, e infine gli eccessi della rappresaglia austriaca.

La lettura del volume a distanza di un secolo certo suscita qualche sconcerto. Denunciando le calunnie diffuse dalle autorità nemiche circa “il trattamento da noi usato ai prigionieri di guerra”, Catellani registrava che “l'Italia sotto questo rapporto [...] non è stata seconda ad alcun altro belligerante”⁵⁰. In realtà, la prigionia in Italia durante la Grande Guerra fu anche un'esperienza terribile: nella geografia dei campi, fu drammatica, ad esempio, la sorte toccata ai prigionieri austro-ungarici internati all'Asinara nel 1916⁵¹. Quanto alla condizione dei prigionieri di guerra italiani, Catellani sottolineava che “con dolorosa insistenza, i nostri prigionieri

⁴⁶ CATELLANI, *L'Italia e l'Austria in guerra*, Firenze, 1917, p. 4. È utile una comparazione con lo studio, uscito il medesimo anno, di RENAULT, *Les premières violations du droit des gens par l'Allemagne, Luxembourg et Belgique*, Paris, 1917.

⁴⁷ L'Italia era parte contraente della II Convenzione dell'Aja del 29 luglio 1899.

⁴⁸ La tesi per cui le Convenzioni dell'Aja del 1907 non si applicassero durante la Grande Guerra è stata notoriamente sostenuta da GARNER, *International Law and the World War*, London, 1920, pp. 18–21.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 111. V. a tale riguardo, la discussione in BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, Padova, 1935, pp. 125-126.

⁵⁰ CATELLANI, op. ult. cit., p. 70.

⁵¹ V. il recente studio di GORGOLINI, *I dannati dell'Asinara. L'odissea dei prigionieri austro-ungarici nella Prima guerra mondiale*, Torino, 2011.

scrivono alle loro famiglie, chiedendo non solo danaro e vestimenti, ma anche *pane*⁵². Furono almeno centomila a non tornare alla fine della guerra, stroncati da fame e malattie: un numero enorme, se comparato a quello di altri Paesi. Il *pamphlet* di Catellani faceva intendere le malvagità del nemico: si sosteneva che i pacchi inviati dalle amorevoli famiglie furono manomessi e il cibo non consegnato. Su quelle vicende per lunghi anni è calato un colpevole silenzio. Quando si è fatta finalmente luce su quella pagina di storia nazionale, sono invece emerse le responsabilità delle autorità politiche e militari italiane che, non soltanto si erano opposte alla richiesta di inviare soccorsi a spese dello Stato, ma nemmeno favorirono la spedizione di pacchi e le sottoscrizioni di beneficenza⁵³.

Al termine del conflitto, allorché fu istituita la Reale Commissione d'inchiesta sulle violazioni del diritto delle genti commesse dal nemico⁵⁴, presieduta dal Senatore Lodovico Mortara, sia la relazione preliminare sia quella finale attingono a piene mani al precedente studio condotto da Catellani nel 1917⁵⁵. Esso rappresentò dunque una fonte decisiva per la redazione del promemoria presentato il 24 febbraio 1919 a Parigi dal delegato italiano Scialoja alla Commissione sulle responsabilità degli autori della guerra e le possibili sanzioni contro di essi, creata dalla Conferenza preliminare di pace⁵⁶: denunciando le infrazioni commesse dalle armate austro-ungariche contro combattenti e civili italiani, il documento giungeva alla conclusione che “l’Autriche-Hongrie est coupable d’avoir, tant sur terre que sur mer, conduit la guerre par des procédés contraires à la loi et aux conventions internationales signées par elle, aux coutumes de la guerre et aux plus élémentaires règles d’humanité”⁵⁷.

Le relazioni della Commissione d'inchiesta procedevano a quantificare i danni di guerra sofferti dall'Italia in conseguenza delle “violazioni del diritto

⁵² CATELLANI, op. ult. cit., p. 74, in corsivo nel testo.

⁵³ V. per tutti PROCACCI, *Soldati e prigionieri italiani nella Grande Guerra*, Roma, 1993.

⁵⁴ La Commissione fu istituita con D. Lgt. 15 novembre 1918 n. 1711: lo stesso Catellani ne divenne membro.

⁵⁵ *Relazioni della Reale Commissione d'inchiesta sulle violazioni del diritto delle genti commesse dal nemico*, (7 vol.) Milano/Roma, 1920-1921, in particolare il volume II sui “Mezzi illeciti di guerra”.

⁵⁶ Su cui v. da ultimo SCHABAS, *The Trial of the Kaiser*, Oxford, 2018, pp. 103-105; nonché BASSIOUNI, *World War 1: The War to End All Wars and the Birth of a Handicapped International Criminal Justice System*, *Denver Journal of Int. Law & Policy*, 2002, p. 244 ss.

⁵⁷ V. *Mémoire de la Délégation Italienne*, 24 febbraio 1919, in *La Documentation internationale, La Paix de Versailles: Responsabilité des auteurs de la guerre et sanctions*, a cura di Lapradelle, vol. III, Paris, 1930, pp. 91-93; nonché *La prassi italiana di diritto internazionale: terza serie* (1919-1925), a cura di Marchisio et al., vol. VII, Roma, 1995, p. 3668.

