

# LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

---

Vol. LXXIV

2019

N. 3

---

RIVISTA TRIMESTRALE  
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

## INDICE

### *STORIA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE*

- EDOARDO GREPPI – La giustizia internazionale penale: qualche riflessione a cent'anni dalla Grande Guerra.....349
- UGO VILLANI – Il progetto di Giuseppe Toniolo di un Istituto cattolico di diritto internazionale.....375

### *ARTICOLI E SAGGI*

- FRANCESCA GRAZIANI – La ricerca della prova digitale mediante captatore informatico nella prassi degli Stati e nell'ordinamento italiano: il difficile equilibrio tra prevenzione dei reati e tutela della riservatezza informatica.....389
- ENRICO MASSA – L'evoluzione del diritto internazionale dei rifugiati attraverso la partecipazione dell'ACNUR alla funzione giurisdizionale.....419

### *OSSERVATORIO DIRITTI UMANI*

- ELENA CARUSO – Il crocevia mancato tra Roma e Strasburgo in materia di interruzione volontaria di gravidanza.....447

### *NOTE E COMMENTI*

- MARTINA DI LOLLO – L'applicazione delle clausole sociali negli accordi di libero scambio alla luce della recente prassi arbitrale.....475
- MIRKO CAMANNA – La sentenza della Grande camera nel caso *Nait-Liman* (soc)chiude la porta alla giurisdizione universale civile.....503

*RECENSIONI*

P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p. LVII-469 (*Egeria Nalin*), p. 517

# LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

---

Vol. LXXIV

2019

N. 3

---

QUARTERLY JOURNAL  
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

## SUMMARY

### *HISTORY OF INTERNATIONAL LAW*

- EDOARDO GREPPI – International Criminal Justice: Some Reflections One Hundred Years After the Great War.....349
- UGO VILLANI – The Project of a Catholic Institute of International Law by Giuseppe Toniolo.....375

### *ARTICLES AND ESSAYS*

- FRANCESCA GRAZIANI – The Use of a Trojan Virus as a Means of Obtaining Digital Evidence in State Practice and in the Italian Legal System: Finding the Balance between Crime Prevention and Privacy Protection.....389
- ENRICO MASSA – The Development of International Refugee Law through the Participation of the UNHCR in Judicial Proceedings.....419

### *HUMAN RIGHTS OBSERVATORY*

- ELENA CARUSO – The Missed Crossroads between Rome and Strasbourg in the Matter of the Voluntary Interruption of Pregnancy.....447

### *NOTES AND COMMENTS*

- MARTINA DI LOLLO – The Application of Social Clauses Within Free Trade Agreements in the Light of Recent Arbitral Practice.....475
- MIRKO CAMANNA – The ECtHR's Decision on the *Nait-Liman* Case Leaves the Door (Un)Locked to Universal Civil Jurisdiction.....503

*REVIEW OF BOOKS*

P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p. LVII-469 (*Egeria Nalin*), p. 517.

# STORIA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

## LA GIUSTIZIA INTERNAZIONALE PENALE: QUALCHE RIFLESSIONE A CENT'ANNI DALLA GRANDE GUERRA

EDOARDO GREPPI

1. *Premessa: l'emergere dei crimini internazionali dell'individuo.*- La giustizia internazionale penale, con i suoi significativi e anche faticosi sviluppi nel corso degli ultimi decenni, si presta a fare qualche considerazione a cento anni dalla manifestazione del primo tentativo di affermazione – nell'ordinamento internazionale – del principio della responsabilità individuale “under International Law”<sup>1</sup>.

Dopo i due grandi conflitti mondiali (e, segnatamente, dopo il secondo), con la loro scia di violenze, di abusi, di orrori perpetrati su una scala qualitativamente e quantitativamente senza precedenti, si è avvertita, nell'ordinamento internazionale, la spinta a una produzione normativa e a uno sviluppo di istituti giuridici nel campo dei “crimini internazionali” dell'individuo. Al centro della preoccupazione è venuta a collocarsi esplicitamente la persona umana, in pace e in guerra e in quelle situazioni (oggi sempre più numerose) di non-pace e non-guerra, ma caratterizzate da conflittualità, tensioni, urgenze ed emergenze drammatiche. La persona umana, dunque, viene ad essere presa in considerazione come vittima centrale (e indifesa) delle violazioni più gravi e brutali.

La persona, l'essere umano viene oggi ritenuto il valore, il bene della Comunità internazionale da proteggere. Non si tratta più della sicurezza della navigazione (che, in fondo, è sempre stata un interesse dello Stato) come nel caso tradizionale della repressione della pira-

---

<sup>1</sup> Sui connotati generali del diritto internazionale penale, cfr. H. ASCENSIO – E. DECAUX – A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Parigi 2000; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2008; CASSESE A. (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009.

teria. Non è più la sola pratica della schiavitù, momento di evoluzione particolarmente avanzata della categoria dei *crimina juris gentium* di configurazione tradizionale<sup>2</sup>. Ma è la persona umana che appare drammaticamente come vittima di «nuove fattispecie criminose di rilevanza internazionale»<sup>3</sup>, come il genocidio, la tortura, i crimini di guerra, la presa di ostaggi e così via, fino alla c.d. pulizia etnica e agli stupri di massa di talune situazioni conflittuali recenti.

La gravità delle violazioni consente di elevare la soglia della determinazione della categoria, ricavando un livello superiore nella più generale sfera degli illeciti internazionali. Questi, tradizionalmente, fanno sorgere il rapporto di responsabilità limitatamente alla parte lesa<sup>4</sup>. Nel caso dei crimini, invece, appare con contorni piuttosto netti una categoria nella quale spiccano i caratteri della singolare gravità delle lesioni prodotte e della riconosciuta universalità dei valori, dei beni oggetto di tutela<sup>5</sup>. Saremmo, quindi, in presenza di un *corpus* di principi e norme che costituiscono una sorta di «ordine pubblico internazionale»<sup>6</sup>, la cui lesione configurerebbe un crimine.

L'ambito che qui prendiamo in considerazione si presenta in parte come diritto consuetudinario, in parte come diritto convenzionale, in parte ancora come oggetto di iniziative di codificazione e di sviluppo progressivo del diritto internazionale.

L'odierna comunità internazionale ha, dunque, sviluppato una categoria molto ampia di *crimina juris gentium*<sup>7</sup>. La categoria con i contorni più nitidi appariva inizialmente quella dei crimini di guerra, la cui commissione portava con sé, di fatto, un collegamento strettissimo tra responsabilità dell'individuo e responsabilità dello Stato. L'autore di crimini di guerra, nell'ambito del rapporto di belligeranza "classico", era normalmente un organo dello Stato, salvo i casi di civi-

---

<sup>2</sup> Cfr. M. LACHS, *Slavery: the past and the present*, in A. DELISSEN – G. TANJA, *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht-Boston, 1991, 613.

<sup>3</sup> Così F. FRANCONI, *Crimini internazionali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. IV, 466.

<sup>4</sup> Cfr. il classico R. AGO, *Le délit international*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1939, II, 419; I. BROWNLIE, *State Responsibility*, Oxford 1983; M. SPINEDI, *Responsabilità internazionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1992.

<sup>5</sup> Sul tema dei valori, cfr. M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000.

<sup>6</sup> In tal senso FRANCONI, *op. cit.*, 466.

<sup>7</sup> Ci pare opportuno affidarci a questa locuzione, come proposto da N. RONZITTI, *Crimini internazionali individuali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, 1988, 3.

li che uccidevano un prigioniero di guerra o un militare nemico isolato<sup>8</sup>.

La seconda guerra mondiale (con i drammi dell'Europa degli anni immediatamente precedenti il conflitto) ha, tuttavia, evidenziato la necessità di superare questo assunto. I crimini internazionali sono sempre più spesso opera di individui privi del collegamento organico con lo Stato<sup>9</sup>. In particolare, i crimini contro l'umanità sono normalmente commessi sia da individui-organi sia da individui che organi non sono.

Il secondo dopoguerra ha riproposto l'urgenza della costituzione di tribunali internazionali, che ha visto le Nazioni Unite provvedere a dare vita a giurisdizioni ad hoc, chiamate a fronteggiare emergenze umanitarie specifiche, e poi la comunità internazionale avviare la fase di costituzione di una corte permanente.

2. *Guerra e diritto.*- Nel diritto internazionale penale, nel corso degli ultimi decenni, hanno preso corpo le diverse categorie di crimini che sono attualmente codificate nello Statuto di Roma della Corte penale internazionale: il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e il crimine di aggressione<sup>10</sup>.

Cent'anni fa, nel Trattato di Versailles, si era voluto collocare in una posizione particolare (e storicamente priva di precedenti) la responsabilità di un capo di Stato, il Kaiser Guglielmo II Hohenzollern, per quelli che poi si chiameranno "crimini contro la pace" e ora "crimine di aggressione". In questa stessa prospettiva si poneva il successivo Patto Briand-Kellogg del 1928, che avrebbe posto le premesse di un fondamento alla chiamata di individui a rispondere di crimini internazionali dinanzi a giurisdizioni internazionali.

Con questo Patto – tuttora formalmente in vigore – le alte parti contraenti dichiaravano solennemente la loro condanna del ricorso alla guerra per la soluzione delle controversie internazionali e vi rinunciavano come strumento di politica nazionale (art. I), e accettavano di

<sup>8</sup> RONZITTI, *op. ult. cit.*, 4, fa il caso del linciaggio di un pilota sceso con il paracadute.

<sup>9</sup> Cfr. M. PEDRAZZI, *The Status of Organized Armed Groups in Contemporary Armed Conflicts*, in G. BERUTO – M. ODELLO (Eds.), *Non-State Actors and International Humanitarian Law. Organized Armed Groups: A Challenge for the 21<sup>st</sup> Century (Roundtable of the International Institute of Humanitarian Law)*, Milano, 2010.

<sup>10</sup> Cfr. A. CASSESE – P. GAETA – J. JONES (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2003; W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford 2016; A. LANCIOTTI, *La Corte penale internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, Torino, 2013.

dare soluzione con mezzi pacifici a qualsiasi controversia o conflitto di qualsiasi natura o origine (art. II). Numerosi Stati apposero riserve, accettate dagli altri contraenti, invocando il diritto alla legittima difesa individuale e collettiva. Il Patto Briand-Kellogg era il primo vero trattato multilaterale che imponeva precisi obblighi a carico degli Stati, e fu richiamato in occasione di numerosi conflitti successivi, dalla guerra sino-giapponese del 1931 all'aggressione sovietica della Finlandia nel 1939.

Già nel 1917 James Thomson Shotwell, professore alla Columbia University, con un gruppo di studiosi aveva elaborato una bozza di trattato sul disarmo, che esordiva con una dichiarazione che «la guerra di aggressione è un crimine internazionale». Shotwell, peraltro, era consapevole che un'affermazione del genere, forte, in un trattato internazionale sarebbe apparsa retorica se non accompagnata da una definizione praticabile di aggressione. Nell'impossibilità di addivenire ad una formulazione condivisa, si sarebbe dato vita ad una soluzione procedurale: le vertenze relative alle aggressioni sarebbero state portate dinanzi a un tribunale, accettandone in buona fede la decisione. Questo "protocollo di Ginevra" il 2 ottobre 1924 ebbe l'adesione di 47 Stati membri della Società delle Nazioni. Per gli Stati che non aderivano a questo accordo, la guerra, tuttavia, restava pienamente legittima. Il Regno Unito fece mancare il suo sostegno, rifiutando di ratificare il protocollo, e il progetto non ebbe esito<sup>11</sup>.

Shotwell si rivolse allora alla Francia, ad Aristide Briand, che aveva ricevuto con il ministro degli esteri tedesco Gustav Stresemann il premio Nobel per la pace. Briand, a sua volta, avanzò la proposta al Segretario di Stato americano Frank Kellogg. Questi, intrappolato nell'alternativa tra l'essere coinvolto nel sistema europeo di alleanze e l'essere bersaglio di critiche per uno scarso impegno per la pace, ebbe la brillante idea di rendere la proposta multilaterale: il trattato sarebbe stato aperto alla partecipazione di ogni Paese del mondo. Il 27 agosto 1928 a Parigi i rappresentanti di 15 Stati firmarono il Patto di rinuncia alla guerra. I procedimenti di ratifica furono rapidi e il 24 luglio 1929 il Patto entrò in vigore.

Il testo del trattato, come si è visto, era molto breve, e constava di soli due articoli.

All'articolo I, «Le alte parti contraenti dichiarano solennemente in nome dei loro popoli rispettivi di condannare il ricorso alla guerra

---

<sup>11</sup> Cfr. HATHAWAY-SHAPIRO, *op. cit.*, 153.

per la risoluzione delle controversie internazionali e di rinunziarvi come strumento di politica nazionale nelle loro relazioni reciproche». All'articolo II, «Le alte parti contraenti riconoscono che il regolamento o la risoluzione di tutte le controversie o conflitti di qualunque natura o di qualunque origine, che avessero a sorgere tra di loro, non dovrà mai essere cercato se non con mezzi pacifici».

La guerra, che fino a quel momento era stata considerata prerogativa della sovranità statale veniva fatta oggetto di un esplicito impegno di rinuncia da parte dei soggetti contraenti. La rinuncia, tuttavia, valeva esclusivamente nei rapporti reciproci tra gli Stati contraenti, e non aveva quindi nessun valore nei riguardi degli Stati che non avessero ratificato il trattato. Veniva, comunque, riconosciuta la persistente validità del diritto alla legittima difesa.

Né la Società delle Nazioni né il “Trattato generale” o Patto Briand-Kellogg del 1928 riuscirono, però, a imprimere una svolta significativa, e numerosi Stati ignorarono gli impegni assunti e il mondo inesorabilmente scivolò in un nuovo terrificante conflitto<sup>12</sup>.

Non si possono, tuttavia, negare gli importanti sviluppi che dal Patto della Società delle Nazioni e da quello Briand-Kellogg hanno avuto origine. Il Patto Briand-Kellogg divenne il parametro di riferimento per la prassi degli anni 1928-1939. Infine, esso fu il pilastro degli atti di accusa dei processi dei Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo, che proprio sulla violazione degli impegni a rinunciare alla guerra costruirà la qualificazione dei crimini contro la pace. L'art. 6 (a) dell'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, istitutivo del Tribunale militare internazionale di Norimberga, definiva la guerra di aggressione come crimine contro la pace, riprendendo il cammino di elaborazione normativa iniziato dopo la Grande Guerra e aprendo la strada a un'evoluzione che condurrà alla condanna dell'aggressione e ai divieti posti dalla Carta delle Nazioni Unite<sup>13</sup>.

Con il processo di Norimberga, che viene spesso richiamato per la novità di un giudizio relativo a crimini di guerra e contro l'umanità, si è costruita una vicenda processuale che era proprio incentrata sull'asse portante della categoria dei “crimini contro la pace”, commessi in violazione di quel Patto di rinuncia alla guerra. I successivi processi

---

<sup>12</sup> Si pensi al conflitto tra Cina e Unione Sovietica nel 1929, alla successiva guerra tra Cina e Giappone (1931), alla conquista italiana dell'Etiopia (1935) e alla condanna, da parte della Società delle Nazioni dell'invasione sovietica della Finlandia (1939).

<sup>13</sup> F. MÉGRET, *International Criminal Justice as a Peace Project*, in *European Journal of International Law*, 2019, 840-841.

celebrati dinanzi ai c.d. “tribunali penali internazionali *ad hoc*”, per l’ex Jugoslavia e per il Ruanda, hanno lasciato da parte la categoria dei “crimini contro la pace”, e hanno posto l’enfasi sui crimini di guerra e contro l’umanità, con lo sviluppo dell’autonoma nuova categoria del crimine di genocidio. Con lo Statuto di Roma, infine, quei “crimini contro la pace” che erano stati originariamente collocati al centro della logica punitiva “under International Law” sono passati all’ultimo posto, oggetto di norme di difficile, incerta e controversa elaborazione.

3. *Il diritto internazionale penale dopo la Grande Guerra.*- Già nel 1916 il primo ministro britannico Herbert Asquith aveva dichiarato alla Camera dei Comuni che il governo di Sua Maestà era «determined to bring to justice the criminals, whoever they may be and whatever their station»<sup>14</sup>. L’attacco al Belgio era avvenuto in violazione del Trattato multilaterale del 1839 che garantiva la neutralità del Belgio. Il cancelliere tedesco Theobald von Bethmann-Hollweg il 4 agosto 1914 aveva detto all’ambasciatore britannico che quei trattati che garantivano la neutralità non erano che “Chiffon de papier”. Il Belgio, poi, aveva visto la commissione di gravi crimini, specialmente a Lovanio, con distruzioni, saccheggi, uccisioni, stupri.

Il presidente americano Woodrow Wilson era perplesso circa una “victors’ justice”, ma il primo ministro Lloyd George dichiarò che non avrebbe firmato un trattato che non avesse previsto la punizione del Kaiser. Il risultato fu il compromesso degli articoli 227 e 230, inseriti nel testo del Trattato di Versailles. In buona sostanza, l’opposizione americana fece sì che non si costituissero tribunali internazionali e che la stessa ipotesi di giudicare il Kaiser svanisse. Peraltro, una lettura accurata dell’art. 227 permette di constatare che si faceva riferimento all’offesa contro la morale internazionale e – genericamente – alla sacra autorità dei trattati, senza richiamare espressamente le norme che vietavano la guerra. Insomma, la questione si riproponeva nei tradizionali termini del principio di legalità<sup>15</sup>.

Alcuni processi davanti alla Corte suprema tedesca di Lipsia si rivelarono sostanzialmente inconsistenti, e gli Alleati li disconobbero. Anche i tentativi di processare e punire i responsabili del genocidio

---

<sup>14</sup> T. TAYLOR, *Anatomy of the Nuremberg Trials*, New York, 2013, 14.

<sup>15</sup> O.A. HATHAWAY – S. J. SHAPIRO, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo*, Vicenza, 2018, si spingono ad affermare che si trattasse di un “monstrum giuridico” (303).

degli armeni, in ragione del crescere del nazionalismo turco non ebbero seguito, e il Trattato di Losanna coprì poi tutto con un'amnistia<sup>16</sup>.

Al Trattato di Versailles del 28 giugno 1919, al termine della Grande Guerra, si può dunque fare risalire l'affermazione del diritto delle potenze alleate di giudicare e punire i responsabili di gravi violazioni delle leggi e degli usi di guerra<sup>17</sup>. In particolare, all'art. 228 si statuiva che «the German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war». Era anche stabilito l'impegno tedesco alla consegna («shall hand over») delle persone responsabili di tali atti, per un processo dinanzi ai tribunali degli alleati. Ove il singolo criminale fosse stato ritenuto processabile per fatti commessi a danno di cittadini di più di uno Stato, si prefigurava la costituzione di tribunali a composizione internazionale. Al citato art. 227, si affermava una responsabilità del Kaiser Guglielmo II Hohenzollern «for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties», con l'intesa di costituire un tribunale speciale per processarlo, composto di giudici designati da Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Italia e Giappone. «In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality». Era anche stabilito di richiedere al governo dei Paesi Bassi la consegna del Kaiser. In realtà, l'iniziativa non ebbe seguito proprio per il rifiuto del governo olandese di aderire alla richiesta di consegna dell'Imperatore<sup>18</sup>. Quella categoria che poi prenderà il nome di «crimini contro la pace» si affacciava con un richiamo particolarmente solenne al principio generale *pacta sunt servanda*, letto in chiave di «santità» degli impegni convenzionali. Fattori del processo al Kaiser erano il presidente del consiglio francese Clemenceau e il primo ministro britannico Lloyd George. Il presidente del consiglio italiano

<sup>16</sup> Cfr. F. LATTANZI – E. PISTOIA (Eds.), *The Armenian Massacres of 1915-1916 a Hundred Years Later*, Berlin, 2018.

<sup>17</sup> Cfr. Carnegie Endowment for International Peace, *The Treaties of Peace, 1919-1923*, New York, 1924, vol. I, 121.

<sup>18</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, *Il processo al Kaiser*, in *Scritti vari di Diritto pubblico e Scienza politica*, Milano, 1940, 95; CNR-SIOI, *La prassi italiana di diritto internazionale*, terza serie (1919-1925), Roma, 1995, vol. I, 17, 225, 255; vol. IV, 2190 e 2343. Cfr. anche G. LOMBARDI, *Il trattato di pace di Versailles ed il mancato processo al Kaiser*, in P. UNGARI – M. P. PIETROSANTI MALINTOPPI (a cura di), *Verso un Tribunale permanente internazionale sui crimini contro l'umanità. Precedenti storici e prospettive di istituzione*, Roma, 1997.

Vittorio Emanuele Orlando, invece, riteneva il processo improponibile per la inesistenza di norme internazionali che stabilissero la punibilità dei crimini e la pena da applicare, e perché il tribunale sarebbe stato costituito *ex post* dagli stessi accusatori/vincitori. A Clemenceau, che citava i precedenti di Luigi XVI di Francia e di Carlo I d'Inghilterra, Orlando replicava che si era trattato di casi rientranti nella sfera degli ordinamenti interni e non riconducibili al diritto internazionale. L'unico precedente importante appariva il tentativo di procedere contro Napoleone dopo la sua fuga dall'Isola d'Elba, ma non aveva avuto seguito. Il Congresso di Vienna aveva stabilito, infatti, che fuggendo dall'isola e tornando in Francia con una forza armata, l'imperatore si era posto al di fuori della protezione della legge, mostrando al mondo che non vi potevano essere né pace né accordi con lui. Si era posto «al di fuori delle relazioni civili e sociali, e come nemico e perturbatore del mondo, era incorso nella responsabilità e nella pubblica vendetta»<sup>19</sup>.

Tuttavia, le Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 e quella di Ginevra del 1929 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra non prevedevano allora l'incriminazione a fronte delle violazioni delle norme in esse contenute. Una blanda previsione era stata inclusa nella Convenzione di Ginevra del 27 luglio 1929 per migliorare la sorte dei feriti e dei malati degli eserciti in campagna (art. 30).

4. *Il processo di Norimberga.*- È soltanto all'indomani della seconda guerra mondiale che nella Comunità internazionale comincia a prendere forma una chiara consapevolezza della necessità di perseguire le gravi violazioni delle "leggi di guerra", sia sul versante della tradizionale responsabilità degli Stati sia su quello di una responsabilità personale degli individui. Gli orribili crimini perpetrati dalla Germania e dal Giappone hanno condotto alla rapida stipulazione di accordi tra gli Alleati e alla conseguente costituzione dei tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo, per «giudicare i criminali di guerra, i cui crimini non hanno una localizzazione geografica precisa, siano essi accusati a titolo individuale o in quanto membri di organizzazioni o di gruppi, oppure per ambedue i titoli» (art. 1 dell'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945)<sup>20</sup>. Queste giurisdizioni speciali hanno anche giudicato gli autori di "crimini contro l'umanità".

---

<sup>19</sup> Cfr. L.C. GREEN, *Crimes Under the ILC 1991 Draft Code*, in Y. DINSTEIN – M. TABORY (Eds.), *War Crimes in International Law*, The Hague-Boston-London, 1996, 27.

<sup>20</sup> Le origini della giustizia internazionale penale contemporanea sono, dunque, riconducibili all'esperienza giurisdizionale di Norimberga come conseguenza della tragedia

Il fondamento dei due tribunali appare formalmente diverso, quantunque – nella sostanza – la differenza rilevi poco. Il Tribunale militare internazionale di Norimberga è stato istituito mediante accordo multilaterale tra Stati Uniti, Gran Bretagna, Unione Sovietica e il governo provvisorio francese, e denominato *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, stipulato a Londra l'8 agosto 1945, ed è stato il primo davvero significativo punto di evoluzione del diritto internazionale penale convenzionale<sup>21</sup>. L'Accordo era il risultato di una conferenza che aveva avuto luogo a partire dal 26 luglio, ed era stata preconizzata fin dal 7 ottobre 1942, quando era stata annunciata la costituzione di una *United Nations War Crimes Commission*, effettivamente istituita il 20 ottobre 1943. La successiva conferenza di Mosca del 30 ottobre 1943 aveva, poi, prodotto una dichiarazione congiunta delle tre grandi potenze (Stati Uniti, Gran Bretagna e Unione Sovietica), con la quale si annunciava la sottrazione dei criminali di guerra ai giudizi nazionali e la loro sottoposizione ad una punizione «by the joint decision of the Governments of the Allies».

Il Tribunale militare internazionale di Tokyo, invece, è stato stabilito mediante una dichiarazione speciale del comandante supremo delle forze alleate in Estremo Oriente, il generale Douglas MacArthur. Non si tratta, tuttavia, di una decisione unilaterale dell'alto ufficiale, bensì questi ha agito sulla base dell'autorità che gli era stata conferita dalle quattro potenze in guerra con il Giappone: Stati Uniti, Gran Bretagna, Unione Sovietica e Cina. Peraltro, la condizione giuridica della Germania e quella del Giappone apparivano, nell'immediato dopoguerra, differenti. La Germania nazista era stata debellata dalla coalizione alleata. La *debellatio* aveva avuto per conseguenza l'instaurazione di un regime di occupazione da parte di Stati Uniti, Gran Bretagna e Unione Sovietica. Il risultato è stato che non esisteva più alcun «central government or authority capable of accepting

---

delle atrocità commesse in Europa dal regime nazista. «Per alcune sue caratteristiche, il genocidio nazista non ebbe tanta eccezionalità da renderlo unico. Per numero di vittime, Hitler fu superato da Stalin e da Mao. Per la proporzione del numero di cittadini uccisi, fu superato da Pol Pot. Ma sotto altri aspetti in ciò che fecero i nazisti l'orrore morale fu unico. In coloro che pianificarono il genocidio vi era un'intensità di odio vero e proprio quale non si riscontra negli stermini staliniani». (J. GLOVER, *Humanity. Una storia morale del ventesimo secolo*, Milano, 2002, 492.

<sup>21</sup> «Das Statut für den Internationalen Militärgerichtshof (Nürnberg) ist als erster Höhepunkt der Entwicklung des vertraglichen Völkerstrafrechts zu werten»: così K. IPSEN, *Völkerrecht*, München, 1999, 580.

responsibility for the maintenance of order, the administration of the country and compliance with the requirements of the victorious Powers»<sup>22</sup>. Gli Alleati dichiaravano di non volersi annettere la Germania o parti di essa e, di fatto, instauravano nella Germania occupata una nuova realtà di diritto, un ordinamento giuridico differente dal precedente e dotato di caratteri peculiari<sup>23</sup>. L'adozione dello Statuto del Tribunale di Norimberga è il risultato dell'esercizio della potestà normativa da parte degli Alleati, detentori, in virtù della instaurazione del regime conseguente la resa incondizionata del III Reich, della *plenitudo potestatis*.

Nel caso giapponese, il regime di occupazione sotto il comando del generale MacArthur non aveva sostituito il governo precedente. Questo sopravviveva, e l'accettazione della resa incondizionata aveva rimosso i limiti all'esercizio di pieni poteri da parte dell'occupante<sup>24</sup>. Non solo, ma ragioni di opportunità politica (e religiosa) suggerivano di evitare di chiamare a rispondere dei crimini giapponesi il responsabile sommo, l'imperatore Hiro Hito.

Quanto al carattere "internazionale" di queste giurisdizioni, esso appare più formale che di sostanza. Il fondamento è un accordo internazionale e, quindi, il convergente consenso delle potenze firmatarie<sup>25</sup>. Nella sostanza, ciascuna di queste aveva la facoltà di sottoporre i criminali alla propria giurisdizione nazionale. Con l'espedito dell'istituzione di un tribunale "internazionale", si dava vita a una giurisdizione "comune" alle potenze parti dell'accordo<sup>26</sup>.

La natura "militare" era, a sua volta, il riflesso del carattere eccezionale, straordinario, della vicenda punitiva dei criminali di guerra.

---

<sup>22</sup> Cfr. la Dichiarazione quadripartita del 5 giugno 1945. Sulla condizione giuridica della Germania, cfr. H. Kelsen, *The international legal status of Germany to be established immediately upon termination of war*, in *American Journal of International Law*, 1944, 698 ss.; ID., *The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin*, *ibidem*, 1945, 519 ss.; M. GIULIANO, *Lo status internazionale della Germania*, in questa *Rivista*, 1949, 19. Ricco di riferimenti dottrinali e di indicazioni bibliografiche è A. BERNARDINI, *La questione tedesca nel diritto internazionale*, SIOI, Padova, 1973.

<sup>23</sup> Cfr. A. MARAZZI, *Nozioni di diritto bellico*, Torino, 1989, 55; G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, 468.

<sup>24</sup> Cfr. G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, II, *The Law of Armed Conflict*, London, 1968, 468.

<sup>25</sup> Anche il Tribunale di Tokyo si fondava su un accordo (dalle Dichiarazioni del Cairo e di Potsdam allo strumento di resa del Giappone e alla conferenza di Mosca. L'atto formale di costituzione – il bando del generale Douglas Mac Arthur – non poteva infatti prescindere da un accordo sostanziale.

<sup>26</sup> K.J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, 2011, 110 ss.

La giurisdizione militare si manifesta in certo qual modo come “di emergenza”, e tale era il caso. A questo riguardo appare, quindi, irrilevante che a Norimberga soltanto il giudice sovietico, il maggior generale I.T. Nikitchenko e il suo sostituto, il tenente colonnello A.F. Volchkov, fossero militari, e che a Tokyo lo fossero solo il giudice sovietico e il sostituto americano.

Nella costruzione dell'impianto accusatorio del processo di Norimberga, si guardò con attenzione a quanto era avvenuto negli anni della Grande Guerra e quelli immediatamente successivi, quando erano maturate idee e proposte di adozione di testi normativi vincolanti che favorissero il disarmo e provassero a mettere al bando la guerra<sup>27</sup>.

Nel 1942, in un memorandum sulla “punizione dei crimini di guerra” presentato alla Commissione sui crimini contro l'ordine pubblico internazionale<sup>28</sup> sir Hersch Lauterpacht cominciò ad avanzare proposte per l'edificazione di un nuovo ordine internazionale, nel quale si potesse giudicare e punire chi avesse iniziato una guerra di aggressione. Nella sua costruzione, doveva rientrare nella sfera del diritto penale la responsabilità per avere deliberatamente violato il Trattato generale di rinuncia alla guerra, e sarebbe stata da respingere duramente la difesa dei potenziali imputati ove fosse stata incentrata sull'esimente dell'aver eseguito ordini superiori. Nell'anno precedente, René Cassin aveva affermato che scatenare una guerra di aggressione era un crimine.

Winston Churchill e Anthony Eden erano inizialmente contrari a un processo internazionale, preferendo la via di una decisione politica degli Alleati. Un limitato numero di alti dirigenti (Hitler, Goering, Goebbels, Himmler, Ribbentrop e Keitel *in primis*) avrebbe dovuto essere giustiziato a seguito della cattura e del semplice riconoscimento dell'identità. Il numero avrebbe potuto essere tra i cinquanta e i cento. Per quanto riguarda gli americani, il segretario al Tesoro Henry Morgenthau jr. propose «la completa eliminazione di ogni membro del partito nazista», cioè a dire tredici milioni di persone! Fu poi il presidente Truman ad opporsi a ogni forma di esecuzione sommaria, avanzando con forza la proposta di un processo dinanzi a un tribunale internazionale. A questa posizione il 3 maggio 1945 si allineò il gabinetto di guerra britannico.

<sup>27</sup> Sul punto, cfr. supra il paragrafo “Guerra e diritto”.

<sup>28</sup> Cfr. HATHAWAY-SHAPIRO, *op. cit.*, 566.

In buona sostanza, dal 1919 al 1945 si verifica una radicale conversione della posizione americana, che assume la guida delle iniziative volte a dare vita a giurisdizioni internazionali.

Quanto alla scelta degli imputati, la Dichiarazione di Mosca del novembre 1943 aveva dato un'indicazione precisa. I "major war criminals" sarebbero stati "punished by the joint decision" dei governi alleati, mentre quelli di "statura" più modesta sarebbero stati portati dinanzi a tribunali nazionali. Nello Statuto del Tribunale di Norimberga si precisa ulteriormente che il criterio sarebbe stato quello degli autori di crimini privi di una "localizzazione geografica precisa". Gli americani e i britannici diedero vita a processi a carico di imputati "minori". Già a settembre 1945 si era aperto il processo di Lüneburg per Joseph Kramer e 44 membri dello staff del campo di concentramento di Bergen-Belsen. La *Control Council Law n. 10* del 20 dicembre 1946 precisò i contorni della nascente giustizia penale internazionale, nonché le competenze e le procedure delle singole zone di occupazione. Inoltre, gli imputati sarebbero stati gli altri dirigenti "delle potenze europee dell'Asse". Già dal 25 luglio 1943 gli Alleati confidavano di portare a giudizio anche Benito Mussolini, per la violazione del patto Briand-Kellogg con l'invasione dell'Etiopia nel 1935 e gli attacchi al Regno Unito e alla Francia, e poi alla Grecia e alla Jugoslavia. La liberazione di Mussolini dalla detenzione sul Gran Sasso e la successiva trista vicenda dello Stato fantoccio della Repubblica Sociale Italiana portarono all'accantonamento del problema. La successiva decisione del CLN e del CVL di procedere alla fucilazione di Mussolini e dei gerarchi repubblicani per evitare di assoggettare a un processo internazionale la dirigenza italiana del Ventennio impedirono che sul banco degli imputati vi fossero i dirigenti fascisti<sup>29</sup>.

L'accusa di "cospirazione", nell'impostazione americana, diventa uno degli elementi portanti dell'architettura processuale. L'idea, poi, che anche le organizzazioni potessero essere oggetto di atti di accusa, e che gli individui fossero giudicabili sulla base della loro appartenenza a queste era estranea alla cultura giuridica degli Stati europei e non apparteneva all'esistente "diritto di guerra". D'altra parte, emergeva con chiarezza che, a differenza dei crimini di guerra e di quelli

---

<sup>29</sup> La memorialistica dei dirigenti della Resistenza italiana (dai politici come Luigi Longo, Ferruccio Parri e Sandro Pertini al militare, il comandante generale del Corpo Volontari della Libertà, generale Raffaele Cadorna) è univoca nel rivendicare all'Italia che nasceva dalla lotta di liberazione il diritto di decidere la sorte di chi aveva condotto il Paese alla tragedia della guerra.

contro l'umanità, lo scatenamento di guerre di aggressione implicasse necessariamente una "cospirazione", coinvolgente una pluralità di organi collocati al vertice dello Stato.

Il presidente Roosevelt, in un memorandum al segretario di Stato Stettinius (3 gennaio 1945), chiede una relazione sullo stato di avanzamento delle diverse proposte (in particolare quelle che erano allo studio al Dipartimento della guerra), e indica chiaramente che «the charges should include an indictment for waging aggressive war, in violation of the Kellogg Pact. Perhaps these and other charges might be joined in a conspiracy indictment».

Il 2 maggio 1945 il presidente Truman nomina Robert H. Jackson, giudice associato della Corte suprema, rappresentante degli Stati Uniti nella preparazione e nell'esecuzione del processo a carico dei capi delle potenze europee dell'Asse. L'incarico gli era stato offerto dal nuovo presidente pochi giorni prima, il 29 aprile, quando si profilavano ancora i nomi dei cinque imputati principali: Hitler, Mussolini, Himmler, Goebbels e Goering. Avuta la notizia della fucilazione del duce del fascismo (avvenuta il 28), Hitler decise di suicidarsi nel Bunker della Cancelleria. Anche Goebbels e Himmler fecero lo stesso.

Nelle sue dichiarazioni di apertura del processo, Jackson afferma che «the privilege of opening the first trial in history for crimes against the peace of the world imposes a grave responsibility». L'apertura, dunque, è incentrata sulla categoria dei "crimini contro la pace". Quanto all'obiezione che si tratta di "victors' justice", Jackson riconosce che la natura di questi crimini è tale che accusa e giudizio devono necessariamente essere esercitate dai vincitori sui vinti, perché «the worldwide scope of the aggressions carried out by these men has left but few real neutrals». Conclude poi l'argomentazione sottolineando che se è vero che sono i primi leader di uno Stato sconfitto ad essere giudicati secondo il diritto, sono anche i primi cui è riconosciuto dal diritto l'occasione «to plead for their lives in the name of the law».

Nelle sue dichiarazioni, dunque, Jackson colloca lo scatenamento di guerre di aggressione al centro del ragionamento, nei primi due capi d'imputazione, e gli altri crimini sono di conseguenza collegati alla fondamentale categoria dei crimini contro la pace. Jackson riteneva che "i nazisti potevano essere perseguiti per l'Olocausto solo perché esso rientrava in una guerra di aggressione mossa in violazione del

patto di pace<sup>30</sup>. Jackson “segui inoltre i consigli di Lauterpacht su come organizzare i capi d'accusa”. Fu, infatti, Lauterpacht a suggerire le tre categorie distinte che saranno stabilite nell'accordo di Londra dell'8 agosto 1945: crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Circa l'obiezione che sulla “retroattività” delle categorie dei crimini, Lauterpacht non aveva dubbi, dal momento che si trattava di fattispecie che erano “crimes under most national laws”<sup>31</sup>. È interessante notare che Raphael Lemkin avrebbe voluto anche l'inserimento del crimine di genocidio<sup>32</sup>. All'intenso dibattito diede anche il suo contributo Hans Kelsen, che propose l'inserimento nell'Accordo di un esplicito riferimento alla responsabilità penale individuale<sup>33</sup>. Secondo il grande maestro, la responsabilità individuale avrebbe rappresentato un progresso morale, e avrebbe sostituito la responsabilità collettiva.

La conclusione del procuratore fu una perorazione ai giudici, che essenzialmente richiamava i valori, perché «the real complaining party at your bar is Civilization». Al Tribunale viene chiesto che la sua «juridical action will put the forms of international law, its precepts, its prohibitions and, most of all, its sanctions, on the side of peace».

A sir Hartley Shawcross, procuratore per il Regno Unito, fu lasciato il compito di argomentare la centralità della categoria dei crimini contro la pace. Sir Hartley rivendicò il ruolo degli statisti che, a partire dagli anni venti con l'istituzione della Società delle Nazioni, avevano voluto «make wars of aggression an international crime», ed elenca i trattati di non aggressione, il Protocollo di Ginevra del 1925 sul divieto di armi chimiche, il Trattato di Locarno del 1925 e, naturalmente, il Patto Briand-Kellogg del 1928, sottolineando che la Germania era parte di questi accordi. La conclusione era che «International law had already before the London Charter was adopted, constituted aggressive war a criminal act», per cui non ci sarebbero state retroattività sostanziale e violazione del principio di legalità<sup>34</sup>.

In dettaglio, il procuratore britannico elencava e descriveva le invasioni di Polonia, Danimarca e Norvegia, Paesi Bassi, Grecia, Iugo-

<sup>30</sup> Cfr. HATHAWAY-SHAPIRO, *op. cit.*, 319.

<sup>31</sup> Cfr. l'ottimo P. SANDS, *East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, London, 2016, 349.

<sup>32</sup> Cfr. P. SANDS, 329 ss. Lemkin «was devastated by the silence on genocide», (372).

<sup>33</sup> HATHAWAY-SHAPIRO, *op. cit.*, 324.

<sup>34</sup> A.I. POLTORAK, *The Nuremberg Trials and the Question of Responsibility for Aggression*, in G. MATTREUX (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, 2008, 445 ss.

slavia e Unione Sovietica<sup>35</sup>. Le dichiarazioni di sir Hartley poggiavano sulla dottrina di Lauterpacht, che riteneva inaccettabile l'argomentazione secondo la quale il Patto Briand-Kellogg avrebbe reso illegale la guerra di aggressione senza che da questo derivasse automaticamente la qualificazione di crimine internazionale delle stragi commesse in quel contesto.

Come è stato osservato, «l'eredità lasciata da Lauterpacht era niente meno che un sistema di regole in cui si esprimeva l'idea che la guerra sia uno strumento illegittimo per stabilire o far valere dei diritti legali»<sup>36</sup>.

Agli americani, e in particolare a Telford Taylor, che era membro dell'ufficio del procuratore Jackson, fu affidato il compito di argomentare l'estensione della responsabilità individuale anche ai comandanti militari, allo stato maggiore e all'alto comando. Accanto ai politici e ai diplomatici, anche «soldiers, sailors» «conspired, and did plan, prepare, initiate and wage illegal wars and thereby committed crimes under Article 6(a) of the Charter». Taylor respinse l'argomento secondo il quale i militari sarebbero soltanto tecnici, perchè sarebbe come dire che si sottraggono ai doveri morali e giuridici che gravano sugli altri soggetti dei processi decisionali: «We believe that, in consulting and planning with the leaders in other fields of national activity, the military leaders must act in accordance with international law and the dictates of the public conscience»<sup>37</sup>. Qui è evidente il richiamo della clausola Martens, posta a fondamento delle convenzioni dell'Aja. L'accusa intende, quindi, operare un collegamento tra i riferimenti giuridici validi per i crimini di guerra e quelli che sarebbero altrettanto validi per i crimini contro la pace.

In definitiva, dunque, «for Jackson, the establishment of crimes against peace as an acknowledged part of international law was the crux of the entire case. The British supported that goal»<sup>38</sup>.

La sentenza di Norimberga, presentata in aula il 30 settembre 1946, fa riferimento in primo luogo al «Common Plan or Conspiracy and Aggressive War», dichiarando che «To initiate a war of aggression is not only an international crime, it is the supreme international

<sup>35</sup> Interessante è lo studio di E. SERRA, *L'occupazione bellica germanica negli anni 1939-1940*, ISPI, Milano, 1941.

<sup>36</sup> HATHAWAY-SHAPIRO, *op. cit.*, 362.

<sup>37</sup> Sul punto, per una ricostruzione delle pronunce del Tribunale, si veda K.J. HELLER, *op. cit.*, 281 ss.

<sup>38</sup> T. TAYLOR, *op. cit.*, 262.

crime», che ingloba al suo interno tutto il male degli altri crimini. I giudici, poi, operano una distinzione tra «the first acts of aggression» contro l’Austria e le Cecoslovacchia, e «the first war of aggression», l’attacco alla Polonia il 1° settembre 1939, dalla quale era scaturita «the commission of countless crimes against the laws and customs of war, and against humanity».

La costruzione dell’atto di accusa e la successiva sentenza furono incentrati, dunque, sulla categoria dei crimini contro la pace consistenti nella “cospirazione” e nello scatenamento di guerre di aggressione<sup>39</sup>. La sentenza confermava l’impostazione nell’interpretare l’art. 6 dello statuto in modo da ritenere che il Tribunale non avesse giurisdizione sulle atrocità naziste commesse prima dell’invasione della Polonia<sup>40</sup>.