delle genti commesse dal nemico”. Come noto, il soddisfacimento delle pretese risarcitorie italiane non poté che risentire non soltanto dei problemi di successione dello Stato vinto ma anche della palese incapacità dei nuovi Stati sorti di far fronte a impegni economico-finanziari tanto gravosi. Al dilemma giuridico e politico di stabilire se e in quale misura gli Stati sorti dalla dissoluzione dell’Austria-Ungheria fossero tenuti a pagare riparazioni di guerra, la soluzione delle potenze vincitrici fu quella di sancire il principio della responsabilità solidale delle Potenze centrali⁵⁸. Pertanto, secondo l’art. 231 del Trattato di Versailles, la Germania avrebbe risposto direttamente anche dei danni causati dagli alleati; mentre, quanto all’Austria, l’art. 179 del Trattato di Saint Germain si limitò ad affermarne una responsabilità sussidiaria oltretutto ipotetica. Sin dal 1922, risultò evidente con l’approvazione da parte del Consiglio della Società delle Nazioni di un piano di risanamento finanziario che l’Austria non avrebbe provveduto al pagamento di riparazioni: alla moratoria ventennale stabilita in quell’occasione, fece seguito l’Accordo dell’Aja del 20 gennaio 1930 con il quale le Potenze alleate rinunciarono ad ogni pretesa nei confronti di quel Paese⁵⁹.

5. *Uno sguardo sul rispetto del diritto bellico durante la Grande Guerra*

Sebbene il fronte italo-austriaco fu certamente rilevante durante il primo conflitto mondiale, purtroppo è stato spesso trascurato nelle successive ricostruzioni storiche, le quali ancor oggi finiscono per privilegiare il fronte occidentale, quello franco-tedesco, mentre riservano una minore attenzione a quello orientale, russo-austro-tedesco⁶⁰. Nemmeno i più recenti tentativi di una storiografia rinnovata e transnazionale sembrano aver sanato il senso di irrilevanza nella percezione degli eventi del teatro italo-austriaco⁶¹. Lo stesso si può ritenere per gli studi in questi anni dedicati alla rilevanza del diritto internazionale nella condotta della guerra, rispetto sia alle posizioni giuridiche assunte dai belligeranti⁶² sia alla riflessione teorica in seno alle

⁵⁸ Per queste vicende, si rinvia a GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003, pp. 215-228; sulle problematiche giuridiche legate alla dissoluzione dell’Impero asburgico, v. UDINA, *L’estinzione dell’Impero Austro-Ungarico*³, Padova, 1933.

⁵⁹ Per il testo v. *American Journal of Int. Law, Supp.*, 1931, p. 7 ss.

⁶⁰ LABANCA, *Introduzione: per una storia transnazionale*, in *La guerra italo-austriaca (1915-1918)*, a cura di Labanca e Überegger, Bologna, 2014, p. 7 ss.

⁶¹ Cfr. MONDINI, *La guerra italiana: Partire, raccontare, tornare 1914-18*, Bologna, 2014.

⁶² Cfr. HULL, *A Scrap of Paper: Breaking and Making International Law during the Great*

comunità scientifiche nazionali⁶³.

Come è stato da altri opportunamente evidenziato⁶⁴, uno snodo fondamentale del dibattito dottrinale in Italia fu certo rappresentato dalla posizione assunta da Dionisio Anzilotti nel suo *Corso* del 1915 quanto alla possibilità di configurare lo stato di necessità come causa generale di esclusione dell'illecito per giustificare l'inosservanza delle norme del diritto bellico⁶⁵: tesi questa che fu vivacemente criticata da autori come Borsi⁶⁶ e Cavaglieri⁶⁷, per i quali la necessità militare poteva invocarsi solo in quanto ciò fosse espressamente consentito da specifiche clausole⁶⁸.

La posizione teorica assunta da Catellani muoveva dalla constatazione per cui “il diritto di guerra delude le aspettative degli Stati che erano venuti disciplinandolo... [p]oiché ne sopravvive quella parte non grande che risulta ancora corrispondere alle esigenze ed alle necessità della pratica; mentre per tutto il resto prevale l'arbitrio individuale dei singoli Stati”⁶⁹. Nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1915-16, il professore patavino si propose di precisare il suo pensiero circa le ragioni delle gravi infrazioni del diritto di guerra nonché del crescente ricorso alla rappresaglia, rinvenendole nei “caratteri specifici della società internazionale”.

Anzitutto, egli descrisse il diritto di guerra come “corrispondente in parte ad un sistema eccezionale di diritto materiale ed in parte maggiore ad un codice di procedura”⁷⁰: un codice analogo a quello di uno Stato che, per ipotesi, ammettesse il duello come mezzo di risoluzione delle controversie. Tuttavia, a suo avviso, l'analogia non poteva estendersi oltre, dal momento che l'evoluzione del diritto internazionale – in mancanza di una funzione legislativa accentrata – era strettamente collegata al modificarsi delle condizioni materiali dei rapporti tra gli Stati e, pertanto, alle mutazioni della coscienza giuridica.

Catellani riteneva possibile allora distinguere, tanto in tempo di

War, Ithaca, 2014.

⁶³ Cfr. KOSKENNIEMI, op. cit., pp. 282-291 e 357-364

⁶⁴ PASSERO, *Dalle Convenzioni di Ginevra*, cit., p. 1495.

⁶⁵ ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. III, parte prima, Roma, 1915, p. 209.

⁶⁶ BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, *Riv. dir. int.*, 1916, p. 157 ss.

⁶⁷ CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Roma, 1917.

⁶⁸ In tema v. anche BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, in *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, a cura di Alaimo, Gianelli e Spinedi, Milano, 2006, p. 107 ss., pp. 136-140.

⁶⁹ CATELLANI, *Fattori ed effetti sociologici della guerra*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1915, p. 469 ss., a p. 471.

⁷⁰ CATELLANI, *I caratteri specifici della società internazionale*, cit., p. 366.

pace quanto in tempo di guerra, tra le incontestate violazioni del diritto internazionale e gli “atti che, mentre sono materialmente disformi da una norma di condotta prima vigente, sono d'altronde conformi ad una nuova norma di condotta considerata... come una necessaria conseguenza del mutare delle condizioni”⁷¹. Tuttavia, in assenza di una suprema autorità competente, dal momento che gli Stati rimanevano giudici “singolarmente e definitivamente” – tanto dell’esistenza di una norma consuetudinaria quanto della possibilità di invocare un mutamento delle condizioni esistenti al tempo della stipulazione del trattato – ciò che veniva a mancare era dunque la certezza del diritto. Al contrario, ne derivava “il dissidio circa il riconoscimento e la conservazione, l’applicazione e l’interpretazione di una regola di diritto”, a sua volta all’origine delle divergenze circa l’ammissibilità e l’estensione della rappresaglia: il risultato era allora quel “regresso verso l’arbitrio dei tempi remoti”, “in quel baratro nel quale azione e la reazione cieca dei contendenti trascendono agli estremi della vendetta e della violenza”⁷².

A seguito della tragica rotta di Caporetto, Padova – la città di Catellani – era divenuta la “capitale al fronte”. Il Comando supremo fu trasferito negli alberghi e nelle ville dei Colli Euganei: il 3 novembre 1918, l’armistizio con gli austro-ungarici fu firmato presso la villa appartenente all’ex Sindaco di Padova, il senatore Giusti. A conclusione di un conflitto mondiale in cui si era per taluni manifestata la “bancarotta del diritto internazionale”, nel 1919 Enrico Catellani poteva comunque sostenere che gli esiti della guerra ne avevano invece dimostrato “la completa rivendicazione”⁷³. Non soltanto “gli atti contrari al diritto di guerra” che “produssero immediatamente quella vicenda delle rappresaglie che parve travolgere in una stessa rovina tutte le norme della guerra giusta”, determinarono “quell’intervento americano che ha fatto precipitare la sconfitta chi aveva avuto l’iniziativa delle violazioni”, ma soprattutto “le inchieste che si vanno facendo sulla gravità e la quantità di tali violazioni, assumono a paradigma le regole che erano state violate e che dalle riparazioni imposte e dalle espiazioni inflitte ai colpevoli, ritrarranno una riaffermazione”⁷⁴. Sul piano più squisitamente dottrinale, Catellani esprimeva soddisfazione perché con la guerra veniva al contempo spazzata via “dal campo della scienza del diritto internazionale, quell’indirizzo specialmente tedesco che voleva costringere le regole e gli istituti sul letto di Procuste delle categorie specifiche della filosofia del diritto

⁷¹ *Ibidem*, p. 358.

⁷² *Ibidem*, p. 371.

⁷³ CATELLANI, *La bancarotta dei profeti e la Lega delle Nazioni*, Venezia, 1919, p. 6.

⁷⁴ *Ibidem*.

privato e dei diritti positivi nazionali”⁷⁵.

D’altro canto, metteva pure in guardia non soltanto dai profeti di sventura ma anche dai profeti della pace perpetua, come se quella appena passata fosse stata l’ultima guerra della storia: con una certa dose di realismo e di disincanto, pur riconoscendo tanto “la riparazione dei danni del passato” quanto l’esistenza di “un ordine più sicuro per l’avvenire”, Catellani avvertiva che ciò non avrebbe avuto carattere di stabilità nel tempo ma sarebbe durato fino a “un’altra ebbrezza d’orgoglio, dimentica di tali esperienze”. Non poteva forse immaginare che solo due decenni più tardi l’Europa sarebbe stata ancora una volta travolta dal trauma della guerra mondiale. Non poteva immaginare nemmeno che la sua esistenza di accademico e uomo pubblico, costantemente dalla parte “giusta” della storia e contrassegnata da un sincero patriottismo, che si era nutrito dei miti risorgimentali, si sarebbe tragicamente conclusa nell’isolamento e nell’esclusione.

⁷⁵ *Ibidem.*

Luisa Vierucci *

*Sparare sulla Croce Rossa: la prassi di attacchi deliberati
contro gli ospedali nel conflitto siriano*

Gli attacchi agli edifici che svolgono funzioni sanitarie si sono moltiplicati, soprattutto nei conflitti armati non-internazionali. In Siria la caratteristica principale degli attacchi sferrati contro gli ospedali è la loro natura deliberata. Nel diritto internazionale umanitario l'ospedale è un bene civile specialmente protetto: rispetto e protezione sono dovuti in ogni circostanza, a meno che essi non siano usati per commettere atti che arrecano danno al nemico. Rimane tuttavia problematico che la tutela speciale accordata agli ospedali in base al diritto umanitario trovi solo un parziale riscontro nelle disposizioni dello Statuto della Corte penale internazionale relative ai crimini di guerra.

1. *Introduzione*

Come è noto, già la Convenzione di Ginevra del 1864, il primo trattato con finalità umanitarie a vocazione universale, poneva il divieto di attacchi agli ospedali militari in tempo di conflitto armato. Poco più tardi, con il Regolamento dell'Aia del 1899, anche gli ospedali civili sono diventati oggetto di protezione dagli attacchi. L'emblema di Croce Rossa, più tardi affiancato da quello della Mezzaluna Rossa, nasce proprio con valenza protettiva per i presidi ospedalieri, oltre che per il personale sanitario e para-sanitario.

In effetti, da allora gli attacchi agli ospedali militari o civili in tempo di conflitto armato sono stati, fino ad epoca recente, poco numerosi¹. La *ratio* dell'osservanza di questa regola del diritto internazionale umanitario è probabilmente da rinvenire nella convinzione radicata e diffusa che le strutture sanitarie, nonché i feriti e i malati che li ospitavano, richiedessero il massimo rispetto ad opera dei belligeranti. Merita a questo proposito

* Professore associato nell'Università degli studi di Firenze.