Il tribunale decise 12 condanne a morte, 3 all’ergastolo, 2 a vent’anni, 1 a 15 anni e una a 10 anni di reclusione. Tre imputati furono assolti, dando così un segnale che si era trattato di un processo equo e non dell’arbitrario esercizio di una forma di giustizia sommaria<sup>41</sup>.

5. *Le tragedie degli anni Novanta, i tribunali ad hoc e la loro “legacy”*.- Sotto il profilo del tipo di giurisdizione, è evidente che i “tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo erano dei tribunali *ad hoc*. In attesa che prendessero corpo le iniziative di codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale finalizzate all’istituzione di una giurisdizione penale internazionale a carattere obbligatorio e permanente<sup>42</sup>, alcuni passi significativi sono stati mossi nella Comunità internazionale per punire alcuni crimini perpetrati nell’ambito circoscritto di due conflitti specifici. Il Consiglio di sicurezza dell’ONU, infatti, sulla base del cap. VII della Carta, ha istituito un Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nell’ex Jugoslavia (risoluzione 827 del 25 maggio 1993) e uno per i crimini in Ruanda (risoluzione 955 dell’8 novembre 1994). Si tratta di tribunali

<sup>39</sup> G. KEMP, *International Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, Cambridge, 2015, 88-93.

<sup>40</sup> T. TAYLOR, *op. cit.*, 583.

<sup>41</sup> Lauterpacht scrisse alla moglie che «è stata un’esperienza indimenticabile, vedere per la prima volta nella storia uno Stato sovrano alla sbarra» (HATHAWAY-SHAPIRO, *op. cit.*, 331).

<sup>42</sup> La risoluzione 95-I dell’Assemblea generale dell’ONU ha “confermato” i principi “riconosciuti” dallo statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga, e successivamente la Commissione del diritto internazionale li ha enunciati in dettaglio. I successivi tentativi di codificazione non hanno avuto esito. In argomento, cfr. E. GREPPI, *I crimini dell’individuo nel diritto internazionale*, Torino, 2012, 73 ss. e 128 ss.

*ad hoc*, che possono essere ritenuti un tentativo di anticipare la da tempo auspicata creazione di una corte permanente. Non sono stati istituiti mediante trattato internazionale tra gli Stati, bensì per mezzo di una decisione del Consiglio di sicurezza dell'ONU, organo politico, che ha espresso un'evidente tendenza a considerare le massicce violazioni del diritto umanitario e dei diritti umani come atti pericolosi per la pace internazionale. In dottrina si è ampiamente discusso il problema del fondamento giuridico, della legittimità dei due tribunali<sup>43</sup>. Nei casi *Tadic* e *Kanyabashi*, rispettivamente, i tribunali stessi hanno dato una risposta agli interrogativi, concludendo nel senso di ravvisare il fondamento nell'art. 41 della Carta dell'ONU. Di conseguenza l'istituzione di ciascuno dei due organi giurisdizionali costituirebbe "misura non implicante l'uso della forza" (ancorché atipica, per via della difficoltà di qualificare un tribunale come "sanzione")<sup>44</sup>. I due tribunali hanno chiuso i battenti nel 2017, lasciando soltanto in attività un percorso di completamento dei procedimenti giudiziari in corso (la *completion strategy*).

La decisione del Consiglio comportava un obbligo di cooperazione in capo a tutti gli Stati membri dell'ONU (a differenza di un trattato multilaterale, che vincola soltanto gli Stati contraenti). *Ratione materiae* la competenza del Tribunale per l'ex Jugoslavia (e, in forma parzialmente diversa, quello per il Ruanda, in ragione della natura essenzialmente interna del conflitto) comprendeva i crimini di guerra e quelli contro l'umanità, anche nella sua forma detta di "pulizia etnica"<sup>45</sup>, e il genocidio (artt. 2-5 dello statuto). *Ratione personae*, i Tribunali erano competenti a giudicare le persone fisiche degli autori, co-autori, complici o istigatori dei crimini. Per il Tribunale per l'ex Jugoslavia si è stabilita una sede all'Aja mentre per quello per il Ruanda si è scelto Arusha. Ciascuno dei tribunali è stato composto da 16 giudici (in quattro "camere", di cui una d'appello), da 9 giudici *ad litem* e da un procuratore, incaricato della fase istruttoria dei procedimenti. Per quanto riguarda l'arresto degli accusati e la loro presenza innanzi al Tribunale, tutti gli Stati membri dell'ONU erano tenuti a collaborare nell'identificazione e nella ricerca delle persone, nella produzione di prove e soprattutto nell'arresto e nel trasferimento all'Aja degli individui contro i quali il procuratore aveva spiccato un

<sup>43</sup> Si veda su tutti P. PICONE, *Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, in questa *Rivista*, 1996, 3 ss.

<sup>44</sup> Cfr. C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Milano, 2015, 2184.

<sup>45</sup> Cfr. N. LERNER, *Ethnic Cleansing*, in Y. DINSTEIN – M. TABORY (Eds.), *op. cit.*, 107.

mandato di arresto. A differenza dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo, quello dell'Aja e quello di Arusha non hanno pronunciato sentenze che prevedessero la pena di morte.

Il Tribunale per il Ruanda ha ufficialmente concluso la sua attività alla fine del 2015, avendo portato a termine i processi in primo grado e in appello. Il Tribunale per l'ex Jugoslavia ha emesso l'ultima sentenza a novembre 2017, e ha formalmente cessato di esistere il 31 dicembre 2017. Un *United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals*<sup>46</sup> ha poi assicurato il completamento degli ultimi procedimenti, con riguardo essenzialmente ai casi dinanzi alla Camera d'appello. L'inizio dell'attività è stato all'insegna di un profilo "basso", con l'incriminazione di soggetti di grado o rango spesso modesto. Con il progredire dell'attività, però, i tribunali hanno "alzato il tiro" arrivando fino ai vertici dello Stato e ai suoi organi apicali. Dall'ICTY sono stati, così, processati il presidente della Repubblica federale di Jugoslavia Slobodan Milosevic, il leader dei serbi di Bosnia Radovan Karadzic e il comandante delle truppe serbe Radko Mladic, insieme a leader politici, ufficiali in rilevanti posizioni di comando, responsabili di campi di detenzione. Dall'ICTR sono stati sottoposti a giudizio l'ex primo ministro Jean Kambanda, l'ex capo di stato maggiore Augustin Bizimungu e l'ex capo di gabinetto del ministero della difesa Théoneste Bagosora, con altri leader politici, militari e paramilitari.

Questi due tribunali *ad hoc* hanno avuto un ruolo fondamentale e di grande importanza nello sviluppo del diritto internazionale penale nei decenni successivi all'esperienza di Norimberga. Quella che viene qualificata come "*legacy*" di queste giurisdizioni ha lasciato una traccia importante, sia sotto il profilo degli sviluppi del diritto sostanziale, sia per quanto riguarda gli elementi processuali e le "*best practices*"<sup>47</sup>. Non va, inoltre, trascurato il rilevante contributo che offre per la ricostruzione storica di quelle tragedie degli anni '90 del Novecento.

Nell'attuare il mandato che il Consiglio di sicurezza aveva loro conferito, i due tribunali hanno dato un rilevante apporto nell'interpretazione, nell'applicazione e nello sviluppo sia del diritto internazionale umanitario sia – come si è detto – del diritto internazionale penale. Inoltre, la costituzione dei tribunali e la vigorosa riaffermazione della responsabile penale internazionale degli individui svolge anche

---

<sup>46</sup> [www.unmict.org](http://www.unmict.org).

<sup>47</sup> Sulla *legacy* dell'ICTY, cfr. ICTY-UNICRI (F. POCAR-S. CALVANI Eds.), *ICTY Manual on Developed Practices*, The Hague, 2009; R.H. STEINBERG, *Assessing the Legacy of the ICTY*, Leiden/Boston, 2011.

la funzione di promuovere la deterrenza e le azioni di “*peace-building*”. Si pensi, in particolare, alla vicenda ruandese, e al contributo che l’ICTR ha dato ai processi di riconciliazione<sup>48</sup>.

Una prima rilevante acquisizione è rappresentata dall’aver la giurisprudenza dell’ICTY precisato i contorni del diritto dei conflitti armati, a partire dalla definizione di questi e dalla determinazione dei connotati del diritto applicabile. Di particolare importanza è stata l’affermazione che lo stesso principio della responsabilità penale individuale si applica ai conflitti internazionali e a quelli interni. La giurisprudenza nel caso *Tadic* costituisce una pietra miliare<sup>49</sup>.

Un’altra pagina importante della *legacy* è quella scritta dai due tribunali in tema di genocidio. Norimberga aveva di fatto “assorbito” questo crimine che negli anni ‘40 era ancora in fase di definizione, nella più ampia categoria dei crimini contro l’umanità. Con il caso *Akayesu*, l’ICTR è stato il primo tribunale a pronunciarsi su questo crimine e ad offrire un’interpretazione della definizione contenuta nella convenzione del 9 dicembre 1948. Nel caso *Kambanda*, poi, per la prima volta un imputato ha ammesso la sua responsabilità per il crimine di genocidio e per la “cospirazione” per commetterlo. Nell’allargare ulteriormente la prospettiva, l’ICTR ha anche processato individui responsabili dell’azione dei media che hanno diffuso trasmissioni radio finalizzate ad incitare alla commissione di atti di genocidio (i casi Bosco Barayagwiza, Nahimana e Ngeze)<sup>50</sup>.

Se si guarda all’ICTY, vediamo che è stato il primo tribunale ad affrontare il genocidio in Europa. Nel 2004, nel caso di Radislav Krstic, la Camera d’appello ha riconosciuto come genocidio i fatti di Srebrenica del 1995, con l’uccisione di quasi 8.000 musulmani bosniaci da parte delle forze serbo-bosniache. Nella sentenza, il tribunale afferma con vigore che «This is a crime against all humankind, its harm being felt not only by the group targeted for destruction, but

<sup>48</sup> In contesti come quello, i processi di riconciliazione sarebbero forse meglio realizzati da “commissioni di verità e riconciliazione” piuttosto che da veri e propri tribunali. In argomento, cfr. G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova, 2012, spec. 203 ss.. Sulla prassi delle commissioni di riconciliazione v. F. FLORY, *International Criminal Justice and Truth Commissions*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, 19 ss.

<sup>49</sup> Sul punto M.P. SCHARF, *How the Tadic Appeals Chamber Decision Fundamentally Altered Customary International Law*, in M. STERIO, M.P. SCHARF (a cura di), *The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law – Assessing the ICTY’s and the ICTR’s Most Significant Legal Accomplishments*, Cambridge, 2019, 59 ss.

<sup>50</sup> G.S. GORDON, *Atrocity Speech Law Comes of Age*, in M. STERIO, M.P. SCHARF (a cura di), *op. cit.*, 110-115.

by all humanity»<sup>51</sup>. Non solo, ma il tribunale arriva a giudicare il vertice dello Stato, in persona di Radovan Karadzic, il capo della auto-proclamata repubblica serba di Bosnia e lo condanna a quarant'anni di reclusione in primo grado (24 marzo 2016) e poi all'ergastolo in appello (20 marzo 2019)<sup>52</sup>.

Un'altra pietra miliare della giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* è costituita dalle pronunce in materia di crimini sessuali. Nel caso Akayesu, l'ICTR ha per la prima volta offerto una definizione di stupro nel diritto internazionale penale, e lo ha riconosciuto come un mezzo per compiere un genocidio.

Un'esplicita menzione dello stupro come crimine contro l'umanità mancava negli statuti di Norimberga e di Tokyo e, quindi, non compariva nemmeno nei *Principi* confermati dalle Nazioni Unite<sup>53</sup>. I due Tribunali militari internazionali hanno fatto rientrare lo stupro nella categoria residuale *other inhumane acts*. Numerosi casi furono portati dinanzi al Tribunale di Tokyo, essenzialmente riguardanti gli atti di violenza generalizzata (circa 20.000 casi di violenza sessuale nel solo primo mese di occupazione) perpetrati ai danni della popolazione di Nanchino nel 1937<sup>54</sup>.

La prima esplicita inclusione dello stupro tra i crimini contro l'umanità si rinviene nella Legge n. 10 del Consiglio alleato di controllo, anche se rimase sostanzialmente lettera morta, in quanto non vi furono processi che vi facessero riferimento.

La grande quantità di atti di violenza sessuale perpetrata nei conflitti che hanno tormentato la ex Jugoslavia ha condotto all'inclusione di questa fattispecie nello Statuto del Tribunale *ad hoc*<sup>55</sup>. La previsione del crimine di stupro è stata estesa anche allo Statuto del

---

<sup>51</sup> Prosecutor v. Krstic, Case No. IT-98-33-A, Appeals Judgment, Apr. 19, 2004, para. 36.

<sup>52</sup> Prosecutor v. Karadzic, Case No. IT-95-5/8-T e MICT-13-55.

<sup>53</sup> Cfr. T. MERON, *Rape as a Crime under International Law*, in *American Journal of International Law*, 1993, 424.

<sup>54</sup> Cfr. B. V. A. RÖLING – C. F. RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment. The International Military Tribunal for the Far East*, Amsterdam 1977; I. CHANG, *The Rape of Nanking: the Forgotten Holocaust of World War II*, New York 1997 (trad. it., *Lo stupro di Nanchino. L'olocausto dimenticato della Seconda guerra mondiale*, Milano, 2000).

<sup>55</sup> Cfr. C. N. NIARCHOS, *Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Human Rights Quarterly*, 1995, 649. Più in generale sulla giurisprudenza in materia di crimini sessuali contro le donne si veda L. POLI, *La tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale. Evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 396 ss.

Tribunale per il Ruanda, senza però aggiungervi le altre forme di violenza sessuale<sup>56</sup>.

Tra le sentenze del Tribunale di Arusha rilevanti in materia, spicca quella relativa al citato caso *Akayesu*, la prima nella quale un imputato è stato riconosciuto penalmente responsabile del crimine di stupro qualificato come crimine contro l'umanità. La prima incriminazione esplicita è, invece, quella del procuratore del Tribunale per l'ex Jugoslavia nel caso *Gagovic*<sup>57</sup>. Questo caso e altri portati dinanzi al Tribunale dell'Aja riguardavano sia fattispecie di stupro incriminate come crimini contro l'umanità, sia altre riconducibili alla categoria dei crimini di guerra. Nel citato caso *Celebici*, il Tribunale ha anche ritenuto che, secondo il diritto internazionale consuetudinario, lo stupro (e altre forme di violenza sessuale) possa costituire una forma di tortura, se si verificano determinate condizioni<sup>58</sup>.

Nel caso *Akayesu*, il Tribunale per il Ruanda ha definito lo stupro: «The Chamber defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape, is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive»<sup>59</sup>. Nel caso *Kunarac*, il Tribunale ha sfumato l'elemento della penetrazione, ritenendo piuttosto che fosse da mettere l'accento sul fatto che l'atto è stato compiuto contro la volontà della vittima. Di conseguenza, l'asse pare spostarsi dal comportamento dell'autore alla volontà della vittima di contrastarlo<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> L. BIANCHI, *The Prosecution of Rape and Sexual Violence: Lessons from Prosecutions at the ICTR*, in A. DE-BROUWER, C. KU, R. RÖMKENS, L. VAN DEN HERIK (a cura di), *Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches*, Cambridge/Amsterdam/Portland, 2013, 123 ss.

<sup>57</sup> Sentenza *Akayesu*, *cit.*, del 2 settembre 1998; *Prosecutor v. Gagovic ("Foca")*, *cit.*, del 26 giugno 1996.

<sup>58</sup> Secondo il Tribunale, deve esservi un atto o una omissione che causi "severe pain or suffering", fisici o mentali; che sia inflitto intenzionalmente; che sia compiuto allo scopo di ottenere informazioni o una confessione da parte della vittima o di una terza persona, o di punire la vittima per un atto compiuto (o che si sospetta che abbia compiuto) da questa o da una terza persona, o per ogni altra ragione fondata su una discriminazione; e che tale atto o omissione sia commesso da, o ad istigazione di, o con il consenso o l'acquiescenza di un funzionario o altra persona che agisca in veste ufficiale. Cfr. Sentenza *Celebici*, §§ 494-496. Anche nel caso *Akayesu*, il Tribunale ha affermato che "come la tortura, lo stupro è una violazione della dignità della persona, e lo stupro infatti costituisce tortura quando inflitto da, o su istigazione di, o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o di altra persona agente in una veste ufficiale" (cfr. Sentenza *Akayesu*, *cit.*, § 597).

<sup>59</sup> Sentenza citata, §§ 596 e 688.

<sup>60</sup> Sempre secondo il Tribunale, la natura coercitiva non deve necessariamente consistere nell'uso della forza fisica, dal momento che può anche essere realizzata con minacce,

Si ritiene che lo stupro (e, più in generale, la violenza sessuale) possa costituire un atto di genocidio, quando sia commesso con l'intento specifico di distruggere un gruppo<sup>61</sup>. Secondo il Tribunale per il Ruanda, nel citato caso *Akayesu*, è violenza sessuale (incluso lo stupro) ogni atto di natura sessuale compiuto su una persona in circostanze che sono coercitive<sup>62</sup>.

Anche in tema di responsabilità del superiore i tribunali *ad hoc* hanno segnato uno sviluppo significativo stabilendo che essa si applica anche ai civili in posizioni di leadership e non solo, quindi, ai comandanti militari. Essi possono, dunque, essere chiamati a rispondere degli atti commessi dai loro subordinati perché «sapevano o avevano motivo di sapere»<sup>63</sup>. Questa evoluzione è particolarmente importante in un'epoca, come l'attuale, nella quale prevalgono di gran lunga i conflitti armati non internazionali, caratterizzati da una forte presenza di attori non militari, in un contesto che è stato definito caratterizzato da «ill defined chains of command»<sup>64</sup>.

La giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* e le evoluzioni normative da essa determinate hanno successivamente influito anche sull'attività dei tribunali “misti” o “ibridi”, con i quali si sono conferiti elementi di internazionalizzazione a organi chiamati a giudicare comportamenti

intimidazioni, estorsione e altre forme che fanno leva sulla paura o la disperazione; anche le circostanze possono rappresentare una forma di coercizione, come ad esempio, un conflitto armato o una presenza militare. Nello specifico, nel caso *Akayesu*, si trattava della presenza di militari armati tra le donne tutsi rifugiate nell'ufficio comunale (cfr. § 688 della sentenza). Quasi contestualmente, l'ICTY, nel caso *Furundzija*, ha descritto la “penetrazione” e la coercizione, intese come elementi oggettivi dello stupro (*Prosecutor v. Furundzija*, del 10 dicembre 1998, § 185: «*the sexual penetration, however slight: a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator*” e “*by coercion or force or threat of force against the victim or a third person*»).

<sup>61</sup> Cfr. in questo senso, la citata sentenza nel caso *Akayesu*, §§ 731-734 e, in dottrina, BOOT, *Art. 7, cit.*, in O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, 2008, 145.

<sup>62</sup> La violenza non si limita alla “invasione fisica” del corpo umano, ma può consistere in atti che addirittura prescindono da un contatto fisico. Tra queste, nel caso *Akayesu* si è applicata la fattispecie all'ordine di spogliare una studentessa e obbligarla a fare ginnastica nuda dinanzi a un gruppo di persone nel cortile comunale (cfr. *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Chamber 2 settembre 1998, § 688). Come ha precisato il Tribunale dell'Aja nel caso *Furundzija*, il divieto comprenderebbe “tutti i gravi abusi di natura sessuale inflitti all'integrità fisica e morale di una persona attraverso la coercizione, la minaccia della forza o l'intimidazione in un modo che sia degradante e umiliante per la dignità della vittima” (*Prosecutor v. Furundzija, cit.*, § 186).

<sup>63</sup> Si veda il caso *Oric*, IT-03-68-A, Judgment, Appeals Chamber, July 3, 2008, para.30: “*he could not but have been aware*”.

<sup>64</sup> Cfr. B. BOUTROS-GHALI, *An Agenda for Peace*, 1995.

riferiti a situazioni che si sono prodotte in specifici contesti statuali, in una singolare interazione tra diritto internazionale e diritto interno. Di particolare rilievo e interesse sono la Corte speciale per la Sierra Leone e le Camere straordinarie per la Cambogia e poi le giurisdizioni per Timor Est, Libano, Kosovo e Bosnia<sup>65</sup>.

Il processo storico di istituzionalizzazione della giustizia internazionale penale ha trovato il suo compimento nell'adozione dello Statuto di Roma e nella costituzione della Corte penale internazionale.

La Conferenza diplomatica di Roma (15 giugno -17 luglio 1998) ha portato alla istituzione della prima giurisdizione dotata dei caratteri della permanenza e della pre-costituzione rispetto ai fatti che è chiamata a giudicare. Si tratta innegabilmente di un punto di arrivo storico, da molto tempo auspicato<sup>66</sup>. La giurisdizione della Corte si fonda sul principio di complementarità, che segna un momento di discontinuità rispetto a quello del primato accolto per i tribunali *ad hoc*. I risultati, poi, si stanno rivelando inferiori alle aspettative. Le 123 ratifiche sono un traguardo importante (ancorché raggiunto con fatica e tempi lunghi). Ma sono soprattutto le mancate ratifiche che pesano sull'efficacia di questa importante giurisdizione. L'assenza tra gli Stati parte di Paesi come USA, Cina, Russia, India, Israele è già una sconfitta. «Les Etats qui représentent plus des deux tiers de la population du globe et les deux plus grands puissances du XXIème siècle n'y sont pas présents»<sup>67</sup>. Inoltre, la Corte ha mostrato in questi anni (dal 2002, quando la Corte ha cominciato a funzionare) elementi di debolezza, e presta il fianco a critiche. In oltre 15 anni di attività le sentenze si contano sulle dita di una mano<sup>68</sup>. Fatta eccezione per l'indagine relativa al conflitto tra Georgia e Russia del 2008, la gran parte dei casi portati alla Corte riguardano cittadini di Stati africani, suscitando la critica di parzialità, e avviando una fase nella quale alcuni Stati – in primis il Burundi – manifestano l'intenzione di recedere dallo Statuto. Anche i risultati cui sono approdati i procedimenti giunti a sentenza

<sup>65</sup> Sulle giurisdizioni per la Sierra Leone e per la Cambogia e sulle altre forme che sono state costituite (secondo modalità e con caratteri differenti) negli ultimi anni (Libano, Kosovo, Timor Est ...), cfr. E. CIMIOTTA, *I tribunali penali misti*, Padova, 2009; C. RAGNI, *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamenti, giurisdizione e diritto applicabile*, Milano, 2012.

<sup>66</sup> Per una disamina dei lavori della Conferenza di Roma v. F. BENEDETTI, K. BONNEAU, J.L. WASHBURN, *Negotiating the International Criminal Court*, Leiden/Boston, 2014.

<sup>67</sup> Così M. PERRIN DE BRICHAMBAUT, *Justice pénale internationale: poudre aux yeux?*, in H. ASCENSIO, P. BODEAU-LIVINEC, M. FORTEAU, F. LATTY, J.-M. SOREL, M. UBEDA-SAILLARD, *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, 2017, 338.

<sup>68</sup> <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx#>

definitiva lasciano qualche margine di perplessità, per esempio per l'esiguità delle pene comminate<sup>69</sup>.

Recentemente – il 12 aprile 2019 – la *Pre-Trial Chamber* ha respinto all'unanimità la richiesta del Procuratore di procedere contro individui accusati di avere commesso crimini di guerra e crimini contro l'umanità nel corso del conflitto in Afghanistan. I giudici hanno stabilito che un'indagine in questa fase «would not serve the interest of justice»<sup>70</sup>. Non è certo un segnale incoraggiante per coloro che auspicavano una giustizia internazionale davvero di respiro universale.

6. *Qualche annotazione conclusiva.* - All'indomani della Grande Guerra si sono affacciate le prime idee e proposte volte ad affermare che, al di là della tradizionale sfera della responsabilità internazionale degli Stati (peraltro ancora oggi in corso di difficile elaborazione in sede di codificazione e sviluppo progressivo del diritto consuetudinario) si dovesse aprire la strada al riconoscimento dell'esistenza di una responsabilità penale degli individui *under international law*. Inizialmente, l'enfasi fu posta sull'aggressione, sullo scatenamento di guerre in violazioni di principi a cavallo tra la “morale internazionale” e il diritto.

Il processo di Norimberga è stato, da una parte, il punto di arrivo di questa impostazione, e dall'altra ha portato agli sviluppi di quelle che ormai consideriamo categorie consolidate di crimini dell'individuo: il genocidio, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità. L'aggressione (a Norimberga “crimini contro la pace”) è passata in secondo piano, anche in ragione degli sviluppi portati dall'adozione della Carta dell'ONU, con il divieto generale dell'uso della forza e con la netta diminuzione dei conflitti tradizionali – le guerre tra Stati.

Dopo Norimberga si trattava di consolidare il patrimonio acquisito con l'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 e con il successivo processo. Le idee di Lauterpacht furono recepite nella risoluzione 95-I, che “confermava” i principi “riconosciuti” da Norimberga. Lemkin trovava una sorta di rivincita con l'adozione della Convenzione del 9 dicembre 1948 sulla prevenzione e punizione del crimine di genoci-

---

<sup>69</sup> Lubanga Dylo è stato condannato a 14 anni di reclusione, Al Mahdi a 9 anni. Sui criteri utilizzati dalla Corte nella quantificazione della pena, cfr. A. RICCARDI, *Sentencing at the International Criminal Court*, Torino-L'Aja, 2017, 171 ss.

<sup>70</sup> CPI, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/17, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation of the Islamic Republic of Afghanistan*, 12 aprile 2019, punti 87 ss.

dio, «the first human rights treaty of the modern era»<sup>71</sup>. Il giorno successivo l'Assemblea generale adottava la Dichiarazione universale sui diritti umani e il 4 novembre 1950 in seno al Consiglio d'Europa veniva sottoscritta la Convenzione europea dei diritti umani.

I tribunali *ad hoc*, negli ultimi vent'anni, hanno stabilito altri primati. Il primo processo a un capo di Stato – Slobodan Milosevic, le prime condanne per genocidio, quel crimine che a Norimberga aleggiava su tutto il processo ma non compariva né nell'atto di accusa né nella sentenza. Nel luglio 2010 un tribunale – la Corte penale internazionale – ha incriminato Omar Al Bashir, un capo di Stato in carica per genocidio e crimini contro l'umanità. Nel 2012 è stata la volta di Charles Taylor, capo di Stato condannato dalla Corte per la Sierra Leone.

Il cammino della giustizia internazionale penale è, dunque, lungo un secolo, e si è rivelato complesso e tortuoso. Tuttavia, non si può negare che in questi cento anni si sono poste alcune pietre miliari: il Patto Briand-Kellogg, i processi di Norimberga e di Tokyo, i tribunali penali internazionali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e il Ruanda. La Corte penale internazionale si presenta, ad un tempo, punto di arrivo e occasione per una partenza nuova. Essa, tuttavia, si sta rivelando faticosa, in ragione della persistente e pervasiva pretesa degli Stati di conservare le loro prerogative sovrane in una materia che la storia ha mostrato ormai avere acquisito una dimensione internazionale, che va ben oltre le angustie della sovranità statale e dei suoi strumenti inadeguati ad offrire piena ed efficace tutela alla persona umana e ai suoi diritti fondamentali. La tragedia siriana di questi anni richiede una risposta che la Comunità internazionale non sembra in grado di dare, proprio sul terreno della giustizia internazionale penale.

Oggi, a cent'anni dal Trattato di Versailles e a venti dalla stipulazione dello Statuto di Roma, la giustizia penale attraversa una fase difficile. Ha realizzato l'obiettivo di dotare la Comunità internazionale di un tribunale permanente e precostituito, ma fatica ad affermare una giurisdizione di respiro sostanziale davvero universale.

---

<sup>71</sup> P. SANDS, *op. cit.*, 377.

## ABSTRACT

*International Criminal Justice:  
Some Reflections One Hundred Years After the Great War*

In the international community, after the First World War and the adoption of the Versailles Treaty, ideas and proposals were raised, aiming at the assessment of the individual criminal responsibility “under international law” with a special emphasis on the crime of “aggression”, in a close relationship with “moral” considerations.

The Nuremberg Trials, essentially based on aggression and the category of “crimes against peace” (in violation of the Briand – Kellogg Pact) opened the way to the development of other categories: war crimes and crimes against humanity, which later became the pillars of international criminal justice. The UN ad hoc criminal tribunals and the ICC went further, introducing and codifying the crime of genocide, and the crime of “aggression” was left in a marginal position.

Today, one century after the Versailles Treaty and twenty years after the signing of the Rome Statute, the international community has finally a permanent tribunal (the ICC) but faces a great difficulty in affirming a genuine, effective and universal jurisdiction.

# IL PROGETTO DI GIUSEPPE TONIOLO DI UN ISTITUTO CATTOLICO DI DIRITTO INTERNAZIONALE

UGO VILLANI

SOMMARIO: 1. La proposta di Toniolo di un Istituto cattolico di diritto internazionale. – 2. Ragioni storiche della proposta. – 3. Il rapporto tra il diritto razionale e il diritto positivo. – 4. Fini, azioni e struttura dell'Istituto. – 5. Valutazione del progetto di Toniolo: alcuni aspetti anacronistici. – 6. *Segue*: suo valore profetico.

1. Tra le molteplici e multiformi iniziative di Giuseppe Toniolo<sup>1</sup> notevole interesse riveste, sul piano giuridico internazionale, la proposta, sottoposta a Papa Benedetto XV nel giugno 1917, di creare un Istituto cattolico di diritto internazionale<sup>2</sup> (in alcuni passaggi dallo stesso Toniolo denominato Istituto storico sociale e di diritto internazionale).

---

<sup>1</sup> Testo riveduto dell'intervento al Convegno "Economia e società per il bene comune. La lezione di Giuseppe Toniolo (1918-2018)", Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 24 novembre 2018.

<sup>1</sup> Sulla figura di Giuseppe Toniolo esiste una bibliografia estremamente vasta. Ci limitiamo a segnalare, anche per ulteriori indicazioni, E. DA PERSICO, *Vita di Giuseppe Toniolo*, Mantova, 1929; F. VISTALLI, *Giuseppe Toniolo*, Roma, 1954; A. ARDIGÒ, *Toniolo, il primato della riforma sociale per ripartire dalla società civile*, Bologna, 1978; D. SORRENTINO, *Giuseppe Toniolo. Una Chiesa nella storia*, Milano, 1987; ID., *Giuseppe Toniolo. Una biografia*, Milano, 1988; ID. (a cura di), *Giuseppe Toniolo. Voglio farmi santo*, Roma, 1995; ID., *L'economista di Dio. Giuseppe Toniolo*, Roma, 2012; ID., *Gioia solidale. Il pensiero che unisce Giuseppe Toniolo e Papa Francesco*, Roma, 2014; ID., *Famiglia, lavoro, ordine sociale. Il pensiero del Beato Giuseppe Toniolo*, Roma, 2017; M. ANDREAZZA, *Giuseppe Toniolo, un laico cristiano, un docente, un testimone*, Pisa, 1988; R. MOLESTI, S. TRUCCO, *Il pensiero economico-sociale di Giuseppe Toniolo*, Pisa, 1990; P. PECORARI, *Giuseppe Toniolo. Un economista per la democrazia*, Roma, 1991; ID., *Giuseppe Toniolo. Etica, cooperazione, economia*, Roma, 2014; R. MOLESTI (a cura di), *Giuseppe Toniolo. Il pensiero e l'opera*, Milano, 2005; E. PREZIOSI, *Giuseppe Toniolo. Alle origini dell'impegno sociale e politico dei cattolici*, Milano, 2012; ID., *Giuseppe Toniolo. Per una società di santi*, Roma, 2012; S. FALZONE, *Toniolo senza baffi. Una biografia del maestro dei cattolici italiani*, Roma, 2018; L. FERRO, V. CONSO (a cura di), *L'attualità di Giuseppe Toniolo nel Terzo Millennio*, Soveria Mannelli, 2018; M. ZABOTTI, *Giuseppe Toniolo. Nella storia il futuro*, Roma, 2019.

<sup>2</sup> Esso è pubblicato, con il titolo *Lineamenti di un istituto cattolico di diritto internazionale*, in G. TONIOLO, *Iniziative culturali e di azione cattolica*, Città del Vaticano, 1951, 202 ss., nonché in G. TONIOLO, *Il concetto cristiano di democrazia. I fondamenti di una società organica. Raccolta antologica*, a cura di R. MOLESTI, Pisa, 2008, 219 ss.

La ricostruzione storica di tale iniziativa presenta tuttora aspetti non conosciuti<sup>3</sup>. Così, non si sa se essa fu il risultato di un dibattito e di una riflessione collettiva, o se, sostanzialmente, fu il frutto di un disegno elaborato dal solo Toniolo. Nel testo della proposta si accenna soltanto a un “germe” di società promossa «dai pochi studiosi già riunitisi in novembre 1916»; Toniolo è più esplicito nel successivo “Programma per l’ottobre 1917”<sup>4</sup>, dove ci parla di una commissione di studiosi riunitasi nell’estate del 1916 presso l’Unione popolare a Roma.

Né è noto se lo stesso Pontefice avesse incoraggiato il progetto, sul quale, peraltro, sembrerebbe che un inizio di dialogo vi fosse stato, se Toniolo espressamente si riferisce «alla interrogazione che Vostra Santità già altre volte sollevò intorno all’efficacia pratica della nostra presente iniziativa»; né se Toniolo fu ricevuto personalmente dal Papa per illustrargli il suo progetto, né, principalmente, quale fu l’accoglienza dello stesso da parte del Pontefice. Tuttavia esso ebbe un ulteriore sviluppo. Incoraggiato, probabilmente, dalla decisione del Papa di inviare, il 1° agosto 1917, una lettera ai Capi dei popoli belligeranti, contenente il suo accorato – e inascoltato – appello a raggiungere una «pace giusta e duratura», egli diede più compiuta forma al suo progetto nel già ricordato “Programma per l’ottobre 1917. Pro memoria per la Segreteria di Stato”, nel quale, tra l’altro, si riprendono «alcune linee generali, accettate dalla suprema autorità ecclesiastica».

Il progetto di Toniolo non si realizzò. Esso finì con lui (che morì il 7 ottobre 1918) e rappresentò – come si è soliti ripetere – il canto del cigno<sup>5</sup> di un uomo ormai malato e provato anche da dolori e da lutti che lo avevano colpito nel corso della guerra. Ma tale progetto, che pure – come vedremo – per certi versi appare legato a una visione della società internazionale ormai irrimediabilmente superata, presenta

---

<sup>3</sup> Sul progetto di Toniolo cfr. D. SORRENTINO, *L’idea di Toniolo. Una speranza per il futuro*, in *Diritto internazionale per una pace possibile*, Roma, 2002, 11 ss.; ID., *Toniolo, uomo di pace*, in M. D’AVINO, U. DE SIERVO, *La pace necessaria. Il dovere di impegnarsi per il bene universale*, Roma, 2017, 171 ss.; V. BUONOMO, *Un diritto internazionale per la pace: attualità di una proposta*, in *Diritto internazionale per una pace possibile*, cit., 57 ss.; G. CONSO, *L’intuizione di Toniolo: un contesto di giustizia imperniato sul diritto*, ivi, 29 ss.; P. CONSORTI, *Toniolo e l’Istituto di diritto internazionale per la pace*, in *Il pensiero economico italiano*, 2014, n. 2, 103 ss.; ID., *Toniolo, il diritto internazionale e la pace*, in *Peace Processes Online Review*, 2016, n. 1, 1 ss.

<sup>4</sup> *Programma per l’ottobre 1917. Pro memoria per la Segreteria di Stato*, in G. TONIOLO, *Iniziativa culturali*, cit., 215 ss.

<sup>5</sup> Così F. VISTALLI, *op. cit.*, 845.

delle acute, quasi profetiche, intuizioni, che ne giustificano una attuale vitalità.

2. L'iniziativa di Giuseppe Toniolo trova la sua prima motivazione, sul piano storico, nel sentimento di profonda angoscia dinanzi alla «odierna immane conflagrazione bellica [...] che disvela frattanto una crisi di civiltà forse unica nella storia»<sup>6</sup> ed è paragonabile a un suicidio universale per la presente società<sup>7</sup>. Di fronte a essa Toniolo avvertiva l'esigenza di organizzare e rafforzare il contributo dei cattolici alla soluzione del conflitto.

Egli notava che, sin dallo scoppio della guerra, il Pontefice si era adoperato per promuovere la fine del conflitto, in ciò affiancato dalla «Chiesa docente». La «Chiesa discente», cioè il laicato, al contrario – e a differenza di altri gruppi sociali «alieni dalla fede e dalla spirito cristiano» –, non aveva mostrato una capacità di aggregare una propria opinione o una coscienza pubblica tale da favorire, in seno agli Stati e alle nazioni, il raggiungimento di una pace «cristiana»<sup>8</sup>. Occorreva, pertanto, riannodare «quel nesso ideale spontaneo che ricongiunge i cattolici» e che, nella presente guerra, si era rivelato insufficiente mediante un Istituto, o un ente collettivo, che operasse come centro di coordinamento di individui e gruppi di fedeli, che offerissero il proprio contributo culturale e di capacità di influenzare l'opinione pubblica anche nella soluzione delle «questioni che suscitarono la guerra desolatrice tuttora in corso, apprestando così l'avvento della pace».

La seconda ragione della iniziativa di Toniolo risiede nel suo profondo desiderio di sostenere il Papa, di essergli vicino nella sua solitudine, che – come è stato osservato<sup>9</sup> – era per lui insopportabile. Invero, l'immediata condanna della guerra da parte di Benedetto XV, la sua equidistanza dalle parti in conflitto, la sua «perfetta imparzialità verso tutti i belligeranti, quale si conviene a chi è Padre comune a tutti e tutti ama con pari affetto i suoi figli», la sua determinazione a «nulla omettere [...] che giovasse ad affrettare la fine di questa calamità, [...] di questa lotta tremenda, la quale, ogni giorno più, apparisce inutile

<sup>6</sup> G. TONIOLO, *Lineamenti*, cit., 202.

<sup>7</sup> G. TONIOLO, *Per la concordia della coscienza pubblica. Contributo alla estimazione e soluzione dell'odierno conflitto internazionale*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 1917, 289.

<sup>8</sup> G. TONIOLO, *Lineamenti*, cit., 203.

<sup>9</sup> P. CONSORTI, *Toniolo, il diritto internazionale e la pace*, cit., 5.

strage»<sup>10</sup>, avevano finito per alienargli anche il mondo cattolico, frammentato nei diversi Stati in conflitto e, per lo più, impegnato a sostenere il successo bellico del proprio. E il distacco, se non l'aperta ostilità verso il Papa, era destinato ad accrescere, specie in Italia, dopo la disfatta di Caporetto.

Toniolo (che pure non mancava, egli stesso, di "parteggiare" per la vittoria dell'Italia) intendeva, con la creazione di un Istituto cattolico di diritto internazionale, costituito dallo stesso Pontefice, coadiuvare la sua opera «per agevolare al padre e maestro comune il dispiego della funzione civilizzatrice della Chiesa sopra tutti gli Stati e popoli»<sup>11</sup>.

3. Il progetto di Toniolo, peraltro, andava oltre la contingenza del pur così tragico momento storico. Come si è accennato, esso mirava a offrire un contributo di cultura, di riflessione, di sensibilizzazione dell'opinione pubblica al fine di «assicurare, per l'avvenire, sopra l'impero cieco e brutale della forza nei rapporti fra le nazioni, il trionfo, per quanto è possibile definitivo, del diritto razionale e cristiano in tutta la sua eccellenza». Si trattava, dunque, di un progetto di ampio e lungo respiro, che si poneva in perfetta sintonia con il magistero del Papa, il quale, di lì a poco, nel celebre, e già ricordato messaggio del 1° agosto 1917, avrebbe affermato che il primo caposaldo di una pace giusta e duratura, «il punto fondamentale deve essere che sottenti alla forza materiale delle armi la forza morale del diritto».

Non mancavano a Toniolo esempi sui quali modulare il suo progetto, a cominciare da quello, esplicitamente da lui sostenuto, elaborato da Alfred Vanderpol all'inizio del ventesimo secolo nell'ambito di un movimento pacifista cattolico<sup>12</sup>. Se analoghi erano gli obiettivi delle loro iniziative, cioè, essenzialmente, promuovere una rifondazione del diritto internazionale sulla base di un ideale di giustizia cristiana, il progetto di Vanderpol, di costituire un Istituto di diritto internazionale, si risolse, in definitiva, nella istituzione a Lovanio di una cattedra concernente tale tema, mentre quello di Toniolo era più ambizioso. Esso, infatti, era volto a creare una struttura di aggregazione e di coordinamento del pensiero cattolico, al servizio del magistero

---

<sup>10</sup> Lettera del Santo Padre Benedetto XV ai Capi dei popoli belligeranti del 1° agosto 1917.

<sup>11</sup> G. TONIOLO, *Lineamenti*, cit., 204.

<sup>12</sup> Cfr. P. CONSORTI, *op. ult. cit.*, 7

papale e – come si vedrà – presentava una complessa e matura articolazione organizzativa.

È da ritenere che fosse ben presente a Toniolo anche un'altra esperienza nel campo dello studio, della ricerca e dell'insegnamento del diritto internazionale. Mi riferisco all'Institut de Droit International, fondato a Gand nel 1873 da un gruppo di rinomati internazionalisti, il quale è un'associazione scientifica del tutto indipendente da qualsiasi influenza governativa. Esso, tuttora, ha quale scopo di favorire lo sviluppo del diritto internazionale, operando per la formulazione di principi generali, fornendo il proprio concorso a ogni serio tentativo di codificazione graduale e progressiva del diritto internazionale, contribuendo, nei limiti della propria competenza, al mantenimento della pace e all'osservanza delle leggi di guerra, emanando pareri, curando pubblicazioni, organizzando un pubblico insegnamento.

Nella proposta presentata al Papa, Toniolo sottolineava che essa non intendeva in alcun modo contrapporsi ad alcuna società privata. Ma la specificità del suo progetto risiedeva nella esplicita connotazione del costituendo Istituto quale "cattolico" (più precisamente, come si è accennato, denominato anche "Istituto storico sociale e di diritto internazionale"), avente il compito di restaurare nella società il diritto pubblico cristiano. In altri termini, il progetto rispondeva a una costante del pensiero di Toniolo e della sua politica del diritto, volta a cristianizzare il diritto positivo<sup>13</sup>. Ciò risulta palesemente da una distinzione, sulla quale il progetto si fonda, tra il diritto razionale e cristiano e quello puramente positivo: il primo informato alla dottrina della Chiesa, alla tradizione della cultura cristiano-cattolica, a «quella concezione cristiana del diritto, che sola pone efficace limite alla forza e che sola conduce alla giusta considerazione di quei valori spirituali»; il secondo espresso dal diritto convenzionale dei trattati.