¹ Sono ben noti i processi condotti nel 1921 davanti alla Corte suprema tedesca di Lipsia relativi agli attacchi alle navi ospedale *Llandovery Castle* e *Dover Castle* perpetrati durante la prima guerra mondiale, cfr. *American Journal of International Law*, 1921, p. 734.

sottolineare che, sebbene la normativa sopra citata si applicasse soltanto ai conflitti armati internazionali, poco dopo l'adozione della Convenzione di Ginevra del 1864 si rinvengono elementi di prassi volti ad estendere la tutela ai presidi sanitari anche in quelle situazioni di conflitto qualificabili come non internazionali. Come efficacemente evidenziato da Paolo Benvenuti, ad esempio, nel 1867 il Ministro degli esteri italiano, Visconti Venosta, riconosceva che le regole della succitata Convenzione di Ginevra riguardanti la tutela degli ospedali avrebbero dovuto trovare applicazione anche al conflitto che si stava svolgendo sull'isola di Candia (l'attuale Creta) fra il Governo turco e gli insorti cretesi, pertanto di carattere non-internazionale, in ragione di un "interesse altamente umanitario"².

Questa sarebbe quindi una "parte universale e intoccabile"³ del diritto internazionale umanitario che, incarnando valori che si impongono di forza propria all'interno del sistema del diritto, non avrebbero – a rigore – neppure bisogno di una norma scritta di dettaglio.

Probabilmente, proprio l'assenza di prassi violativa della regola che rende gli ospedali immuni da attacco giustifica la carenza di attenzione della dottrina internazionalistica verso la questione della protezione degli ospedali in tempo di conflitto armato⁴.

Gli ultimi dieci anni hanno invece segnato un netto cambiamento di tendenza: gli attacchi agli edifici che svolgono funzioni sanitarie si sono moltiplicati, soprattutto nei conflitti armati non-internazionali, si pensi allo Yemen, alla Somalia e al Sud Sudan⁵.

² BENVENUTI, *La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, p. 171 ss., a p. 208.

³ Sul punto, sebbene con riferimento alla c.d. clausola Martens, si veda BENVENUTI, *Riflessione sul carattere universale del diritto internazionale umanitario e del movimento di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2001, p. 37 ss., p. 41.

⁴ I contributi più esaustivi sul tema sono molto recenti, cfr. MIKOS-SKUZA, *Hospitals*, in *The 1949 Geneva Conventions: a Commentary*, a cura di Clapham, Gaeta e Sassoli, Oxford, 2015, pp. 207-229 e HAECK, *Loss of Protection*, *ibid.*, pp. 839-854.

⁵ Si vedano International Committee of the Red Cross, *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care, January 2012 to December 2014*, Geneva, 2015, <https://www.icrc.org/en/publication/4237-health-care-danger-violent-incidents-affecting-delivery-health-care-january-2012>; MAURER, *Even wars have limits: Health-care workers and facilities must be protected*, 3 maggio 2016, <https://www.icrc.org/en/document/hcid-statement>; Human Rights Watch, *Hospitals, Health Workers Under Attack*, 24 maggio 2017, <https://www.hrw.org/news/2017/05/24/hospitals-health-workers-under-attack> (l'ultimo accesso ai documenti od opere on line citati nel presente articolo è avvenuto in data 3 gennaio 2019).

2. La prassi relativa al conflitto in Siria

È soprattutto la prassi relativa al conflitto in Siria che richiama l'attenzione del giurista, in quanto dall'inizio del conflitto nel 2011 al marzo 2018 si stima che siano stati 492 gli attacchi alle strutture mediche⁶, che hanno colpito almeno 325 edifici⁷, e che almeno 847 individui appartenenti al personale medico abbiano perso la vita durante questi attacchi.

Come affermato dalla commissione di inchiesta dell'ONU, le parole non riescono a rendere l'immensità della crisi dell'assistenza sanitaria in Siria, in quanto la negazione dell'assistenza sanitaria è una "distinct and chilling reality"⁸ di quel conflitto, dove gli attacchi sono "deliberate"⁹.

La Croce Rossa e la Mezzaluna Rossa, da emblemi protettivi, si sono trasformati in simboli utili ad individuare un obiettivo di attacco¹⁰. Negli anni del conflitto, nelle zone non controllate dal governo, si è stati costretti ad erogare le cure mediche dapprima in edifici privi dell'emblema della Mezzaluna Rossa¹¹ e successivamente in rifugi sotterranei difficilmente riconoscibili all'esterno come destinati alla cura di feriti¹².

La comunità internazionale, anzitutto per il tramite delle organizzazioni internazionali, si è mobilitata per protestare con vigore contro questa prassi. Per la prima volta il Consiglio di Sicurezza dell'ONU ha adottato, all'unanimità, una risoluzione di condanna degli attacchi deliberatamente rivolti contro strutture sanitarie. Ai sensi della risoluzione 2286 (2016), il Consiglio non solo "[s]trongly condemns acts of violence, attacks and threats against the wounded and sick, medical personnel and humanitarian personnel exclusively engaged in medical duties, their means of transport and equipment, as well as hospitals and other medical facilities", ma anche "[d]emands that all parties to armed conflicts fully comply with their obligations

⁶ Physicians for Human Rights, *Beyond Imagination: Seven Years of Conflict in Syria*, March 2018, p. 2, <http://physiciansforhumanrights.org/library/reports/beyond-imagination.html>.

⁷ Physicians for Human Rights, *Anatomy of a Crisis – A Map of Attacks on Health Care in Syria*, October 2017, p. 1, https://s3.amazonaws.com/PHR_syria_map/findings.pdf.

⁸ UN Human Rights Council, *Assault on Medical Care in Syria*, UN Doc. A/HRC/24/CPR.2, 13 settembre 2013, p. 2, par. 3 e p. 3 par. 7.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ V. ATTANASIO, *Chi e perché spara sulla Croce Rossa: Conversazioni con il Presidente della Croce Rossa Italiana, Francesco Rocca, Limesonline*, 14 marzo 2016, <http://www.limesonline.com/chi-e-perche-spara-sulla-croce-rossa/89202?prv=true>.

¹¹ UN Human Rights Council, *Assault on Medical Care in Syria*, cit., p. 3, par. 6.

¹² Syrian American Medical Society, *Saving Lives Underground: the Case for Underground Hospitals in Syria*, <https://www.sams-usa.net/reports/saving-lives-underground-case-underground-hospitals-syria/>.

under international law, including international human rights law, as applicable, and international humanitarian law ... to ensure the respect and protection of all medical personnel and humanitarian personnel exclusively engaged in medical duties, their means of transport and equipment, as well as hospitals and other medical facilities”. Inoltre, il Consiglio “[s]trongly urges States and all parties to armed conflict to develop effective measures to prevent and address acts of violence, attacks and threats against medical personnel and humanitarian personnel exclusively engaged in medical duties, their means of transport and equipment, as well as hospitals and other medical facilities in armed conflict”¹³.

Anche l’Organizzazione Mondiale della Sanità ha più volte deplorato gli attacchi “massive and deliberate” contro ospedali siti in territorio siriano¹⁴. Le manifestazioni di condanna, unitamente all’offerta di sostegno, provenienti dalle organizzazioni non governative, hanno raggiunto livelli estremamente significativi.

Già questa breve panoramica rivela la caratteristica principale degli attacchi sferrati contro gli ospedali sul territorio siriano, ossia la loro natura deliberata. Come più volte ribadito nei rapporti della commissione di inchiesta ONU sul conflitto in Siria, gli attacchi deliberati agli ospedali sono una “weapon of war” utilizzata per il raggiungimento di obiettivi strategici e militari¹⁵.

Le motivazioni che sono state prospettate a giustificazione di questi attacchi con riferimento alla Siria sono principalmente di due ordini. In primo luogo, questi attacchi avrebbero l’obiettivo di rendere ‘invivibili’ le aree controllate dall’opposizione, in tal modo mirando a sottrarre il sostegno della popolazione civile verso l’opposizione armata; in secondo luogo, punterebbero ad evitare che gli oppositori, una volta recuperata la salute, tornino a combattere¹⁶.

¹³ UN Doc. S/RES/2286, 3 maggio 2016.

¹⁴ World Health Organization, *Syrian Arab Republic – Annual Report 2017*, Cairo, 2017, p. 11, <http://www.who.int/emergencies/crises/syr/syria-who-annualreport2017.pdf?ua=1>.

¹⁵ UN Human Rights Council, *Assault on Medical Care in Syria*, cit., p. 2, par. 3.

¹⁶ *Ibid.*, par. 5.

3. *La protezione speciale dall'attacco a cui sono soggetti gli ospedali ai sensi del diritto internazionale umanitario*

La protezione degli ospedali, inizialmente circoscritta a quelli militari, risale alla I Convenzione di Ginevra del 1864, ai sensi della quale “les hôpitaux militaires seront reconnus neutres, et, comme tels, protégés et respectés par les belligérants” (art. 1). È interessante che quella Convenzione ponesse limiti temporali e funzionali alla suddetta protezione, che quindi era confinata entro quell’arco di tempo in cui l’edificio ospitasse malati o feriti e a condizione che non fosse “gardés par une force militaire”. Inoltre, al fine di rendere effettiva detta protezione, fu previsto che gli ospedali fossero contrassegnati da una croce rossa su fondo bianco e dalle bandiere nazionali (art. 7).

I Regolamenti dell’Aia del 1899 e del 1907 hanno esteso la protezione agli ospedali civili, definendoli come beni da risparmiare, nella misura del possibile, da assedi e bombardamenti (art. 27). Anche in questa normativa pattizia si prevedeva una limitazione di uso degli ospedali, ossia la protezione sussisteva “provided they [we]re not being used at the time for military purposes”.

Le Convenzioni di Ginevra del 1949 contengono un’articolata disciplina di protezione per gli ospedali civili¹⁷, così come i due Protocolli aggiuntivi del 1977¹⁸ e la corrispondente norma consuetudinaria, quale ricostruita dal Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR) nei volumi sul diritto internazionale umanitario consuetudinario, pubblicati nel 2005¹⁹. In breve, per ciò che qui interessa, l’ospedale diventa un bene civile specialmente protetto²⁰. La specialità della protezione che il diritto internazionale umanitario attribuisce a questa categoria di beni consiste in una *garanzia rafforzata* rispetto ad altri beni civili quali le scuole o le abitazioni²¹.

¹⁷ Articoli 18-23 della I Convenzione di Ginevra, articoli 22-23 e 34-35 della II Convenzione di Ginevra e articoli 18-19 della IV Convenzione di Ginevra.

¹⁸ Art. 8, lett. e) e articoli 12 e 13 del I Protocollo aggiuntivo e art. 11 del II Protocollo aggiuntivo del 1977.

¹⁹ HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, Cambridge, 2005.

²⁰ La protezione speciale è accordata dal diritto consuetudinario anche ai seguenti beni civili: monumenti, luoghi di culto, beni per uso medico o religioso, per scopi umanitari o necessari per le forze di mantenimento della pace, beni culturali, zone protette, opere e installazioni contenenti forze pericolose (cioè dighe e centrali nucleari per la produzione di energia elettrica) e l’ambiente naturale (si veda HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, op. cit., vol. I, pp. 91-158, regole 28-45).