Anche in un altro scritto, contemporaneo al suo progetto, Toniolo rivendica l'esistenza di un diritto internazionale di ragione, riflesso della eterna legge morale divina consacrata dalla religione, a fronte di un diritto internazionale positivo dei codici e delle convenzioni pubbliche fra gli Stati<sup>14</sup>.

Il rapporto tra le due concezioni di diritto internazionale non è però di separatezza, poiché il diritto internazionale positivo trae la propria autorità dal diritto razionale di natura, i cui principi sono

<sup>13</sup> Cfr. P. COMANDUCCI, *Toniolo e il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 61 ss., in specie 73.

<sup>14</sup> G. TONIOLO, *Per la concordia della coscienza pubblica*, cit., 300.

obiettivi, universali, immutabili, mentre quello positivo ha un valore storico e subordinato.

La distinzione in esame, peraltro, non conduce a limitare ai soli credenti l'autorità del diritto internazionale razionale. I principi universali di tale diritto, infatti, lo pongono in contatto con l'intera comunità, compresi quanti, pur non credenti, confidino nel valore della ragione e della responsabile libertà umana.

Il valore perenne e universale del diritto razionale e cristiano e quello storico e subordinato del diritto positivo internazionale determinano, nella ricostruzione di Toniolo, due conseguenze. Anzitutto si pone l'esigenza di un rinnovamento del diritto internazionale positivo per adeguarlo ai principi superiori del diritto razionale; tali principi prescrivono l'osservanza della legge morale e della giustizia e richiedono l'appagamento delle aspirazioni dei popoli, la promozione del bene della società umana universale e del comune incivilimento, il dovere della solidarietà.

Una seconda conseguenza è di natura politica, più che spirituale. Mentre l'ambito del potere degli Stati, portatori di ordinamenti giuridici positivi, è limitato ai rispettivi territori e cittadini, il diritto razionale ha una funzione essenzialmente universale, «che riconosce per territorio il mondo e per soggetto l'umanità». Ora, il rappresentante e capo di questo consorzio civile universale è, per diritto, la Chiesa con il suo Pontificato e il suo centro di Roma<sup>15</sup>. Sicché la Chiesa – in raffronto alla sovranità politica degli Stati – appare munita di una “sovranità religiosa” e di una funzione civilizzatrice sopra tutti gli Stati e i popoli<sup>16</sup>. In maniera anche più esplicita, nel “Programma per l'ottobre 1917”, contrapponendo a un diritto interstatale, prevalentemente fondato sulle mutue convenzioni fra gli enti sovrani politici, un diritto internazionale gerarchicamente indipendente e prevalentemente razionale, Toniolo affermava che quest'ultimo era «tutto proprio della Chiesa»<sup>17</sup>, che tutti gli Stati e i popoli erano tenuti al suo doveroso rispetto e che di esso era moderatore supremo il Pontificato. La superiorità del diritto internazionale razionale su quello positivo finiva così per tradursi in una superiorità gerarchica, in una sovraordinazione del Papa sugli enti sovrani e sull'intera umanità.

---

<sup>15</sup> G. TONIOLO, *Lineamenti*, cit., 211.

<sup>16</sup> G. TONIOLO, *Per la concordia della coscienza pubblica*, cit., 296.

<sup>17</sup> G. TONIOLO, *Programma per l'ottobre 1917*, cit., 216.

4. Il progetto di Toniolo era dettagliatamente articolato<sup>18</sup>. Esso prevedeva, come si è detto, la fondazione di un Istituto storico sociale e di diritto internazionale quale Istituto internazionale pontificio incardinato nella Chiesa («all'ombra della Chiesa») e posto a servizio della missione papale e della funzione civilizzatrice della Chiesa sopra tutti gli Stati e i popoli.

Gli scopi dell'Istituto possono essere così sintetizzati: promuovere la formazione di una mentalità adatta ad affrontare i problemi del diritto internazionale, inteso – come più volte si è rilevato – essenzialmente come diritto razionale e cattolico, e, a tal fine, svolgere un'opera di educazione di studiosi informata ai principi e alle tradizioni della cultura cristiano-cattolica.

L'azione dell'Istituto si sarebbe svolta mediante l'insegnamento scientifico-sistematico con apposite cattedre di filosofia e della sua storia, di sociologia e della sua storia, di filosofia e storia del diritto in generale e, in particolare, del diritto internazionale; mediante la preparazione dottrinale e la divulgazione di studi specializzati, in adunanze, relazioni, articoli, pubblicazioni, corsi delle più illustri competenze scientifiche; mediante la diffusione delle idee fondamentali per mezzo di quotidiani, università popolari, conferenze ecc.; mediante concorsi, discussioni e studi comuni; mediante la direzione e la selezione di un centro di irradiazione che regolasse l'azione di propaganda, assicurando a essa «tutta la luce della verità cristiana e tutto l'impulso vivificatore della virtù», fornendo «un valido punto di appoggio alla Santa Sede nelle sue eventuali affermazioni e direttive per la preparazione di una coscienza illuminata nei cattolici colti»<sup>19</sup>.

L'Istituto cattolico di diritto internazionale, con sede a Roma, si sarebbe composto di tre categorie di membri, di onore, ordinari e corrispondenti, e avrebbe avuto un ufficio di presidenza e un ufficio di segreteria. Il Presidente avrebbe convocato mensilmente tutti i membri per la trattazione e la discussione di tesi e questioni determinate; a un membro ordinario sarebbe stata affidata la trattazione del tema proposto, seguita dalla discussione generale; i risultati della trattazione e della discussione sarebbero stati pubblicati.

L'Istituto sarebbe stato dotato di una biblioteca specializzata di diritto internazionale e di sociologia. Organi dell'Istituto sarebbero

---

<sup>18</sup> Cfr. D. SORRENTINO, *Toniolo, uomo di pace*, cit., 178 ss.

<sup>19</sup> G. TONIOLO, *Lineamenti*, cit., 207.

state tutte le riviste cattoliche, in specie la Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie.

5. Come si è accennato, il progetto di Toniolo non ebbe alcun seguito. La sua morte contribuì, probabilmente, alla mancata realizzazione di una iniziativa che era intimamente legata alla sua personalità, alla sua cultura, alla sua concezione del diritto. Anche la sconfitta di Caporetto – come è stato acutamente osservato<sup>20</sup> – favorì il tramonto di un progetto, che era essenzialmente un progetto di pace, mentre la sconfitta determinava un anelito di rivalse, di rivincita e, quindi, provocava sentimenti di riscatto e di guerra; e tali sentimenti, specie in Italia, erano largamente diffusi anche nell'opinione pubblica cattolica. Si aggiunga che, per certi versi, alcune aspirazioni di Toniolo avrebbero trovato, di lì a poco, una importante realizzazione nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, fondata nel 1921, nella quale egli tanto aveva creduto e della quale, non a caso, ente fondatore e promotore è l'Istituto di studi superiori intitolato allo stesso Giuseppe Toniolo.

Come valutare, allora, il suo progetto? Quale eredità lascia? Esso, come più volte abbiamo osservato, riflette la personalità più profonda e autentica del suo ideatore, cioè la sua devozione verso la Chiesa e il Pontefice, la sua rigorosa osservanza dell'ortodossia cattolica<sup>21</sup>, la sua già ricordata «cristianizzazione del diritto positivo».

Per altro verso, nel progetto in esame emerge la formazione culturale, ricca, poliedrica, multiforme, di Toniolo, il quale, nell'analisi del fenomeno giuridico, adotta un approccio interdisciplinare, impiegando le categorie e gli apporti scientifici della storia e della sociologia (il cui ruolo è preminente anche nel suo progetto di Istituto), dell'economia, della scienza della politica, della filosofia.

Per quanto riguarda la sostanza del progetto di Toniolo e le concezioni di base sulle quali si fonda, esso, a mio parere, dà l'impressione di un Giano bifronte, da un lato, volto a vagheggiare un mondo definitivamente scomparso, dall'altro, proiettato verso un futuro di sviluppo e di trasformazione del diritto e delle relazioni internazionali.

L'aspetto "retrospettivo" della visione di Toniolo risiede nel richiamo nostalgico di una sorta di *Respublica Christiana* di stampo medievale<sup>22</sup>, organizzata gerarchicamente sotto l'autorità suprema del Papa (nonché, storicamente, dell'Imperatore). Da lui (o dall'Impera-

<sup>20</sup> P. CONSORTI, *op. ult. cit.*, 11.

<sup>21</sup> P. COMANDUCCI, *op. cit.*, 77.

<sup>22</sup> Cfr. P. CONSORTI, *op. ult. cit.*, 7.

tore) ogni potere deriva; egli può delegare i suoi poteri a *reges et principes*, assegnare territori, dirimere contese, poiché è *iudex mundi*; e l'arbitrato pontificio è "naturalmente" lo strumento più idoneo per la soluzione delle controversie. Emblematica è la bolla *Inter coetera* del 4 maggio 1493, con la quale Papa Alessandro VI decide la lite insorta tra i Regni di Castiglia e del Portogallo in merito all'appropriazione delle terre delle Americhe. Ma il mondo medievale, fondato sulla unità religiosa e politica, si è progressivamente logorato, anzitutto con la riforma luterana del 1520, la quale spezza definitivamente tale unità, e quindi con la pace di Westphalia del 1648, che suggella la nascita della moderna Comunità internazionale, formata da Stati sovrani, sottratti ormai a ogni superiore potere, del Papa come dell'Imperatore.

Tentare di recuperare, nel ventesimo secolo, la concezione di una società universale, rappresentata giuridicamente dal Pontefice e da lui guidata, in una sorta di spirito neoguelfista, appare, in definitiva, operazione anacronistica e improponibile.

6. La visione di Toniolo, tuttavia, è, per altri versi, ricca di suggestioni e di intuizioni che, muovendo da una lucida analisi del momento presente, anticipano sviluppi che verranno a realizzarsi negli anni a seguire. In questo senso essa appare quasi profetica<sup>23</sup>.

Il punto centrale di questa sua visione consiste, a mio parere, proprio nella riaffermazione di un diritto razionale e cristiano al quale il diritto internazionale positivo dovrebbe adeguarsi. Essa, infatti, non rappresenta solo un atto di fedeltà alla Chiesa e alla sua dottrina, ma anche, forse soprattutto, l'esigenza, drammaticamente avvertita, di innovare un diritto internazionale che non era stato in grado di prevenire una guerra di dimensioni e di una violenza senza precedenti, tanto da apparire come l'agonia della moderna civiltà, né di provocarne almeno la cessazione.

In realtà il diritto internazionale all'epoca vigente non era idoneo neppure a condannare la guerra. Infatti il ricorso alla forza armata da parte degli Stati in via di autotutela, per la difesa dei propri diritti, era giuridicamente lecito (anche se sottoposto a taluni limiti e condizioni). Persino la guerra, intesa come implicante un impiego massiccio della violenza armata accompagnato dalla volontà di piegare le capacità di resistenza del nemico, cioè di "debellarlo" (*animus bellandi*), era un fenomeno fisiologico delle relazioni internazionali, che non si poneva

---

<sup>23</sup> Cfr. D. SORRENTINO, *Toniolo, uomo di pace*, cit., 180 ss.

in contraddizione con il diritto, ma determinava, essenzialmente, l'applicazione di quella parte del diritto internazionale denominato *ius in bello*, volto a regolare la conduzione delle ostilità da parte degli Stati belligeranti e la posizione degli Stati neutrali.

Alla forza armata, compresa la guerra, anzi, erano assegnate molteplici funzioni, non in opposizione, ma coerenti con il diritto internazionale. Anzitutto, come si è visto, la forza armata svolgeva una funzione di attuazione coercitiva dei diritti (violati o gravemente minacciati) da parte dello Stato titolare degli stessi nell'esercizio del diritto di autotutela; in secondo luogo la forza era considerata un mezzo di ricambio del diritto internazionale, in quanto poteva essere utilizzata al fine di provocare un mutamento delle norme vigenti per adattare alle nuove esigenze della società internazionale o, più semplicemente, ai propri interessi; infine essa poteva essere impiegata da uno Stato parte di una controversia per imporre una data soluzione, costringendo l'altro Stato parte ad addivenire a un accordo conforme alle proprie pretese.

In via generale può dirsi che l'uso della forza da parte degli Stati era connaturato a una società, come quella internazionale, priva di una autorità sovraordinata ai consociati, nella quale, pertanto, le essenziali funzioni della produzione normativa, dell'attuazione coercitiva del diritto, del regolamento delle controversie, sono svolte dagli stessi consociati, cioè gli Stati.

Neppure la dottrina della guerra giusta, tradizionalmente presente nella riflessione cattolica, era suscettibile di porre degli argini significativi alla guerra, se solo si considera a quanti usi e abusi si prestava il requisito della *iuxta causa*. Semmai si potevano individuare delle ragioni di illiceità della guerra nella violazione dei diritti degli Stati neutrali, come era accaduto nella Grande Guerra con l'invasione del Belgio e del Lussemburgo da parte della Germania, in violazione dei trattati internazionali vigenti con tali Stati. Ciò, al termine della guerra, avrebbe condotto al tentativo di processare il Kaiser Guglielmo II per offesa suprema contro la morale internazionale e la sacra autorità dei trattati<sup>24</sup>. Lo stesso Toniolo non aveva mancato di stigmatizzare come illecita ("guerra incivile") l'aggressione tedesca, in particolare contro il Belgio, «per la flagrante violazione della neutralità garantita

---

<sup>24</sup> Il processo era espressamente previsto dall'art. 227 del Trattato di pace di Versailles del 28 giugno 1919; in proposito mi permetto di rinviare a U. VILLANI, *Il mancato processo al Kaiser*, in D. DONOFRIO DEL VECCHIO, G. POLI (a cura di), *L'Italia, la Puglia e la Grande Guerra*, Fasano, 2016, 561 ss.

da trattati internazionali e per la condotta degli eserciti teutonici»<sup>25</sup>. Tuttavia era ben consapevole che la guerra, di per sé, non poteva qualificarsi come illecita, ma, al massimo, se ne poteva limitare la liceità nell'ottica della guerra giusta. Egli, quindi, concedeva, alla luce del diritto internazionale positivo, che «la guerra acquista appena una legittimità accidentale e condizionata in ordine ai suoi fini, quale mezzo inevitabile a prevenire o riparare le violazioni del diritto fra gli Stati»; ma ne denunciava i «mali molteplici e incommensurabili» dei quali tale «flagello» è portatore e vi contrapponeva, quale effetto dell'osservanza della morale e del diritto, la pace, che «rimane essa soltanto la normale e costante condizione etico-giuridica, per conservare il consorzio umano-sociale»<sup>26</sup>.

La rivendicazione di un diritto razionale internazionale mirava, dunque, a correggere l'inadeguatezza di quello storicamente positivo, mediante la «sostituzione, al posto della forza materiale, dell'impero pacificatore del diritto»<sup>27</sup>.

La visione di Toniolo appare anticipatrice delle profonde innovazioni che si realizzeranno compiutamente solo con la nascita delle Nazioni Unite, dopo il nuovo «flagello» della Seconda guerra mondiale, mediante la prescrizione del divieto non solo della guerra, ma di qualsiasi uso della forza, e persino della minaccia di tale uso da parte degli Stati nelle loro relazioni (art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite), divieto garantito da un sistema di sicurezza collettiva incentrato nel Consiglio di sicurezza<sup>28</sup>.

Il magistero di Toniolo ha cura di evidenziare, quale alternativa alla guerra, da bandire dal diritto internazionale, la necessità di ricorrere a mezzi pacifici di soluzione delle controversie, quali la conciliazione, l'arbitrato, le conferenze e i congressi internazionali. Anche sotto questo profilo Toniolo non solo richiamava all'attenzione degli Stati i procedimenti di regolamento delle controversie internazionali previsti dalle Convenzioni dell'Aja del 29 luglio 1899 e del 18 ottobre 1907, ma, dichiarando che essi sono i «soli *modi compositivi* degni di

<sup>25</sup> G. TONIOLO, *Per la concordia della coscienza pubblica*, cit., 297.

<sup>26</sup> G. TONIOLO, *op. ult. cit.*, 299 (corsivo nel testo).

<sup>27</sup> G. TONIOLO, *Lineamenti*, cit., 210. Anche sotto questo profilo il pensiero di Toniolo era in piena sintonia con l'appello del 1° agosto 1917 di Papa Benedetto XV, il quale indicava come punto fondamentale di una pace giusta e duratura la necessità «che sottenti alla forza materiale delle armi la forza morale del diritto».

<sup>28</sup> Cfr. U. VILLANI, *Il diritto internazionale della pace*, in M. D'AVINO, U. DE SIERVO (a cura di), *op. cit.*, 135 ss.

popolazioni civili»<sup>29</sup>, anticipava la previsione, anch'essa contenuta nella Carta delle Nazioni Unite, secondo la quale gli Stati devono risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale, e la giustizia, non siano messe in pericolo (art. 2, par. 3).

L'intuizione profetica di Toniolo investe l'elemento più radicato nella comunità internazionale e nel suo diritto: la sovranità degli Stati. Egli imputa la guerra «alla più flagrante degenerazione della sovranità politica degli Stati mediante il *feticismo della forza materiale*»<sup>30</sup>. E invero la sovranità, attributo pur irrinunciabile degli Stati, all'epoca di Toniolo celebrava i suoi fasti, connotando il diritto internazionale essenzialmente come un complesso di regole limitate alla coesistenza tra enti sovrani. Solo nel corso del ventesimo secolo gli Stati, anche sotto la spinta di interessi e di bisogni nascenti all'interno delle loro società, saranno disponibili a forme di limitazione della loro sovranità, instaurando una fitta rete di cooperazione mediante la conclusione di innumerevoli accordi e la creazione di organizzazioni internazionali volte a realizzare con la loro azione gli obiettivi comuni degli Stati membri. Questa rete di accordi, di intrecci di interessi, queste forme di aggregazione di autorità, di strutturazione della Comunità internazionale, non potranno che giovare anche all'instaurazione e al mantenimento di relazioni pacifiche tra gli Stati.

All'esigenza di limitare la sovranità statale si collega il riconoscimento di interessi solidali comuni a tutti i popoli e Stati, al di sopra di quelli individuali delle singole nazioni e Stati, che si esprimono in un dovere di solidarietà umana e in un interesse condiviso di cooperare tutti ai fini superiori della comune civiltà universale<sup>31</sup>. In forma embrionale sembra di leggere, in questa categoria di interessi solidali, quei valori condivisi della Comunità internazionale, che solo da qualche decennio sono emersi nel diritto internazionale, come il divieto di aggressione, il diritto di autodeterminazione dei popoli, il rispetto dei diritti umani fondamentali, la protezione dell'ambiente contro atti volontari di inquinamento massiccio, valori tutelati da norme imperative del diritto internazionale, la cui forza cogente comporta la nullità di accordi con esse confliggenti e la cui violazione determina forme aggravate di responsabilità degli Stati per atti illeciti.

---

<sup>29</sup> G. TONIOLO, *Per la concordia della coscienza pubblica*, cit., 301 (corsivo nel testo).

<sup>30</sup> G. TONIOLO, *op. ult. cit.*, 295 (corsivo nel testo).

<sup>31</sup> G. TONIOLO, *Lineamenti*, cit., 210 e 212.

È in questa visione evolutiva del diritto internazionale che risiede l'attualità della lezione di Toniolo, che conserva tutta la sua feconda vitalità anche, forse soprattutto, nella presente temperie.

Vi è, infine, nel progetto di Toniolo un messaggio e un ammonimento di perenne validità: la prima difesa della pace è nella cultura della pace<sup>32</sup>. L'insegnamento, l'educazione, la ricerca, la diffusione di informazioni e di idee sulla pace e sulla sua costruzione creano dal basso, nella coscienza degli uomini e dei popoli, uno spirito di pace, di comprensione reciproca, di apertura al dialogo, di solidarietà umana. Come dichiara il Preambolo della Costituzione dell'UNESCO, del 16 novembre 1945, poiché è nella mente degli uomini che le guerre nascono, è nella mente degli uomini che vanno costruite le difese della pace.

#### ABSTRACT

#### *The Project of a Catholic Institute of International Law by Giuseppe Toniolo*

In June 1917 Giuseppe Toniolo submitted to Pope Benedetto XV a project of an Institute of International Law with the aim of training lawyers on the basis of a Christian conception of law. This project was conceived in the most serious phase of World War I, called by the Pope "a useless massacre", and had no success.

Although some aspects of the project might be anachronistic, particularly Toniolo's view of a universal Christian society whose representative would be the Pope, the same project appears to be inspired by a prophetic spirit. As a matter of fact, Giuseppe Toniolo claimed the supremacy of a universal, eternal "rational law" on "positive law", and affirmed the need of a deep renewal of international law, especially in order to limit the use of force and to guarantee the maintenance of peace. The new principles promoted by Toniolo will be recognized only after World War II, with the birth of the United Nations.

---

<sup>32</sup> G. TONIOLO, *op. ult. cit.*, 207.



## ARTICOLI E SAGGI

### LA RICERCA DELLA PROVA DIGITALE MEDIANTE CAPTATORE INFORMATICO NELLA PRASSI DEGLI STATI E NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA PREVENZIONE DEI REATI E TUTELA DELLA RISERVATEZZA INFORMATICA

FRANCESCA GRAZIANI

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. Il ricorso alle *hacking techniques* nella prassi degli Stati. – 3. (*Segue*): i limiti della cooperazione internazionale. – 4. La tutela della riservatezza informatica nella giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE. – 5. La disciplina del captatore informatico nell'ordinamento italiano.

1. Lo sviluppo delle *Information Communication Technologies* ha modificato i tratti essenziali dell'accertamento penale, determinando il ricorso a tecniche di indagine volte a rinvenire nei sistemi informatici elementi di prova dei reati. Ad esse va ricondotto il captatore informatico, consistente in un *malware* installato su un apparecchio elettronico bersaglio che consente a un centro remoto di comando di geocalizzare il dispositivo infettato e di prenderne il controllo<sup>1</sup>. Il captatore informatico è in grado di svolgere in modalità nascosta una gamma molto ampia di operazioni intrusive, siano esse di *online search* (copia, totale o parziale, dei dati salvati nel dispositivo *target*) o di *online surveillance* (monitoraggio del flusso informativo in entrata/uscita e accesso in tempo reale a ciò che appare sullo schermo (*screenshot*), a quanto è digitato sulla tastiera (*keylogger*) e ad immagini o suoni che entrano nell'orbita percettiva del *device* (videoriprese e intercettazione ambientale)).

Da queste premesse muove l'analisi che s'intende condurre. Se da

---

<sup>1</sup> L'installazione furtiva del *malware* può avvenire mediante accesso diretto all'*hardware* del dispositivo elettronico bersaglio o, più frequentemente, da remoto, attraverso l'invio di un *virus* mascherato in un *sms*, nell'allegato di una *e-mail* o in un'applicazione di aggiornamento.

un canto si tratta di prendere atto della straordinaria efficacia dei nuovi mezzi di ricerca della prova digitale, dall'altro canto le potenzialità invasive del captatore informatico sollevano questioni giuridiche complesse sotto il profilo del bilanciamento tra esigenze investigative di prevenzione dei reati e garanzie individuali, con specifico riferimento al diritto di difesa (inviolabile in ogni stato e grado del procedimento) e alla protezione della riservatezza informatica, sempre più compressa da sofisticate e/ma insidiose tecniche di *digital forensic*.

Nelle pagine che seguono ci si focalizzerà anzitutto sulla prassi degli Stati, dove il ricorso alle *hacking technique*, pur ampiamente praticato nella realtà investigativa, stenta a trovare compiuta disciplina a livello di singoli Stati e di cooperazione giudiziaria, scontandosi in questo secondo ambito l'incapacità degli Stati di accordarsi in merito alla previsione di regole comuni (paragrafi 2-3). Occorrerà poi analizzare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) e della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), valutando l'incidenza nella materia del principio di proporzionalità, quale parametro utile a individuare presupposti e condizioni di legittimità delle indagini informatiche "occulte" (par. 3). Infine, l'attenzione si sposterà sull'ordinamento italiano: dopo un lungo dibattito parlamentare, l'intervento del Legislatore appare, per le ragioni che si andranno a esporre, non solo minimale e largamente criticabile ma anche foriero di incoerenze e delicati problemi applicativi che ne evidenziano la distanza dagli *standard* europei in tema di garanzie individuali e di protezione della riservatezza informatica (par. 4).

2. Lo strumento del captatore informatico rientra nelle attività di *hacking by law enforcement*, espressione con la quale ci si riferisce in ambito investigativo ad un insieme variegato e multiforme di sofisticate tecniche di sorveglianza finalizzate a violare l'integrità di un sistema informatico<sup>2</sup>. A partire dagli anni Duemila, il crescente ricorso

---

<sup>2</sup> S. HERPIG, *A Framework for Government Hacking in Criminal Investigation*, Stiftung Neue Verantwortung, novembre 2018, in <https://www.stiftung-nv.de>, 6. Sulle capacità operative del captatore informatico (anche noto come agente intrusore, *trojan horse*, intruso informatico o sistema di controllo remoto), v. G. VACIAGO, D.S. RAMALHO, *Online Searches and Online Surveillance: The Use of Trojans and Other Types of Malware as Means of Obtaining Evidence in Criminal Proceedings*, in *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 13/2016, 88 ss.; M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, Giuffrè, 2017, 12 ss.; G. ZICCARDI, *Il Parlamento europeo, captatore informatico e attività di hacking delle Forze dell'ordine: alcune riflessioni informatico-giuridiche*, in *Archivio Penale*, 1/2017, 239 ss.

a questo incisivo mezzo di ricerca della prova è riconducibile ad una serie di fattori che possono essere così sintetizzati.

Un primo motivo è connesso al progressivo slittamento del fulcro delle indagini penali dalla “repressione” alla “prevenzione” dei reati che destano maggiore allarme sociale (in particolare, terrorismo e criminalità organizzata). Gli apparati di polizia e i servizi di *intelligence* hanno quindi cominciato ad affiancare alle indagini informatiche “palesi” – tese ad acquisire prove di reati già commessi mediante gli strumenti tipici di ricerca della prova (ispezioni, perquisizioni e sequestri) – attività investigative “occulte”, effettuate cioè all’insaputa dell’interessato, in grado di spiare in modo segreto e continuo i *device* bersaglio nell’attesa di cogliere elementi probatori di reati dei quali s’ipotizza *in futuro* la commissione<sup>3</sup>.

Né può sottovalutarsi la circostanza che le organizzazioni criminali sfruttano da tempo le ampie possibilità offerte dagli strumenti tecnologici, facendo uso sistematico ed elaborato del *deep web* e del *dark web*, ossia di reti telematiche nascoste rispetto alla rete comune che, occultando gli indirizzi IP dei *computer*, rendono anonima l’identità degli utenti e perciò consentono la realizzazione di attività illegali con elusione dei sistemi di sicurezza statali<sup>4</sup>.

Infine e soprattutto, l’utilizzo delle *hacking technique* costituisce l’unico modo per *bypassare* la barriera posta all’accesso di dati informatici dai sistemi di crittografia *end-to-end*, tesi a garantire la segretezza delle comunicazioni tramite una chiave di cifratura nota soltanto agli utilizzatori degli apparecchi. Questa barriera può essere aggirata solo attraverso i nuovi strumenti di captazione che, inoculati nei dispositivi, consentono di carpire le comunicazioni (telefoniche e di messaggistica istantanea) a “valle”, ossia prima che scatti il sistema crittografico di chiusura dei dati in entrata e in uscita<sup>5</sup>.

Ora, il punto che qui si intende evidenziare è che l’utilizzo dell’*hacking* da parte delle forze dell’ordine e dei servizi di *intelligence* si

---

<sup>3</sup> F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell’era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 1 ss., 2.

<sup>4</sup> Sulle nozioni di *deep web* e *dark web* v. *Deep web e dark web: profili giuridici*, in *Diritto dell’informatica.it*, 25 maggio 2018, in <http://www.dirittodellinformatica.it/ict/crimini-informatici/deep-web-e-dark-web-profil-giuridici.html>.

<sup>5</sup> B. INDOVINA, *I captatori informatici: una riforma troppo contenuta per uno strumento investigativo così pervasivo*, in *Media Laws*, 2/2018, 1 ss., 3. V. anche Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, David Kaye, UN Doc. A/HRC/29/32, 22 maggio 2015, paragrafi 7 ss.

inserirsi a livello di singoli Stati in un limbo regolamentare contrassegnato da aporie e manifeste fragilità, che suggerisce l'immagine di uno sconfinato *far west* nella rete, in cui il diritto soccombe alla tecnologia<sup>6</sup>.

Ad eccezione della Germania, primo Stato europeo ad autorizzare formalmente fin dal 2006 forme di captazione occulta, in alcuni Stati (Francia, Olanda, Polonia, Spagna e Regno Unito) specifiche disposizioni legislative sono state introdotte solo dal 2014, ma differiscono tra loro con riferimento sia alla categoria dei reati per i quali è consentita l'intrusione informatica sia alle garanzie (*ex ante* e *ex post*) che circoscrivono le condizioni di utilizzo del *trojan*. Sono poi moltissimi gli Stati europei ed extra-europei che nell'utilizzo dei nuovi mezzi di ricerca della prova digitale si affidano a "grey area legal provisions", ossia a norme che, dettate per misure investigative affini, sono applicate in via analogica agli strumenti di captazione occulta.

Ancor più rarefatti e differenziati sono i quadri giuridici che regolamentano l'attività dei servizi di *intelligence* nella sorveglianza digitale delle comunicazioni. La (necessaria) cultura della segretezza che connota l'attività di *intelligence* porta con sé la scarsa definizione dei poteri dei servizi, l'assenza di adeguate garanzie in fase di accesso, raccolta e conservazione dei dati digitali e la mancata previsione di solidi meccanismi di controllo indipendente<sup>7</sup>.

Deve soprattutto tenersi in considerazione che gli *hacking tool* sono prodotti e forniti ai Governi da società private che operano secondo logiche di mercato, agendo spesso in un regime di semi-monopolio. Ragioni di efficienza nell'esecuzione delle operazioni di captazione e di contenimento della spesa pubblica inducono poi spesso ad appaltare alle società private le stesse attività di intrusione informatica. Tuttavia, la limitata trasparenza in sede di stipula di contratti tra Governi e operatori privati ingenera numerose incertezze sia in tema di genuinità dei dati acquisiti sia con riguardo al livello di sicurezza che le società produttrici sono in grado di assicurare in caso di attacco ai *software*.

Sotto il primo profilo, l'affidamento delle attività di captazione a

---

<sup>6</sup> Cfr. M. PANZAVOLTA, *Intercettazioni e Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in F. RUGGIERI, L. PICOTTI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2011, 67 ss., 69.

<sup>7</sup> Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali, *Surveillance by Intelligence Services: Fundamental Rights Safeguards and Remedies in the EU, Volume I: Member States' Legal Frameworks* (2015) e *Volume II: Field Perspectives and Legal Update* (2017), Lussemburgo, Publications Office of the EU.

imprese esterne dovrebbe essere subordinato a stringenti specifiche operative, al controllo dell'autorità giudiziaria e a poteri di verifica *ex post* da parte della difesa. Tenuto conto della straordinaria capacità invasiva del captatore – che può aggiungere nuove funzionalità, nonché eliminare e modificare i dati informatici nel corso delle indagini – occorre assicurare l'acquisizione di dati digitali attendibili, prevedendo la corretta conservazione degli elementi acquisiti, la loro conformità ai dati originali e la loro immodificabilità<sup>8</sup>.

Sotto il secondo profilo, i contratti con le aziende private non chiariscono gli obblighi che incombono sui privati e le loro responsabilità in caso di attacco ai *malware* messi in commercio. Paradigmatica è al proposito la vicenda che ha coinvolto nel luglio 2015 l'azienda italiana *Hacking Team*, la cui attività principale consiste nella commercializzazione del *software Remote Control System Galileo (RCS Galileo)*, un pacchetto offensivo di alto profilo in grado di infettare ogni tipo di *device*. L'attacco *hacker* subito dalla società ha sollevato molteplici criticità in termini di sicurezza informatica, non soltanto perché ha reso pubblici i documenti privati dell'azienda e dei suoi clienti ma perché ha diffuso *online* il codice sorgente del *software RCS Galileo*, che è stato quindi prontamente scaricato dai *cyber* criminali per utilizzi illeciti<sup>9</sup>.

Le lacune nelle normative statali e le vistose asimmetrie nel bilanciamento delle garanzie emergono con evidenza dai rapporti adottati in ambito Nazioni Unite che, dinanzi alla crescente capacità delle autorità statali «to conduct simultaneous, invasive, targeted and broad-scale surveillance than ever before»<sup>10</sup>, hanno a più riprese raccomandato agli Stati «to review their procedures, practices and legislation regarding the surveillance of communications, their interception and the collection of personal data, including mass surveillance,

---

<sup>8</sup> M. ZONARO, *Aspetti tecnici e operativi per l'utilizzo di un innovativo strumento d'intercettazione*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà*, 2016, in [http://www.parolaalladifesa.it/wp-content/uploads/2016/09/Parolaalladifesa\\_Trojan-horse-tecnologia-indagini-e-garanzie-di-liberta%CC%80.pdf](http://www.parolaalladifesa.it/wp-content/uploads/2016/09/Parolaalladifesa_Trojan-horse-tecnologia-indagini-e-garanzie-di-liberta%CC%80.pdf), 163 ss., 166 ss.

<sup>9</sup> Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, *Relazione annuale, Attività svolta dal 1° ottobre 2014 al 31 dicembre 2015 trasmessa alle Presidenze delle Camere il 17 febbraio 2016*, Doc. XXXIV, n. 3, 7 ss., 24 ss.; CLUSIT, *La nuova cyber minaccia per la privacy: tutto ciò che sappiamo sui captatori informatici*, in *Agenda Digitale*, febbraio 2017.

<sup>10</sup> Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Frank La Rue*, UN Doc. A/HRC/23/40, par. 33.

interception and collection»<sup>11</sup>. Nel quadro dell'Unione europea, nel marzo 2017 la Commissione LIBE (“Libertà civili, Giustizia e Affari Interni”) ha chiesto al Parlamento europeo, *inter alia*, di invitare gli Stati membri «to adopt a clear and precise legal basis if law enforcement agencies are to use hacking techniques» e di adottare una risoluzione «calling on Member States to conduct a Privacy Impact Assessment when new laws are proposed to permit and govern the use of hacking techniques by law enforcement agencies»<sup>12</sup>. La regolamentazione dell'*hacking* sarebbe resa necessaria, oltre che da considerazioni connesse alla tutela dei diritti dell'indagato e alla protezione della riservatezza informatica, dalla circostanza che i sistemi di sorveglianza digitale occulta compromettono non soltanto l'integrità del sistema bersaglio ma anche di altri sistemi, arrivando così a minare la sicurezza di *internet* nella sua globalità. L'utilizzo di tecniche atte a violare le misure di sicurezza dei sistemi operativi ha infatti l'effetto di avvelenare i dispositivi *target*, rendendoli più vulnerabili a successivi attacchi, con conseguente indebolimento di interi sistemi informatici e di infrastrutture tecnologiche strategiche<sup>13</sup>.

3. Sul fronte della cooperazione internazionale il quadro giuridico diviene, se possibile, ancora meno nitido. Si intende qui focalizzare l'attenzione su quattro questioni tutte egualmente importanti in tema di bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

La prima concerne il tema delle esportazione degli *hacking tool*. La Primavera araba ha portato alla luce il fenomeno della vendita di tecnologie di sorveglianza occulta a Stati autoritari e governi illiberali (tra cui Egitto, Etiopia, Nigeria e Sudan) e/o in zone di conflitto (Libia e Siria) da parte di società private (tra queste, la francese *Amesys*, le italiane *Area Spa* e *Hacking Team*, l'anglo-tedesca *Gamma Group/FinFisher* e l'israeliana *NSO Group*). È in particolare ampiamente documentato che *spyware* di società europee siano state utilizzati da regimi oppressivi a fini di repressione interna per infiltrarsi nei sistemi informatici di dissidenti, giornalisti e attivisti per i diritti

<sup>11</sup> Assemblea generale, Resolution No. 68/167, *The Right to Privacy in the Digital Age, Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013*, UN Doc. A/RES/68/167, 21 gennaio 2014, par. 4, lett. c). V. anche Consiglio dei diritti umani, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/HRC/27/37, 30 giugno 2014, par. 5.

<sup>12</sup> Parlamento europeo, *Legal Framework for Hacking by Law Enforcement: Identification. Evaluation and Comparison of Practices*, 2017, Doc. PE. 583.137.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 25 ss.

umani<sup>14</sup>. Il problema è di non facile soluzione, giacché richiede un delicato bilanciamento tra opposti interessi: la necessità di sottoporre a controlli specifici le esportazioni di tecnologie *dual use* e l'esigenza di mantenere elevata la competitività degli esportatori, evitando eccessive restrizioni. Resta in ogni caso che gli Stati faticano a trovare soluzioni al problema delle esportazioni di strumenti di investigazione occulta. Sul piano internazionale, nell'ambito dell'Intesa di Wassenaar<sup>15</sup>, l'inclusione nel 2013 dei c.d. *intrusion software* nella lista delle tecnologie *dual use* ha ingenerato polemiche tra gli Stati e nel settore dell'industria informatica, a causa di una nozione eccessivamente imprecisa di "software intrusivo", nella quale finivano per rientrare anche le stesse tecnologie essenziali a proteggere i sistemi informatici (quali i programmi *antivirus*, basati su algoritmi pressoché identici a quelli dei *malware*)<sup>16</sup>. Lo scenario non migliora a livello di Unione europea: nel 2014 la Commissione europea ha inserito nell'elenco dei *dual use good* i "software di intrusione" come delineati nel *framework* di Wassenaar<sup>17</sup>, senza che peraltro la misura abbia evitato le esportazioni di *hacking tool* a regimi accusati di gravi violazioni dei di-

---

<sup>14</sup> Coalition Against Unlawful Surveillance Exports, *A Critical Opportunity: Bringing Surveillance Technologies within the EU Dual-Use Regulation*, 2015, in [www.privacyinternational.org](http://www.privacyinternational.org); Privacy International, *Briefing for the Italian Government on Hacking Team's Surveillance Exports*, 2015, in <https://privacyinternational.org>.

<sup>15</sup> L'Intesa di Wassenaar (1996) ha lo scopo di favorire la trasparenza nei trasferimenti di armi convenzionali e di beni e tecnologie a duplice uso. I 42 Stati partecipanti hanno definito e aggiornano una "Munition list", che include tutti i materiali considerati d'armamento, ed una "List of Dual-use goods and Technologies".

<sup>16</sup> Per *intrusion software* si intende un «software appositamente progettato o modificato per evitare l'individuazione da parte degli 'strumenti di monitoraggio', o per sconfinare le 'contromisure di protezione', di un computer o di un dispositivo collegabile in rete». Si tratta in particolare di un software che esegue una delle seguenti funzioni: «a. l'estrazione di dati o informazioni da un computer o un dispositivo collegabile in rete, o la modifica dei dati; b. la modifica del percorso standard di esecuzione di un programma o di un processo al fine di consentire l'esecuzione di istruzioni fornite dall'esterno». I controlli non si applicano agli *intrusion software* in sé (ad es., *exploits*, *rootkits*, *backdoors*, *virus* e altri *malicious code*) ma ai «systems, equipment or components specially designed for the generation, operation or delivery of, or communication with, intrusion software», ai «software specially designed or modified for the development or production of such systems, equipment or components» e ai «software specially designed for the generation, operation or delivery of, or communication with, intrusion software» (Wassenaar Arrangement, *List of Dual-Use Goods and Technologies and Munitions List*, 2013, Category 4.A.5). Nel 2017 gli USA sono riusciti a fare accogliere alcune limitate modifiche alla nozione di *intrusion software*, che è però ritenuta dagli operatori economici ancora troppo ampia e foriera di incertezze applicative.

<sup>17</sup> Commissione europea, regolamento delegato (UE) n. 1382/2014, del 22 ottobre 2014, che modifica il regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* 30 dicembre 2014, L 371/1.

ritti umani<sup>18</sup>; nel settembre 2016 la Commissione europea ha elaborato una nuova e più ambiziosa proposta che valorizza la dimensione della “sicurezza umana” nel rilascio delle licenze alle esportazioni e aumenta la lista delle tecnologie da porre sotto controllo (inclusendo, *inter alia*, i *software* di intrusione ed i sistemi di *data-retention*)<sup>19</sup>, ma la proposta, pur adottata a larghissima maggioranza dal Parlamento europeo nel gennaio 2018<sup>20</sup>, ha fino ad oggi incontrato una ferma resistenza nel Consiglio dell’Unione<sup>21</sup>.

La seconda (più complessa) questione che merita di essere approfondita ruota intorno al tema della ricerca e acquisizione transfrontaliera della prova digitale allocata su *server* dislocati in Stati diversi da quello in cui le indagini sono svolte. In materia, il diritto internazionale è solidamente ancorato al principio del rispetto della sovranità statale, tale per cui i dati digitali memorizzati su *server* di Stati esteri possono essere ottenuti solo previo consenso dello Stato in cui i dati sono conservati, mediante i meccanismi di mutua assistenza giudiziaria delineati dalla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica del 2001, e, quando le operazioni coinvolgono gli Stati membri dell’Unione europea, facendo ricorso all’Ordine europeo di indagine

---

<sup>18</sup> Un’inchiesta internazionale condotta da una rete di giornalisti europei e pubblicata nel 2017 ha evidenziato che tra il 2014 e il 2016 gli Stati membri dell’UE hanno complessivamente autorizzato più di 300 esportazioni di *cyber-surveillance technology*, mentre le richieste respinte sono state solo 14. Quasi un terzo delle licenze era diretto a Stati definiti “non liberi” e il 52% era diretto a Stati classificati come “parzialmente liberi”. I numeri sono parziali: dei 28 Stati membri, 11 si sono rifiutati di dare informazioni sulle esportazioni (tra questi Francia e Italia). V. Coalizione italiana libertà e diritti civili, *TROJAN & CO. Tecnologie di sorveglianza e controllo delle esportazioni*, 2017, in <https://cild.eu/wp-content/uploads/2017/06/TrojanCo-IT.pdf>, 1 ss., 10-11.

<sup>19</sup> Commissione europea, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un regime dell’Unione di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell’intermediazione, dell’assistenza tecnica e del transito di prodotti a duplice uso (rifusione), COM(2016) 616 final, Bruxelles, 28 settembre 2016.