²¹ Il Comitato internazionale della Croce Rossa qualifica come “elevated” la protezione dovuta agli ospedali rispetto a quella che in linea generale deve essere garantita ai beni civili:

In linea generale, i beni civili possono diventare un obiettivo militare qualora soddisfino i requisiti previsti dalla norma contenuta all'art. 52, par. 2 del I Protocollo aggiuntivo del 1977, nonché dalla norma consuetudinaria di uguale contenuto²²: ossia, in primo luogo, che detti beni “by their nature, location, purpose or use” offrano una “effective contribution to military action” e, in secondo luogo, che la “total or partial destruction, capture or neutralization” di questi beni offra, “in the circumstances ruling at the time” un “definite military advantage”. Al contrario, i beni civili soggetti a protezione speciale, quali gli ospedali, perdono l'immunità dall'attacco soltanto alle condizioni più restrittive previste dalla norma corrispondente che li tutela. Secondo questa norma, di contenuto pressoché identico indipendentemente dalla natura internazionale o non-internazionale del conflitto in cui deve applicarsi, le “[m]edical units exclusively assigned to medical purposes must be respected and protected in all circumstances”. In particolare, le unità mediche “lose their protection if they are being used, outside their humanitarian function, to commit acts harmful to the enemy”²³.

Questa formulazione evidenzia il carattere speciale della protezione al quale gli ospedali sono soggetti. Gli edifici sanitari infatti devono essere rispettati e protetti “in all circumstances”, ossia anche avverso attacchi sferrati a titolo di rappresaglia. Inoltre, in un'unica ipotesi essi perdono la protezione speciale, vale a dire in ragione del loro *uso*. Ciò significa che è soltanto questa – l'uso – la funzione suscettibile di trasformare un ospedale in un obiettivo militare, e non anche le altre caratteristiche contemplate nella nozione di obiettivo militare, cioè, come più sopra indicato, la “nature”, “location” o “purpose”²⁴ del bene.

La circostanza che la “location”²⁵, cioè l'ubicazione, dell'ospedale non

cf. *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts, Report prepared by the International Committee of the Red Cross for the 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 8-10 December 2015*, p. 31, <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts>.

²² HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, op. cit., p. 29, regola 8.

²³ *Ibid.*, p. 91, regola 28.

²⁴ Secondo il Commentario ai protocolli aggiuntivi del 1977, il criterio del “purpose”, ossia dello scopo del bene, è legato allo “intended future use of an object”: v. *Commentary to the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949*, a cura di Sandoz, Swinarski e Zimmermann, Geneva, 1987, p. 636, par. 2022.

²⁵ Come precisato nel Commentario (op. ult. cit., p. 636, par. 2021), il criterio della “location”, ossia dell'ubicazione del bene, è soddisfatto da quei beni, quali un ponte o un'altra costruzione, oppure da un “site which is of special importance for military operations in view of its location, either because it is a site that must be seized or because it is important to prevent the enemy from seizing it, or otherwise because it is a matter of forcing the enemy to retreat from it”.

possa costituire un elemento fondante la legittimità dell'uso della forza qualifica come vietati gli attacchi contro gli ospedali sferrati con lo scopo di rendere invivibili le aree della Siria poste sotto il controllo dell'opposizione perché private di assistenza sanitaria²⁶. Analogamente, la "nature"²⁷, cioè la natura dell'ospedale, non può rappresentare un elemento di legittimità dell'obiettivo. Ciò esclude che si possano addurre, a fondamento di un attacco contro un obiettivo specialmente protetto, argomentazioni legate al carattere "militare" dell'unità medica.

L'ultimo aspetto sul quale è necessario soffermarsi è che non soltanto l'elemento dell'uso – e non gli altri elementi costitutivi della nozione di obiettivo militare – che viene fatto degli ospedali sottrae a quest'ultimo la protezione dovuta, ma anche che questo "uso" è qualificato, nel senso che detti edifici perdono la protezione solo se (i) sono impiegati per lo svolgimento di attività "outside their humanitarian function", e se (ii) questa attività si concreta nella commissione di "acts harmful to the enemy". Questa precisazione opera un'ulteriore restrizione delle ipotesi di liceità dell'attacco, poiché esclude che attività quali, ad esempio, l'uso di strumentazioni a raggi X, qualora dovessero interferire con strumenti impiegati dal soggetto attaccato volti a contrastare l'attacco stesso, possa legittimare la distruzione dell'ospedale, posto che il ricorso a questi mezzi diagnostici rientra nella "humanitarian function" del presidio ospedaliero²⁸. Oltre a ciò, occorre evidenziare che soltanto quelle attività non rientranti nella funzione assistenziale che caratterizza l'ospedale e che danno luogo a danni per il nemico privano l'edificio della protezione dall'attacco. Pertanto, lo svolgimento di attività quali, il possesso di armi leggere da parte del personale dell'edificio, il fatto che l'edificio sia sottoposto a sorveglianza, la presenza di armi e munizioni appena sottratte al paziente, e il trattamento di soldati nemici²⁹ non fa venire meno la tutela dell'edificio. In aggiunta la protezione speciale non cessa neppure nel caso in cui all'interno

²⁶ Si noti che la motivazione in questione non configura soltanto *stricto sensu* l'elemento della "ubicazione" del bene, ma indica altresì il carattere deliberato di questi attacchi che sono rivolti sia contro edifici civili che contro la popolazione civile, in violazione dell'art. 51, par. 2 del I Protocollo aggiuntivo del 1977 e della corrispondente norma consuetudinaria.

²⁷ Il Commentario (op. cit., p. 636, par. 2020) inserisce nella categoria di beni che per "natura" possono offrire un contributo effettivo allo sforzo bellico "all objects directly used by the armed forces: weapons, equipment, transports, fortifications, depots, buildings occupied by armed forces, staff headquarters, communications centres etc."

²⁸ In questo senso si esprime chiaramente il Commentario ai protocolli aggiuntivi, p. 175, par 552.

²⁹ HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, op. cit., p. 97.

dell'ospedale si svolgano attività che, ancorché criminose, non arrechino danni all'avversario³⁰.

4. *L'attacco deliberato agli ospedali: un crimine di guerra?*

La prassi dei tribunali penali internazionali relativa agli attacchi agli ospedali quale crimine di guerra è estremamente limitata e altresì poco utile per valutare la misura in cui la specialità della protezione che il diritto internazionale umanitario accorda a questa tipologia di beni civili trova riscontro quanto al profilo delle conseguenze penalistiche derivanti dalla sua violazione. In particolare, la Camera d'appello del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia ha trattato di attacchi ad un ospedale nel noto caso dell'ospedale di Vukovar, ma solo per valutare il massacro dei feriti e malati Croati, senza soffermarsi anche sul distinto profilo della legittimità dell'attacco all'edificio in quanto tale³¹. Invece nel caso *Stanislav Galić* la Camera d'appello del Tribunale ha esaminato l'attacco all'ospedale Koševo di Sarajevo all'interno della serie di attacchi contro i civili e verificato se le condizioni necessarie per la perdita di protezione si fossero materializzate³².

La criminalizzazione di condotte violative della protezione speciale a cui sono soggetti gli ospedali risulta problematica se si prende in esame l'articolo dello Statuto della Corte penale internazionale relativo ai crimini di guerra³³. La disposizione che menziona espressamente gli attacchi agli ospedali compiuti in un conflitto armato non internazionale è l'art. 8, comma 2, lett. e) (iv), ai sensi del quale costituisce un crimine di guerra “[i]ntentionally

³⁰ Si potrebbero ipotizzare, ad esempio, attività di contrabbando di merci.

³¹ ICTY, *The Prosecutor v Mile Mrkšić, Miroslav Radić, Veselin Šljivanč*, Appeals Chamber Judgment, IT-95-13/1-T, 27 settembre 2007, p. 52, paragrafi 130-131.

³² ICTY, *The Prosecutor v Stanislav Galić*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-29-A, 30 novembre 2006, p. 147, par. 343.

³³ Dovrebbe essere agevole stabilire che una simile prassi è contraria a norme basilari del diritto internazionale che, tra l'altro, danno luogo alla responsabilità penale individuale. Prendendo come riferimento lo Statuto della Corte penale internazionale – ben sapendo che la Siria non ne è parte – la prassi di attacchi deliberati agli ospedali potrebbe qualificarsi come crimine contro l'umanità sub specie “omicidio”, per ciò che riguarda le conseguenze letali su pazienti e personale sanitario, oppure come “altri atti inumani diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale”, per le persone che rimangono in vita dopo l'attacco. Non mi soffermo sull'elemento della sistematicità dell'attacco contro la popolazione civile, perché questa sembra *insita* nella politica posta in essere nel corso del conflitto siriano.

directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives”.

Alla luce della precedente disamina, risulta chiaro che l'articolo in questione disconosce la specialità della protezione che il diritto internazionale umanitario accorda agli ospedali. Con questa disposizione, di fatto, lo Statuto equipara gli ospedali a qualunque bene civile – ossia soggetto a protezione generale e non, appunto, speciale. Questa equiparazione – che abbiamo visto essere alquanto critica – è confermata dal fatto che la disposizione in questione pone sullo stesso piano gli ospedali e altri beni civili non soggetti a protezione speciale, cioè le scuole. In tal modo si disconosce la differenza fondamentale che, sul piano dei fatti, esiste fra questi due tipi di beni civili e che costituisce la *ratio* della differente protezione accordato a questi due tipi di beni: mentre le scuole ospitano persone civili solo in determinati momenti del giorno e della settimana, gli ospedali si caratterizzano per la presenza continua di pazienti e personale sanitario.

A questo proposito merita rilevare che la traduzione italiana, non ufficiale, della disposizione in questione sarebbe aderente alla norma di diritto internazionale umanitario, in quanto precisa che costituisce crimine di guerra l'attacco deliberato ad ospedali “purché tali edifici non siano utilizzati per fini militari”³⁴. È però evidente che questa traduzione non è fedele alle versioni autentiche inglese e francese³⁵.

Si potrebbe sostenere che l'articolo di poco successivo a quello in esame, l'art. 8, comma 2, lett. e) (ii) è idoneo a colmare la suddetta lacuna. Esso infatti criminalizza “[i]ntentionally directing attacks against buildings, material, medical units and transport, and personnel using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in conformity with international law”, prevedendo soltanto negli *Elements of Crimes*³⁶ che, per configurare un crimine di guerra, l'attacco deve essere diretto contro un ospedale “provided it is not a military objective”³⁷. Tralasciando la questione dei “distinctive

³⁴ Formula usata all'art. 27 del Regolamento dell'Aia. Si legga la traduzione non ufficiale in italiano dello Statuto, che contiene l'espressione “purché non siano utilizzati per fini militari”, in GREPPI e VENTURINI, *Codice di Diritto internazionale umanitario*, Torino, 2012.

³⁵ V. anche il testo francese: “pour autant que ces bâtiments ne soient pas des objectifs militaires”.

³⁶ Ai sensi dell'art. 9, par. 2 dello Statuto, gli *Elements of Crimes* sono adottati dall'Assemblea degli Stati parte allo Statuto. Tali elementi costitutivi dei crimini devono essere conformi allo Statuto (art. 8, par. 3).