<sup>20</sup> Parlamento europeo, *Control of Exports, Transfer, Brokering, Technical Assistance and Transit of Dual-Use Items*, First reading, P8\_TA-PROV(2018)0006, 17 gennaio 2018. Sono 571 i membri del PE che hanno votato a favore, a fronte di 29 voti contrari e 29 astensioni.

<sup>21</sup> V. il *Working Paper* redatto su iniziativa di Germania e Francia e sottoscritto anche da Croazia, Italia, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia e Spagna, *EU Export Control – Recast of Regulation 428/2009*, WK 1019/2018 INIT, 29 gennaio 2018; v. anche il *Working Paper* redatto da Cipro, Estonia, Finlandia, Italia, Irlanda, Polonia, Svezia, Regno Unito e Repubblica Ceca, *Paper for Discussion – For Adoption of an Improved EU Export Control Regulation 428/2009 and for Cyber Surveillance Controls Promoting Human Rights and International Humanitarian Law Globally*, WK 5755/2018 INIT, 15 maggio 2018.

penale (OEI)<sup>22</sup>. Pratiche di *transborder data access*, attuate senza l'autorizzazione dello Stato in cui la prova digitale è fisicamente presente, integrerebbero una violazione della sua integrità territoriale e quindi un illecito internazionale<sup>23</sup>. Tuttavia, le certezze dell'internazionalista si fermano qui. Da un canto, è noto che gli strumenti ufficiali della cooperazione giudiziaria per la circolazione transnazionale delle prove digitali palesano evidenti debolezze, passaggi burocratici farraginosi e tempi molto lunghi perché la richiesta vada a buon fine<sup>24</sup>. Dall'altro canto, ed è questo un punto cruciale, lo sviluppo massiccio dei servizi di *cloud computing* forniti da importanti *Internet Service Provider* – che consentono di allocare i dati informatici direttamente nella rete – ha determinato una *loss of location* del dato digitale che rende quindi estremamente complessa l'individuazione dello Stato cui rivolgere una richiesta di assistenza giudiziaria, giacché, appunto, il luogo in cui i dati sono fisicamente conservati non è fisso ma mobile e in continuo movimento<sup>25</sup>. È evidente allora che fin tanto che la cooperazione giudiziaria internazionale non riuscirà a superare il principio

---

<sup>22</sup> Consiglio d'Europa, *Convention on Cybercrime*, Budapest, 23 novembre 2001, in *European Treaty Series* No. 185; direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* 1° maggio 2014, L 130/1, entrata in vigore il 22 maggio 2017.

<sup>23</sup> G.M. RUOTOLO, *Il ruolo del consenso del sovrano territoriale nel transborder data access tra obblighi internazionali e norme interne di adattamento*, in questa *Rivista*, 2/2016, 183 ss., 192 ss.

<sup>24</sup> Consiglio d'Europa, *Cybercrime Convention Committee (T-CY), Assessment Report, The Mutual Legal Assistance Provisions of the Budapest Convention on Cybercrime*, Strasburgo, 3 dicembre 2014, 123; Commissione europea, Commission Staff Working Document, *Impact Assessment*, SWD (2018) 188 final, 23. L'OEI è uno strumento solo parzialmente risolutivo, perché l'eterogeneità che caratterizza a monte le procedure di acquisizione della prova nei diversi Stati membri dell'UE si riflette a valle sull'ampia operatività dei motivi di rifiuto opponibili all'esecuzione dell'OEI e sul perdurante margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato di esecuzione in tema di necessità/proporzionalità dell'emissione dell'ordine investigativo.

<sup>25</sup> Sotto questo profilo, il Consiglio d'Europa e l'UE stanno regolamentando la cooperazione diretta tra organi inquirenti e *Internet Service Provider* indipendentemente dal luogo in cui i dati informatici sono conservati. Sul fronte del Consiglio d'Europa, l'8 giugno 2017 la Commissione per la Convenzione sulla criminalità informatica (T-CY) ha adottato il mandato per la preparazione di un secondo Protocollo alla Convenzione di Budapest che dovrebbe essere ultimato dalla T-CY entro dicembre 2019. Sul fronte dell'UE, il 17 aprile 2018 la Commissione europea ha presentato due iniziative legislative volte ad agevolare l'acquisizione transnazionale e la conservazione delle prove elettroniche in materia penale (v. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme armonizzate sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove nei procedimenti penali, COM(2018)226 final, Strasburgo, 17 aprile 2018; e proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale, COM(2018)225 final, Strasburgo, 17 aprile 2018).

di stretta territorialità nello svolgimento delle indagini transfrontaliere e ad introdurre nuove regole che consentano l'accesso alla prova digitale a prescindere dal luogo di conservazione dei dati, il ricorso alle *remote computer search* continuerà ad offrire un intrinseco *quid pluris* agli Stati. La "caccia" itinerante alla prova digitale potrà infatti effettuarsi con l'inoculazione di captatori che, viaggiando con il dispositivo bersaglio, consentono di portare avanti le indagini oltre i limiti segnati dai confini della giurisdizione statale indipendentemente dalla collaborazione di altri Stati o degli *Internet Service Provider*<sup>26</sup>.

La terza questione che si intende analizzare concerne il delicato profilo dell'utilizzabilità nel processo della prova digitale acquisita mediante strumenti di captazione informatica. Si dica anzitutto che le legislazioni degli Stati, anche con tradizioni giuridiche simili, differiscono in modo sostanziale per quanto attiene all'ammissibilità della prova digitale nel processo. Non appare qui sufficiente un riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU. Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, l'utilizzo di una prova illecitamente acquisita non determina di per sé automaticamente una violazione del giusto processo, *ex* articolo 6 CEDU, e quindi l'espulsione del dato illegittimamente acquisito dal materiale probatorio. A tale (estrema) conclusione, la Corte EDU giunge soltanto nel caso in cui siano integrate ulteriori condizioni: il mancato rispetto dei diritti della difesa (impossibilità di contestare l'autenticità della prova o di opporsi alla sua acquisizione nel processo); e l'inattendibilità o la scarsa accuratezza delle prove reperite, tenendo conto delle modalità con cui sono state ottenute e della circostanza che siano riscontrate da altre prove<sup>27</sup>.

Infine, come si è accennato in premessa, l'esigenza di repressione della criminalità deve essere bilanciata con il rispetto dei diritti umani fondamentali (inviolabilità del domicilio, libertà e segretezza delle comunicazioni, giusto processo) e, in particolare, con la tutela della riservatezza informatica. Le origini del diritto alla riservatezza informatica risalgono al *right to privacy*, elaborato sul finire del XIX secolo

---

<sup>26</sup> Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, UN Doc. A/HRC/32/38, 11 maggio 2016, par. 61.

<sup>27</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 10 marzo 2009, ricorso n. 24271/03, *Bykov c. Russia*, paragrafi 88 e 96. Invece, prove acquisite in violazione dell'art. 3 CEDU rendono l'intero procedimento automaticamente iniquo *ex* art. 6 CEDU (v. Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 1° giugno 2010, ricorso n. 22978/05, *Gäfgen c. Germania*, par. 167). V. M. DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cassazione penale*, 1/2013, 367 ss.

dai giuristi statunitensi Samuel Warren e Louis Brandeis ed inteso quale *right to be let alone* o *jus solitudinis*, ossia quale diritto di godere indisturbato di una sfera riservata e intima al riparo dall'altrui intrusione<sup>28</sup>. Lo sviluppo della tecnica e le nuove modalità automatizzate di raccolta dei dati personali hanno assottigliato vertiginosamente le barriere della *privacy* e richiesto quindi una ridefinizione del primigenio diritto che, da mera libertà negativa o *jus excludendi alios*, è venuto assumendo un'accezione più ampia e positiva: il diritto soggettivo alla riservatezza informatica include oggi il diritto di esercitare il controllo sulla raccolta e sul trattamento del proprio patrimonio informativo, nonché il diritto alla sua protezione, che ha per corollari la confidenzialità (*confidentiality*), l'integrità (*integrity*) e la disponibilità (*availability*) dei dati e delle informazioni, specie personali e sensibili<sup>29</sup>.

In Europa il definitivo riconoscimento del diritto alla riservatezza informatica si deve all'azione del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. Per quanto riguarda il Consiglio d'Europa il riferimento obbligato è alla Convenzione di Strasburgo n. 108 del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale e, soprattutto, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, fornendo una nozione complessa di "rispetto della vita privata e familiare", ha attratto nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 CEDU la protezione dei dati personali e il controllo sulla loro circolazione<sup>30</sup>. Nell'ordinamento dell'Unione europea, la base giuridica del diritto alla riservatezza è costituita dagli articoli 7 e 8 della Carta sui diritti fondamentali – posti a tutela, rispettivamente, del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del diritto alla protezione dei dati personali – e dall'articolo 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che assegna a Parla-

<sup>28</sup> V. S. WARREN, L.S. BRANDEIS, *The Right of Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4/1890, 193 ss.

<sup>29</sup> M. RUBECCHI, *Sicurezza, tutela dei diritti umani e privacy: nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2016, 1 ss., 11.

<sup>30</sup> V. *ex plurimis*, Corte europea dei diritti umani, sentenza del 2 agosto 1984, ricorso n. 8691/79, *Malone c. Regno Unito*; sentenza del 24 aprile 1990, ricorso n. 11801/85, *Kruslin c. Francia*; sentenza del 22 ottobre 2002, ricorso n. 47114/99, *Taylor-Sabori c. Regno Unito*; sentenza del 17 luglio 2003, ricorso n. 63737/00, *Perry c. Regno Unito*; sentenza del 3 aprile 2007, ricorso n. 62617/00, *Copland c. Regno Unito*; sentenza del 27 ottobre 2009, ricorso n. 21737/03, *Haralambie c. Romania*; sentenza del 18 aprile 2013, ricorso n. 19522/09, *M.K. c. Francia*. Nel 2017 la Corte EDU ha affermato che l'art. 8 della CEDU contempla «il diritto ad una forma di autodeterminazione informativa» (sentenza del 27 giugno 2017, ricorso n. 931/13, *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia*, par. 137). V. anche Consiglio d'Europa, *Case Law of the European Court of Human Rights concerning the Protection of Personal Data*, Strasburgo, giugno 2018, T-PD(2018)15.

mento e Consiglio il compito di stabilire le norme relative alla protezione delle persone fisiche in merito al trattamento dei dati di carattere personale<sup>31</sup>. Si tratta allora di esaminare, alla luce della giurisprudenza delle Corti europee, i limiti di utilizzo di tecniche investigative indispensabili per l'accertamento di gravi reati ma suscettibili di incidere sul nucleo più profondo della vita privata degli individui.

4. Due punti fermi devono essere tenuti in considerazione nell'analisi della giurisprudenza delle Corti europee in tema di *hacking technique*.

In primo luogo va detto che né la Corte EDU né la CGUE si sono mai occupate espressamente dello strumento del captatore informatico quale mezzo di ricerca della prova in un procedimento penale. Ciò non toglie che elementi utili a circoscrivere le condizioni di impiego dei *trojan* possano ricavarsi dalla copiosa giurisprudenza delle Corti europee in materia di intercettazioni telefoniche, di acquisizione di tabulati, di intercettazione di *e-mail* e comunicazioni via *internet*, di pedinamento satellitare e sistemi di videosorveglianza, di conservazione dei dati digitali da parte degli *Internet Service Provider* e, soprattutto, di sorveglianza strategica o di massa.

In secondo luogo, le Corti europee sono ferme nel ricordare che il diritto alla riservatezza informatica non ha carattere assoluto ma va «considerato alla luce della sua funzione sociale»<sup>32</sup>, potendo gli Stati legittimamente restringerne l'esercizio al fine di tutelare altri diritti/interessi legittimi di altre persone o della società nel suo complesso. Il bilanciamento tra l'esigenza di acquisire prove digitali nei procedimenti penali e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti è dalle Corti europee operato tenendo conto del «margine di apprezzamento» degli Stati<sup>33</sup>. Ora e per quel che qui interessa, la non sindaca-

---

<sup>31</sup> Il quadro normativo dell'UE si è recentemente arricchito del c.d. «pacchetto protezione dati personali» (regolamento (UE) n. 2016/679 (noto come GDPR), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* 4 maggio 2016, L 119/1 e direttiva (UE) n. 2016/680, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* 4 maggio 2016, L 119/89).

<sup>32</sup> Cfr. Corte di giustizia [GS], sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, punto 48.

<sup>33</sup> Elaborato in via pretoria dalla Corte EDU e poi mutuato dalla Corte di giustizia, il «margine di apprezzamento» delimita la sfera di competenza delle corti sovranazionali rispetto a quella degli Stati, delineando una «zona franca» all'interno della quale è riconosciuto alle autorità pubbliche un certo potere discrezionale entro i limiti posti dai trattati. Nell'ambito della CEDU, il criterio di misurazione del margine di apprezzamento è posto inizialmente in correlazione alla (rilevata) esistenza da parte della Corte EDU di uno *standard* europeo uniforme, cosicché il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato sarà minore o mag-

bilità delle scelte statali è particolarmente ampia proprio con riferimento all'esercizio dell'azione penale, giacché la prevenzione dei reati costituisce un compito essenziale dello Stato, tale da giustificare la compressione delle garanzie individuali in misura maggiore di quanto non accada in altri ambiti.

Deriva da quanto detto che le moderne tecniche di indagine penale non integrano, di per sé stesse, una violazione della normativa sovranazionale, rivelandosi anzi strumenti importanti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, come quelli legati alla criminalità organizzata e al terrorismo<sup>34</sup>. Considerato però che le attività investigative "occulte" integrano un'ingerenza grave al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, spetta alle Corti europee valutare se e a quali condizioni l'esercizio del margine di apprezzamento possa definirsi legittimo<sup>35</sup>.

Anzitutto, nel quadro della CEDU, il sistema di protezione riconosce all'individuo la possibilità di pretendersi "vittima" di una violazione della CEDU, e quindi di adire la Corte di Strasburgo, anche nell'ipotesi in cui non sia in grado di provare di essere stato oggetto di una concreta misura di sorveglianza e di aver subito un effettivo pregiudizio alla propria riservatezza. Nel caso *Roman Zakharov c. Russia* del 2015, la Grande Camera della Corte EDU ha parzialmente rivisitato il suo approccio ai fini dell'ammissibilità dei ricorsi, convalidando l'orientamento espresso nel caso *Klass*, come reinterpretato nella sentenza *Kennedy*, tale per cui è l'esistenza stessa di un programma di sorveglianza occulta ad integrare una minaccia che mette potenzialmente a rischio la riservatezza del soggetto sempre che ricorrano due condizioni aggiuntive, ossia: che il ricorrente sia tra i potenziali destinatari del sistema di sorveglianza in questione (perché appartiene a un gruppo di persone mirate o perché la misura concerne l'insieme degli

---

giore a seconda che la Corte sia in grado di riscontrare un certo consenso europeo, a livello di leggi e di prassi degli Stati, sulla tutela di un determinato diritto o sul trattamento di una particolare questione.

<sup>34</sup> V. Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 4 dicembre 2015, ricorso n. 47143/06, *Roman Zakharov c. Russia*, par. 233; sentenza del 13 settembre 2018, ricorsi numeri 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, par. 314; Corte di giustizia [GC], sentenza dell'8 aprile 2014, causa C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, paragrafi 42-44.

<sup>35</sup> V. ad es., Corte europea dei diritti umani, sentenza del 6 settembre 1978, ricorso n. 5029/71, *Klass e altri c. Germania*, par. 36; sentenza del 12 gennaio 2016, ricorso n. 37138/14, *Szabó e Vissy c. Ungheria*, par. 53. V. L. SEMINARA, *Sorveglianza segreta e nuove tecnologie nel diritto europeo dei diritti umani*, in *Media Laws*, 2/2018, 132 ss., 135.

utenti dei servizi di comunicazione); che nell'ordinamento interno i rimedi a disposizione dell'interessato siano assenti o non effettivi<sup>36</sup>.

Ciò detto, le condizioni di legittimità dell'ingerenza pubblica sono come noto disciplinate dall'articolo 8, par. 2, della CEDU e dall'articolo 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con gli articoli 7 e 8 della medesima. La compressione del diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali – oltre a perseguire uno scopo legittimo<sup>37</sup> e, nell'ambito dell'Unione europea, garantire il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>38</sup> – deve essere “prevista dalla legge” e ri-

<sup>36</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenza del 18 maggio 2010, ricorso n. 26839/05, *Kennedy c. Regno Unito*, par. 124; [GC], *Roman Zakharov c. Russia*, cit., paragrafi 165 ss. e 170 ss. In precedenza, la Corte EDU aveva oscillato tra decisioni che subordinavano l'ammissibilità del ricorso alla “ragionevole probabilità” che i servizi di sicurezza o d'*intelligence* avessero raccolto informazioni sulla vita privata dell'interessato (v. ad es., Corte europea dei diritti umani, sentenza del 25 giugno 1997, ricorso n. 20605/92, *Halford c. Regno Unito*, paragrafi 47 e 55-57; sentenza del 22 maggio 2008, ricorso n. 65755/01, *Iliya Stefanov c. Bulgaria*, paragrafi 49-50) e decisioni in cui, al contrario, la Corte ha affermato che leggi o prassi che instaurano un sistema di sorveglianza segreta delle comunicazioni determinano, per il fatto stesso della loro esistenza, una minaccia di sorveglianza che costituisce in sé un'ingerenza nella vita privata, a prescindere dalle misure in concreto adottate nei confronti dei ricorrenti (v. ad es., Corte europea dei diritti umani, *Klass e altri c. Germania*, cit., paragrafi 36-38; sentenza del 26 giugno 2006, ricorso n. 54934/00, *Weber e Saravia c. Germania*, par. 78). Nel caso *Zakharov* la Corte di Strasburgo gradua il livello di controllo in funzione dell'effettività dei ricorsi interni, cosicché se l'ordinamento statale non offre ricorsi effettivi il soggetto non deve dimostrare l'esistenza del rischio che le misure di sorveglianza segreta gli siano state applicate. Invece, se l'ordinamento contempla un sistema adeguato di ricorsi, l'interessato potrà pretendersi vittima di una violazione solo se dimostra che, in ragione della sua situazione personale, egli è potenzialmente esposto al rischio di subire le suddette misure di sorveglianza (Corte europea dei diritti umani, *Kennedy c. Regno Unito*, cit., par. 124; [GC], *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 171).

<sup>37</sup> Nel caso delle *hacking technique*, il suddetto principio è solitamente sempre soddisfatto, perché, come si è detto, la prevenzione e l'accertamento dei reati costituiscono per definizione scopi legittimi che possono giustificare l'uso di tecnologie di sorveglianza segreta. V. *inter alia*, Corte europea dei diritti umani, sentenza del 28 gennaio 2003, ricorso n. 44647/98, *Peck c. Regno Unito*, par. 85; sentenza del 4 dicembre 2008, ricorsi numeri 30562/04 e 30566/04, *S. e Marper c. Regno Unito*, par. 100.

<sup>38</sup> Limitazioni a tal punto invasive da svuotare di significato il diritto al rispetto della vita privata e dei dati personali devono considerarsi di per sé illegittime, senza che occorra valutare se l'ingerenza della pubblica autorità soddisfi i requisiti di necessità/proporzionalità. Significativa è al proposito la sentenza *Schrems* del 2015, con la quale la CGUE ha invalidato il meccanismo c.d. di “approdo sicuro” (*Safe Harbour*), che, sulla base di un accordo tra Commissione europea e USA, consentiva il trasferimento dei dati personali dei cittadini europei trattati da imprese multinazionali verso gli USA. La CGUE ha affermato, *inter alia*, che una normativa che autorizza le autorità pubbliche ad accedere in maniera generalizzata al contenuto di comunicazioni elettroniche pregiudica «il contenuto essenziale del diritto fondamentale al rispetto della vita privata» (art. 7 Carta di Nizza) e che una normativa che non prevede alcuna possibilità per il singolo di avvalersi di rimedi giuridici al fine di accedere a dati personali che lo riguardano non rispetta «il contenuto essenziale del diritto fondamentale ad una tu-

spettare il criterio di “necessità/proporzionalità” in relazione all’obiettivo perseguito.

Il principio di legalità impone che le *hacking technique* abbiano un’adeguata base normativa (*legal basis*), intesa nella sua accezione materiale e non meramente formale, includendovi sia la legge (ordinaria o costituzionale) o fonti di rango inferiore (regolamenti) sia il diritto di creazione giurisprudenziale. Più che avere riguardo all’origine delle disposizioni normative, le Corti europee puntano sulla loro “qualità”. Al fine di poter riconoscere ad una disciplina la natura di “legge” occorre allora che la base giuridica sia: sufficientemente “chiara” e “precisa”, cosicché gli individui possano regolare la propria condotta in rapporto ai precetti stabiliti; “accessibile” agli interessati; e “prevedibile” quanto ai suoi effetti, in modo tale da garantire ai soggetti di presumere le conseguenze derivanti dall’applicazione della misura nei loro confronti<sup>39</sup>. In concreto, la normativa deve definire «the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference»<sup>40</sup>. La Corte EDU ha così individuato le garanzie minime (*minimum safeguards*) che la normativa sulle misure segrete di sorveglianza deve rispettare al fine di scongiurare abusi di potere: l’indicazione dei presupposti fattuali della captazione e della natura dei reati che giustifica la misura; la definizione delle categorie di persone in rapporto alle quali la captazione può essere svolta; i limiti di durata della captazione; le procedure da seguire per l’esame, l’archiviazione e la cancellazione

---

tela giurisdizionale effettiva» (art. 47 Carta di Nizza) (Corte di giustizia [GS], sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, punti 94-95).

<sup>39</sup> V. *ex plurimis*, Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 16 febbraio 2000, ricorso n. 27798/95, *Amann c. Svizzera*, paragrafi 50 e 56; [GC], sentenza del 4 maggio 2000, ricorso n. 28341/95, *Rotaru c. Romania*, paragrafi 52 ss.; sentenza del 1° marzo 2007, ricorso n. 5935/02, *Heglas v. Repubblica Ceca*, paragrafi 74 ss.; sentenza del 10 febbraio 2009, ricorso n. 25198/02, *Iordachi e altri c. Moldavia*, par. 37; sentenza del 21 giugno 2011, ricorso n. 30194/09, *Shimovolos c. Russia*, paragrafi 69-71; [GC], *Roman Zakharov c. Russia*, cit., paragrafi 227-228; *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, cit., par. 305. In ambito UE, all’espressione “prevista dalla legge”, contemplata dall’art. 52 della Carta di Nizza, deve conferirsi il medesimo significato di quello attribuitole dalla Corte EDU (v. Conclusioni dell’avvocato generale Saugmandsgaard Øe, del 19 luglio 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB c. Post-och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*, punto 140).

<sup>40</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 230.

dei dati ottenuti; le precauzioni da prendere al momento di comunicare i dati a soggetti terzi<sup>41</sup>.

Come si è detto, la legittimità dell'ingerenza pubblica nella vita privata dei singoli è altresì condizionata alla verifica positiva della "necessità" e "proporzionalità" dell'interferenza pubblica. È questo il parametro maggiormente impiegato dalle Corti europee nel bilanciamento tra l'interesse pubblico alla prevenzione/repressione dei reati – che giustifica il ricorso a misure di sorveglianza occulta – e le libertà fondamentali dei soggetti coinvolti. Il *test* di "necessità" e di "proporzionalità" implica per le Corti europee una preliminare valutazione circa la pertinenza/idoneità della misura adottata dallo Stato in relazione al fine legittimo perseguito, cui si aggiunge la verifica che l'interesse pubblico non possa essere raggiunto con misure meno invasive e che deroghe o restrizioni ai diritti dei singoli intervengano entro i limiti dello stretto necessario<sup>42</sup>.

Criterio chiave nello scrutinio di proporzionalità delle attività investigative occulte è l'esistenza di adeguate ed effettive garanzie contro gli abusi. Ciò sul presupposto che, come affermato dalla Corte EDU, «a system of secret surveillance (...) may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it»<sup>43</sup>. L'apprezzamento di questa condizione è in funzione e dipende dalle circostanze del caso di specie, dovendosi tenere in massima considerazione: la natura, portata e durata delle misure applicate; le ragioni richieste per ordinare le misure; l'esistenza di autorità indipendenti dal potere esecutivo competenti a autorizzarle e controllarle, così da assicurare che «secret surveillance is not ordered haphazardly, irregularly or

---

<sup>41</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 231; *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, cit., par. 307. V. anche Corte europea dei diritti umani, sentenza del 30 luglio 1998, ricorso n. 58/1997/842/1048, *Valenzuela Contreras c. Spagna*, par. 46; *Weber e Saravia c. Germania*, cit., par. 95. Gli Stati non sono invece obbligati a subordinare l'esercizio delle misure di sorveglianza alla presenza di elementi oggettivi che giustifichino un sospetto ragionevole nei riguardi del soggetto *target*, né è richiesto loro di comunicare al soggetto le concrete misure di controllo adottate nei suoi confronti (v. ad es., Corte europea dei diritti umani, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, cit., paragrafi 306 e 317; [GC], *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 229).

<sup>42</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenza del 26 marzo 1987, ricorso n. 9248/81, *Leander c. Svezia*, par. 58; Corte di giustizia [GS], *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, cit., punto 86.

<sup>43</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 232. V. anche Corte europea dei diritti umani, *Klass e altri c. Germania*, cit., paragrafi 49-50 e 59; *Weber e Saravia*, cit., par. 106; *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, cit., par. 308.

without due and proper consideration»<sup>44</sup>; e la previsione di ricorsi anche di natura non giurisdizionale<sup>45</sup>.

È sulla base del *test* di proporzionalità che le Corti europee hanno arginato la tendenza degli Stati a potenziare gli strumenti di sicurezza con misure che in concreto hanno determinato un'eccessiva compressione dei diritti degli individui coinvolti.

Sul fronte della Corte EDU i principi appena delineati hanno trovato applicazione recente sia con riferimento a misure di sorveglianza segreta impiegate nell'ambito di procedimenti penali (*Zubkov e altri c. Russia, Akhlyustin c. Russia, Moskalev c. Russia e Konstantin Moskalev c. Russia* (2017))<sup>46</sup> sia in relazione a sistemi di sorveglianza segreta di massa, come emerge: nel già citato caso *Zakharov c. Russia* (2015), nel quale la Grande Camera ha ritenuto che il sistema di intercettazione generalizzata delle comunicazioni di telefonia mobile in Russia non prevedesse garanzie adeguate e mezzi di ricorso efficaci per contestare l'intercettazione delle comunicazioni; nel caso *Szabó e Vissy c. Ungheria* (2016), in cui la Corte EDU ha censurato il sistema intrusivo di perquisizione, intercettazione e registrazione effettuato anche tramite strumenti informatici, introdotto dalla normativa magiara senza previsione di limiti alle misure di sorveglianza e in assenza di qualsiasi forma di controllo<sup>47</sup>; e nel caso *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito* (2018), relativo al caso *Datagate*, nato dalle rivelazioni di Edward Snowden in merito ai programmi di sorveglianza di massa condotti dal governo statunitense e da alcuni Stati europei, nel quale la Corte ha sostenuto che la normativa inglese, benché soddisfacente sotto il profilo della *quality of law*, non assicurasse una protezione efficace contro il rischio di abusi, non prevedendo il controllo di un'autorità indipendente sull'utilizzo dei filtri e dei criteri di ricerca delle comunicazioni da intercettare<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Corte EDU [GC], *Roman Zakharov c. Russia*, cit., paragrafi 257 e 260.

<sup>45</sup> *Ibidem*, par. 232.

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenze del 7 novembre 2017, ricorso n. 29431/05, *Zubkov e altri c. Federazione russa*, ricorso n. 21200/05, *Akhlyustin c. Federazione russa*, ricorso n. 44045/05, *Moskalev c. Federazione russa*, e ricorso n. 59589/10, *Konstantin Moskalev c. Federazione russa*.

<sup>47</sup> Corte europea dei diritti umani, *Szabó e Vissy c. Ungheria*, cit.

<sup>48</sup> Corte europea dei diritti umani, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, cit. Parimenti, è stata ritenuta in violazione dell'art. 8 CEDU, perché viziata sotto il profilo di proporzionalità, l'acquisizione di dati da parte dei fornitori di servizi di rete, in quanto l'accesso ai dati in possesso dei *Communications Service Provider* non era limitato allo scopo di contrastare forme particolarmente gravi di reato e non era sottoposto ad una preventiva autorizzazione di un organo giurisdizionale o amministrativo indipendente.

Anche la CGUE ha emesso negli ultimi anni alcune pronunce dall'impatto rilevante rispetto alle politiche securitarie degli Stati membri. La sentenza più importante a questi fini è la *Digital Rights Ireland*, con la quale la Corte di Lussemburgo ha dichiarato invalida con effetti *ex tunc* la direttiva 2006/24/CE ("direttiva sulla *data retention*") che legittimava, all'insaputa delle persone interessate, la raccolta di *metadati* da parte degli *Internet Service Provider* (dati di traffico telefonico e telematico, dati relativi all'ubicazione e quelli necessari all'identificazione dell'abbonato) a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, come quelli legati alla criminalità organizzata e al terrorismo<sup>49</sup>. Operando un controllo giurisdizionale "stretto"<sup>50</sup>, la CGUE ha affermato che la direttiva, pur giustificata da un obiettivo di interesse generale, comportava un'intromissione di vasta portata nella vita dei singoli, ingenerando peraltro l'idea nei cittadini europei di essere sottoposti a una "costante sorveglianza" (c.d. *chilling effect* di talune misure contro il terrorismo)<sup>51</sup>. Più nello specifico, la normativa comunitaria eccedeva i limiti imposti dal principio di proporzionalità perché: non operava alcuna differenziazione, limitazione o eccezione tra i soggetti, attingendo anche ai dati informatici di individui nei confronti dei quali non sussistevano indizi tali da far supporre un loro legame, ancorché indiretto, con la commissione di reati gravi; non indicava criteri oggettivi (sostanziali e procedurali) per limitare l'accesso ai dati informatici ai soli fini di prevenzione e accertamento di reati sufficientemente gravi da giustificare una tale ingerenza; non contemplava il previo controllo di un'autorità giudiziaria o amministrativa indipendente sull'operato delle autorità nazionali; prevedeva una durata irragionevole del periodo di conservazione dei dati (tra sei mesi e due anni), senza effettuare una distinzione tra le categorie di dati a seconda delle persone interes-

---

La Corte EDU ha invece affermato che l'intercettazione in massa di dati elettronici in Svezia, a scopo di condivisione con servizi di *intelligence*, è conforme alla CEDU, perché il sistema svedese fornisce garanzie adeguate e sufficienti contro il rischio di abusi (Corte europea dei diritti umani, sentenza del 19 giugno 2018, ricorso n. 35252/08, *Centrum för Rättvisa c. Svezia*).

<sup>49</sup> Corte di giustizia [GS], *Digital Rights Ireland Ltd*, cit. Per commenti alla sentenza v. E. ROSSI, *Il diritto alla "privacy" nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, 331 ss.; G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *Media Laws*, 2/2018, 1 ss., 5 ss.

<sup>50</sup> Corte di giustizia [GS], *Digital Rights Ireland Ltd*, cit., paragrafi 47-48.

<sup>51</sup> *Ibidem*, par. 37.

sate o della loro utilità rispetto all'obiettivo perseguito; ometteva di imporre che i dati acquisiti fossero conservati nel solo territorio dell'Unione<sup>52</sup>.

L'incidenza pratica del principio di proporzionalità sull'utilizzo di strumenti di indagine occulta trova una precisa corrispondenza anche nelle pronunce delle Corti costituzionali di alcuni Stati membri dell'Unione europea<sup>53</sup>. Il riferimento obbligato è soprattutto alla Corte costituzionale tedesca. Nella sentenza del 27 febbraio 2008 oggetto di censura era una disposizione introdotta nella Legge sulla protezione della Costituzione del Nord Reno-Westfalia, che consentiva a un organismo di *intelligence* governativo l'accesso ai sistemi informatici e il monitoraggio segreto della rete<sup>54</sup>. La Corte costituzionale – ritenendo insufficienti le garanzie offerte dalla Legge fondamentale tedesca a tutela sia della segretezza della corrispondenza e delle telecomunicazioni sia dell'invulnerabilità del domicilio – ha affermato l'esistenza di un nuovo diritto costituzionalmente garantito “alla riservatezza e integrità dei sistemi informatici”, inteso come espressione e corollario del più generale “diritto alla dignità” dell'individuo-utente. È quindi rispetto a questo nuovo diritto fondamentale che la Corte costituzio-

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, paragrafi 57-66. A questa sentenza è funzionalmente collegata la pronuncia della CGUE nelle cause riunite *Tele2 e Watson* del 2016, relative alla compatibilità con il diritto dell'UE delle misure di conservazione dei dati di traffico e di localizzazione degli abbonati/utenti per finalità di pubblica sicurezza (Corte di giustizia [GS], sentenza del 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 e Watson*). Secondo la CGUE, l'accesso ai dati può essere concesso solo relativamente ai dati di persone sospettate di progettare, commettere o aver commesso un reato grave; nell'ipotesi in cui sia minacciata la sicurezza nazionale, l'accesso ai dati di altre persone potrebbe essere concesso quando sussistano elementi oggettivi che consentano di ritenere che tali dati potrebbero fornire un contributo effettivo al contrasto a gravi forme di criminalità (par. 119). L'accesso ai dati deve essere subordinato, salvo casi di urgenza debitamente giustificati, ad un controllo preventivo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente (par. 120). Infine, occorre che le autorità nazionali alle quali è stato consentito l'accesso ai dati ne diano notizia alle persone interessate dal momento in cui tale comunicazione non sia più suscettibile di compromettere le indagini (par. 121).

<sup>53</sup> Per completezza, occorre anche fare riferimento alle pronunce delle corti supreme che, in tema di rapporto tra conservazione dei dati e tutela della *privacy*, hanno dichiarato incostituzionali le rispettive normative nazionali di attuazione della direttiva sulla *data retention*: Corte costituzionale rumena, sentenza n. 1258 dell'8 ottobre 2009; Corte costituzionale tedesca, sentenza del 2 marzo 2010; Corte suprema di Cipro, sentenza del 1° febbraio 2011; Corte costituzionale della Repubblica Ceca, sentenza del 22 marzo 2011.

<sup>54</sup> V. la sentenza 2008 in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 3/2009, 679 ss., con nota di R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung*, 696 ss.; F. NICOLICCHIA, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano*, in *Archivio Penale*, 2/2017, 1 ss.

nale ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa sopra menzionata per violazione dei principi di tassatività e di proporzionalità, tracciando i confini all'interno dei quali può ritenersi legittima l'intrusione pubblica: riserva di legge, che assicuri *standard* di certezza, determinatezza e trasparenza; principio di proporzionalità, cosicché le limitazioni ai diritti individuali non devono eccedere i limiti della stretta necessità rispetto al legittimo obiettivo della prevenzione/repressione di gravi reati; previsione di misure tecniche preventive idonee a evitare la raccolta e l'uso di dati riguardanti la sfera più intima della vita privata o dati irrilevanti per le indagini; riserva di giurisdizione, tale per cui le misure investigative devono essere autorizzate da un'autorità indipendente in una fase anteriore o successiva alla loro adozione.

Il 20 aprile 2016 la Corte costituzionale tedesca è tornata sull'impiego di strumenti informatici che consentono la captazione di dati da remoto, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della Legge federale *Bundeskriminalamtgesetz* che regola i compiti della polizia federale tedesca e la cooperazione in materia penale con Stati terzi<sup>55</sup>. La Corte ha precisato che la natura invasiva dei nuovi strumenti di indagine informatica impone al Legislatore di consentire limitazioni al diritto alla riservatezza al solo fine di tutelare interessi rilevanti e soltanto nei casi in cui sussista un pericolo sufficientemente concreto. Ancora una volta, la Corte ha censurato le disposizioni impugnate sotto il profilo del principio di proporzionalità. Con riferimento all'utilizzo dei mezzi speciali di sorveglianza in luoghi diversi dal domicilio, la Corte ha affermato che le disposizioni normative non delimitavano a sufficienza i poteri attribuiti alla polizia federale, dovendosi al contrario almeno prevedere la specifica probabilità che il soggetto sorvegliato possa commettere gravi reati. In relazione alle operazioni di sorveglianza nei luoghi di privata dimora che possono coinvolgere anche terze persone il cui diritto alla riservatezza verrebbe violato, la Corte ha stabilito che i dati raccolti devono essere analizzati da un organismo indipendente prima di essere trasmessi alla polizia federale al fine di espungere qualsiasi informazione non attinente alle indagini.

In conclusione, benché il riconoscimento in capo agli Stati del più

---

<sup>55</sup> Per commenti alla sentenza v. A. VENEGONI, L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo strumenti informatici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

ampio margine di apprezzamento in materia di giustizia penale costringa spesso le Corti europee e statali in una posizione per così dire di “retroguardia”, nella quale i giudici si limitano a un sindacato sulla non arbitrarietà delle decisioni statali e sul rispetto di determinate garanzie procedurali, emerge dalla giurisprudenza esaminata un *minimum* secondo cui la legge deve autorizzare compressioni alla riservatezza informatica nei limiti dello stretto indispensabile.

5. In Italia da oltre dieci anni il captatore informatico è entrato a pieno titolo tra gli strumenti di indagine utilizzati dagli organi inquirenti e dai servizi di *intelligence*<sup>56</sup>. La progressiva normalizzazione nella prassi investigativa di mezzi di investigazione occulta si è per lungo tempo iscritta all’interno di un quadro giuridico lacunoso e poco chiaro: all’inerzia del Legislatore ha supplito la giurisprudenza che, in assenza di una disciplina specifica, ha inquadrato l’impiego del *malware* tra i mezzi di ricerca della prova atipica (*ex art. 189 c.p.p.*) o, più spesso, ha ricondotto le diverse funzioni del captatore alla specifica tipologia di strumento di ricerca della prova più confacente per ciascun caso di specie, così mutuando, spesso con sensibili incertezze applicative, le discipline proprie delle ispezioni, delle perquisizioni e delle intercettazioni<sup>57</sup>.

È del 2016 la celebre sentenza *Scurato*, con la quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a seguito di indirizzi giurisprudenziali contrastanti, hanno delineato alcuni punti fermi nell’utilizzo dei *software* spia da parte delle forze dell’ordine sia pure limitatamente ad una soltanto delle molteplici potenzialità investigative dei captatori informatici: l’uso del *trojan* ai soli fini di intercettazione ambientale (c.d. cimice informatica) in dispositivi elettronici portatili (con esclusione di quelli fissi)<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> S. COLAIOCCO, *Nuovi mezzi di ricerca della prova: l’utilizzo dei programmi spia*, in *Archivio penale*, 1/2014, 1 ss.; M. TORRE, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 9/2015, 1163 ss.

<sup>57</sup> Cfr. D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2018, 189 ss., 216. V. anche P. FELICIONI, *L’acquisizione da remoto dei dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Processo penale e giustizia*, 5/2016, 118 ss., 132 ss.

<sup>58</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 28 aprile 2016, n. 26889, *Scurato*, in *Guida al diritto*, 2016, 87 ss. V. A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte Europea*, in *Cassazione penale*, 5/2016, 2274 ss.; F. CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, in *Cassazione penale*, 2016, 4143 ss.; L. FILIPPI, *L’isperperqui-intercettazione “itinerante”: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Archivio penale*, 2/2016, 348 ss.; G.

L'intercettazione di conversazioni effettuata su un dispositivo portatile tramite intrusore informatico poneva in concreto il rischio di elusione delle condizioni di legittimità, fissate dal Codice di procedura penale (articoli 266, c. 2, e 267 c.p.p.), che assoggettano le intercettazioni ambientali a condizioni diverse a seconda del luogo in cui la comunicazione si svolge. Più in particolare, per le intercettazioni di comunicazioni al di fuori del domicilio: devono sussistere «gravi indizi» di uno dei reati elencati nell'articolo 266, c. 1, c.p.p.; l'intercettazione deve risultare «assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini»; occorre l'autorizzazione preventiva del giudice per le indagini preliminari (art. 267 c.p.p.). Invece, le intercettazioni di comunicazioni nelle abitazioni, nei luoghi di privata dimora o nelle appartenenze di essi (*ex art.* 614 c.p.) sono subordinate alla condizione supplementare che sussista «un fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa» (art. 266, c. 2, c.p.p.).

Considerato che il *trojan* per sua intrinseca natura segue il dispositivo informatico in uso all'indagato e che gli operatori non sono in grado di conoscere in anticipo i luoghi in cui il *device* bersaglio verrà introdotto, le Sezioni Unite hanno disegnato il perimetro di legittimità delle intercettazioni *inter praesentes* a mezzo di captatore informatico installato su apparecchi portatili, consentendole soltanto in casi eccezionali.

Per regola generale, l'intrusione occulta è dalle Sezioni Unite radicalmente esclusa in relazione ai reati comuni, giacché la fisiologica natura itinerante del *virus* informatico costringerebbe il giudice per le indagini preliminari a emettere un'autorizzazione “al buio”, stante l'impossibilità di predeterminare nel provvedimento autorizzativo tutti i luoghi in cui il dispositivo elettronico potrebbe essere introdotto. Si è così inteso evitare alla radice il timore che nella rete degli inquirenti potessero finire comunicazioni non intercettabili, perché realizzate in luoghi di privata dimora al di fuori delle previsioni codicistiche.

Tuttavia, archiviando il precedente orientamento espresso dalla VI Sezione della Corte di Cassazione nella sentenza *Musumeci* del 2015<sup>59</sup>, le Sezioni Unite consentono il ricorso al captatore in attività

---

LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni “fra presenti”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2016, 1 ss.; A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1/2017, 93 ss.; L. GIORDANO, *L'uso di captatori informatici nelle indagini di criminalità organizzata*, in *Cassazione penale*, 2017, Suppl. n. 5, 214 ss.

<sup>59</sup> Nel caso *Musumeci* la Corte di Cassazione ha sostenuto che una lettura dell'art. 266, c. 2, c.p.p. compatibile con gli articoli 14 e 15 Cost. – posti a tutela, rispettivamente, dell'invio-

investigative relative a reati di criminalità organizzata. In questa ipotesi, infatti, trova applicazione l'articolo 13 del decreto legge n. 152/1991 ("decreto antimafia") che, derogando alla normativa generale, dispone che l'intercettazione ambientale possa essere disposta a prescindere dalla preventiva individuazione nel decreto autorizzativo dei luoghi in cui la cimice sarà introdotta e anche se non sussiste il fondato motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa<sup>60</sup>. La gravità dei reati per cui si procede giustificerebbe una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio, eliminando la distinzione tra «luogo di privata dimora» e «luogo di non privata dimora»<sup>61</sup>. Le Sezioni Unite forniscono peraltro una nozione ampia di "criminalità organizzata": in difetto di una definizione normativa, la Corte privilegia un approccio teleologico che ricomprende nell'espressione non soltanto i reati di criminalità mafiosa e quelli associativi previsti da norme incriminatrici speciali (art. 51, c. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.) ma qualsiasi tipo di associazione per delinquere (*ex art.* 416 c.p.), correlata ad attività criminose eterogenee, purché realizzate da una pluralità di soggetti mediante la costituzione di una stabile struttura organizzativa orientata alla commissione di uno o più reati, il cui ruolo assuma carattere preminente rispetto ai singoli partecipanti<sup>62</sup>.