³⁷ V. ICC, *Elements of crimes*, 2011, p. 23: “The object of the attack was one or more buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals or places where the sick and wounded are collected, which were

emblems”, che in un conflitto armato non internazionale rinvia al diritto interno – e già questo profilo può essere problematico – non resta che auspicare che i giudici della Corte, in casi simili, non si avvalgano degli *Elements of Crimes* i quali, secondo quanto previsto dall’art. 9, par. 1 dello Statuto, hanno solo lo scopo di assistere la Corte nell’interpretazione ed applicazione, tra gli altri, dell’art. 8 dello Statuto.

Il disconoscimento della specialità della protezione dovuta agli ospedali quale emerge dallo Statuto della Corte penale internazionale potrebbe essere stata indotta da una non chiara enunciazione delle conseguenze derivanti da questa specialità all’interno dei Commentari del CICR alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e ai due Protocolli del 1977. In questi Commentari, infatti, per quanto si indichi chiaramente che la perdita di protezione degli ospedali si configura “soltanto”³⁸ nell’ipotesi di *uso* al di fuori dell’attività umanitaria e allo scopo di compiere atti ostili al nemico, nondimeno da questo uso si fa derivare la trasformazione dell’ospedale in obiettivo militare, qualora i requisiti da quest’ultimo richiesti siano soddisfatti³⁹. Purtroppo, non si chiarisce l’effetto restrittivo che la protezione speciale attribuita agli ospedali ha sulla nozione di obiettivo militare. In questo senso, il Commentario del CICR del 2016 appare particolarmente problematico perché, appunto, fa espresso riferimento alla perdita di immunità qualora i criteri richiesti per l’obiettivo militare siano soddisfatti⁴⁰.

Non voglio concludere questa breve disamina lasciando la convinzione che la prassi di attacchi agli ospedali siriani non costituisca un crimine di guerra ai sensi dello Statuto della Corte penale internazionale. Altre disposizioni consentirebbero di sanzionare penalmente questa condotta, ma avendo riguardo più agli attacchi contro il personale sanitario e i pazienti che non agli edifici e alla strumentazione ivi contenuta⁴¹.

not military objectives”.

³⁸ *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Volume I*, a cura di Pictet, Geneva, 1952, p. 200: “protection could only cease in the one case mentioned above”, ossia l’uso per commettere atti dannosi al nemico.

³⁹ V. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977*, cit., p. 175, par. 555; ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Cambridge, 2016, par. 1847.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Ad esempio, ai sensi dell’art. 8, 2° comma, par. c, lett. i) dello Statuto, si qualificano come crimini di guerra, in un conflitto armato non-internazionale, gli “atti di violenza contro la vita e l’integrità della persona” commessi contro “coloro che non partecipano direttamente alle ostilità, ivi compresi i membri delle Forze Armate ... che non sono in grado di combattere per malattia o ferite”. Quindi gli atti di violenza contro civili o militari nei cui confronti venivano prestate cure mediche al momento dell’attacco sono sicuramente crimini di guerra (purché vi

5. *Considerazioni conclusive*

In conclusione, l'obbligo in capo agli Stati di prevedere una tutela speciale per gli ospedali in base al diritto internazionale umanitario trova solo un parziale riscontro nelle disposizioni dello Statuto della Corte penale internazionale relative ai crimini di guerra. Questa differente sfera di operatività risulta problematica soprattutto in ragione delle recenti istanze di violazioni gravi e ripetute del suddetto obbligo. In un periodo in cui la regola posta a fondamento dell'intero *corpus* del diritto umanitario è soggetta a così gravi frizioni, giova ricordare come Paolo Benvenuti abbia giustamente osservato che: "il diritto umanitario ... appare imporsi anche quando e tanto più quanto la realtà ... tragicamente non vi corrisponda. Quasi in una dimostrazione per assurdo, la violazione, piuttosto che indebolire la necessità morale, storica e giuridica del diritto internazionale umanitario applicabile nel corso dei conflitti armati ... riconferma tale necessità e ne determina eventualmente l'ulteriore sviluppo tutto ciò perché appare insopprimibile nella coscienza universale che nelle relazioni fra uomini anche nell'ipotesi estrema di conflitto armato ... siano serviti gli interessi dell'umanità e le esigenze progredienti della civiltà"⁴².

sia il nesso col conflitto armato). Vi rientrano nondimeno atti compiuti contro il personale sanitario, in quanto "civili che non partecipano direttamente alle ostilità".

⁴² BENVENUTI, *La clausola Martens*, cit., p. 224.

In questo volume dedicato a Paolo Benvenuti, Professore emerito dell'Università di Roma Tre, sono raccolti i contributi di allievi e colleghi che hanno condiviso con lui esperienze di studio e didattiche in diversi atenei italiani. Essi riguardano una varietà di argomenti: la tutela dei diritti fondamentali nei conflitti armati, i limiti di ordine pubblico all'applicazione della disciplina dei rapporti privati transnazionali, le norme europee in materia di immigrazione e di inclusione sociale, la repressione dei crimini internazionali. Tutti i lavori, pur eterogenei, traggono spunto dalle tematiche oggetto degli interessi scientifici di Paolo Benvenuti e delle attività da lui svolte ai fini della sensibilizzazione e diffusione della conoscenza del diritto internazionale ed umanitario anche in ambito extra-accademico.

Contributi di: Giulio Bartolini, Giandomato Caggiano, Antonietta Di Blase, Edoardo Greppi, Flavia Lattanzi, Claudia Morviducci, Giuseppe Nesi, Giuseppe Palmisano, Riccardo Pisillo Mazzeschi, Francesco Salerno, Rosario Sapienza, Mirko Sossai, Luisa Vierucci.