All'indomani della pronuncia *Scurato*, l'intervento del Legislatore appariva non più procrastinabile. La legittimazione dei captatori operata in via giurisprudenziale richiedeva infatti una puntuale codificazione delle tecniche investigative occulte potenzialmente lesive dei

---

labilità del domicilio e della riservatezza delle comunicazioni – consentirebbe la captazione da remoto delle conversazioni tra presenti nella sola eventualità in cui il decreto autorizzativo specifici *ab origine* i luoghi in cui espletare l'attività captativa, non potendo quindi considerarsi giuridicamente corretto attribuire alla previsione codicistica una portata applicativa così ampia da ricomprendere intercettazioni ambientali effettuate in qualunque luogo, ovunque il soggetto si sposti. V. Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 27100, *Musumeci*, in *Guida al Diritto*, 41/2015, 83 ss.

<sup>60</sup> Ai sensi dell'art. 13 del d.l. n. 152/1991 (convertito con modificazioni dalla l. n. 203/1991), «quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa».

<sup>61</sup> Secondo le SSUU, il requisito della delimitazione spaziale delle intercettazioni non è considerato indefettibile neppure dalla Corte EDU che, in materia di intercettazioni, richiede che il provvedimento di autorizzazione identifichi il destinatario dell'intercettazione *oppure* un singolo insieme di luoghi da sottoporre a sorveglianza. Cfr. A. BALSAMO A., *op. cit.*, 2281 ss.

<sup>62</sup> BALSAMO A., *op. cit.*, 2286 ss.

diritti alla libertà personale (art. 13 Cost.), alla libertà domiciliare (art. 14 Cost.) e alla segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.) – che impongono il principio della “doppia riserva” di legge e di giurisdizione – e del diritto alla riservatezza informatica che, oltre a essere tutelato da fonti sopranazionali europee, potrebbe essere ricondotto nell’alveo dell’articolo 2 della Costituzione italiana<sup>63</sup>. Preoccupazioni per il vuoto normativo sono state espresse sia da docenti di diritto processuale penale di molte università italiane, in un appello indirizzato al Legislatore nel luglio 2016, sia dal Comitato per i diritti umani, nell’ambito del rapporto periodico del marzo 2017 sull’attuazione del Patto ONU sui diritti civili e politici<sup>64</sup>.

Si giunge così alla legge n. 103 del 2017 (“riforma Orlando” in materia di giustizia penale), con la quale il Parlamento ha delegato il Governo a introdurre una disciplina normativa sull’impiego dei nuovi strumenti di sorveglianza elettronica a fini di indagine penale<sup>65</sup>. Il Governo ha dato seguito alla delega con l’articolo 4 del decreto legislativo n. 216 del 29 dicembre 2017 che disciplina l’intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante l’immersione di captatori informatici limitatamente ai casi di inoculazione del *virus* su dispositivi elettronici portatili<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4/2014, 329 ss., 334 ss.; P. FELICIONI, *op. cit.*, 125 ss.; F. CAPRIOLI, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2/2017, 483 ss., 487 ss.

<sup>64</sup> V. il testo dell’appello redatto da un gruppo di studiosi di diritto processuale penale dell’Università di Torino e sottoscritto da più di 70 docenti universitari, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 ottobre 2016, in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4928-necessaria-una-disciplina-legislativa-in-materia-di-captatori-informatici-cd--trojan--un-appello-al-V.-anche-Comitato-dei-diritti-umani,-Concluding-Observations-on-the-Sixth-Periodic-Report-of-Italy>, UN Doc. CCPR/C/ITA/CO/6, 28 marzo 2017, spec. paragrafi 36-37.

<sup>65</sup> Art. 1, c. 84, l. 23 giugno 2017, n. 103, in *Gazzetta ufficiale* 4 luglio 2017, n. 154. Negli ultimi anni sono state presentate quattro diverse proposte legislative sull’*hacking* ma nessuna ha superato l’esame del Parlamento. Per approfondimenti, si rinvia a G. VACIAGO, D.S. RAMALHO, *op. cit.*, 92 ss.; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 503 ss.; M. TORRE, *Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103*, in *Jusonline*, 3/2017, 437 ss.

<sup>66</sup> V. art. 4 d.lgs. n. 216/2017, rubricato “modifiche al Codice di procedura penale in materia di intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico”, in *Gazzetta ufficiale* 11 gennaio 2018, n. 8. Per approfondimenti v. P. BRONZO, *L’impiego del trojan horse informatico nelle indagini penali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 8/2017, 329 ss., 332 ss.; L. PALMIERI, *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali Dalla sentenza “Scurato” alla riforma sulle intercettazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2018, 59 ss., 62 ss.; D. PRETTI, *op. cit.*, 216 ss.; F. VERGINE, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un’orchestra scordata*, in *Processo penale e giustizia*, 4/2018, 787 ss.

Tuttavia, l'intervento del Legislatore appare tutt'altro che risolutivo. Da un canto la riforma soffre di limiti strutturali che evidenziano una marcata dissonanza rispetto alla consolidata giurisprudenza delle Corti europee in tema di garanzie individuali e di protezione della riservatezza informatica. Dall'altro canto e soprattutto il regime normativo applicabile al captatore informatico è tutt'altro che chiaro, a causa di successivi interventi normativi che hanno per un verso ripetutamente rinviato l'entrata in vigore delle modifiche al Codice di procedura penale e per altro verso però *già* consentito l'utilizzo del *malware* in relazione ad alcuni specifici reati.

Procediamo con ordine.

Si tratta anzitutto di evidenziare le debolezze che connotano l'impianto della riforma del 2017, soffermandosi su tre punti critici.

Primo, la legge n. 103/2017 e conseguentemente l'articolo 4 del decreto legislativo n. 216/2017 hanno un ambito applicativo assai contenuto. Rimanendo nel solco della questione sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite, la novella del 2017 si è infatti limitata a tipizzare uno soltanto dei diversi possibili impieghi del *trojan*: l'intercettazione ambientale tra presenti attraverso l'attivazione da remoto del microfono su dispositivi portatili. Il Legislatore ha pertanto rinunciato a regolamentare tutte le altre possibili funzioni del captatore informatico, che appaiono anche più invasive rispetto al suo impiego come cimice elettronica. Inoltre, la riforma si applica alle sole indagini condotte dalla polizia giudiziaria e non disciplina invece l'*hacking* effettuato dai servizi di *intelligence*. Il problema è dato dal fatto che il ristretto orizzonte applicativo della riforma non comporta automaticamente l'impossibilità del ricorso al captatore informatico con funzioni diverse da quella disciplinata o da parte delle agenzie di *intelligence*, come peraltro la prassi abbondantemente evidenzia. La latitanza del Legislatore appare allora censurabile alla luce della costante giurisprudenza europea, secondo cui le attività di intercettazione occulta devono essere previste da norme chiare, conoscibili e atte a conseguire un bilanciamento proporzionato tra i diversi valori in gioco. Né la segretezza che connota l'attività di *intelligence* può giustificare la violazione del principio di legalità, considerato che, come riconosciuto dalla Corte EDU, non v'è alcuna ragione di applicare diversi livelli di tutela dei diritti umani a seconda che le

attività siano poste in essere da organi di polizia o da servizi di *intelligence*<sup>67</sup>.

Secondo, la riforma non appare conforme al principio di necessità/proporzionalità perché autorizza l'impiego del captatore non soltanto per i reati di criminalità organizzata ma anche per altre fattispecie delittuose. Nello specifico, la disciplina è parcellizzata in tre distinti regimi autorizzativi, differenziati a seconda della tipologia di reato per la quale si procede.

L'inoculazione del *virus* spia è “sempre consentita” nel caso di attività di indagine relative ai più gravi reati di criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico (art. 51, c. 3-*bis* e 3-*quater*)<sup>68</sup>. Contrariamente all'indirizzo delle Sezioni Unite, il decreto legislativo n. 216/2017 offre una (opportuna) nozione ristretta di “criminalità organizzata”, che limita la compressione del diritto alla riservatezza alle sole indagini relative a gravi delitti, evitando al contempo che l'ufficio del Pubblico ministero strumentalizzi l'iscrizione per il delitto associativo al solo fine di legittimare *ex post* l'utilizzo del mezzo di ricerca della prova<sup>69</sup>.

Tuttavia, discostandosi dal regime pretorio delineato nel 2016 (che, si ricorderà, aveva escluso l'impiego del captatore per delitti diversi da quelli di criminalità organizzata), il Legislatore autorizza l'uso del *trojan* per tutti i reati per i quali, ai sensi dell'articolo 266, c. 1, c.p.p., possono essere disposte le intercettazioni<sup>70</sup>. È così che, da strumento eccezionale (utilizzabile in riferimento a categorie di delitti di particolare gravità sociale), il captatore diviene uno strumento investigativo ordinario, sia pure sottoposto a peculiari condizioni di applicabilità. Più nello specifico, l'intercettazione ambientale è sempre consentita nei luoghi diversi da quelli di privata dimora, mentre in questi ultimi luoghi può essere autorizzata dal giudice allorché sussista il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa secondo un giudizio *ex ante* di ragionevolezza<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> V. ad es., Corte europea dei diritti umani, sentenza del 1° luglio 2008, ricorso n. 58243/00, *Liberty e altri c. Regno Unito*, par. 63.

<sup>68</sup> V. nuovo art. 266, c. 2-*bis*.

<sup>69</sup> G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2016, 99 ss.

<sup>70</sup> Art. 266, c. 2, come modificato dal d.lgs. n. 216/2017.

<sup>71</sup> M. TORRE, *Il captatore informatico nella legge delega*, cit., 438. Il Legislatore muove dalla prospettiva che, una volta inoculato il *virus*, gli operatori siano in grado di *attivare* e *disattivare* da remoto il microfono e che il giudice per le indagini preliminari possa controllare il corretto impiego del captatore attraverso i verbali della polizia giudiziaria nei quali sono annotate le accensioni e gli spegnimenti del microfono sul *device* bersaglio.

Non basta. Il decreto legislativo detta una disciplina ancora diversa per i reati commessi dai pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Si tratta di un regime intermedio tra quello speciale – previsto per i delitti di criminalità organizzata e terrorismo – e quello ordinario – contemplato per i reati comuni. Pertanto, al pari di quanto avviene per i delitti di criminalità organizzata, si facilita la captazione, dovendosi valutare ai fini dell'autorizzazione, non già i gravi indizi di reato e l'indispensabilità del ricorso alle intercettazioni, ma l'esistenza di indizi "sufficienti" e la mera "necessità" del ricorso allo strumento captativo. Ove però l'intercettazione mediante *trojan* avvenga nei luoghi indicati dall'articolo 614 c.p. si richiede il consueto presupposto previsto a tutela della privata dimora, ossia, come più volte detto, il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa<sup>72</sup>.

Terzo, il decreto legislativo non offre sufficienti garanzie in tema di sicurezza, conservazione, genuinità ed integrità dei dati digitali acquisiti mediante *hacking*. In teoria, ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 216/2017, possono essere impiegati soltanto *virus* informatici «conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreti del Ministro della giustizia»<sup>73</sup>. Tuttavia, la previsione è in concreto indebolita dalla circostanza che per le operazioni di intercettazione le Procure possono servirsi di "impianti appartenenti a privati" e di "persone idonee" dotate di specifiche competenze tecniche<sup>74</sup>. Il riferimento è qui alle società commerciali chiamate a collaborare con la polizia giudiziaria nella complessa fase di inoculazione (e di disattivazione) del *virus*

---

<sup>72</sup> Non soddisfa il principio di necessità/proporzionalità neanche la parte del decreto legislativo dedicata ai presupposti per l'autorizzazione del decreto di intercettazione mediante agente intrusore. In linea di principio, l'impiego del captatore è dal Legislatore configurato come *extrema ratio*. Infatti, indifferentemente dalla tipologia di reato per la quale si procede, il giudice per le indagini preliminari deve indicare nel decreto di autorizzazione – oltre ai gravi indizi di reato e l'indispensabilità dell'intercettazione ai fini della prosecuzione delle indagini – le specifiche esigenze operative che rendono "necessaria" la captazione occulta ai fini di una più agevole riuscita dell'operazione intercettativa. Tuttavia, la "necessità" della quale parla il d.lgs. n. 216/2017 non va confusa "con il più rigido parametro dell'indispensabilità" dell'*hacking*, «cosicché non sarà comunque necessaria la prova del fatto che il ricorso a tale peculiare forma di intercettazione sia l'unico strumento operativo praticabile»; detto altrimenti, «il giudizio di necessità non coincide con quello di certa infruttuosità delle altre forme di intercettazione ambientale quanto piuttosto con la prova, anche logica, di una meno agevole praticabilità delle operazioni tradizionali» (D. PRETTI, *op. cit.*, 219).

<sup>73</sup> Questa disposizione ha trovato la sua specificazione nel decreto ministeriale emesso dal Ministero della giustizia in data 20 aprile 2018.

<sup>74</sup> Art. 268, c. 3-*bis*, c.p.p., come modificato dal d.lgs. n. 216/2017.

informatico, rispetto al cui operato però si sono sopra evidenziate tutte le perplessità del caso, specie in ragione dell'opacità che circonda il *modus operandi* degli operatori privati, alcuni dei quali sono stati indagati per intercettazione illecita e *data breach*<sup>75</sup>.

Può infine passarsi ad analizzare le “sorti” della riforma del 2017.

Come sopra accennato, le modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 216/2017 non sono entrate (né verosimilmente entreranno) in vigore. La loro vigenza è stata infatti dapprima posticipata al 31 marzo 2019<sup>76</sup>, poi al 31 luglio 2019<sup>77</sup>, infine al 1° gennaio 2020 (per effetto del decreto legge n. 53/2019 (“decreto sicurezza-bis”))<sup>78</sup>. Apparentemente, i continui posticipi paiono motivati da ragioni tecniche di adeguamento alle nuove norme da parte delle Procure. Ha però soprattutto pesato sul futuro della riforma l'insediamento di un nuovo Governo dopo le elezioni politiche del marzo 2018 e l'intenzione della nuova maggioranza parlamentare di riscrivere “completamente la riforma del sistema delle intercettazioni”<sup>79</sup>.

Il 31 gennaio 2019 è invece entrata in vigore la legge n. 3/2019 (“legge spazza-corrotti”) che, con l'obiettivo di rafforzare gli strumenti investigativi nel contrasto ai reati contro la Pubblica amministrazione (PA), ha assimilato in via di fatto i reati commessi dai pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio contro la PA ai delitti di criminalità mafiosa o terroristica<sup>80</sup>. L'equiparazione è soprat-

---

<sup>75</sup> Ai sensi del successivo c. 4 dell'art. 268 c.p.p., le comunicazioni intercettate sono trasmesse verso gli impianti della Procura della Repubblica. Tuttavia, quando risulti impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale deve dare atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica delle conversazioni intercettate. Le cautele predisposte dal Legislatore, pur finalizzate ad evitare un impiego incontrollato del *trojan*, aggravano notevolmente l'impegno operativo della polizia giudiziaria delegata allo svolgimento delle operazioni e dei tecnici specializzati delle società private, i quali dovranno costantemente aggiornare il verbale con dati precisi sullo svolgimento delle operazioni (cfr. D. PRETTI, *op. cit.*, 225).

<sup>76</sup> Art. 2 d.l. 25 luglio 2018, n. 91 (“decreto milleproroghe”) convertito, con modificazioni, dalla l. 21 settembre 2018, n. 108, in *Gazzetta ufficiale* 21 settembre 2018, n. 220. La proroga al 31 marzo 2019 riguarda tutte le disposizioni sulle intercettazioni introdotte dal d.lgs. n. 216/2017, ad eccezione di quella relativa ai delitti contro la PA, che consente l'intercettazione secondo la disciplina speciale di cui all'art. 13 d.l. n. 152/1991.

<sup>77</sup> Art. 1, c. 1139, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (“legge di bilancio”), in *Gazzetta ufficiale* 31 dicembre 2018, n. 302.

<sup>78</sup> Art. 9, c. 2, d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (“decreto sicurezza-bis”), in *Gazzetta ufficiale* 14 giugno 2019, n. 138.

<sup>79</sup> V. la relazione di accompagnamento al d.l. n. 91/2018.

<sup>80</sup> V l. 9 gennaio 2019, n. 3, *Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica amministrazione nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e dei movimenti politici*, in *Gazzetta ufficiale* 16 gennaio 2019, n. 13. V. A. PAOLETTI,

tutto visibile con riferimento alla fase di accertamento dei reati e ai mezzi di ricerca della prova. Oltre ad autorizzare l'impiego dei c.d. "agenti sotto copertura", il Legislatore modifica gli articoli 266 e 267 c.p.p., come emendati dal decreto legislativo n. 216/2017, così consentendo sempre – come avviene per i reati di criminalità organizzata – l'uso del captatore per i «i delitti dei pubblici ufficiali contro la PA puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni»<sup>81</sup>.

In definitiva, il "gioco incrociato" di successivi interventi normativi di segno opposto ha generato un incredibile "pasticcio" di dubbia conformità alla giurisprudenza europea.

Se l'uso del captatore può dirsi legittimo solo quando "proporzionato" allo scopo che si persegue in una "società democratica", è quanto meno lecito dubitare che il contrasto ai reati contro la PA possa giustificare un monitoraggio continuo di agenti e pubblici ufficiali anche all'interno delle proprie abitazioni a prescindere dal fatto che nel domicilio si stia svolgendo un'attività criminosa. In relazione poi all'impiego del captatore informatico in indagini penali relative ad altri reati (di criminalità organizzata o comuni) il silenzio del Legislatore è, se possibile, ancora più colpevole perché contravviene al principio secondo cui la limitazione dei diritti fondamentali da parte dell'autorità pubblica è ammissibile solo se posta in essere in un quadro normativo rigorosamente determinato. Né appare coerente con il principio di legalità demandare alla giurisprudenza il compito di definire tutti i possibili impieghi del captatore informatico, perché le soluzioni cui essa perviene non paiono sempre uniformi e soprattutto perché la magistratura non ha saputo contenere in questi anni il bulimico ricorso allo strumento delle intercettazioni in generale e tramite *trojan horse* in particolare<sup>82</sup>.

---

*Legge "Spazza corrotti": prime riflessioni sui nuovi delitti contro la Pubblica amministrazione*, in *Diritto.it*, 7 gennaio 2019, in <https://www.diritto.it>.

<sup>81</sup> Le intercettazioni ambientali intradomiciliari effettuate con l'uso di *malware* non dovranno più essere sorrette dal requisito della *suspicio perdurantis criminis* precedentemente richiesto; né il decreto che autorizza l'intercettazione ambientale mediante captatore dovrà dare indicazione «dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono». V. articoli 266, c. 2 *bis*, e 267, c. 1, c.p.p., come riscritti dall'art. 1, c. 4, lettere *a*) e *b*), l. n. 3/2019.

<sup>82</sup> Nel 2017 il numero dei "bersagli" sottoposti ad intercettazione ammontava ad oltre 127.000 per una spesa di 168,8 milioni di euro (83,868 milioni di euro nel primo semestre 2018) (v. Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018, in <https://www.giustizia.it>). Secondo un rapporto del 2004 del Centro studi tedesco *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law* in Italia vengono sottoposti ad intercettazioni 76 abitanti ogni 100.000, in Francia 23,5, in Germania 15, in Gran Bretagna 6, negli Stati Uniti 0,5.

L'afonia del Parlamento e l'utilizzo ormai disinvolto del captatore informatico da parte degli organi inquirenti e dei servizi di *intelligence* portano con sé il rischio non remoto di comprimere i diritti dell'indagato e dei terzi coinvolti nelle indagini, sino a disegnare una preoccupante degenerazione ubiquitaria dei mezzi di captazione occulta che, laddove non inoculati nel solo dispositivo bersaglio ma connessi ad *app* poste su piattaforme accessibili a tutti, possono trasformarsi in strumenti massivi di sorveglianza e controllo<sup>83</sup>.

#### ABSTRACT

*The Use of a Trojan Virus as a Means of Obtaining Digital Evidence in State Practice and in the Italian Legal System: Finding the Balance between Crime Prevention and Privacy Protection*

The use of malware in criminal proceedings has increased over the past years due to its effectiveness in fighting crime. In this respect, the aim of this article is to analyze the complex legal issues related to the use of computer viruses, with specific reference to the balance between the need to prevent and counter crimes and the safeguard of individual rights (i.e. the right of defense and the protection of privacy). This article is divided into three main parts. First, it points out that the use of trojans is hardly regulated both by States and by judicial cooperation mechanisms. Second, the focus shifts to the jurisprudence of the ECtHR and the EUCJ as regards mainly the secret surveillance and mass surveillance programmes. Finally, the article examines the Italian legal system, where the recent intervention of the Legislator seems to be open to criticism as it is largely inconsistent with European standards on individual rights and the protection of privacy.

---

<sup>83</sup> Il riferimento è al caso *Exodus*, un *malware* con il quale, forse per un mero errore tecnico, dati appartenenti a cittadini del tutto estranei ad indagini giudiziarie sarebbero stati trasferiti, senza cautela e protezione, verso alcuni *server cloud* di *Amazon* fisicamente dislocati negli USA. V. la segnalazione del Garante della *privacy* al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle intercettazioni mediante captatore informatico, 30 aprile 2019, in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9107773>.

# L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI RIFUGIATI ATTRAVERSO LA PARTECIPAZIONE DELL'ACNUR ALLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE

ENRICO MASSA

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La giurisprudenza e l'evoluzione del diritto internazionale generale e pattizio. Il ruolo dei *treaty bodies* 3. La posizione dell'Alto Commissariato nel contesto del diritto internazionale dei rifugiati. Convergenze e divergenze con altri organi monitori – 4. La Convenzione di Ginevra e il problema della giurisdizione – 5. I procedimenti di determinazione dello *status* di rifugiato condotti dall'Agenzia – 6. L'Alto Commissariato e le corti internazionali. Presupposti e conseguenze degli interventi in sede giurisdizionale – 7. La partecipazione dell'Alto Commissariato ai processi davanti ai giudici nazionali. – 8. Conclusioni.

1. Sempre maggiore interesse riscontra nella dottrina internazionalistica il ruolo che la giurisprudenza riveste nel processo di formazione ed evoluzione delle norme internazionali. Sotto questo profilo, il riferimento va non solo a pronunce di corti e tribunali internazionali, ma spesso anche all'attività di quegli organi c.d. paragiurisdizionali incaricati di garantire il rispetto di numerosi trattati.

Il fenomeno in esame pare aver riguardato anche il diritto internazionale dei rifugiati: materia che notoriamente ha trovato una sua normazione per iscritto nel 1951, con la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati<sup>1</sup>. Da allora, le situazioni di fatto alle quali la convenzione si rivolge sono sostanzialmente mutate, ma le disposizioni che disciplinano la materia sono rimaste identiche. Ne consegue che l'attuale disciplina è il risultato di un processo evolutivo che, se è stato spesso ispirato da strumenti di *soft law*, ha anche subito l'influenza della giurisprudenza. Sussiste però, nel procedimento di aggiornamento della Convenzione di Ginevra, un importante elemento di differenziazione rispetto ad altri trattati in tema di diritti umani: non esiste, nella materia *de qua*, né una corte né una commissione chiamata a risolvere le controversie che la riguardano e competente ad interpretarne le norme. A ben vedere, nel contesto che ci occupa, è stato l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (*United Nations High Commissioner for Refugees*, abbreviato in ACNUR) a farsi ca-

---

<sup>1</sup> *Convenzione relativa allo status dei rifugiati*, Ginevra, 1951, in *United Nations Treaty Series*, vol. 189, 137 ss.

rico dell'applicazione e dell'interpretazione della Convenzione stessa, attraverso le conclusioni del suo Comitato esecutivo<sup>2</sup> e l'adozione di strumenti di *soft law*<sup>3</sup>. Resta quindi da chiedersi in che modo tale organismo si sia invece rapportato alla funzione giurisdizionale e quali effetti abbia sortito la sua attività in tale sede.

Dopo una breve digressione sul ruolo della giurisprudenza nel processo di formazione delle norme internazionali, analizzeremo il fondamento normativo dell'autorità del Commissariato, comparando quest'Agenzia con analoghi organismi che operano nel campo del diritto internazionale. Infine, ci soffermeremo sulla funzione para-giurisdizionale da esso svolta ai fini della determinazione dello *status* di rifugiato e sulla cooperazione tra l'Agenzia e le corti attraverso la presentazione di *advisory opinion* e interventi in qualità di *amicus curiae*, verificando in che modo tali attività abbiano contribuito all'evoluzione della materia.

2. La prassi degli ultimi decenni e la settorializzazione del diritto internazionale in molteplici aree specialistiche ha posto i giudici al centro dell'attività di interpretazione ed evoluzione delle norme internazionali relative ad ogni specifico settore, anche grazie ad un costante dialogo tra le varie branche del diritto internazionale e tra esse e le norme di carattere generale<sup>4</sup>. Andando con ordine, la giurisprudenza oggi esercita un ruolo primario sia nel processo di formazione di

---

<sup>2</sup> Sul ruolo delle Conclusioni nel progressivo sviluppo del diritto dei rifugiati: J. SZTUCKI, *Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme*, in *International Journal of Refugee Law*, 1989, 285 ss, e più di recente A. CORKERY, *The Contribution of the UNHCR Executive Committee to the Development of International Refugee Law*, in *Australian International Law Journal*, 2006, 97 ss.

<sup>3</sup> Per un inquadramento generale, ad es. C. LEWIS, *UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, 67 ss; il risultato più rilevante di questo tipo di attività è senza dubbio l'Handbook sulle procedure e i criteri per definire lo status di rifugiato, nonché le Linee-guida pubblicate successivamente su argomenti specifici; Cfr. ACNUR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, December 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3

<sup>4</sup> Può rilevare in questo senso il concetto di *self-contained regime*, il quale indica quei sistemi di diritto internazionale che escludono in tutto o in parte l'applicazione delle norme generali sulla responsabilità dello Stato (B. SIMMA, *Self-Contained Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, 111 ss, 115-116, vedi anche L. GRADONI, *Regime failure nel diritto internazionale*, Padova, 2009, 22-23). Tali sistemi sono stati particolarmente interessati dall'azione innovatrice dei giudici, che hanno nel tempo colmato le lacune interne agli stessi enucleando principi di matrice finalistica.

norme di diritto internazionale generale, che nell'interpretazione (anche evolutiva) del diritto pattizio.

Il ruolo determinante della giurisprudenza nella rilevazione di norme a carattere generale (siano queste consuetudini<sup>5</sup> o principi generali)<sup>6</sup> deriva soprattutto dalla facilità di riferirsi ad una decisione precedente piuttosto che nel rinvenimento di prassi e soprattutto *opinio generalizzate*, nonché per l'abitudine delle corti di citare i precedenti per corroborare le proprie decisioni nella pratica cd. del *cross referencing* o "riferimento incrociato"<sup>7</sup>. Lo spazio da riservare al ruolo di lodi, decisioni o sentenze, da mera fonte sussidiaria per provare l'esistenza di una consuetudine, come era originariamente previsto dall'articolo 38(1)d dello Statuto della Corte internazionale di giustizia<sup>8</sup>, sta conoscendo sempre più ampi margini di utilizzo. Infatti, nonostante la regola del precedente vincolante sia sconosciuta al diritto internazionale, altri elementi sembrano orientare arbitri e giudici sulla via della conformità con la giurisprudenza<sup>9</sup>, comportando un ruolo attivo della stessa nella creazione del diritto internazionale<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. ad es. M. IOVANE, *Some Reflections on Identifying Custom in Contemporary International Law*, in *federalismi.it*, 9/2018, 11-15.

<sup>6</sup> L'utilizzo da parte della giurisprudenza dei principi generali di diritto si spiega alla luce definizione odierna di consuetudine, ritenuta particolarmente restrittiva, richiedendo una prassi generalizzata accettata dagli Stati come norma giuridica. In contemporanea, è emerso il concetto di "principio generale di diritto", anch'esso parte del diritto internazionale generale e a disposizione dei giudici in mancanza degli elementi necessari a giustificare l'esistenza della consuetudine. Cfr. G. GAJA, *General Principles of Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2013, §18.

<sup>7</sup> G. ZARRA, *Orderliness and Coherence in International Investment Law and Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2017, 634 ss.

<sup>8</sup> Si è spesso rilevato in dottrina come, sebbene la lettera dell'articolo 38(d) sembri indicare diversamente, la dottrina e la giurisprudenza in realtà debbano essere considerate come "fonti documentali", strumentali a dimostrare l'esistenza di una norma generale (cfr. A. PELLET, *Article 38* in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM, *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford, 2012, 783-784; la stessa posizione è mantenuta dalla Commissione di diritto internazionale nelle sue recenti *Conclusioni sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario*, 2018). Questa interpretazione, coerente con la tradizionale gerarchia delle fonti, non contrasta con le considerazioni qui svolte, che non mirano a rivendicare la natura statica di "fonte del diritto" alla giurisprudenza, quando estrinsecarne il contributo dinamico nell'evoluzione delle fonti principali.

<sup>9</sup> Fra questi, va considerata l'emergente tendenza che imporrebbe all'interprete di "prendere in considerazione" (*take into account*) precedenti pronunce aventi elementi di similitudine con il caso da decidere (Cfr. F. M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Heidelberg, 2018, 143 ss), nonché esigenze di certezza del diritto. La Corte internazionale di giustizia ha richiamato in diversi casi l'importanza della sua "costante giurisprudenza", sia in sede decisoria (ad es. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 24 maggio 1980, *Personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran (Stati Uniti c. Iran)* §33), sia in sede consultiva (ad es. Corte internazionale di giustizia,

Un secondo ambito nel quale la giurisdizionalizzazione del diritto internazionale ha comportato delle innovazioni è quello dell'interpretazione di norme pattizie. L'attività interpretativa è infatti ad oggi ispirata, tra l'altro (e soprattutto nel contesto delle organizzazioni internazionali), da un criterio di tipo teleologico<sup>11</sup>. Ciò implica che il giudice internazionale tenga conto dell'esigenza di tutelare i valori fondamentali posti alla base delle singole disposizioni, salvaguardandone la corretta realizzazione<sup>12</sup>. Di conseguenza, i giudici hanno dovuto bilanciare l'attinenza al dato testuale alle necessità di protezione che volta per volta si presentavano nella prassi, riempiendo di contenuto articoli dalla formulazione generica. In questo modo, a partire dal dato semantico, principi generalissimi sono stati tramutati in obblighi non specificamente previsti nel testo, suggerendo un'attività quasi più legislativa che propriamente applicativa<sup>13</sup>.

Un ultimo elemento da considerare è costituito dall'attività degli organi di controllo sui trattati in materia di diritti umani (c.d. *treaty*

---

*advisory opinion* del 20 dicembre 1980, *Interpretazione dell'accordo del 25 marzo 1951 tra Organizzazione Mondiale della Sanità ed Egitto*, §33). Cfr. M. IOVANE, *L'influence de la multiplication des juridictions internationales sur l'application du droit international*, in *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 383, 2017, 233 ss, 434.

<sup>10</sup> Trattazioni istituzionali del diritto internazionale riconoscono un ruolo "catalizzatore" delle decisioni dei giudici internazionali nello sviluppo della consuetudine, cfr. A. CASSESE, *International Law*, Oxford, 2005, 194-195; J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2012, 37-41. Più nel dettaglio, si veda: R.Y. JENNINGS, *What is International Law and how do we tell when we see it*, in *Swiss Yearbook of International Law*, 1981, 59 ss; M. SHAHABUDDIEN, *Precedent in the World Court*, Cambridge, 2007 e M. IOVANE, *L'influence de la multiplication des juridictions*, 233-488.

<sup>11</sup> J. CRAWFORD, *op. cit.*, 379-380.

<sup>12</sup> M. IOVANE, *Metodo costituzionalistico e ruolo dei giudici nella formulazione dei principi generali del diritto internazionale*, in *Ars interpretandi*, 2008, 103, 109-110. Secondo alcuni, la tendenza in oggetto ha portato ad un'applicazione finalistica che impronterebbe la comunità internazionale verso un supposto "ordine costituzionale globale". (cfr. J. E. ALVAREZ, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, 2005, 65, che riferisce a B. FASSBENDER, *The United Nations Charter As Constitution of the International Community*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, 529 ss; vd. anche F. FABBRINI, *The Constitutionalization of International Law: A Comparative Legal Perspective*, in *European Journal of Legal Studies*, 2013, 6, 3 ss). Non è questa la sede per discutere tali teorie, quanto per evidenziare come l'interprete internazionale tenda a oggi ad applicare la norma internazionale seguendo metodi sempre più simili a quelli del diritto pubblico.

<sup>13</sup> I. VENZKE, *How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford, 2012, 69 ss. Un esempio in tal senso è rappresentato dall'attività della Corte europea dei diritti umani (Corte europea dei diritti umani (grande camera), sentenza del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ricorso n. 10249/03, §104; Corte Europea dei diritti umani, *Tyler c. Regno Unito*, sentenza del 25 aprile 1978, ricorso n. 5856/72, §15. Per maggiori approfondimenti sull'interpretazione evolutiva della Corte Europea, si veda R. BERNHARDT, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, in *German Yearbook of International Law*, 1999, 11 ss).

*bodies*), che si è estrinsecata soprattutto in due modi, attraverso un'attività di tipo para-giurisdizionale<sup>14</sup> e una di tipo interpretativo<sup>15</sup>. In particolare, il primo tipo di attività consiste sia nella disamina di singoli casi posti all'attenzione dell'organo, sia nell'analisi complessiva dell'esecuzione dei trattati in ogni Stato sottoscrittore attraverso la cosiddetta *universal periodic review*. Tale tipo di funzione para-giurisdizionale, svolta di fronte ad organi come il Comitato per i diritti umani<sup>16</sup> o il Comitato contro la tortura<sup>17</sup>, di certo non può essere trascurata dagli Stati quando si tratta di rispettare le disposizioni convenzionali, posto che essa trae la propria origine dai trattati stessi (o da protocolli successivi). In aggiunta, la sua rilevanza è stata confermata anche dalla Corte internazionale di giustizia, che nella sentenza *Diallo* ha riconosciuto il contributo del Comitato per i diritti umani nel raggiungimento di una sufficiente «chiarezza e coerenza nel diritto internazionale»<sup>18</sup>. Nonostante ciò, il rispetto da parte degli Stati delle decisioni dei comitati in oggetto rappresenta sicuramente un grado di aderenza inferiore rispetto a quello delle sentenze di giudici e arbitri internazionali, essendo solitamente prive di forza legale vincolante<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Nell'accezione qui usata, si intende per "attività para-giurisdizionale" (*quasi-judicial*) quel tipo di controllo attuato per mezzo di organismi "altamente autorevoli", incaricati non di dare una soluzione di tipo giudiziale, ma di interpretare una norma adattandola al caso concreto, verificando la conformità del fatto alla disposizione normativa, senza però che questa abbia efficacia cogente.

<sup>15</sup> Sull'opera interpretativa in senso evolutivo da parte dei *treaty bodies* cfr. B. SCHLÜTTER, *Aspects of Human Rights Interpretation by the UN Treaty Bodies*, in in H. KELLER, G. ULFSTEIN, *UN Human Rights Treaty Bodies*, Cambridge, 2012, 261 ss, 311-317.

<sup>16</sup> Organo istituito dal *Protocollo Opzionale al Patto sui diritti civili e politici*, aperto per le firme dal 16 dicembre 1966, 999 UNTS 171; cfr. G. L. NEUMAN, *Giving Meaning and Effect to Human Rights: The Contributions of Human Rights Committee Members*, in *Harvard Research Working Paper Series*, dicembre 2016; D. MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1994.

<sup>17</sup> S. JOSEPH, *Committee against Torture: Recent Jurisprudence*, in *Human Rights Law Review*, 2006, 571 ss.

<sup>18</sup> Corte internazionale di giustizia, sentenza del 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. Repubblica Democratica del Congo)*, §66. Si veda anche: Corte internazionale di giustizia, sentenza del 20 luglio 2012, *Domande relative all'obbligo di giudicare o estradare (Belgio c. Senegal)*, §27; Corte internazionale di giustizia, *advisory opinion* del 9 luglio 2004, *Conseguenze legali della costruzione di un muro nei territori occupati della Palestina*, §109 ss.

<sup>19</sup> Ad esempio, si stima che soltanto all'incirca il 30 per cento delle decisioni del Comitato dei diritti umani trovi poi applicazione da parte degli Stati (Documento ONU A/57/40, §225). Più di recente, una ricerca indipendente rivisto al ribasso questo dato, attestandolo tra il 12 e il 15 per cento (Open Society Justice Initiative, *From Judgment to Justice Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, New York, 2010, 119-120). Si veda

Si può dunque rilevare come l'autorità delle decisioni dei *treaty bodies* sia continuamente messa in discussione sul piano interno<sup>20</sup>, e non sembrano sufficienti a contraddire questa conclusione alcune aperture legislative<sup>21</sup> o della prassi giurisprudenziale più recente<sup>22</sup>.

3. Passiamo ora all'oggetto principale della presente trattazione, ossia il diritto dei rifugiati. La Convenzione di Ginevra del 1951 non prevede alcun organo di natura para-giurisdizionale che possa monitorarne l'applicazione attraverso lo strumento processuale. Ciò avrebbe potuto privare il diritto internazionale dei rifugiati di quell'importante elemento evolutivo di matrice giurisprudenziale che invece ha caratterizzato lo sviluppo di altre branche dell'ambito internazionalistico, ma tale lacuna è stata colmata dall'operato di altri giudici, coadiuvati dall'attività dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati. È necessario a tal proposito risalire alla base normativa delle competenze dell'ACNUR, per contestualizzarne l'opera ermeneutica: questi è un "organo sussidiario" delle Nazioni Unite, istituito dall'Assemblea Generale nel 1950 con un apposito Statuto. Dopo il fallimento dell'esperienza dell'Organizzazione internazionale per i rifugiati, operante tra il 1946 ed il 1952, si ritenne infatti più opportuno istituire un organismo che derivasse i suoi poteri sulla base degli articoli 7(2) e 22 della Carta delle Nazioni Unite, piuttosto che a partire da un apposito trattato<sup>23</sup>. Nello Statuto traspare per l'ACNUR una funzione non propriamente autoritativa, quanto piuttosto "ancillare" all'operato degli Stati nel perseguire la protezione internazionale dei rifugiati. Fra le norme sulle finalità dell'ente, infatti, si preferisce utilizzare strumenti tipici dell'*agency*, ovvero quel modello istitu-

---

anche: T. BUERGENTHAL, *The U.N. Human Rights Committee*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, 397 ss.

<sup>20</sup> Alcune sentenze particolarmente ostili alle visioni del Comitato sono state pronunciate dalla Corte Suprema irlandese (*Kavanagh c. Direttore della prigione di Mounjoy*, sentenza 13 del 2002) e dalla Corte d'Appello dell'Ontario (*Ahani c. Canada*, sentenza 58 107 del 2002).

<sup>21</sup> Per una ricostruzione dei (pochi) Stati che hanno introdotto delle procedure di adempimento delle decisioni dei *treaty bodies* cfr. R. VAN ALEBEEK, A. NOLLKAEMPER, *The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law*, in H. KELLER, G. ULFSTEIN, *UN Human Rights Treaty Bodies*, Cambridge, 2012, 356 ss, 362-371.

<sup>22</sup> Di particolare interesse è una recente pronuncia della Suprema Corte spagnola (1263/2018), che riconosce valore cogente – deliberando anche un conseguente risarcimento del danno – ad una decisione del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (CEDAW, caso 47/2012).

<sup>23</sup> Sul dibattito che ha portato alla fine dell'Organizzazione internazionale per i rifugiati e alla nascita dell'ACNUR, I. VENZKE, *op. cit.*, 92-93; G. FERRARI, *La Convenzione sullo status dei rifugiati. Aspetti Storici*, La Sapienza, Roma, 2004 (reperibile online).

zionale in base al quale gli Stati affidano ad un ente da loro creato il raggiungimento di un obiettivo astratto più che dei compiti specifici (tipici invece del modello “funzionalista”, a questo opposto)<sup>24</sup>. Tale conclusione può essere tratta dal dato che le attività dell'ente sono descritte utilizzando verbi come *incoraggiare* (articolo 8(d)), *cercare di ottenere* (articolo 8(e)), oppure *facilitare* (articolo 8(i)). Dobbiamo però considerare il contesto nel quale lo Statuto venne alla luce, in cui non esistevano norme o principi la cui applicazione si doveva sorvegliare (essendo una convenzione in materia di là da venire). Di conseguenza, all'Agencia furono solo attribuiti c.d. *soft powers*.

Per completare il quadro delle competenze attribuite al Commissariato, bisogna guardare alla *Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati* del 1951, in particolare all'articolo 35. Tale disposizione, rubricata «Cooperazione delle autorità nazionali con le Nazioni Unite», utilizza una terminologia ispirata all'articolo 56 della Carta delle Nazioni Unite<sup>25</sup> e impone in capo agli Stati un «obbligo di cooperare» con l'Alto commissariato per consentire «l'esercizio delle sue funzioni» e «facilitare il suo compito di supervisione delle prescrizioni della Convenzione». Inoltre, impegna gli Stati a fornirgli le informazioni in loro possesso relativamente alla condizione dei rifugiati sul territorio nazionale (*lettera a*), all'esecuzione della Convenzione stessa (*lettera b*) e ad ogni provvedimento, legislativo o governativo, relativo ai rifugiati (*lettera c*). Lo scopo primario di questo articolo (ripreso anche dall'articolo II del Protocollo del 1967) è quello di creare un collegamento tra gli obblighi convenzionali degli Stati e il compito di supervisione dell'ACNUR, vincolando questi a rispettarne la posizione sovraordinata e a cooperare attivamente con esso, quali che siano le funzioni e le competenze che gli saranno nel tempo attribuite<sup>26</sup>. Per il resto, la Convenzione non prevede alcun comitato di

---

<sup>24</sup> Ne consegue che maggiore è l'autonomia accordata all'istituzione internazionale, maggiore è il rischio che questa si discosti dai desideri degli Stati che la hanno istituita, provocando una cd. “perdita di mandato” (*agency loss*). Cfr. J. WOUTERS e P. DE MAN, *International Organizations as Law-Makers*, Leuven Centre for Global Governance Working Paper No. 21, 4-5. Per approfondimenti, e in linea più generale, si veda anche R.W. WATERMAN e K.J. MEIER, *Principal-agent models: an expansion?*, in *Journal of Public Administration Research & Theory*, 1998, 174 ss.

<sup>25</sup> «I Membri si impegnano ad agire, collettivamente o singolarmente, in cooperazione con l'Organizzazione per raggiungere i fini indicati all'articolo 55» Carta ONU, Articolo 56; cfr. A. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, Ginevra, 1963, 254.

<sup>26</sup> W. KÄLIN, *Supervising the 1951 Convention on the Status of Refugees: Article 35 and beyond*, Commissionato dall'ACNUR in occasione delle Consultazioni Globali sulla

controllo: la Convenzione sui rifugiati si è ritrovata, unica nel suo genere, nella condizione di avere un organo – il Commissariato – dedicato al controllo della sua applicazione, ma priva di ogni meccanismo indipendente che sancisca la sua violazione da parte degli Stati<sup>27</sup>.

Occorre dunque chiedersi se, alla luce delle sue competenze, l'Alto commissariato possa essere qualificato come il “*treaty body* della Convenzione di Ginevra”. Le funzioni di sorveglianza attribuitegli dall'articolo 35 lo assimilerebbero a organismi di questo genere, ma, come abbiamo avuto modo di vedere, il suo mandato non si esaurisce certo in questo ambito, includendo anche compiti di tipo operativo. In più, lo Statuto gli conferisce sicuramente anche il compito di immaginare delle soluzioni a lungo termine al problema dei rifugiati, incoraggiando lo sviluppo della materia in questione. Si può dire dunque che, se i *treaty bodies* hanno apportato un contributo al progressivo sviluppo del diritto internazionale, essi lo hanno fatto in modo incidentale, in quanto il loro compito, di natura statica, non include funzioni di tipo evolutivo, ma semplicemente di controllo. Viceversa, se l'ACNUR ha operato per lo sviluppo di principi e norme giuridiche, lo ha fatto perché era parte del suo mandato istituzionale. Da un punto di vista istituzionale, i primi sono organi assembleari, previsti da un accordo internazionale e solo a questo vincolati, il cui compito si esaurisce nella verifica del rispetto del testo convenzionale attraverso l'analisi di singoli casi o della più generica aderenza (*compliance*) dello Stato alle previsioni dello stesso. L'attività a carattere maggiormente positivo loro affidata, cioè la redazione di *General Comments*, è allo stesso tempo ridimensionata dal fatto di poter semplicemente precisare il contenuto del testo al quale si riferisce. L'Alto commissariato è invece un organo non legato geneticamente ad uno specifico testo convenzionale, tendenzialmente monocratico, dotato di autonomia organizzativa, e, almeno in linea teorica, sottoposto soltanto alle direttive dell'Assemblea generale. Tutto ciò implica una vastità di funzioni e di mandato ignota ai *treaty bodies*, includendo anche la possibilità di innovare la materia attraverso la creazione di nuove norme e standard operativi.

Si potrebbe allora confrontare l'opera dell'Alto commissariato nei confronti del diritto internazionale dei rifugiati con quella compiuta

---

Protezione Internazionale nel contesto del 50esimo anniversario della Convenzione di Ginevra, Oxford, 2001, 4 ss.

<sup>27</sup> KATIE O'BYRNE, *Is There a Need for Better Supervision of the Refugee Convention?*, in *Journal of Refugee Studies*, 2013, 330 ss.

dal Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR) riguardo al diritto internazionale umanitario<sup>28</sup>. Nonostante il primo sia parte del sistema delle Nazioni Unite, mentre il secondo è un'associazione di diritto privato svizzero, le similitudini tra i due organismi sono numerose. Infatti, entrambi sono incaricati dai loro Statuti di sorvegliare l'applicazione di trattati nati successivamente alla loro fondazione (l'articolo 5 per il Comitato internazionale della Croce Rossa<sup>29</sup>, gli articoli 1 e 8 per il Commissariato), ed entrambi promuovono il progressivo sviluppo delle materie di loro competenza<sup>30</sup>. Inoltre, entrambi sono finanziati con fondi di provenienza mista governativa e privata, e operano sul campo fornendo assistenza umanitaria e portando avanti attività di controllo sulle condizioni di persone sottoposte a restrizioni della libertà personale<sup>31</sup>. Per di più, tutti e due si sono contraddistinti nel corso della loro storia per aver progressivamente ampliato in via interpretativa il novero delle proprie competenze e dei beneficiari delle proprie operazioni<sup>32</sup>. Per quanto concerne le funzioni istituzionali dei due enti, la funzione "monitoria" del CICR, ovvero il costante controllo sul rispetto delle norme di diritto umanitario, richiama quella di "supervisione" dell'ACNUR. Allo stesso modo, il compito "catalizzatore" dell'uno, che include lo stimolo nel cercare soluzioni ai problemi del diritto dei conflitti armati, rispecchia la "ricerca di soluzioni durevoli" dell'altro riguardo al tema dei rifugiati. In ultimo, stessa cosa si può dire per la promozione degli strumenti già esistenti attraverso attività divulgative, per l'azione diretta sul campo di entrambi gli enti e per la funzione di "campanello d'allarme" qualora

---

<sup>28</sup> Così fa ad esempio Geoff Gilbert in G. GILBERT, *UNHCR and Courts: Amicus curiae... sed curia amica est?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2016, 623 ss, 636.

<sup>29</sup> «Il Comitato Internazionale della Croce Rossa (...) deve cooperare per materie di interesse collettivo, come (...) il rispetto, lo sviluppo e la ratifica delle Convenzioni di Ginevra, e la diffusione dei principi fondamentali del diritto internazionale umanitario» (*Statuto del Comitato Internazionale della Croce Rossa*, articolo 5 comma 1).

<sup>30</sup> Un'importante differenza, che vede in difetto l'Alto Commissariato, è il fatto che il CICR sia nel corso della sua storia riuscito a promuovere la stipula di numerosi trattati, soprattutto quelli avente carattere maggiormente specialistico, mentre tale funzione è stata sostanzialmente abbandonata dall'ACNUR dopo il 1967. Cfr. K. DORMANN e L. MARESCA, *The International Committee of the Red Cross and Its Contribution to the Development of International Humanitarian Law in Specialized Instruments*, in *Chilean Journal of International Law*, 2004, 217 ss, 232.

<sup>31</sup> Sulla funzione di protezione del CICR, D. P. FORSYTHE, *Human Rights and the International Committee of the Red Cross*, in *Human Rights Quarterly*, 1990, 265 ss.

<sup>32</sup> D. P. FORSYTHE, *Humanitarian protection: The International Committee of the Red Cross and the United Nations High Commissioner for Refugees*, in *International Review of the Red Cross*, 2001, 675 ss, 685-686.

avvengano massicce violazioni dei diritti sottoposti al loro controllo (c.d. *watchdog function*)<sup>33</sup>.

4. Il risultato di questa funzione di controllo è duplice: per un verso, attribuendo all'agenzia il compito di "custode" della materia, questa si è trovata ad operare come autorevole interprete<sup>34</sup> delle norme convenzionali, per altro verso, i giudici non hanno potuto fare a meno di rivolgersi al Commissariato all'atto dell'applicazione delle disposizioni pattizie. La Convenzione del 1951, infatti, ha senza dubbio introdotto istituti e locuzioni fino ad allora estranei al fenomeno giuridico: termini come la «ragionevole paura» di «essere perseguitato», l'appartenenza ai «particolari gruppi sociali», il «divieto di respingimento», erano, al 1951, tutti elementi inediti che necessitavano di interpretazione. Inoltre, la mancanza di un aggiornamento della codificazione in materia non ha fatto altro che allargare il campo d'azione dell'ACNUR. Lo stesso, infatti, ha dovuto applicare a situazioni nuove delle regole pensate per un periodo di tempo ormai passato e in un contesto geografico limitato, intervenendo, sulla base di un'interpretazione particolarmente estensiva del proprio mandato e del suo Statuto<sup>35</sup>, per colmare una discrepanza tra dato normativo e situazioni fattuali. Per fare ciò, è stato necessario sopperire alla mancata realizzazione del compito di impulso alla stipula di trattati<sup>36</sup> con una costante interpretazione evolutiva e adattiva, svolta attraverso il rilascio di linee guida e manuali operativi<sup>37</sup>. Non bisogna però sottovalutare l'effetto degli interventi dell'Agenzia in sede giurisdizionale: la sua peculiare condizione ha comportato la necessità di un coordinamento tra i giudici che di volta in volta si sono ritrovati a interagire con la materia dei rifugiati e l'Alto commissariato, che ha dunque assunto con lo strumento processuale un rapporto atipico e di volta in volta variabile, essendo stato nel corso del suo operato alle volte giudice, altre volte interventore a sostegno di una delle parti, altre volte ancora consulente della Corte.

---

<sup>33</sup> Le categorie utilizzate nel testo sono riprese da Y. SANDOZ, *The International Committee of the Red Cross as guardian of international humanitarian law*, in *Yugoslav Review of International Law*, 1996, rinvenibile online.

<sup>34</sup> Cfr. *Dichiarazione degli Stati parte della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 sullo status dei rifugiati*, 16 gennaio 2002, HCR/MMSP/2001/09.

<sup>35</sup> Cfr. I. VENZKE, *op. cit.*, 92 ss.

<sup>36</sup> J. C. HATHAWAY, *op. cit.*, 110-111.

<sup>37</sup> V. TÜRK, *Introductory Note to UNHCR Guidelines on International Protection*, *International Journal of Refugee Law*, 2003, 303 ss.

I risultati del suo apporto nelle sedi processuali derivano da occasioni nelle quali l'ACNUR ha interagito con l'attività giurisdizionale in modi diversi: in un caso, questo ha dovuto avviare dei procedimenti para-giurisdizionali di verifica dello *status* di rifugiato; nell'altro, si è invece adoperato interagendo in processi instaurati dinanzi ai giudici nazionali e internazionali (intervenendo *sua sponte* o su richiesta del giudice).

5. La prima prassi oggetto della nostra disamina riguarda i casi in cui l'Alto commissariato si è cimentato con funzioni a carattere para-giurisdizionale e si è sostanziata nella sua attività di determinazione dello *status* di rifugiato (*refugee status determination*, o più semplicemente "RSD" in inglese). Una differenza sostanziale tra le funzioni di RSD e il ruolo dei *treaty bodies* è evidente: stabilire chi sia rifugiato e chi non lo sia non dovrebbe essere, di per sé, responsabilità dell'ACNUR o di qualsiasi altra istituzione internazionale. È essenziale, infatti, ricordare che, come precisato dal Commissariato<sup>38</sup> e dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, «la protezione dei rifugiati è primariamente responsabilità degli Stati»<sup>39</sup>. Quindi, a differenza dei comitati di esperti, l'Agenzia non si trova a censurare la correttezza dell'azione degli Stati, quanto piuttosto a sopperire alle loro mancanze. Questo comporta alcune rilevanti conseguenze, la prima delle quali è che, ogni qual volta i funzionari dell'Alto Commissariato si trovino a dover determinare lo *status* di un richiedente asilo, questi lo facciano perché lo Stato nel quale si trovano non ha predisposto delle procedure nazionali apposite, o perché questo non è parte della Convenzione del 1951 o del Protocollo del 1967. La soluzione a lungo termine – o "durevole", per utilizzare il lessico tipico della materia – a questa assenza di appositi strumenti di tutela giurisdizionale dovrebbe dunque essere quella di affidare le procedure ai governi nazionali attraverso fasi transitorie (almeno in

---

<sup>38</sup> Nel 1997, il Comitato Esecutivo affermò che «la protezione dei rifugiati è primariamente responsabilità degli Stati, e il compito mandatario dell'UNHCR in questo campo non può sostituire l'effettiva azione, la volontà politica e piena collaborazione da parte degli Stati [...]» (*Conclusioni Generali*, Conclusione Comitato Esecutivo dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati num. 81, 1997, §d). Vedi anche *Determination of Refugee Status*, Conclusione Comitato esecutivo dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati num. 8, 1977, §e.

<sup>39</sup> *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, risoluzione dell'Assemblea generale 57/187, 2003, §8.

quegli Stati che siano parte della Convenzione di Ginevra)<sup>40</sup>. Nel frattempo, però, l'ACNUR non può fare altro che supplire alle mancanze dell'amministrazione nazionale: questa prassi è nata da un'esigenza pratica e in modo spontaneo, essendo da principio mancata una decisione verticistica che orientasse in questo senso l'attività commissariale. Storicamente, sono stati gli stessi rifugiati che, in assenza di altre procedure di riconoscimento, hanno iniziato a rivolgersi ai funzionari dell'agenzia<sup>41</sup>. Agli evidenti vantaggi connessi all'operato del Commissariato negli Stati membri della Convenzione, si deve aggiungere anche il meno immediato effetto negli Stati che non ne sono parte: in questi casi, infatti, l'intervento di RSD è ancora più rilevante da un punto di vista giuridico, in quanto impone ai governi di rispettare i diritti dei rifugiati riconosciuti dai funzionari in virtù del proprio obbligo internazionale di collaborare con le Nazioni Unite – e dunque con l'ACNUR.

I procedimenti utilizzati dall'Alto commissariato per determinare lo *status* di rifugiato sono spesso stati attivati in situazioni critiche, nelle quali si è deciso – con il pragmatismo che caratterizza l'organo – che qualche forma di protezione fosse meglio di niente. Queste necessità impellenti hanno dato vita ad aspre critiche, soprattutto sulle specifiche garanzie processuali considerate nei procedimenti, spesso ben lontane dagli standard di “giusto processo” previsti dalle convenzioni sui diritti umani<sup>42</sup> e a cui ambiscono i processi nazionali<sup>43</sup>. La spontaneità iniziale è stata poi seguita da una maggiore organizzazione, accompagnata da documenti che sancivano la centralità del compito di riconoscimento tra le attività dell'ACNUR, nonché ne disciplinavano lo svolgimento secondo i principi internazionali in materia processuale. A tal proposito è da sottolineare la pubblicazione, nel 2003, di appositi *Standard procedurali*, che definivano tale compito

---

<sup>40</sup> Un esempio in tal senso può essere quello del Kenya, che dal 2014 al 2016 ha progressivamente assunto su di sé la responsabilità di determinare lo status dei propri richiedenti asilo, sostituendosi all'ACNUR. Cfr. M. GARLICK, E. GUILD, C. PROCTER, M. SALOMONS, *Building on the foundation. Formative Evaluation of the Refugee Status Determination (RSD) Transition Process in Kenya* (PDES/2015/01), UNHCR, Ginevra, 2015.

<sup>41</sup> M. ALEXANDER, *Refugee Status Determination Conducted by UNHCR*, in *International Journal of Refugee Law*, 1999, 251 ss, 251.

<sup>42</sup> I fondamenti internazionali dei principi da rispettare nelle attività giurisdizionali sono contenuti all'articolo 14 del *Patto sui diritti civili e politici*.

<sup>43</sup> Cfr. M. ALEXANDER, *op.cit.*, M. KAGAN, *Frontier Justice: Legal Aid and UNHCR Refugee Status Determination in Egypt*, in *Journal of Refugee Studies*, 2006, 45 ss; M. SMRKOLJ, *International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination*, in *German Law Journal*, 2008, 1779 ss.

come una delle «funzioni centrali di protezione» dell'Agenzia<sup>44</sup>, e si stabilivano alcuni capisaldi che caratterizzano tali tipi di procedimento, come il diritto di appello, il principio di riservatezza, o condizioni speciali per familiari, donne e minori non accompagnati, categorie sulle quali si sono spesso concentrate le Conclusioni del Comitato esecutivo<sup>45</sup>.

L'ingresso dell'Alto commissariato in compiti di riconoscimento di *status* ha avuto tuttavia l'effetto di creare una divisione delle responsabilità sbilanciata, in quanto, se all'Agenzia spetta il compito di determinare chi debba essere accolto e chi no, il peso sociale e materiale dei rifugiati grava comunque sul governo ospitante. La situazione diviene dunque paradossale in quanto, sebbene l'ACNUR riconosca protezione ai soggetti che glielo richiedono, non può poi garantirne l'effettività, che resta subordinata all'impegno e alla volontà degli Stati coinvolti, solitamente Paesi in via di sviluppo incapaci di istituire delle strutture dedicate nazionali<sup>46</sup>. Nonostante gli aspetti critici delle attività di determinazione di *status* condotte dal Commissariato, questi procedimenti hanno prodotto nella disciplina internazionale della tutela dei rifugiati anche alcuni effetti positivi. Ci sono, a ben vedere, tre principali meriti derivanti da questa attività: un maggiore rispetto del principio di *non-refoulement*, la promozione del ricollocamento in Paesi terzi e la possibilità di fornire aiuti provenienti dalla comunità internazionale. Questi elementi, suscitando negli Stati un contegno che altrimenti non avrebbero seguito, hanno influenzato le loro azioni, facendo dipendere dall'intervento del Commissariato la doverosità giuridica dell'azione e influenzando anche la prassi susseguente degli stessi, una volta che quest'ultimi siano riusciti ad attivare procedure nazionali.

Per quanto concerne il primo aspetto, va rilevato il ruolo che le procedure di RSD hanno avuto nell'impedire che i soggetti riconosciuti come rifugiati dall'Agenzia venissero respinti al Paese d'origine, anche in quei Paesi che non erano vincolati al rispetto del *non-refoulement* dalla Convenzione di Ginevra, contribuendo a fare emergere la natura extra-convenzionale – e dunque consuetudinaria –

---

<sup>44</sup> ACNUR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's Mandate*, Ginevra, 2003, p.1.

<sup>45</sup> Si veda, ad esempio: *Refugee Women and International Protection*, Conclusione num.39, 1985; *Protection of the Refugee's Family*, Conclusione num. 88, 1999; *Women and Girls at Risk*, Conclusione num. 105, 2006; *Children at Risk*, Conclusione num. 107, 2007.

<sup>46</sup> M. KAGAN, *The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by UNHCR Refugee Status Determination*, in *International Journal of Refugee Law*, 2006, 1 ss, 12-13.

del principio. Un esempio in tal senso è fornito da quanto avvenuto nei primi anni 2000 in Turchia (che si considera vincolata alla Convenzione solo rispetto ai rifugiati provenienti dall'Europa): in questo caso, le procedure dell'ACNUR ai confini orientali del Paese si sono affiancate a quelle previste dalla normativa nazionale, e le decisioni dei funzionari internazionali sono state poi recepite nella maggioranza dei casi<sup>47</sup>. La situazione è sicuramente peculiare, ma ha consentito in modo originale l'accesso ad uno *status* che, pur previsto dallo Stato parte, escludeva questi soggetti dalla legislazione *ratione loci*. C'è da dire che, attraverso questo sistema binario, la Turchia abbia da allora, nonostante le innegabili problematicità del proprio sistema di accoglienza, perlomeno consentito l'ingresso nel proprio territorio a numerosi profughi provenienti dal Medio Oriente, non respingendoli nei Paesi d'origine<sup>48</sup>. Un altro caso nel quale il riconoscimento dello *status* di rifugiato condotto dall'Alto commissariato ha prodotto qualche effetto si può riscontrare nelle sue attività in Libano, che a tutt'oggi non è parte della Convenzione di Ginevra. In questo caso, a fronte di una situazione critica, nella quale le deportazioni verso Siria e Iraq erano all'ordine del giorno<sup>49</sup>, l'intervento dell'agenzia, per quanto inascoltato in un primo momento, ha portato poi ad un accordo, nel 2003, che impediva il respingimento per un anno dei rifugiati riconosciuti tali dal Commissariato.

Gli effetti dell'attività di riconoscimento dello *status* di rifugiato sul ricollocamento sono una diretta conseguenza di quanto detto finora sul *non-refoulement*. Avendo a che fare in larga parte con Paesi che non sono parte degli strumenti a protezione dei rifugiati, l'Alto commissariato riesce ad ottenere spesso delle tutele di tipo esclusivamente temporaneo; sia d'esempio il caso del Libano appena menzionato, dove il ricollocamento in Stati terzi è la prima soluzione incentivata dall'Agenzia<sup>50</sup>. L'impatto delle decisioni dei funzionari dell'ACNUR

---

<sup>47</sup> Cfr. E. FRANTZ, *Report on the Situation of Refugees in Turkey: Findings of a Five-week Exploratory Study*, American University of Cairo, Il Cairo, 2003, 18-19.

<sup>48</sup> M. SMRKOLJ, *op. cit.*, 1787-1788.

<sup>49</sup> Nonostante ciò, ancora ad oggi la situazione dei rifugiati in Libano è precaria e non conforme agli standard internazionali, soprattutto a seguito dei flussi migratori prodotti in seguito alla guerra civile siriana, che si sono andati ad aggiungere alla già numerosa comunità di esuli palestinesi presente nel paese da mezzo secolo e di competenza dell'UNRWA. Si veda, ad esempio M. JANMYR, *Precairity in Exile: The Legal Status of Syrian Refugees in Lebanon*, *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 4 ss.

<sup>50</sup> Lo stesso Commissario, nell'affrontare la situazione critica degli ultimi anni nel paese, sostiene che "trovare una soluzione per i rifugiati più vulnerabili al di fuori del Libano resta una priorità" (*UNHCR Global Appeal 2015 Update – Lebanon*, Ginevra, 2015).

si ripercuote in questi casi non solo sullo Stato di prima accoglienza, ma anche sullo Stato terzo, che spesso pone proprio il riconoscimento dello *status* di rifugiato da parte dell'Agenzia alla base della propria decisione sul ricollocamento del soggetto. Un caso in cui l'Alto commissariato ha seguito questo schema si è verificato quando l'Agenzia si rese "garante" dei rifugiati provenienti dall'Egitto, promuovendone il trasferimento in Paesi come gli Stati Uniti o il Canada, che non li avrebbero altrimenti accolti<sup>51</sup>.

In ultimo, il riconoscimento dello *status* da parte dell'ACNUR è sicuramente occasione per dare impulso alle attività di assistenza ai rifugiati. Oltre ad attirare i fondi della Comunità internazionale, che si fida solitamente del giudizio dell'organo internazionale, il fatto che dei soggetti siano stati dichiarati rifugiati dovrebbe spronare il governo ospitante ad attivare i propri meccanismi di assistenza diretta e a predisporre i servizi necessari al loro mantenimento (soprattutto se questi è parte della Convenzione di Ginevra)<sup>52</sup>. Un impatto sicuramente più pragmatico, ma da non tralasciare.

6. Se l'assunzione su di sé di compiti para-giurisdizionali come quelli di determinazione dello *status* di rifugiato è un compito che l'Alto commissariato assume per colmare lacune dei sistemi nazionali di protezione, l'attività consultiva che questi espleta presso gli organi giudiziari nazionali e internazionali è connaturata al suo mandato istituzionale. Tale funzione, come precisato in documenti ufficiali dell'Agenzia<sup>53</sup>, deriva direttamente dallo Statuto del 1950 e dal testo dell'articolo 35 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, in quanto «la produzione di memorie *amicus curiae*, consulti ai giuristi e altri interventi sono parte delle attività portate avanti dall'ACNUR nell'esercizio della sua funzione di supervisione»<sup>54</sup>. La partecipazione del Commissariato ai procedimenti di tipo giurisdizionale può sostanziarsi in diverse attività: formali memorie in qualità di *amicus curiae*, *advisory opinion*, lettere alle corti o alle parti coinvolte o ancora dichiarazioni pubbliche. L'Agenzia considera questa attività un «importante strumento attraverso il quale i livelli di protezione

---

<sup>51</sup> M. SMRKOLI, *op. cit.*, 1788; M. KAGAN, *The Belaguered Gatekeeper*, 6.

<sup>52</sup> *Ivi*, 7.

<sup>53</sup> ACNUR – Divisione per la protezione internazionale, *Note on the Mandate of the High Commissioner for Refugees and his Office*, 2013, 7.

<sup>54</sup> *Advisory Opinion by UNHCR on the Interpretation of the Refugee Definition*, Ginevra, 2004.

possono essere sviluppati e può essere promossa una coerente applicazione del diritto dei rifugiati»<sup>55</sup>. Nel corso degli anni, l'ACNUR è intervenuto dinanzi a corti internazionali, organi para-giurisdizionali, meccanismi di stampo regionale e corti nazionali. Di seguito analizzeremo le caratteristiche più specifiche di tale attività.

Stante l'inesistenza di una Corte internazionale con competenza in materia di rifugiati<sup>56</sup>, l'unica disposizione a carattere giurisdizionale che si può rinvenire è quella all'articolo 38 della Convenzione di Ginevra del 1951, che prevede che le controversie relative all'interpretazione e all'applicazione della stessa sono di competenza della Corte internazionale di giustizia, attivabile su ricorso di uno Stato parte. Non sorprende che questa possibilità sia rimasta lettera morta: gli Stati, infatti, si sono dimostrati da sempre restii ad accertare con sicurezza quali siano gli obblighi che discendono su di loro dalla Convenzione del 1951, e anzi, avrebbero senza dubbio guardato con sfavore un eventuale giudizio al riguardo, tuttalpiù perché il ricorrente si sarebbe trovato nella scomoda situazione di dover poi giustificare eventuali propri comportamenti in contrasto con la posizione che aveva supportato in giudizio. Se, ciononostante, ci si chiede quale possa essere il ruolo dell'ACNUR in un eventuale processo dinanzi alla Corte, lo si potrebbe fare solo formulando ipotesi. In tale eventualità, alcuni sostengono che il Commissario potrebbe inviare una lettera ai giudici, di sua spontanea iniziativa o su esplicita richiesta<sup>57</sup>. Questa possibilità è in effetti offerta alla CIG sulla base dell'articolo 34 del proprio Statuto, che le consente di «chiedere alle organizzazioni internazionali pubbliche informazioni relative agli affari portati davanti ad essa» e di «ricevere parimenti informazioni di detta natura che le fossero fornite da queste organizzazioni di loro propria iniziativa»<sup>58</sup>. Al tempo stesso, a norma dell'articolo 66, le organizzazioni internazionali «in grado di fornire schiarimenti» sono autorizzate a produrre documenti scritti o

---

<sup>55</sup> Introduzione alla categoria "Court Interventions /Amicus Curiae" di *Refworld*, il database digitale contenente tutti i documenti dell'Alto Commissariato. Indirizzo web: [refworld.org](http://refworld.org).

<sup>56</sup> Si tratta di una mancanza alla quale qualcuno ha cercato di porre rimedio con delle proposte suggestive, ma della cui realizzabilità non si può che dubitare, come ad esempio la creazione di un'apposita commissione internazionale con caratteri para-giurisdizionali. Cfr. A. NORTH e J. CHIA, *Towards Convergence in the Interpretation of the Refugee Convention: A Proposal for the Establishment of an International Judicial Commission for Refugees*, in *Australian Yearbook of International Law*, 2006, 105 ss; W. KÄLIN, *op. cit.*, 32-33.

<sup>57</sup> G. GILBERT, *op. cit.*, 625.

<sup>58</sup> *Statuto della Corte Internazionale di Giustizia*, 1945, in United Nations Treaty Series, Vol. 33, 993 ss., articolo 34(2).

rapporti orali durante un'udienza pubblica predisposta a tale scopo<sup>59</sup>. L'ostacolo maggiore da tenere in considerazione è che, formalmente, l'Alto commissariato non è un'organizzazione internazionale, ma deriva la propria personalità giuridica direttamente dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, alla quale dovrebbe chiedere forse l'autorizzazione per intraprendere azioni davanti alla Corte internazionale di giustizia. In soccorso a un siffatto intervento potrebbe invece tornare utile il confronto già svolto tra il ruolo dell'ACNUR come garante del diritto dei rifugiati e quello del CICR con riguardo al diritto umanitario: quest'ultimo, pur non essendo una "organizzazione internazionale pubblica", è infatti intervenuto in *Utilizzo delle armi nucleari nei conflitti armati*<sup>60</sup> con una lettera indirizzata al Presidente della Corte, precisando la propria posizione sul caso e suggerendo l'applicazione di alcuni istituti di diritto internazionale umanitario<sup>61</sup>.

Maggiori riscontri nella prassi – ma di minore impatto pratico – provengono dalla partecipazione del Commissariato a procedimenti avviati davanti al Consiglio per i diritti umani e ai diversi *treaty bodies* istituiti in seno all'Alto commissariato per i diritti umani, delle cui caratteristiche si è accennato in precedenza (le circostanze vogliono anche che le sedi delle tre organizzazioni a Ginevra siano molto vicine): in seno all'ACNUR è costituita un'apposita unità di collegamento (l'*Human Rights Liaison Unit*), che partecipa attivamente alle attività degli organi e in particolare fornisce rapporti in merito alle materie di proprio interesse della *universal periodic review*<sup>62</sup>. Inoltre, non mancano occasioni che hanno visto il Commissariato coinvolto nella stesura dei Commenti generali attraverso pareri e osservazioni, soprattutto in questioni affini al diritto dei rifugiati, come il divieto di respingimento contenuto all'articolo 3 della Convenzione contro la tortura<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> *Ivi*, articolo 66(2).

<sup>60</sup> Corte internazionale di giustizia, *advisory opinion* dell'8 luglio 1996 *Legalità dell'utilizzo di armi nucleari nei conflitti armati*.

<sup>61</sup> La lettera in questione, siglata da Yves Sandoz e datata 19 settembre 1995, è reperibile in allegato ai verbali d'udienza della seduta del 14 novembre 1995.

<sup>62</sup> La partecipazione dell'ACNUR ai meccanismi di tutela dei diritti umani, che in un primo momento aveva suscitato reazioni piuttosto tiepide, è stata sempre più favorita a partire dagli anni '90, soprattutto grazie all'opera di riforma di questi organi interni all'ONU. Cfr. ACNUR, *Briefing Note: UNHCR, Human Rights and Refugee Protection*, Ginevra, 1997; ACNUR, *UNHCR and Human Rights*, Ginevra, 1997.

<sup>63</sup> Di particolare interesse per mostrare la proficua collaborazione tra gli enti ginevrini è l'intervento che l'ACNUR ha effettuato durante il processo di revisione del Commento generale num. 1 del Comitato contro la tortura, laddove l'esperienza acquisita sul campo ha

Per quanto concerne i contributi dinanzi alle corti regionali sui diritti umani, uno dei dati più indicativi di una partecipazione attiva dell'Alto commissariato ai processi giurisdizionali è il suo intervento in numerosi processi in seno alla Corte europea dei diritti umani (Corte EDU). L'interesse dell'Agenzia per i processi davanti a questa Corte derivano soprattutto da alcune disposizioni contenute nella Convenzione europea dei diritti umani (CEDU): tra queste hanno sicuramente una rilevanza primaria l'articolo 3 della stessa<sup>64</sup>, interpretato in via giurisprudenziale – a partire da *Soering c. Regno Unito*<sup>65</sup>, nel 1989 – fino a includere un vero e proprio principio di non respingimento<sup>66</sup>, e l'articolo 4 del suo IV Protocollo<sup>67</sup>, riguardante il divieto di espulsione collettiva degli stranieri. Possiamo prendere ad esempio il caso *Hirsi Jamaa*, un processo davanti alla Corte EDU che ha coinvolto l'Italia, condannata poi per violazione proprio degli articoli 3 e 13 della Convenzione e 4 del IV Protocollo<sup>68</sup>. In questo caso, che ha rappresentato un notevole passo avanti del sistema della CEDU verso una maggiore tutela dei richiedenti asilo, il parere dell'Alto commissariato è stato richiesto dalla stessa Corte, e si è sostanziato in due memorie scritte<sup>69</sup> e in un intervento orale<sup>70</sup>. Il contributo del-

---

rappresentato un modo per interfacciarsi ai problemi di chi rischia di essere sottoposto a tortura e richiede dunque l'assistenza di quest'ultimo. Cfr. *UNHCR Observations on the draft revision of the General Comment No. 1 on the Implementation of Article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in the context of Article 22*, Ginevra, 2017.

<sup>64</sup> *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 1950, ETS 005.

<sup>65</sup> La sentenza *Soering* riguardò l'applicazione del principio di *non refoulement* all'estradizione (cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ricorso numero 14038/88); il primo intervento della Corte EDU che applicò il principio di non refoulement all'espulsione dello straniero risale invece al caso *Chahal* (cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ricorso numero 22414/93).

<sup>66</sup> Gli interventi in materia sono numerosissimi, ma per coerenza con l'argomento trattato si rinvia al *factsheet* pubblicato dall'ACNUR in materia: ACNUR, *UNHCR Manual on Refugee Protection and the ECHR. Part 2.1 – Fact Sheet on Article 3*, Ginevra, 2006.

<sup>67</sup> *Protocollo n° 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà fondamentali, che riconosce ulteriori diritti e libertà fondamentali rispetto a quelli già garantiti dalla Convenzione e dal primo Protocollo addizionale alla Convenzione*, 1963, ETS 046.

<sup>68</sup> Corte europea dei diritti umani (grande camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09.

<sup>69</sup> A una prima memoria, datata marzo 2010, ne è seguita un'altra, che emendava la precedente, nel marzo 2011. *UNHCR intervention before the European Court of Human Rights in the case of Hirsi and Others v. Italy*, 2011.

<sup>70</sup> ACNUR, *UNHCR intervention before the European Court of Human Rights in the case of Hirsi and Others v. Italy*, 22 2011, ricorso n. 27765/09.

l'ACNUR è in questo caso, come in altri, servito d'ausilio ai giudici sotto un duplice profilo, in quanto ha potuto coniugare l'esperienza sul campo e la presenza sui luoghi con la conoscenza del diritto internazionale e la sua veste di più importante organismo internazionale in materia. Ultimamente, l'Agenzia è intervenuta anche nel caso *ND e NT c. Spagna*<sup>71</sup>, relativo all'accesso all'asilo nelle enclavi spagnole di Ceuta e Melilla, al momento sotto giudizio della Grande camera, dove l'intervento è stato ulteriormente integrato<sup>72</sup>. In altri casi ancora, il Commissariato ha agito per riaffermare la sostanziale differenza sul piano giuridico tra rifugiati e altri tipi di immigrazione laddove la Corte aveva inizialmente tralasciato questa distinzione, come ad esempio nel caso *Saadi c. Regno Unito*<sup>73</sup>: un intervento di tal tipo rende evidente la necessità di mantenere l'unitarietà degli obblighi degli Stati in materia di diritti umani, evitando la frammentazione della materia e prendendo in considerazione diversi strumenti convenzionali anche laddove questi non siano parte della cognizione della Corte, ma vadano comunque rispettati perché parte del complesso degli obblighi internazionali degli Stati. Collaborazioni di questo tipo rappresentano un importante passo avanti per la trasversalità della tutela internazionale dei rifugiati, sempre più sistema complesso, nel quale istituzioni diverse collaborano per supplire alla mancanza di un organismo giurisdizionale dedicato. Maggiore espressione di tale trasversalità è il fatto che i custodi dei diritti fondamentali sul piano internazionale possano anche controllarsi a vicenda: le attività dell'ACNUR sono state anche oggetto di scrutinio – e di critica – dinanzi alla stessa Corte EDU. Nel caso *D. e altri c. Turchia*<sup>74</sup>, infatti, destinataria di censura da parte della Corte è stata la decisione dei funzionari dell'Alto commissariato di negare lo *status* di rifugiato a un cittadino iraniano che rischiava la pena di 100 frustate qualora fosse ritornato nel suo Paese. Come abbiamo visto, le operazioni di determinazione dello *status* dei rifugiati sul confine orientale della Turchia sono da anni condotte dall'Agenzia, e la decisione in oggetto rappresentò, nell'opinione della Corte, una

---

<sup>71</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenza del 3 ottobre 2017, *N.D. et N.T. c. Spagna*, ricorsi n. 8675/15 e 8697/15.

<sup>72</sup> ACNUR, *Supplementary observations by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of N.D. and N.T. v Spain before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights*, 5 April 2018

<sup>73</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenza del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, ricorso n. 13229/03.

<sup>74</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenza del 22 giugno 2006, *D. e altri c. Turchia*, ricorso n. 24245/03.

violazione del principio di *non-refoulement* attraverso l'articolo 3 della Convenzione.

Parallelamente, l'attività dell'ACNUR in sede giurisdizionale si è svolta anche dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, anche in questo caso con un contributo incentrato in massima parte sull'interpretazione e applicazione del principio di non respingimento. La peculiarità del regime comunitario in materia è di interesse perché segno dell'impatto della giurisprudenza sulla creazione del diritto: l'articolo 19(2) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – dal 2009 parte fondamentale dell'*acquis* dell'Unione – può infatti essere ritenuta una vera e propria codificazione della giurisprudenza della Corte EDU sul principio in oggetto<sup>75</sup>, estrinsecando la stretta connessione sussistente tra i due ordinamenti<sup>76</sup>. Allargando lo spettro dell'indagine al di fuori del campo del *non-refoulement*, essenziale ai fini della presente analisi si rivela il contenuto dell'articolo 78 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: nel disciplinare i principi basilari delle politiche europee in tema di protezione dei rifugiati, il primo comma dell'articolo indica che l'azione dell'Unione debba conformarsi «alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti». La norma di specie indicherebbe un legame giuridicamente fondato con l'ACNUR, che, come si è visto, proprio dalla Convenzione di Ginevra trae la propria autorevolezza. Sfortunatamente, e malgrado il dato normativo, i contributi di questa Corte sono sicuramente più esigui e meno impattanti nel quadro complessivo del diritto internazionale rispetto a quelli della Corte EDU. Al contrario, le pronunce della Corte di giustizia sono incentrate maggiormente sulle dinamiche interne all'Unione nella redistribuzione dei rifugiati tra gli Stati. A tal proposito, si segnala l'intervento dell'Alto

---

<sup>75</sup> Sono le stesse *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (2007/C 303/02), a riconoscere che la norma in oggetto «incorpora la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 3 della CEDU».

<sup>76</sup> Ricordiamo che la ratifica della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo rappresenta requisito necessario per l'adesione degli Stati all'Unione Europea e che i diritti in essa contenuti devono essere considerati parte integrante dell'ordinamento comunitario in qualità di principi generali (articolo 6(2) e 6(3) del Trattato sull'Unione Europea). Ulteriore norma di coordinamento tra la tutela dei diritti fondamentali dell'Unione e la CEDU è rappresentata dall'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza).

commissariato<sup>77</sup> dinanzi alla Corte di giustizia nel processo *N.S. c. Regno Unito e M.E. c. Irlanda*<sup>78</sup>. Al termine di suddetto procedimento, la Corte, a causa delle insufficienze del sistema di accoglienza della Grecia (delineate anche nel rapporto del Commissariato), ha stabilito l'applicabilità del principio di *non-refoulement* anche con riguardo alle espulsioni verso altri paesi membri dell'Unione, sancendo la primazia del principio internazionale sulla norma comunitaria scaturente dal regolamento di Dublino<sup>79</sup>.

Al di fuori del contesto europeo, l'agenzia si è interfacciata con i sistemi di protezione dell'Africa e delle Americhe, regioni con le quali ha sempre coltivato un rapporto particolarmente stretto, sigillato e confermato dalla Convenzione dell'OAU del 1969<sup>80</sup> e dalla Dichiarazione di Cartagena del 1984<sup>81</sup>. Sebbene l'ACNUR non sia mai intervenuto direttamente dinanzi alla Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, la tutela offerta dall'organo dell'Unione africana ha consentito all'agenzia di difendere i diritti dei rifugiati in maniera indiretta. Tale effetto si è ottenuto soprattutto sollecitando l'azione individuale dei rifugiati o richiedenti asilo contro gli Stati che non ne rispettavano i diritti convenzionali; un caso da citare può essere *Movimenti dei rifugiati mauritani in Senegal c. Senegal*<sup>82</sup>. Questo ricorso, sfortunato nella sua riuscita (venne poi dichiarato inammissibile per mancato previo esaurimento dei ricorsi interni) ha rappresentato l'occasione per mettere gli Stati africani coinvolti di fronte ai propri obblighi internazionali in tema di *non-refoulement*, rimpatrio volontario

---

<sup>77</sup> ACNUR, *UNHCR intervention before the Court of Justice of the European Union in the cases of N.S. v. Secretary of State for the Home Department in United Kingdom and M.E. and Others v. Refugee Application Commissioner and the Minister for Justice, Equality and Law Reform in Ireland*

<sup>78</sup> Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 21 dicembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri c. Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ricorsi n. C-411/10 e C-493/10.

<sup>79</sup> Regolamento 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio.

<sup>80</sup> *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa* ("OAU Convention"), 1969, 1001 UNTS 45

<sup>81</sup> ACNUR, *The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America*, 2013, PPLA/2013/03,

<sup>82</sup> Commissione africana, comunicazione 162/97, *Mouvement des réfugiés mauritaniens au Sénégal c. Senegal*, rapporto finale dell'11 novembre 1997.

e servizi essenziali da fornire ai rifugiati<sup>83</sup>. Al giorno d'oggi, comunque, i risalenti rapporti tra i due organismi internazionali si sono fatti più stretti e, dopo la firma di un Memorandum d'intesa nel 2003<sup>84</sup>, le più recenti evoluzioni fanno comunque presagire un'auspicabile maggiore collaborazione anche a livello giurisdizionale, in cui il Commissariato potrebbe essere coinvolto in veste ufficiale<sup>85</sup>.

Per quanto concerne la partecipazione dell'ACNUR ai procedimenti instaurati di fronte alla Corte interamericana dei diritti umani, ci si trova di fronte ad un contributo che assume caratteristiche più dinamiche. Infatti, nonostante siano numerosi gli interventi di organizzazioni non governative davanti a quest'organo in veste di *amicus curiae*<sup>86</sup>, l'Alto commissariato ha solitamente rappresentato le proprie posizioni in altro modo. Nel caso *Pacheco Tineo c. Bolivia*<sup>87</sup>, ad esempio, l'Agenzia è intervenuta nella veste di "testimone esperto", non prendendo le parti di nessuno dei soggetti coinvolti, ma contribuendo con la propria memoria a sottolineare alcuni aspetti del principio di *non-refoulement*, nonché le pratiche di determinazione dello *status* di rifugiato da attuare per non incorrere in violazioni indirette dello stesso<sup>88</sup>. Ancora più peculiare è l'intervento dell'ACNUR nel procedimento di *advisory opinion* richiesto dal MERCOSUR alla Corte inte-

<sup>83</sup> Sulle precarie condizioni dei rifugiati mauritani in Senegal, ormai costretti a farsi a loro volta migranti verso paesi terzi a causa del mancato rispetto dei loro diritti, si consiglia la consultazione di M. FRESIA, *Des « réfugiés-migrants » : Les parcours d'exil des réfugiés mauritaniens au Sénégal - New Issues in Refugee Research. Research Paper No. 135*, Ginevra, 2006.

<sup>84</sup> *Memorandum of Understanding between the African Commission on Human and Peoples' Rights and the United Nations High Commissioner for Refugees, Sixteenth Annual Activity Report of the African Commission, Annex IV*, 2003. Per maggiori informazioni sul contributo della Commissione alla tutela dei diritti dei rifugiati e al suo rapporto con l'Alto commissariato per i rifugiati, si veda J. DDAMULIRA MUJUZI, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Promotion and Protection of Refugees' Rights*, in *African Human Rights Law Journal*, 2009, 160, ss.

<sup>85</sup> Cfr. M. SAHLI-FADEL, *61ème Session ordinaire de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Rapport d'intersession*, Unione Africana, 2017, 16 e 17, laddove si consiglia all'ACNUR di «continuare a sostenere il meccanismo nel quadro del suo mandato», di «rinforzare la collaborazione con la Commissione nelle tematiche di interesse comune» e lo si ringrazia per il suo costante supporto.

<sup>86</sup> Cfr. B. OLMOS GIUPPONI, *Assessing the evolution of the Inter-American Court of Human Rights in the protection of migrants' rights: past, present and future*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, 1477 ss; F. RIVERA JUARISTI, *The Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights (1982-2013)*, 2014, disponibile online.

<sup>87</sup> Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 25 novembre 2013, *Caso Familia Pacheco Tineo c. Estado Plurinacional de Bolivia*, serie C n. 272.

<sup>88</sup> UNHCR's Expert Witness Testimony before the Inter-American Court of Human Rights Hearing in the case of *Pacheco Tineo vs. Bolivia*, 21 marzo 2013.

ramericana sul tema dei migranti minori<sup>89</sup>. Quest'ultimo è l'esempio di come sistemi discendenti da meccanismi diversi collaborino tra di loro per fornire un quadro quanto più coerente dei diritti umani nel contesto internazionale. È stata la stessa Corte Interamericana, infatti, a richiedere un contributo al Commissariato, ritenendolo utile a completare le proprie competenze in materia.

7. Il fatto che gli interventi a carattere maggiormente innovativo sul diritto internazionale si siano, come è ovvio, svolti dinanzi alle corti internazionali, non deve farci dimenticare che la maggioranza dei processi che coinvolgono i rifugiati hanno luogo davanti ai giudici interni: un'attività che astrattamente potrebbe incidere in maniera meno significativa sull'evoluzione delle norme di diritto internazionale, ma che ha comunque condizionato i giudici nazionali e dunque influenzato la prassi. L'ACNUR è intervenuto anche sul piano nazionale in virtù del suo compito di supervisione e di promozione dei principi del diritto dei rifugiati all'interno dei singoli paesi<sup>90</sup>, in virtù dell'articolo 35 della Convenzione di Ginevra. Quello che non deve essere trascurato, inoltre, è come suddetti interventi possano anche aspirare a promuovere a livello nazionale standard di tipo evolutivo derivanti da fonti di *soft law*, in un circolo virtuoso che ambisce a rendere sempre più efficiente il sistema di protezione internazionale. Il presupposto logico del ruolo del Commissariato dinanzi ai giudici è molto semplice: non può che esistere un solo reale significato da attribuire ad una Convenzione, e, qualora insorga un conflitto tra l'interpretazione data alla Convenzione di Ginevra da un tribunale interno e quella fornita dall'ACNUR nel suo intervento, dovrebbe essere la seconda a prevalere<sup>91</sup>. Tutto ciò sulla base di due elementi: il primo è il ruolo di supervisione e di custode della norma pattizia attribuito all'organo sussidiario; il secondo, di natura squisitamente sostanziale, consta nel fatto che il Commissariato è un attore del diritto transnazionale, la cui visione non può che essere basata su un'armonizzazione della norma, più vicina al significato autentico della stessa, essendo basata su una consistente *expertise* e applicata in

---

<sup>89</sup> UNHCR *Submissions to the Inter-American Court of Human Rights in the framework of request for an Advisory Opinion on Migrant Children presented by MERCOSUR*, 2012; UNHCR's *Oral Statement (...)*, 2013.

<sup>90</sup> V. TÜRK, *UNHCR's Supervisory Responsibility*, in *Revue québécoise de droit international*, 2002, 153 ss.

<sup>91</sup> G. GILBERT, *op. cit.*, 627-628.

più Stati diversi<sup>92</sup>. Al tempo stesso, occorre ricordare come a interventi più limitati, che miravano a dirimere il caso di specie, e il cui contenuto a volte si riferiva a documenti già pubblicati dall'agenzia, si siano accompagnati anche contributi di più ampio respiro, i cui contenuti originali denotano con evidenza un esplicito intento innovativo. Gli interventi del secondo tipo sono più frequenti quando a richiedere il parere dell'ACNUR è una Corte suprema: celebre ed esemplare in tal senso è l'*advisory opinion* sul “*Principio di non-refoulement come norma di diritto internazionale consuetudinario*”, resa dal Commissariato alla Corte Federale Costituzionale tedesca nel 1994<sup>93</sup>, le cui conclusioni sembrerebbero generalmente accettate dalle diverse corti nazionali<sup>94</sup>.

Un discorso a parte meriterebbe la trattazione del *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*<sup>95</sup>: questo contributo, di maggiore respiro e non ancorato ad uno specifico procedimento, si è inserito in un contesto nel quale, a livello globale, si era presentato diverse volte il problema dei limiti territoriali del rispetto del principio di non respingimento. Il Commissariato è dunque intervenuto in modo piuttosto innovativo, basando la sua interpretazione non soltanto sulla Convenzione di Ginevra, ma operando un combinato disposto con gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani e le giurisprudenze della Corte internazionale di giustizia<sup>96</sup> e della Corte europea dei diritti umani<sup>97</sup>. Tale intervento, però, non ha trovato unanime riscontro nella prassi, se è vero che non solo molti giudizi nazionali si sono di-

---

<sup>92</sup> Si veda, ad esempio, con riferimento all'esperienza statunitense: *American Courts and the U.N. High Commissioner for Refugees: A Need for Harmony in the Face of a Refugee Crisis*, Nota, *Harvard Law Review*, marzo 2018, disponibile online.

<sup>93</sup> ACNUR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*, 1994.

<sup>94</sup> Si veda, ad es. Corte d'Appello della Nuova Zelanda, *Zaoui v. Attorney General*, 30 settembre 2004, (No 2) [2005] 1 NZLR 690, §34.

<sup>95</sup> ACNUR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007.

<sup>96</sup> Corte internazionale di giustizia, *Conseguenze legali della costruzione di un muro*.

<sup>97</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenza del 19 dicembre 2001, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, ricorso n. 52207/99; Corte europea dei diritti umani, sentenza del 16 novembre 2004, *Issa e altri c. Turchia*, ricorso n. 31821/96.

staccati successivamente dalla linea interpretativa dell'ACNUR<sup>98</sup>, e alcuni Paesi hanno perfino contestato la competenza dell'Agenzia stessa ad intervenire in quella materia<sup>99</sup>. Significativo è però il fatto che le teorie esposte in questo documento siano invece poi ampiamente state utilizzate dalla Corte EDU, segnatamente nel caso *Hirsi Jamaa* (come si è visto più sopra): uno strumento rivolto essenzialmente ai giudici nazionali ha invece trovato terreno fertile presso le corti internazionali.

8. La domanda da cui muoveva il presente contributo era se, nonostante l'assenza di una corte competente per materia, il diritto dei rifugiati abbia comunque potuto evolversi attraverso la giurisprudenza, e quale ruolo abbia svolto a tal riguardo l'Alto commissariato. A seguito dell'analisi sin qui svolta, non si può che rispondere affermativamente a questo quesito. Parimenti, al dubbio sulle effettive possibilità per l'Alto commissariato di avvalersi dei fori giurisdizionali per adempiere al proprio mandato, non si può che opporre la nutrita prassi che abbiamo delineato, esempio di una costante attività di *advocacy* in queste sedi. Quel che invece lascia sicuramente insoddisfatti è stata la capacità dell'ACNUR di svolgere egli stesso funzioni assimilabili a quelle giurisdizionali, attraverso le proprie procedure di RSD. Queste, infatti, hanno ottenuto qualche successo, soprattutto nel fare emergere la natura consuetudinaria di alcuni diritti fondamentali dei rifugiati, ma hanno dovuto pagare il prezzo di una rinuncia a diverse garanzie processuali e sostanziali.

Se un risultato positivo si vuole ricavare da questa complessa esperienza, questo può essere evidenziato dalla progressiva evoluzione in senso interpretativo che ha riguardato il principio di non respingimento. Questo, infatti, deriva da diverse disposizioni pattizie, alcune che lo prevedono espressamente e di specifica competenza dell'ACNUR, come l'articolo 33(1) della Convenzione di Ginevra, altre che lo collegano a specifici rischi (come l'articolo 3 della Convenzione contro la tortura, connesso alla possibilità del soggetto di essere

---

<sup>98</sup> A. M. NORTH, *Extraterritorial Effect of Non-Refoulement*, intervento durante la conferenza globale dell'International Association of Refugee Law Judges, Bled, 2011, 4-9.

<sup>99</sup> Si vedano ad esempio le osservazioni fortemente critiche degli Stati Uniti d'America a riguardo, laddove addirittura si contesta la competenza dell'ACNUR nel trattare la materia della protezione internazionale dei diritti umani, oltre a criticare l'opinione nel suo complesso e la stessa natura consuetudinaria del principio di *non-refoulement*. Cfr. *U.S. observations on UNCHR Advisory Opinion on Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations (Dec. 28, 2007)*.

sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti)<sup>100</sup>, altre ancora che non includono alcuna disposizione in materia, ma che, proprio grazie all'interpretazione della giurisprudenza, sono state estese sino ad includere un obbligo di *non-refoulement* (come l'articolo 3 della CEDU). Ad un primo scorcio, appare evidente il rischio sotteso a una tale frammentazione, che avrebbe potuto condurre ad una differenziazione del principio – del tutto compatibile nelle sue diverse formulazioni – in obblighi diversi e non coordinati tra di loro. Viceversa, e in modo auspicabile, il dato della prassi delinea una proficua collaborazione, nella quale l'ACNUR e le corti internazionali si sono adoperati per far pervenire ad unità una definizione che trae la propria origine in diverse fonti. È probabilmente grazie a questa collaborazione che ad oggi il non respingimento sembrerebbe generalmente accolto come principio di diritto consuetudinario, nonostante i continui attentati alla sua vigenza posti in essere dagli Stati nei tempi più recenti. Un altro esempio è rappresentato dall'*advisory opinion* del 1994, a cui hanno fatto seguito diverse aperture giurisprudenziali sull'applicazione extraterritoriale dello stesso. Attraverso quest'istituto, possiamo notare come il rapporto tra l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati e le corti sia un fattore essenziale per comprendere le dinamiche evolutive del diritto internazionale dei rifugiati. Per di più, tale collaborazione ha prodotto effetti su due distinti livelli: come si è visto, le decisioni dei giudici internazionali e l'operato dell'ACNUR hanno agito sia sul piano del diritto consuetudinario, consolidando all'interno del diritto internazionale generale un principio nato da una norma pattizia, sia sul piano interpretativo della disposizione, specificandone il contenuto e adattandolo al mutamento della prassi.

Il fatto che l'Alto commissariato sia una sorta di *treaty body* che potremmo definire “apolide”, perché non supportato da un meccanismo giurisdizionale volto a garantire il rispetto dei diritti di sua competenza, comporta dunque la necessità di interfacciarsi con i giudici di ogni livello, per contribuire all'applicazione delle norme di cui è custode all'interno dei tribunali. È questo un dato che, alla luce dei risultati che abbiamo appena mostrato, non deve considerarsi necessariamente negativo: il diritto internazionale dei rifugiati e la disciplina della Convenzione di Ginevra, lungi dal poter essere considerati un “regime autosufficiente”, hanno avuto l'occasione, grazie agli inter-

---

<sup>100</sup> *Convenzione contro la tortura e altri trattamenti inumani e degradanti*, New York, 1984, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1465, 85 ss.

venti dell'ACNUR e alla sensibilità dei giudici con cui l'agenzia si è interfacciata, di andare a "integrare" alcuni sistemi che si presumevano chiusi e completi al loro interno (come quelli istituiti nei meccanismi regionali di protezione dei diritti fondamentali), ma che invece non contenevano organiche discipline attinenti ai diritti dei rifugiati. Allo stesso tempo, come si è visto, tale rapporto di collaborazione ha rappresentato un'opportunità di controllo sulle attività condotte dal Commissariato stesso in quei casi nei quali ha dovuto condurre procedimenti di RSD. Probabilmente, tenendo conto della assai scarsa coercibilità delle decisioni degli organi para-giurisdizionali posti a tutela di altri trattati, l'esperienza dell'ACNUR, che non è giudice, ma vero e proprio attore internazionale, si deve ritenere più proficua rispetto a quella di questi altri meccanismi. Alla prova dei fatti, la creazione di organi *ad hoc* in seno alle Nazioni Unite non ha potuto contribuire allo stesso modo del Commissariato all'evoluzione e all'applicazione stessa dei diritti contenuti nei trattati. Quel che distingue l'esperienza del diritto dei rifugiati, infatti, è la capacità dell'Agenzia, proprio perché sprovvista di un proprio organismo dedicato, di interagire con corti e giudici ben più autorevoli e dotati di maggiori poteri, contribuendo alla creazione di un circolo virtuoso che ha condotto la materia alla sua attuale conformazione.

#### ABSTRACT

*The Development of International Refugee Law through the Participation of the UNHCR in Judicial Proceedings*

This paper analyses the development of international refugee law through the contribution of the United Nations High Commissioner for Refugees in proceedings before national and international Courts and its quasi-judicial activity of Refugee Status Determination. The article starts by briefly assessing the current role of judges in the law-making process of international law. Thereafter, it investigates the statutory functions of the UNHCR, comparing it with similar actors, such as the UN Treaty Bodies and the International Committee of the Red Cross. The study then retraces the effects arising from the RSD activities and the impact of the intervention of the Commissioner on the jurisprudence. It finally concludes that the cooperation between the UNHCR and the judges has brought about a positive effect in the progressive development of refugees' rights notwithstanding the absence of a judicial institution established for that purpose.



# OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

## IL CROCEVIA MANCATO TRA ROMA E STRASBURGO IN MATERIA DI INTERRUZIONE VOLONTARIA DI GRAVIDANZA

ELENA CARUSO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ineffettività dei servizi abortivi in Italia sotto la lente del Comitato europeo dei diritti sociali. – 3. L'aborto nel diritto internazionale (cenni). Le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali sulla legge 194. – 4. La legge 194, osservazioni critiche. – 5. Gli ostacoli legislativi nell'accesso all'aborto legale alla luce delle raccomandazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità in materia di *safe abortion*. – 6. Prime osservazioni (e uno spunto).

1. Nel gennaio 2019 il Ministero della salute ha pubblicato la relazione annuale<sup>1</sup> relativa all'anno 2017 sull'applicazione della legge n. 194/78<sup>2</sup>, che regola l'interruzione volontaria di gravidanza (IVG). Il Ministero sembra proporre una lettura positiva e acritica dei dati relativi all'applicazione di tale legge, simile a quella della precedente relazione, relativa all'anno 2016<sup>3</sup>. Il numero degli aborti è in diminuzione, secondo una tendenza ormai in atto dal 2005; si conferma invece alta (68,4%) la

---

<sup>1</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione sull'attuazione Legge 194/78 tutela sociale maternità e interruzione volontaria di gravidanza - dati definitivi 2017*, 18 gennaio 2019, disponibile sul sito istituzionale del Ministero: [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it) (ultimo accesso 14 febbraio 2019). La relazione è adottata annualmente ai sensi dell'art. 16 della legge 194 che prevede un monitoraggio della stessa legge da parte dei Dicasteri alla salute e alla giustizia. La relazione del Ministero della giustizia relativa all'anno 2017 non è stata ancora pubblicata.

<sup>2</sup> Legge 22 maggio 1978, n. 194 'Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza' (Gazzetta Ufficiale n. 140 del 22 maggio 1978). Per un commento alla legge 194, si vedano *ex multis* C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194)*, Padova, 1978, G. GALLI, V. ITALIA, F. REALMONTE, M. SPINA, C.E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, 1978. Da ultimo, in occasione del quarantesimo anno dall'entrata in vigore della legge 194, si rinvia per una prospettiva pubblicistica a M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 3, 91-110 e per una prospettiva storica a I. FANLO CORTÉS, *A quarant'anni dalla legge sull'aborto in Italia. Breve storia di un dibattito*, in *Politica del diritto*, 2017, 643-660.

<sup>3</sup> Per un'altra interpretazione dei dati ministeriali, si segnala la lettera al Direttore di *Quotidiano Sanità* delle ginecologhe Mirella Parachini e Anna Pompili, *Legge 194. Relazione nuova, approccio vecchio*, in *Quotidiano Sanità*, 21 gennaio 2019 [ww.quotidianosanita.it](http://ww.quotidianosanita.it) (ultimo accesso 14 febbraio 2019).

percentuale di ginecologi che si avvalgono del diritto all'obiezione di coscienza (riconosciuto dall'art. 9 della medesima legge). La relazione evidenzia che «il tasso di abortività del nostro Paese è fra i più bassi tra quelli dei Paesi occidentali»<sup>4</sup> e spiega questo dato con tre ragioni: l'aumento dell'uso della contraccezione d'emergenza tra le donne maggiorenni, per le quali dal 2016 non è più richiesta la prescrizione medica; il maggiore ricorso alla contraccezione; il ruolo dei consultori familiari nel prevenire gravidanze indesiderate e il ricorso alla IVG<sup>5</sup>.

Sempre nel gennaio 2019, a pochi giorni di distanza dalla pubblicazione della citata relazione ministeriale, il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS)<sup>6</sup> ha reso noti i risultati della procedura di *follow-up* che fa seguito alle riscontrate violazioni della Carta sociale europea (CSE) da parte dell'Italia, nell'ambito di due ricorsi collettivi presentati dall'*International Planned Parenthood Federation - European Network (IPPF-EN)* e dalla Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL)<sup>7</sup>. Entrambi i ricorsi vertevano sulla difficile accessibilità ai servizi abortivi a causa dell'alto numero di ginecologi che sollevano obiezione di coscienza. Come noto, il CEDS ha rilevato in entrambe le decisioni la violazione del diritto alla salute per le donne che intendono accedere all'IVG (art. 11, CSE) così come del divieto di discriminazione (art. E,

---

<sup>4</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, cit., 7.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Sul CEDS si veda *ex multis*: G. DE BÚRCA, B. DE WITTE, L. OGERTSCHNIG (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005; G. GUGLIA, *Le prospettive della Carta Sociale Europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010; F. SEATZU, *Enhancing a Principled Justificatory Model of Adjudication for the Protection of Human Rights in the Socio-Economic Sphere: The Impact of the European Social Charter on the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2015, 235-248; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta Online*, 2015, n. 2; ID., *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta Sociale Europea*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo stato nazionale*, *ivi*, 2016, n. 4.

<sup>7</sup> CEDS, *IPPF-EN c. Italia*, reclamo collettivo n. 87/2012, decisione di merito 10 settembre 2013 alla quale è seguita: CEDS, *CGIL c. Italia*, reclamo collettivo n. 91/2013, decisione sull'ammissibilità e il merito resa il 12 ottobre 2015. Dopo le due decisioni nelle quali il Comitato ha rilevato una violazione della Carta da parte dell'Italia, il Comitato dei ministri del CdE ha adottato la seguenti risoluzioni: CM/ResChS(2014)6 (relativamente al primo reclamo) e CM/ResChS(2016)3 (relativamente al secondo reclamo). Cfr. A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, n. 2; B. LIBERALI, *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, 417-432; C. DI PAOLO, *I diritti delle donne in materia di interruzione volontaria di gravidanza: la Situazione in Italia nella prospettiva della Carta sociale europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, 97 ss.

CSE) per via della differenza di trattamento subita dalle donne sulla base del contesto geografico e socio-economico di riferimento<sup>8</sup>.

I risultati che emergono nell'ambito della procedura di *follow-up* confermano una situazione di carente adeguamento dell'Italia alla CSE rispetto allo stato di perdurante non effettività dei servizi di interruzione di gravidanza, la cui fruizione è ostacolata dall'alto numero di ginecologi che esercita l'obiezione di coscienza. L'Italia continua, pertanto, a venir meno agli obblighi assunti in sede internazionale. Nonostante nel sistema di protezione della CSE manchi una norma equivalente all'art. 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), le decisioni del CEDS sono comunque vincolanti per lo Stato italiano.<sup>9</sup> Di particolare interesse appare inoltre la lettura che il CEDS sembrerebbe suggerire dei dati sullo stato di attuazione della legge 194, sicuramente più problematica e critica rispetto a quella fatta propria dalla relazione ministeriale. Si legge, infatti: «with regard to the decrease in the numbers of terminations of pregnancies carried out, the Committee considers that these data cannot be interpreted in any certain terms [as the decrease could also reflect problems with access to these services]»<sup>10</sup>. Il CEDS richiama poi le conclusioni del Comitato ONU per i diritti umani nelle quali si esprime preoccupazione per il rischio di un ritorno all'aborto clandestino in Italia<sup>11</sup>.

In sintesi, i dati sull'interruzione volontaria di gravidanza *ex lege* 194 sembrerebbero oggetto di una speculare interpretazione a seconda delle diverse latitudini del soggetto fruitore. Partendo da questo curioso caso di “strabismo” tra il Ministero della salute e il Comitato europeo dei diritti sociali, queste brevi note, si prefiggono il modesto intento di riflettere su alcuni aspetti della legge 194 emersi in sede internazionale<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Nel secondo reclamo collettivo promosso dalla CGIL, il CEDS ha anche esaminato i profili giuslavoristici delle discriminazioni attuate ai danni del personale medico non obiettore rilevando una violazione degli articoli 1.2 (diritto al lavoro) e 26.2 (diritto alla dignità sul lavoro) della CSE. Si veda sul punto: L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italia, 11 aprile 2016*, in *DPCE online*, 2016, n. 2, e R. CABAZZI, *Ancora lontani dalla effettiva applicazione della legge sull'aborto? Il Comitato europeo dei diritti sociali “bacchetta” di nuovo l'Italia*, in *Eurojus.it*, 3 maggio 2016 rivista.eurojus.it (ultimo accesso 17 marzo 2019).

<sup>9</sup> Cfr. su questo punto, con riferimento a queste decisioni, anche D'AMICO, *op.cit.*, 101.

<sup>10</sup> CEDS, *Follow-up to decisions on the merits of collective complaints- Findings 2018*, par. 531, disponibile sul sito istituzionale del Consiglio d'Europa al seguente indirizzo: [rm.coe.int](http://rm.coe.int) (ultimo accesso 14 febbraio 2019).

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Cfr. le conclusioni raggiunte dai comitati ONU sul caso italiano: UN Human Rights Committee, *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy (1 maggio 2017)*, UN Doc. CCPR/C/ITA/CO/6; UN Committee for the Elimination of All Forms of

e di rilevare talune criticità presenti nelle decisioni del Comitato nell'esaminare il caso italiano in materia di servizi abortivi.

2. Come accennato in premessa, il CEDS ha di recente ribadito che le modalità di erogazione dei servizi di gravidanza ai sensi della legge 194 continuano a non soddisfare i parametri di conformità previsti dalla CSE; ciò vale sia con riferimento alla discriminazione delle donne che intendono terminare la gravidanza e alla violazione del loro diritto alla salute a causa dei problemi di accesso ai servizi abortivi (artt. 11 e E CSE), sia rispetto al trattamento discriminatorio nei confronti dei ginecologi non obiettori e all'incapacità di proteggere la dignità di tali medici da molestie morali (artt. 1 e 26 CSE).

Fin da subito sembra utile rilevare che in entrambe le decisioni il CEDS non entra nel merito delle scelte legislative compiute dall'Italia nel regolare l'interruzione volontaria di gravidanza; il Comitato si avvale di un impianto argomentativo che richiama quello usato dalla Corte EDU nelle pronunce rese in materia di aborto e si limita a valutare l'effettività dei diritti riconosciuti dallo Stato parte, senza indagare nel merito dell'esercizio del suo potere legislativo<sup>13</sup>. Il giudice di Strasburgo, similmente, in ossequio alla sovranità nazionale, riconosce un ampio margine di apprezzamento agli Stati contraenti nella disciplina sull'aborto<sup>14</sup>.

---

Discrimination against Women, Concluding observations on the seventh periodic report of Italy (24 luglio 2017), UN Doc. CEDAW/C/ITA/CO/7; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on the fifth periodic report of Italy (28 ottobre 2015), UN Doc. E/C.12/ITA/CO/5. Sulle decisioni del CEDS, v. *supra* nota 7.

<sup>13</sup> *IPPF EN c. Italia*, cit., par. 68; *CGIL c. Italia*, cit., par. 166. Il Comitato nella decisione non interferisce con le scelte legislative effettuate dall'Italia (come il diritto all'obiezione di coscienza), infatti l'art. G CSE (restrizioni) non trova applicazione nel reclamo in oggetto. Evidenzia questa simmetria argomentativa con la Corte EDU anche DI PAOLO, *op. cit.*

<sup>14</sup> Si veda: *Tysiqc v Poland* App no 5410/03 (ECHR, 20 March 2007), *A B C v Ireland* App no 25579/05 (ECHR, 16 December 2010); *R R v Poland* App no 27617/04 (ECHR, 26 May 2011), *P and S v Poland* App no 57375/08 (ECHR, 30 October 2012). Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di aborto ex art. 8 CEDU si rinvia a: D. FENWICK, *The Modern Abortion Jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights* in *Medical Law International*, 2012, 12, 249 ss.; J. WESTESON, *Reproductive health information and abortion services: standards developed by the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2013, 122, 173 ss.; C. COSENTINO, *Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right? The Long-lasting Dispute with State Sovereignty in ECHR Jurisprudence*, in *Human Rights Law Review*, 2015, 15, 569 ss.; L. OJA, A.E. YAMIN, *Woman in the European Human Rights System: How Is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women's Citizenship*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2016, 62 ss.; V. S. AVOLIO, *Rewriting Reproductive Rights: Applying Feminist Methodology to the European Court of Human Rights' Abortion Jurisprudence*, in *feminists@law*, 2017, 1 ss., journals.kent.ac.uk (ultimo accesso 22 novembre 2018). Sul margine d'apprezzamento esiste vasta letteratura, ci si limita pertanto a segnalare: R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento*

Il *case-law* della Corte EDU in materia si fonda, fin dalla prima decisione del 1977 resa dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, sull'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare)<sup>15</sup>. Tuttavia, anche altre disposizioni possono assumere rilievo per la Corte in decisioni di tale contenuto: l'art. 2 CEDU (diritto alla vita), art. 3 (proibizione della tortura) e art. 10 CEDU (libertà di espressione). Ad oggi, la Corte EDU non ha riscontrato alcuna infrazione dell'art. 2 CEDU in materia di aborto<sup>16</sup>, ha invece rilevato l'inosservanza dell'art. 10 CEDU per la prima volta in un caso riguardante l'Irlanda<sup>17</sup> e più recentemente ha affermato la violazione dell'art. 3 CEDU in due decisioni rese contro la Polonia<sup>18</sup>. Come si chiariva *supra*, comunque, l'art. 8 CEDU resta il perno della giurisprudenza del giudice di Strasburgo sull'aborto. L'approccio della Corte può essere riassunto in poche battute nei termini che seguono. In primo luogo, essa individua un ampio margine di apprezzamento per gli Stati parte nel regolare la materia in esame. La Corte ha infatti chiarito che nessun diritto d'aborto può essere riconosciuto *ex art. 8 CEDU*<sup>19</sup> e di conseguenza non ha ad

---

*statale nel Sistema della Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, 571 ss.; Y. ARAI, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1998, 41 ss. Sull'art. 8 CEDU, per tutti: C. TOMASI, L. PITEA, *Articolo 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 297 ss. Si v. sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo *ex art. 8 CEDU* in tema di *reproductive rights*, il commento alla decisione su un caso italiano, *Costa Pavan c. Italia*, in A. DI STEFANO, *Tutela del Corpo Femminile e Diritti Riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, in questa *Rivista*, 2013, 745 ss.

<sup>15</sup> *Brüggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany* App no 6959/75 (ECommHR, 12 May 1977).

<sup>16</sup> *Vo v France* App No 53924/00 (ECHR 8 July 2004).

<sup>17</sup> *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland* Apps No 14234/88 and No 14235/88 (ECHR 29 October 1992) e, più recentemente, *Annen v Germany* App nos 3682/10, 3687/10, 9765/10 and 70693/11 (ECHR, 20 September 2018), v. *infra*.

<sup>18</sup> *R R v Poland*, cit.; *P and S v Poland*, cit.

<sup>19</sup> *A B C v Ireland*, cit., 'Article 8 cannot, accordingly, be interpreted as conferring a right to abortion', par. 214; sul punto v. S.K. CALT, *A.B. and C. v. Ireland: Europe's Roe v. Wade?*, in *Lewis and Clark Law Review*, 2010, 1200; E. WICKS, *A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2011, 556-566 nonché, nel panorama italiano; A. TERRASI, *Il divieto di aborto innanzi alla Corte europea dei diritti umani, tra obblighi positivi e negativi*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, 403 ss.; A. BARAGGIA, *La sentenza A.B. And C. v. Ireland sotto la lente dell'ordinamento irlandese: osservazioni a prima lettura* in *Rivista AIC*, 2011, n. 2. Più in generale, sull'aborto in una prospettiva di diritti umani si veda: L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e 'treaty bodies' a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 189 ss.; R. REBOUCHÉ, *Abortion Rights as Human Rights*, in *Social and Legal Studies*, 2016, 765 ss.; J.N. ERDMAN, *Abortion in international human rights law*, in *Abortion care*, 2014, 244 ss.; C. ZAMPAS AND J.M. GHER,

oggi riscontrato alcuna violazione da parte degli Stati membri per le scelte legislative compiute in questa materia<sup>20</sup>, anche in quei casi in cui si è trovata dinanzi a legislazioni particolarmente restrittive nel riconoscere l'accesso all'aborto, come quella previgente in Irlanda che lo ammetteva solo nell'evenienza di pericolo per la vita della donna (incluso il suicidio<sup>21</sup>) o quella prevista in Polonia dove l'aborto legale è riconosciuto solo in presenza di un pregiudizio per la salute o per la vita della gestante, sussistenza di gravi malformazioni fetali, nel caso in cui la gravidanza sia conseguenza di incesto o stupro<sup>22</sup>. Dall'altra parte, però, la Corte ha adottato un *procedural abortion rights approach* in forza del quale, una volta che lo Stato parte ha legiferato sulla materia, è chiamato a garantire l'effettività di quella previsione normativa<sup>23</sup>. Nelle parole del giudice di Strasburgo, infatti: «the State enjoys a certain margin of appreciation (see, among other authorities, *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 49, Series A no. 290). While a broad margin of appreciation is accorded to the State as to the decision about the circumstances in which an abortion will be permitted in a State (see paragraphs 231-38 above), once that decision is taken the legal framework devised for this purpose should be “shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests

---

*Abortion as a Human Right- International and Regional Standards*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 249 ss.; R. COOK, B.M. DICKENS, *Human rights dynamics of abortion law reform*, in *Human Rights Quarterly*, 2003, 1 ss.; EID., *From reproductive choice to reproductive justice*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2009, 106 ss.; COOK, *International human rights and women reproductive health*, in *Studies in Families Planning*, 1993, 73 ss.; J. GEBHARD, D. TRIMINO, *Reproductive Rights, International Regulation*, in *Max Planck EPIL, ad vocem*, aprile 2011 opil.ouplaw.com (ultimo accesso 3 dicembre 2018).

<sup>20</sup> Le violazioni dell'art. 8 CEDU sull'argomento in esame riguardano infatti l'inadeguata implementazione della normativa nazionale, la Corte infatti non sindacava le modalità di esercizio del potere legislativo in materia di aborto. Si rinvia sul ricorso a un approccio 'procedurale' della Corte EDU nelle decisioni sull'interruzione volontaria di gravidanza allo studio di J.N. ERDMAN, *The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights* in R. COOK, J.N. ERDMAN, B. M. DICKENS (eds), *Abortion Law in Transnational Perspective*, Philadelphia, 2014, 121 ss.; EAD., *Procedural Abortion Rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 2014, 22 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Corte suprema irlandese, Sentenza del 5 marzo 1992, *Attorney General v. X*. Il referendum irlandese del maggio 2018 ha abrogato il c.d. Ottavo Emendamento che riconosceva tutela costituzionale all'embrione (Costituzione irlandese, art. 40.3.3.); nel dicembre 2018 è stata approvata la legislazione sull'interruzione volontaria di gravidanza in Irlanda. Si veda *ex multis* F. DE LONDRAS, M. ENRIGHT, *Repealing the 8th*, Bristol, 2018.

<sup>22</sup> Sezione 4a della Legge polacca del 1993 sulla 'pianificazione familiare (protezione del feto umano e condizioni in cui l'interruzione della gravidanza è permessa)'.

<sup>23</sup> J.N. ERDMAN, *Procedural Abortion Rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, cit. Si v. *Tysiąc v Poland*, cit., par. 116; *A B C v Ireland*, cit., par. 249; *R R v Poland*, cit., par. 206 and *P and S v Poland*, cit., par. 106.

involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention”»<sup>24</sup>.

Pertanto, la Corte EDU ha ad oggi rilevato una violazione dell’art. 8 CEDU solo in casi di inadeguata implementazione della legislazione statale<sup>25</sup>.

Inoltre, appare rilevante constatare che il richiamo allo strumento del margine di apprezzamento da parte della Corte EDU nell’ambito della disciplina nazionale sull’aborto sembrerebbe rinforzare una linea di demarcazione tra “cosa” rientra nel diritto internazionale e “cosa” rimane di competenza del diritto domestico, che i *Feminist legal studies* autorizzerebbero a definire *gendered* anche in questo caso<sup>26</sup>.

Eppure il ricorso al *procedural abortion rights approach* nel contesto regionale europeo sembrerebbe trovare una sua coerente espressione anche in ambito globale, dove parimenti non è pacifico individuare un “diritto” all’aborto. Infatti, nonostante secondo le stime riportate dall’Organizzazione mondiale della sanità (OMS), gli *unsafe abortions* siano ogni anno la causa di quarantasettemila morti e di disabilità per cinque milioni di donne, per le Nazioni Unite: «[the] legal status of abortion is the sovereign right of each nation»<sup>27</sup>.

Ciononostante, occorre menzionare l’esplicito – e ad oggi unico – richiamo nel sistema dei diritti umani al «medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the

<sup>24</sup> *A B C v Ireland*, cit., par. 249.

<sup>25</sup> *Tysiqc v Poland*, cit.; *A B C v Ireland*, cit.; *R R v Poland*, cit.; *P and S v Poland*, cit.

<sup>26</sup> Sui *feminist approaches to international law* cfr. il noto scritto di H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, *Feminist Approaches to International Law*, in *The American Journal of International Law*, 1991, 613 ss.; nonché H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, 2000. Si v. inoltre i più recenti: G. HEATHCOTE, *Feminist Dialogues on International Law: success, tensions, futures*, Oxford, 2019; D. OTTO (ed), *Queering International Law*, England, 2018. In dottrina si rinvia anche a: OTTO, *Feminist Approaches to International Law*, in ORFORD, HOFFMANN (eds), *Oxford Handbook of International Legal Theory*, Oxford, 2016, 488 ss.; A. BIANCHI, *International Legal Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, 2016, 183 ss. Nel panorama italiano v. pure A. DI STEFANO, *Prospettive di genere e diritti umani: il contributo delle teorie femministe sul diritto internazionale*, Firenze, 2014.

<sup>27</sup> Così riportato in C.M. GERSON, *Toward an International Standard of Abortion Rights: Two Obstacles*, in *Chicago Journal of International Law*, 2005, 754; si veda anche F. VAN LEEUWEN, *A Woman’s Right to Decide - The United Nations Human Rights Committee, Human Rights of Women, and Matters of Human Reproduction*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, 97.

mother or the foetus» nel contesto regionale africano previsto dall' art. 14 del *Maputo Protocol*<sup>28</sup>.

Inoltre, anche i *treaty-bodies* onusiani nell'ambito delle attività di monitoraggio così come di interpretazione dei trattati di protezione dei diritti umani hanno cominciato a dare riconoscimento al tema dell'aborto, ad esempio invitando gli stati a: «prioritize the prevention of unwanted pregnancy through family planning and sex education and reduce maternal mortality rates through safe motherhood services and prenatal assistance. When possible, legislation criminalizing abortion should be amended, in order to withdraw punitive measures imposed on women who undergo abortion»<sup>29</sup>. Per capire i motivi di tale cambiamento, occorre quantomeno accennare al ruolo assunto dagli strumenti di *soft law* nell'incrementare la tutela della salute riproduttiva della donna in questo campo, a partire dal primo riferimento all'*abortion* contenuto nel *Cairo Programme of Action* del 1994 e poi nella *Platform for Action* adottata dalla *Fourth World Conference on Women*, a Pechino, nel 1995<sup>30</sup>. In tale direzione si collocano anche le attività dell'OMS, il quale ha assunto un ruolo di non poco momento nel contrasto al fenomeno degli *unsafe abortions*, attraverso ad esempio la redazione di linee guida che condensano la migliore pratica medica in materia di *safe abortions*<sup>31</sup>.

In ultimo, in ambito regionale, si segnala la risoluzione 1607 della Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 2008 dal titolo "Access to safe and legal abortion in Europe", la quale invita gli Stati membri, *ex multis*, a decriminalizzare l'aborto entro ragionevoli limiti gestazionali e a garantire l'effettivo accesso all'aborto legale e sicuro<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Maputo Protocol) (adopted 11 July 2003, entered into force 25 November 2005) OUA Doc CAB/LEG 6.6.

<sup>29</sup> CEDAW, General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health), par. 31 lett c) *Adopted at the Twentieth Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1999 (Contained in Document A/54/38/Rev.1, chap. I)*; cfr. CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) *Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4)*. v. *supra*, nota 19.

<sup>30</sup> Si v. l'art. 8.25 del *The Cairo International Conference on Population and Development (ICPD)* 1994, il cui programma è stato rilanciato nella *Platform for Action* adottata dalla *Fourth World Conference on Women*, a Pechino, nel 1995. Si rinvia sul punto a COOK, *Reproductive Health Law: Where Next, after Cairo and Beijing*, in *Med. & L.*, 1997, 169.

<sup>31</sup> OMS, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*, Ginevra, 2012 (prima edizione 2003). In generale sull'OMS, si veda: G.L. BURCI, CH. VIGNES, *The World Health Organization*, The Hague, 2004; su diritto alla salute nel diritto internazionale si rinvia a: S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018.

<sup>32</sup> Resolution 1608 (2008), assembly.coe.int (ultimo accesso 7 maggio 2019).

È in questo complesso e ambivalente intreccio normativo, quindi, che vanno collocate le decisioni del CEDS sulla carenza dei servizi abortivi in Italia.

3. Come si osservava, attraverso un ragionamento simile a quello sotteso al *procedural abortion rights approach* della Corte EDU, il CEDS compie una disamina sull'effettività della legge 194 alla luce della CSE<sup>33</sup>, distanziandosi da ogni valutazione sulle scelte legislative compiute in ambito domestico. Il CEDS nell'esaminare il caso italiano in materia di aborto ha rilevato la violazione del diritto alla salute e del diritto alla non discriminazione, tutelati e garantiti dalla CSE, a causa della mancata attuazione dell'art. 9 comma quarto della legge 194 a norma del quale i servizi abortivi devono «in ogni caso» essere garantiti «anche attraverso la mobilità del personale»<sup>34</sup>.

La tesi difensiva del Governo viene in entrambe le procedure rigettata e giudicata debole dal CEDS<sup>35</sup>. La Pubblica Autorità infatti considera soddisfacente l'organizzazione dei servizi abortivi che invece sono giudicati inadeguati dal Comitato. Per il CEDS non solo la lettura che il Governo fornisce dei dati sulle IVG è ritenuta poco convincente, ma i dati in sé stessi sono considerati lacunosi<sup>36</sup>. Il numero dei medici non obiettori indicati nel monitoraggio ministeriale potrebbe essere sovrastimato, includendo nel computo anche i ginecologi che non possono esercitare l'obiezione di coscienza in quanto non impiegati in attività direttamente legate all'IVG. Inoltre le domande di accesso al servizio non sono monitorate, pertanto non è possibile stabilire se il numero di IVG compiute corrisponda al numero delle richieste inoltrate.

Tuttavia, la posizione sostenuta dal Governo risulta problematica e carente di una solida argomentazione anche sotto altri profili non oggetto dell'attenzione del CEDS.

Si è osservato in premessa che il Governo ascrive al buon funzionamento della legge 194 la costante riduzione del numero degli aborti. Ragionevolmente il Ministero della salute ha avuto cura di evidenziare anche nell'ultima relazione sulla legge 194 che lo strumento migliore per

<sup>33</sup> IPPF *EN c. Italia*, cit., par. 161; CGIL *c. Italia*, cit., par. 164.

<sup>34</sup> Ciò significa che un ospedale intero con reparto di ostetricia e ginecologia o solo di ginecologia non può obiettare ai sensi dell'art. 9, co. 4. Tuttavia, solo il 64,5% degli stabilimenti con unità ostetrico-ginecologica o solo ginecologica effettua IVG (cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, cit., Tabella 23bis). Ciò significa pertanto che circa il 35% delle strutture non si conforma al dettato legislativo. Si veda sul punto anche l'articolo giornalistico di C. BRUNO, *Gli ospedali non possono obiettare*, in *in Genere*, 24 aprile 2017 [www.ingenere.it](http://www.ingenere.it) (ultimo accesso 17 marzo 2019).

<sup>35</sup> CGIL *c. Italia*, cit., paragrafi 175 e 177.

<sup>36</sup> CGIL *c. Italia*, cit., par. 186.

prevenire gravidanze indesiderate e promuovere una maternità consapevole risiede nell'incoraggiare l'uso della contraccezione e nel potenziare il ruolo dei consultori familiari. Pertanto è difficile capire come l'Italia detenga allo stesso tempo da una parte il "record" per il basso numero di aborti effettuati e d'altro canto sia Paese "fanalino di coda" nell'uso della contraccezione, secondo le indagini condotte dall'Istituto nazionale di statistica<sup>37</sup>. Una possibile risposta potrebbe risiedere nella prosecuzione delle gravidanze non pianificate<sup>38</sup>, ma anche questo dato sembrerebbe offrire una risposta poco soddisfacente considerato il basso tasso di natalità del nostro Paese<sup>39</sup>.

Alla luce della poco convincente tesi governativa (almeno agli occhi di organismi internazionali di monitoraggio di diritti umani) il Ministero potrebbe utilmente avviare ricerche più approfondite sulle ragioni sottese al costante decremento del numero degli aborti (così come sui motivi che spingono il personale medico a sollevare obiezione di coscienza)<sup>40</sup>. Tale investigazione potrebbe, infatti, conferire maggior rigore scientifico e coerenza alla argomentazione sostenuta dal Ministero, ponendo fine a questo stato di permanente violazione di obblighi internazionali dovuta alla rilevata carenza di servizi di IVG da parte degli organismi internazionali di monitoraggio.

Se invece tali indagini dovessero condurre a una smentita della posizione del Governo, esso si troverebbe comunque nella vantaggiosa posizione di disporre di nuovi dati per analizzare il problema e conseguentemente darne soluzione, in tal modo ripristinando uno stato di tutela dei diritti umani – per le donne che intendono accedere ai servizi di IVG e per il personale medico non-obiettore che opera in tale settore – che sia in linea con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia (e con gli standard di protezione garantiti negli altri Stati europei)<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Si rinvia al volume pubblicato dall'ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *La salute riproduttiva della donna*, Roma, 2017.

<sup>38</sup> E.L. KRAUSE, "They just happened": the curious case of the unplanned baby, Italian low fertility, and the "end" of rationality, in *Medical Anthropology Quarterly*, 2012, 361 ss.

<sup>39</sup> ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *Natalità e fecondità della popolazione residente*, 28 novembre 2018, disponibile al seguente indirizzo internet: [www.istat.it](http://www.istat.it) (ultimo accesso 18 marzo 2019).

<sup>40</sup> Secondo gli studi condotti da Silvia De Zordo con metodi qualitativi negli ospedali di Milano e Roma, non ci sarebbero solo motivi di coscienza dietro la decisione dei ginecologi di avvalersi del diritto di cui all'art. 9 della legge 194, si rinvia a S. DE ZORDO, 'Good Doctors Do Not Object' *Obstetricians-Gynaecologists's Perspectives on Conscientious Objection to Abortion Care and their Engagement with Pro-abortion Rights Protests in Italy*, in S. DE ZORDO, J. MISHTAL, L. ANTON (eds.), *A Fragmented Landscape : Abortion Governance and Protest Logics in Europe*, New York, 2016, 147-168.

<sup>41</sup> V. *infra*.

Inoltre, le conclusioni raggiunte dal CEDS nell'esaminare i ricorsi sulla legge 194 sono in sintonia con le osservazioni espresse dai Comitati ONU nei periodici rapporti di monitoraggio sull'adeguata implementazione da parte dell'Italia del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR) e della CEDAW<sup>42</sup>. In queste occasioni, tali organi di monitoraggio non hanno mancato di esprimere preoccupazione per la carenza dei servizi abortivi a causa dell'alto numero di medici obiettori di coscienza.

Il merito delle osservazioni dei Comitati ONU e in particolare delle decisioni del CEDS è senz'altro quello di aver aperto una crepa nella versione a tratti "trionfalistica" che il Governo ritualmente propone riguardo lo stato di attuazione della legge 194.

I rilievi di questi organismi internazionali di monitoraggio dei diritti umani hanno aperto il dibattito sulla legge 194 a un livello istituzionale<sup>43</sup>, sollevando un problema che fino a quel momento era stato posto in ambito domestico da organizzazioni di settore senza rilevanti risultati. Il CEDS, invece, come osservato, accoglie in entrambe le decisioni le tesi dei ricorrenti respingendo l'argomentazione del Governo italiano.

Un altro indiscusso risultato pratico ottenuto sulla scia di queste pronunce è stata la decisione di alcune aziende ospedaliere di concerto con le Regioni di appartenenza di assumere nuovo personale medico *ad hoc* per l'espletamento dei servizi di IVG. In altra sede sono già state ampiamente rilevate le criticità di queste soluzioni che hanno inevitabilmente carattere "temporaneo", apparendo inidonee a dare risposta definitiva ai problemi sollevati dal CEDS<sup>44</sup>. Ciò non deriva solamente dai profili di problematicità che tali iniziative presentano in termini di attuabilità, rispetto per esempio all'apposizione di clausole che comprimono il diritto a sollevare obiezione di coscienza per il personale neo-assunto al fine di non vanificare l'obiettivo sotteso alle neo-assunzioni che risiede nel garantire il servizio di IVG. Infatti, anche volendo eludere la discussione sugli aspetti giuridici relativi alla limitazione del diritto di obiezione di coscienza, queste "soluzioni" costituiscono in ogni caso risposte frammentarie al problema dei servizi abortivi, in quanto si

---

<sup>42</sup> V. nota 12.

<sup>43</sup> Interessante la presa di posizione di una parte della magistratura, si rinvia a MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Diritto d'aborto, diritto negato*, in *Questione Giustizia*, 8 marzo 2017, [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it) (ultimo accesso 3 dicembre 2018).

<sup>44</sup> S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista Aic*, 2017, n. 2; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, *ivi*, 2018, n. 1.

basano sulla reattività delle singole amministrazioni nel dare priorità al problema delle IVG<sup>45</sup>, contribuendo pertanto ad amplificare la già rilevante disparità dei livelli sanitari di assistenza tra i diversi territori<sup>46</sup>.

Nonostante i menzionati effetti positivi di queste decisioni in termini di riapertura del dibattito sull'obiezione di coscienza sul piano giuridico non si può tuttavia glissare su un loro considerevole limite<sup>47</sup>. Il CEDS, infatti, nell'usare un approccio argomentativo tutto incentrato sull'effettività e l'applicazione della legge, ha concorso a rinforzare la convinzione che il problema dell'accesso ai servizi abortivi risieda (solamente) in un difetto di funzionamento e implementazione della legge 194 e che questo difetto applicativo possa essere slegato da un'attenta valutazione dell'intero testo della legge. Un ragionamento, questo, che si presta ad alcune osservazioni critiche da parte di Petros Stangos, nella sua *concurring opinion* resa proprio nella decisione sul reclamo collettivo della IPPF (EN) c. Italia, ove egli afferma: «[h]owever, from the first time I studied IPPF EN's complaint, I came to the view that if the two provisions of the Charter had been violated, *this was the result not only of Act No. 194/78 being implemented ineffectively in the case brought by the complainant but also in principle because of the fundamental structure of the 1978 act* and, more particularly, Sections 4 and 5, which regulate women's right to abortion in a manner incompatible with the requirements of Article 11 of the Charter» (corsivi aggiunti).

Nel prossimo paragrafo si tenterà di sviluppare il ragionamento di Petros Stangos, il quale sembrerebbe suggerire come l'alto numero di obiettori di coscienza ex art. 9 legge 194 costituirebbe una prevedibile e coerente conseguenza dell'impianto normativo che regola l'interruzione volontaria di gravidanza nel nostro Paese. In altre parole, la scarsità dei servizi di gravidanza sarebbe attuazione dello spirito della legge 194 e non semplicemente l'indice di un malfunzionamento della stessa legge, come invece sostiene il CEDS. Per spiegare questo apparente paradosso e

---

<sup>45</sup> Così evidenzia TALINI, *op. cit.*, 13.

<sup>46</sup> IADICCO, *op. cit.*, 59-60.

<sup>47</sup> Si rinvia *ex multis* a I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 3, 111 ss.; C.B. CEFFA, *Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2017, n. 1; B. LIBERALI, *Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia)*, *ivi*.

capovolgimento di prospettiva occorre compiere una digressione al fine di offrire un breve inquadramento della legge 194.

4. La legge 194 ha introdotto «norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»<sup>48</sup>, un titolo che a prima vista potrebbe sembrare ossimorico. Esso infatti suggerisce la disciplina nel medesimo testo di due concetti antitetici, in quanto abortire volontariamente implica rinunciare alla maternità, almeno relativamente a quella gravidanza. Il titolo della legge 194 suscita quindi una certa curiosità, considerato anche che i nomi delle sue omologhe normative europee non presentano uguali caratteristiche, ma ben più prevedibili nomi (“Abortion Act” nel Regno Unito, “Loi relative à l’interruption volontaire de grossesse” in Francia). Tuttavia a una più attenta lettura si vedrà come questa apparente e iniziale ambiguità del titolo lasci il posto alla coerenza dello stesso con lo spirito di un testo che – sebbene noto come c.d. legge sull’aborto – sugella, al contrario, la tutela della maternità nel nostro ordinamento come concetto astratto di condizione superiore rispetto alla non maternità in assoluto<sup>49</sup>.

La legge 194, in attuazione di previsioni costituzionali come quella di cui all’art. 31 Cost., sembrerebbe proteggere il principio secondo cui ogni gravidanza debba produrre una nuova maternità. Tale obiettivo è perseguito dal legislatore nel momento in cui la maternità – qui intesa come concetto assoluto – è messa duramente a rischio: quando una donna incinta decide di abortire. Infatti, la protezione dell’astratta funzione materna rispetto ad ogni gravidanza in atto – esplicitata oltre che nel titolo anche nell’art. 1 della legge – informa il testo e la sua applicazione. Lontano dall’essere ossimorico, il titolo della legge 194 enuclea il coerente obiettivo posto dal legislatore nel concepire la maternità come regola e l’interruzione volontaria di gravidanza come la sua eccezione<sup>50</sup>. L’interruzione volontaria di gravidanza si configura, infatti, nella logica

<sup>48</sup> V. *supra* nota 2. Per una prospettiva critica sul ruolo del diritto nel “costruire” e “normalizzare” la maternità si veda in generale S.B. BOYD, *Motherhood and Law: Constructing and Challenging Normativity*, in M. DAVIES, V.E. MUNRO (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Farnham, 2013, 267-283.

<sup>49</sup> v. M. FRAIRE (a cura di), *Lessico politico delle donne: donne e diritto*, Milano, 155-165, e CONTI, *Il tormento e lo scudo: un compromesso contro le donne*, Milano, 1981.

<sup>50</sup> Più precisamente la legge 194 sembrerebbe garantire l’attuarsi di una nuova maternità in seguito ad ogni gravidanza in atto. Tuttavia, la maternità e l’interruzione volontaria di gravidanza non sono due esperienze contrapposte come suggerirebbe il testo della legge. Infatti, la maggior parte delle donne che accede all’IVG è già madre. Secondo la relazione ministeriale: “[n]el 2017 il 60.9% delle IVG è stato effettuato da donne con almeno un figlio, percentuale leggermente superiore a quella osservata nel 2016 e 2015 (60.6%) e il 37.2% da donne con almeno 2 figli”, così MINISTERO DELLA SALUTE, *op. cit.*, 29-30.

della legge 194 come il fallimento dell'ordinamento nel proteggere la maternità<sup>51</sup> e «la vita umana fin dal suo inizio» (art. 1)<sup>52</sup>.

La legge 194 pertanto non riconosce alcuna autonomia alla donna in campo riproduttivo. Non è previsto il c.d. aborto *on demand* (a richiesta della donna) e per l'accesso all'aborto *ex lege* 194 è richiesta la sussistenza di un pregiudizio per la salute della donna connesso alla prosecuzione della gravidanza, al parto o alla maternità (articoli 4 e 6). L'aborto è, di conseguenza, sempre terapeutico, anche se sono previsti gradi di pregiudizio psico-fisico diversi tra il primo trimestre e il secondo trimestre. Infatti, la legge 194 ammette l'interruzione volontaria di gravidanza nei primi 90 giorni in presenza di un pregiudizio per la salute psico-fisica della donna connesso con la prosecuzione della gravidanza (articoli 4 e 5). Dopo questo intervallo, sono richiesti più gravi requisiti: il pericolo per la vita della donna o la presenza di serie anomalie nel feto che possono compromettere la salute psico-fisica della donna (art. 6). Non è quindi ammesso l'aborto eugenetico per malformazioni del feto<sup>53</sup>.

L'assenza di riconoscimento dell'autonomia procreativa della donna e di un "diritto" ad abortire per un esplicito rifiuto di proseguire la gravidanza trova coerente spiegazione ancora una volta nella lettura dell'art. 1 in cui il legislatore ha cura di ripetere in ben due passaggi (commi 2 e 3) che «l'aborto non è mezzo di controllo delle nascite». Anche in questo caso, una frase a prima vista poco chiara – considerato che l'aborto volontario è un mezzo di controllo delle nascite<sup>54</sup> – acquista coerente significato alla luce di un dettato normativo che riconosce alla donna la scelta di abortire come espressione del suo diritto alla salute, quando vi sono motivi terapeutici. Il legislatore del 1978 segue, infatti, come noto l'impostazione già del Giudice costituzionale nella sentenza 18 febbraio 1975 n. 27 con la quale venne dichiarata la parziale incostituzionalità dell'art. 546 c.p. (aborto di donna consenziente). Secondo il Giudice delle leggi: «Non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la

---

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> La tutela della vita umana «fin dal suo inizio» di cui all'art. 1 della legge 194 trova poi sua esplicita e compiuta definizione nello «speculare» art. 1 dell'altra legge che regola il corpo femminile nel nostro ordinamento: Legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» (Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004). L'art. 1 della legge 40 infatti sembrerebbe voler riconoscere «soggettività» giuridica al concepito; sul punto si veda criticamente M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, n. 2.

<sup>53</sup> Da ultimo ribadito da Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251 in materia di responsabilità medica per omessa diagnosi della malformazione del feto.

<sup>54</sup> CONTI, *op. cit.*, 64.

madre e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»<sup>55</sup>.

E proprio nelle parole della Corte costituzionale in questa ormai celebre sentenza del 1975 troviamo traccia delle ragioni sottese anche al varo della legge 194: porre fine alla piaga degli aborti clandestini. Non il riconoscimento di un *habeas corpus* femminile, di un'autonomia della donna in ambito riproduttivo, quindi<sup>56</sup>. L'aborto legale è riconosciuto per porre fine alla «pericolosissima» pratica delle «fattucchiere» – citando ancora il Giudice costituzionale del 1975 – ossia per porre fine a un problema di ordine pubblico, divenuto ormai scandalo nell'Italia degli anni Settanta<sup>57</sup>.

La normativa penale risalente all'epoca fascista nel criminalizzare<sup>58</sup> l'aborto sempre e in ogni caso aveva perso, infatti, la sua capacità di controllo sul corpo delle donne, che abortivano ugualmente in clandestinità, mettendo a repentaglio la propria incolumità fisica ed esponendosi a rischi giuridici<sup>59</sup>. A partire dagli anni Settanta, con la politicizzazione dell'esperienza individuale da parte del movimento femminista (secondo lo slogan «il personale è politico») le donne avevano cominciato ad organizzarsi in consultori autogestiti in cui si poteva abortire in sicurezza (ma sempre illegalmente) attraverso il

<sup>55</sup> Corte Costituzionale, sentenza 19 febbraio 1975, n. 27.

<sup>56</sup> Sul mancato riconoscimento di un *habeas corpus* femminile ai sensi dell'art. 13 Cost. si rinvia alla lettura critica di G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, Napoli, 2009, 815-873, *passim*, e L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2006, n. 2, 3. Si v. inoltre, S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, "Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale, Napoli, 2006, 563 ss.

<sup>57</sup> Per una ricostruzione storica si rinvia a M.A. BRACKE, *Feminism, the state, and the centrality of reproduction: abortion struggles in 1970s Italy*, in *Social History*, 2017, 524-546, e SCIRÈ, *L'aborto in Italia: Storia di una legge*, Milano, 2008.

<sup>58</sup> Nonostante l'art. 22 della legge 194 abbia abrogato il titolo X del libro II del codice penale "Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe", la legge 194 ha introdotto delle ipotesi di depenalizzazione del reato di aborto (v. art. 19) secondo una logica di "inversione dell'eccezionalità" che ha caratterizzato le legislazioni sull'aborto nei Paesi occidentali nella seconda metà del XX sec., si veda sul punto P. DEUTSCHER, *The Inversion of Exceptionality: Foucault, Agamben, and 'Reproductive Rights'*, in *South Atlantic Quarterly*, 2008, 55-70.

<sup>59</sup> Si pensi all'impatto mediatico che all'epoca suscitavano i processi *Chevalier* in Francia e *Pierobon* in Italia, che in entrambi i casi interessarono ragazze minorenni processate per aver commesso il reato di procurato aborto nei rispettivi Paesi. Si rinvia a: L. PERINI, *Due processi per aborto Marie-Claire Chevalier e Gigliola Pietrobon*, in *Storicamente*, 2010, *storicamente.org* (accesso 17 marzo 2019); CHOISIR, *Un caso di aborto. Il processo Chevalier*, Torino, 1974; G. HALIMI, *La causa delle donne*, Roma, 1979 (traduzione italiana dal francese: *La cause des femmes*, 1977). Per un'inchiesta sugli aborti clandestini in Italia, si veda E. BANOTTI, *La sfida femminile. Maternità e aborto*, Bari, 1971.

metodo Karman<sup>60</sup>. Pertanto, sul solco della citata pronunzia della Corte costituzionale del 1975, il legislatore vara una legge – la n. 194/1978 – affinché le donne non muoiano più di aborto clandestino, ma continua a negare loro autonomia riproduttiva<sup>61</sup>.

Nel mantenersi coerente con questa impostazione del sistema che nega il riconoscimento di un'autonomia per la donna in campo riproduttivo in nome di una protezione in astratto della maternità, la Corte costituzionale, nella citata sentenza del 1975, introduce la finzione giuridica – quella del bilanciamento tra la vita/salute della gestante da una parte e il concepito dall'altra – poi adottata dal Legislatore nel 1978 e affinata dalla successiva giurisprudenza costituzionale in materia<sup>62</sup>.

Questa finzione appare problematica per due motivi. Il primo è che l'embrione è rappresentato<sup>63</sup> come un “quasi-soggetto” e in quanto tale “altro” dalla donna, portatore di un interesse autonomo che può e deve essere bilanciato con quello (contrapposto) della gravida. Sul punto riporta Laura Ronchetti: «[I]a sentenza, infatti, operò una scissione tra diritti della gestante e diritto alla vita del concepito, separando ‘giuridicamente’ l'embrione dalla donna e contrapponendone i reciproci diritti. Da questa scissione ‘giuridica’, fisicamente impossibile, sorgerebbero due differenti e separati beni (art. 31 Cost.). La tutela del concepito e della madre troverebbero, tuttavia, separato e ulteriore fondamento in distinte norme costituzionali (...). Nel sovvertire il bilanciamento tra situazioni giuridiche protette a favore della donna la Corte ha comunque finito per sacrificare l'unicità del rapporto simbiotico tra donna e

---

<sup>60</sup> Si rinvia a C. JOURDAN, *Insieme Contro. Esperienze dei consultori femministi*, Milano, 1976; L. PERCOVICH, *La coscienza nel corpo: Donne, salute e medicina negli anni Settanta*, Milano, 2005.

<sup>61</sup> Sulla continuità tra la legge 194 e la previgente normativa di epoca fascista abrogata dall'art. 22 della legge 194 si rinvia a S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, n. 2. Sul dibattito interno al movimento delle donne sul “diritto” di aborto si rinvia a T. PITCH, *Decriminalization or Legalization*, in *Women & Criminal Justice*, 1992, 27-40; si segnala, inoltre, l'originale progetto di *legal drafting* per l'iscrizione dell'inviolabilità del corpo femminile e della sovranità riproduttiva nel patto costitutivo in E. BAERI, *Proposta di Preambolo alla Costituzione della Repubblica Italiana*, in *d/D. Il diritto delle donne*, 1998, 4.

<sup>62</sup> Per una prospettiva critica della giurisprudenza costituzionale sulla legge 194 si rinvia a BRUNELLI, *op. cit.*, 826 ss.

<sup>63</sup> Complici di questa impostazione giuridica sono state anche le tecnologie dell'epoca che hanno permesso di vedere per la prima volta l'embrione. Si pensi alla celebre foto del feto apparsa su *Life* nel 1965, sul punto si rinvia a C. PANCINO, *La rappresentazione dell'embrione e del feto umani. Una mostra online a cura di Tatjana Buklijas e Nick Hopwood*, in *Storicamente*, 2009, 2 ss., *storicamente.org* (ultimo accesso 6 maggio 2019.). Questa rappresentazione dell'embrione ha giocato un ruolo di non poco momento nella sua graduale “personificazione” anche in termini giuridici. Cfr. T. PITCH, *L'embrione e il corpo femminile*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, n. 2.

embrione. Con questa sentenza, infatti, dal ‘prodotto del concepimento’ della legge sui consultori si è passati al ‘concepito’, termine che soggettivizzando il frutto del concepimento facilita l’operazione di distinzione e contrapposizione tra la donna e il suo corpo fecondato»<sup>64</sup>.

Il secondo aspetto problematico è che l’interruzione volontaria di gravidanza – quale esito di un bilanciamento tra interessi contrapposti – per essere lecita presuppone sempre un pregiudizio alla salute della donna che giustifica il “sacrificio” del concepito quale persona potenziale<sup>65</sup>. Si tratta di una finzione giuridica che impone un’altra finzione nella realtà fattuale, visto che non sempre esiste un modo per valutare oggettivamente tale pregiudizio (specie quando è potenziale) alla salute della donna. Di fatto questo pregiudizio finisce per essere “autodiagnosticato” dalla donna e comunicato al medico che si limita a prenderne atto<sup>66</sup>. Inoltre, questa impostazione giuridica implica che la scelta abortiva non possa essere compiuta da una donna in “normale” stato di salute, ma al contrario richiede sempre la sussistenza di uno stato patologico. In tal modo essa concorre a costruire e rafforzare uno stigma contro la donna che decide di abortire dipingendola come “malata” o “anormale”<sup>67</sup>.

Il legislatore – “indifferente” all’unicità del potere fecondativo del corpo femminile che rende la donna incinta il soggetto di fatto depositario della scelta – prevede quindi meccanismi di persuasione a proseguire la gravidanza e di intralcio per la donna che desidera abortire (v. *infra*). In sintesi, negando l’aborto *on demand* e riconoscendo solo l’aborto terapeutico, la legge 194 ha introdotto una disciplina che interferisce gravemente con l’esercizio dell’autonomia decisionale individuale.

5. Si è osservato che la legge 194 tutela la maternità e guarda con sfavore l’interruzione volontaria di gravidanza. In linea con questo approccio, il legislatore del 1978 ha previsto una serie di meccanismi per scoraggiare le donne che intendono effettuare l’interruzione volontaria di gravidanza che sembrerebbero tradursi in veri e propri ostacoli per l’accesso al servizio alla luce delle raccomandazioni dell’OMS racchiuse nel volume *Safe abortion: technical and policy guidance for health*

---

<sup>64</sup> RONCHETTI, *op. cit.*, 8.

<sup>65</sup> Il modello tradizionale di famiglia in Italia si fonderebbe infatti sul sacrificio della donna-madre per la salvezza dell’unità familiare v. P. HANAFIN, *Conceiving Life: Reproductive Politics and the Law in Contemporary Italy*, England-USA, 2007, 6.

<sup>66</sup> CONTI, *op. cit.*, 76, e CORTÉS, *op. cit.*, 650.

<sup>67</sup> Si rinvia a C. MATALUCCI, *Abortion and women’s bodily and mental health: the language of trauma in the public debate of abortion in Italy*, in *Antropologia*, 2019, 75-94.

*systems*. Esse condensano la *best practise* internazionale in materia, e il testo è oggi alla sua seconda edizione<sup>68</sup>.

A proposito delle «barriere» previste dalla legge 194, Petros Stangos nella citata *concurring opinion* osserva che: «[t]hrough the above-mentioned provisions of the 1978 legislation [artt. 4 e 5], Italy operates a sophisticated and official system of pressure on women so that they choose not to terminate their pregnancies». Questo sofisticato sistema di pressione sulla donna incinta si attua attraverso: il dichiarato ruolo dei consultori di convincere la donna a continuare la gravidanza; l'impropria funzione da "garante" della vita del concepito che il medico è chiamato ad assolvere nei primi 90 giorni; il periodo di riflessione obbligatorio di sette giorni; l'autorizzazione richiesta per le minorenni; la difficoltà ad accedere al servizio di interruzione volontaria di gravidanza a causa dell'alto numero di obiettori di coscienza nelle strutture pubbliche e autorizzate; il divieto di accedere ai servizi abortivi a pagamento.

Secondo le citate raccomandazioni dell'OMS, una prima barriera è rappresentata dal monopolio dei ginecologi nell'effettuare l'aborto. Secondo l'OMS, infatti: «vacuum aspiration and the medical methods (...) can be safely provided at primary health-care level by midlevel providers»<sup>69</sup>. Inoltre, un'altra barriera è rintracciabile nella necessità di un'autorizzazione del medico per accedere all'aborto, così come nella richiesta di un consenso parentale (o giudiziario) per le minorenni<sup>70</sup>.

Infatti, ai sensi della legislazione italiana, per accedere all'IVG la donna deve ottenere un «documento» (o «certificato», se attestata l'«urgenza») presso il medico di consultorio o di una struttura socio-sanitaria o dal medico di fiducia. I consultori familiari *ex art. 5, co. 1, legge 194* sono chiamati dal legislatore ad aiutare la donna che intende abortire «a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto». Ad oggi dal consultorio vengono emesse il 43,6% delle richieste di IVG<sup>71</sup> e, come evidenziato, la loro funzione è scoraggiare le donne che si rivolgono a loro dall'eseguire l'IVG. Riguardo questa «dis-

---

<sup>68</sup> OMS, *op. cit.*; per una lettura critica della legge 194 alla luce delle raccomandazioni dell'OMS si rinvia anche a BRUNELLI, *op. cit.*, 836-884.

<sup>69</sup> OMS, *op. cit.*, 96; sulla possibilità per le ostetriche di essere formate per eseguire l'aborto nel primo trimestre cfr. *ibidem*, 65. Cfr anche, BRUNELLI, *op. cit.*, 840. Sul punto, si veda anche: S. SHELDON, J. FLETCHER, *Vacuum aspiration for induced abortion could be safely and legally performed by nurses and midwives*, in *J Fam Plann Reprod Health Care*, 2017, 260 ss.

<sup>70</sup> OMS, *op. cit.*, 95.

<sup>71</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, *op. cit.*, Tabella 16.

suasione attiva»<sup>72</sup>, Petros Stangos nella sua *concurring opinion* ha efficacemente commentato: «[t]he pressure exerted on pregnant women under the conditions set out in the abovementioned provisions of the 1978 act is likely to cause serious harm both to the dignity and personal integrity of the women concerned and to their psychological health. Women's freedom and independence and their control over their bodies and personalities are at risk of being seriously undermined» (corsivi aggiunti).

Ai sensi dell'art. 5, commi 2 e 4, legge 194, il ruolo che il medico è chiamato a svolgere si snoda in due momenti principali<sup>73</sup>. Il primo è l'unico passaggio nel quale egli mette in campo la propria *expertise* medica, sebbene per un accertamento non particolarmente qualificato (verificare lo stato di gravidanza della donna che chiede l'IVG). Il secondo compito affidato al medico è di valutazione delle circostanze che determinano la donna a chiedere l'IVG. Che le circostanze oggetto di tale valutazione non siano strettamente mediche si evince dal richiamo che la legge compie al potenziale coinvolgimento del «padre» del concepito. Se si trattasse, infatti, di valutazioni strettamente inerenti alla salute della donna non si coglierebbe il senso di richiamare per legge il possibile ruolo del «padre» (se la donna acconsente). Ancora, le circostanze oggetto di valutazione medica non sono richiamate dal documento di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 5 a riprova del loro non (necessario o richiesto) carattere medico. Ecco quindi che stando alla lettera della legge, il medico sembrerebbe tenuto a svolgere una funzione di «valutazione» che sconfinava nella consulenza morale. Al termine di questo colloquio, il medico rilascia un documento in cui si attesta lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta e con questo documento la donna può ottenere l'aborto dopo sette giorni di riflessione obbligatoria.

Che il medico sia chiamato ad «abbandonare» la sua funzione medica per abbracciare il ruolo di «garante» della maternità sembrerebbe trovare riscontro anche al co. 3 del medesimo art. 5 che introduce la previsione eccezionale alla regola dei sette giorni di riflessione. Se il medico constata l'«esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento» può rilasciare un certificato con cui la donna può presentarsi

---

<sup>72</sup> Per una critica alla funzione di «dissuasione attiva» attribuita ai consultori si rinvia a BRUNELLI, *op. cit.*, 823 ss.. Sul punto osserva ancora Stangos: «The Italian legislator was so keen to encourage pregnant women who visit the relevant centres during the first three months of pregnancy to remain pregnant and not have abortions that the last sentence of Section 5, paragraph 1, of the 1978 act foreshadows the women ultimately «choosing» to give birth rather than have abortions!».

<sup>73</sup> Per uno studio sul ruolo del medico nell'ambito dei servizi di IVG si rinvia a S. SHELDON, *Beyond Control: Medical Power and Abortion Law*, London-Chicago, 1997.

in una delle sedi autorizzate per effettuare l'aborto senza aspettare l'intervallo di riflessione obbligatorio di sette giorni<sup>74</sup>. Come emerge dalla letteratura scientifica, l'obbligo dei sette giorni di attesa obbligatoria, nel ritardare l'accesso all'aborto, espone le donne ad un più alto rischio per la loro salute. Infatti, l'OMS include il «mandatory waiting period» come esempio di «legal barriers to safe abortion access in the context of human rights»<sup>75</sup> e, nel 2015, la Francia ha eliminato la «pausa di riflessione» di sette giorni, originariamente prevista<sup>76</sup>.

Pertanto la regola dei sette giorni di riflessione che il medico è chiamato ad applicare («la invita a soprassedere per sette giorni») non risponde ad alcun interesse per la salute della donna, che egli dovrebbe essere chiamato a tutelare in modo preminente, ma è contraria alla *best practise* internazionale in materia di *safe abortion*. In sintesi, il ruolo del medico *ex art. 5* è improntato a una relazione paternalistica con la donna, «infantilizzata» e rappresentata come una persona che si presume sempre incapace di compiere autonomamente delle scelte responsabili in materia di IVG, bisognosa di sostegno (morale) da parte del medico e di un tempo obbligatorio di riflessione (una rigidità che prescinde dalle valutazioni del caso singolo, salvo che non venga riscontrata l'«urgenza» da parte del medico). Inoltre, il ritardo coatto di sette giorni dell'aborto è problematico da giustificare non solo in termini di tutela della salute della donna ma anche in un'ottica di salvaguardia della vita, se si pensa che il concepito è una «persona» in divenire e che in sette giorni il suo sviluppo è rilevante<sup>77</sup>.

Per le minorenni, l'*iter* di accesso all'aborto si complica di un ulteriore passaggio che è dato dall'ottenimento dell'autorizzazione parentale o, in mancanza, del giudice tutelare<sup>78</sup>. Come osservato *supra*,

<sup>74</sup> La percentuale di rilascio del certificato *ex art. 5* comma 3 è del 19,2% del totale delle IVG effettuate v. MINISTERO DELLA SALUTE, cit., Tabella 18.

<sup>75</sup> OMS, *op. cit.*, 96-97.

<sup>76</sup> Un rapporto ministeriale francese sull'IVG raccomandava tra le altre l'eliminazione della settimana di riflessione che «ritarda l'accesso all'aborto e lo stigmatizza come atto medico separato», il medesimo rapporto evidenziava che la settimana di riflessione non è prevista ad esempio in Danimarca, Norvegia, Svezia, Svizzera, Austria o Inghilterra; si veda HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG: Rapport n. 2013-1104-SAN-009*, 7 novembre 2013, 39, disponibile *online* [www.haut-conseil-egalite.gouv.fr](http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr) (ultimo accesso 28 marzo 2019). Si rinvia, inoltre, al sito istituzionale sull'IVG in Francia disponibile al seguente indirizzo internet: [ivg.gouv.fr](http://ivg.gouv.fr) (ultimo accesso 22 marzo 2019).

<sup>77</sup> Si rinvia sul punto alle considerazioni espresse in S. SHELDON, *The Decriminalisation of Abortion: An Argument for Modernisation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, 334-365.

<sup>78</sup> Secondo gli ultimi rilievi, nel caso delle minorenni l'assenso proviene nel 76,1% dei casi dai genitori e con una percentuale del 22% dal giudice tutelare; si veda MINISTERO DELLA SALUTE, *op. cit.*, Tabella 22.

anche questa previsione integra una barriera alla luce delle raccomandazioni dell'OMS<sup>79</sup>. Inoltre, la richiesta di un'autorizzazione per le minorenni non è scevra da criticità soprattutto se si considera il contesto socio-culturale nazionale. Infatti, in Italia la contraccezione non è gratuita (salvo qualche "virtuosa" iniziativa regionale per alcune fasce di età<sup>80</sup>), è assente l'educazione sessuale ed è, conseguentemente, Paese fanalino di coda per l'uso della contraccezione. Sul punto riporta l'Istituto nazionale di statistica: «in Italia la rivoluzione contraccettiva è ancora in corso, con un ritardo di almeno 45 anni rispetto a molti Paesi europei, anche dell'area del Mediterraneo»<sup>81</sup>. Ancora, per le minorenni è richiesta una prescrizione medica per accedere alla contraccezione d'emergenza (prescrizione, invece, non prevista per le persone maggiorenni). Pertanto, è difficile non leggere nell'assenza di un piano nazionale sulla contraccezione gratuita almeno per le fasce più giovani, nella mancanza di un'effettiva educazione sessuale nelle scuole, negli ostacoli per accedere alla contraccezione d'emergenza e all'IVG tutti elementi che coerentemente tracciano un atteggiamento di favore del legislatore per la prosecuzione della gravidanza anche per le persone di minore età (in linea con l'obiettivo di «tutela [del]la vita umana fin dal suo inizio», art. 1).

Una barriera di accesso all'IVG si rivela essere anche l'obiezione di coscienza del personale medico sollevato dal compito di effettuare questo trattamento sanitario, salvo quando «il loro particolare intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo» (art. 9, co. 5). In argomento, l'OMS prevede che il personale medico che esercita l'obiezione di coscienza «must refer the woman to a willing and trained provider in the same, or another easily accessible health-care facility, in accordance with national law»<sup>82</sup>. Una raccomandazione, questa, che non sembrerebbe essere recepita nel contesto italiano.

L'anomala percentuale di obiettori di coscienza tra i ginecologi – confrontata con gli altri Paesi europei<sup>83</sup> – è al centro delle preoccupazioni espresse dai comitati ONU nei summenzionati monitoraggi periodici e

<sup>79</sup> V. *supra*, nota 70.

<sup>80</sup> Si veda la notizia sulla Regione Toscana pubblicata su un quotidiano *online*: *La Toscana ha approvato una delibera per la contraccezione gratuita*, in *Il Post*, 14 novembre 2018, [www.ilpost.it](http://www.ilpost.it) (ultimo accesso 18 marzo 2019).

<sup>81</sup> ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *op. cit.*, 27.

<sup>82</sup> OMS, *op. cit.*, 69; cfr. BRUNELLI, *op. cit.*, 840.

<sup>83</sup> Si veda W. CHAVKIN, L. SWERDLOW, J. FIFIELD, *Regulation of Conscientious Objection to Abortion: An International Comparative Multiple-Case Study*, in *Health and Human Rights Journal*, 2017, 55-68 e inoltre lo studio del Parlamento europeo dal titolo *Sexual and reproductive health rights and the implication of conscientious objection*, 31 ottobre 2018, disponibile *online* [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu) (ultimo accesso 18 marzo 2019).

delle decisioni del CEDS in occasione dei due reclami collettivi (v. *supra*).

Dinanzi alle lunghe liste d'attesa e alle difficoltà nell'accedere al servizio<sup>84</sup>, le donne in stato di gravidanza possono investire le proprie risorse economiche per viaggiare attraverso il territorio nazionale (o all'estero) alla ricerca di un aborto legale<sup>85</sup>. In tal modo però si vanificano gli intenti di uguaglianza sostanziale sottesi alla previsione della gratuità del servizio. La legge vieta, infatti, di poter ottenere questa prestazione privatamente a pagamento (come invece è possibile per tutti gli altri interventi medici, inclusi quelli ginecologici come ad esempio un intervento chirurgico di rimozione di un cancro ovarico). Questo perché l'art. 19 della legge 194 (in materia di sanzioni) "consacra" la specialità dell'aborto nel nostro ordinamento rispetto a tutti gli altri trattamenti sanitari, sottoponendolo a peculiari limitazioni quali la sua legale erogabilità solo quando effettuato con spesa e organizzazione di mezzi a carico del Servizio sanitario nazionale (SSN)<sup>86</sup>, presso strutture pubbliche o private che abbiano ottenuto la peculiare autorizzazione richiesta dall'art. 8 della legge 194.

Riguardo l'aborto medico (o farmacologico) tramite mifepristone (RU-486) e prostaglandine<sup>87</sup>, si tratta di una opzione che è stata introdotta in Italia solo nel 2009 (a fronte del 1988 in Francia e 1990 in Regno Unito). Solo il 17,8% delle IVG avviene tramite questi farmaci<sup>88</sup>, nonostante la loro sicurezza sia attestata dalla letteratura scientifica internazionale, il loro uso sia indicato come pratica di *safe abortion* dall'OMS<sup>89</sup> ed entrambi siano inclusi nella lista delle *essential medicines* da parte della medesima organizzazione<sup>90</sup>. In Italia le linee guida ministeriali sull'aborto farmacologico prevedono una peculiare

<sup>84</sup> M. BO, C.M. ZOTTI, L. CHARRIER, *Conscientious Objection and Waiting Time for Voluntary Abortion in Italy*, in *The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care*, 2015, 272 ss.

<sup>85</sup> Sul nesso tra distribuzione territoriale dei ginecologi obiettori e la mobilità interregionale delle donne che abortiscono si veda T. AUTORINO, F. MATTIOLI, L. MENCARINI, *The Impact of Gynecologists' Conscientious Objection on Access to Abortion in Italy*, Working Paper Dondena n. 119, 2018, 1 ss. Si veda inoltre sulla mobilità delle donne che abortiscono all'estero il progetto europeo diretto da Silvia De Zordo 'Europe Abortion Access Project' al seguente indirizzo internet: [europeabortionaccessproject.org](http://europeabortionaccessproject.org) (ultimo accesso 23 marzo 2019).

<sup>86</sup> Cfr. BRUNELLI, *op. cit.*, 828 ss.

<sup>87</sup> La "pillola abortiva" non va confusa con l'Ulipristal acetato (ellaOne), c.d. pillola dei cinque giorni dopo, e con Levonorgestrel (Norlevo), c.d. pillola del giorno dopo, che sono farmaci contraccettivi e non di interruzione di gravidanza. Sui dati delle vendite dei due menzionati contraccettivi d'emergenza si veda MINISTERO DELLA SALUTE, *op. cit.*, 12-13.

<sup>88</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, *op. cit.*, Tabella 25.

<sup>89</sup> OMS, *op. cit.*, 37ss.; cfr. BRUNELLI, *op. cit.*, 839.

<sup>90</sup> OMS, *Model Lists of Essential Medicines*, Ginevra, 2017 (20<sup>a</sup> edizione), 46.

regolamentazione: la “pillola abortiva” è infatti somministrabile solo nelle prime sette settimane – a fronte delle nove previste anche dalle citate raccomandazioni dell’OMS – e in regime di ricovero ospedaliero<sup>91</sup>. Queste “originali” previsioni ministeriali sembrerebbero delineare ulteriori “ostacoli” alla scelta della donna di abortire senza ricorrere all’aborto strumentale (o chirurgico). Tuttavia, è da segnalare che alcune Regioni, discostandosi dalle linee guida ministeriali, hanno introdotto il regime di somministrazione della RU-486 in regime di *day-hospital* (v. *infra*).

Se la pratica *safe* dell’aborto farmacologico è ostacolata in nome della richiamata tutela alla salute della donna, analoga preoccupazione non risulta suscitata dall’alta diffusione della poco sicura tecnica del raschiamento nel nostro Paese (con un picco in Sardegna nel 40,6 per cento dei casi)<sup>92</sup>. Sul punto l’OMS indica vigorosamente («strength of recommendation: strong») che «dilatation and sharp curettage (D&C), if still practised, should be replaced by vacuum aspiration»<sup>93</sup>.

In conclusione, come si è cercato di evidenziare dalla lettura della legge 194, emerge un giudizio negativo da parte del legislatore nei confronti dell’interruzione volontaria di gravidanza che si traduce nella previsione di una serie di barriere alla luce delle raccomandazioni dell’OMS. Non è quindi anomalo che in un contesto così sfavorevole per l’aborto un alto numero di medici si rifiuti di esserne coinvolto per motivi di coscienza. Pertanto, la chiave di lettura suggerita dalla *concurring opinion* di Petros Stangos, sebbene in brevi battute, sembrerebbe andare al cuore del problema della carenza dei servizi abortivi in Italia. La scarsa disponibilità di servizi abortivi non risiederebbe solo in un problema di “effettività” della legge 194 ma, al contrario, dall’analisi del testo di legge emergerebbe come tale esito sembrerebbe direttamente derivare dal carente impianto normativo della stessa anche alla luce degli standard internazionali sul *safe abortion*. L’alto numero di obiettori di coscienza appare, quindi, la prevedibile (se non preordinata)<sup>94</sup> conseguenza dei termini in cui l’interruzione volontaria di gravidanza è riconosciuta e disciplinata nel nostro ordinamento. Inoltre gli stessi dati ministeriali confermano il carattere di “normalità” dell’obiezione di coscienza. Infatti, le percentuali con cui si ricorre all’obiezione di coscienza

<sup>91</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, *Linee di indirizzo sull’interruzione volontaria di gravidanza tramite mifepristone e prostaglandine*, approvate 24 giugno 2010, disponibili online al seguente indirizzo [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it) (ultimo accesso 23 marzo 2019).

<sup>92</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, *op. cit.*, Tabella 25

<sup>93</sup> OMS, *op. cit.*, 113.

<sup>94</sup> In termini di “boicottaggio” dei servizi abortivi tramite l’art. 9 della legge 194 (sull’obiezione di coscienza) si v. CARMINATI, *op. cit.*, 18; BRUNELLI, *op. cit.*, 823.

sembrano capovolgere la logica eccezionale di questa clausola, considerato che l'esercizio dell'obiezione di coscienza costituisce la regola tra i ginecologi (se ne avvale il 68,4%)<sup>95</sup> mentre effettuare l'interruzione di gravidanza rappresenta una scelta eccezionale tra il personale medico.

6. La prospettiva critica prevista nella *concurring opinion* di Petros Stangos, al quale in queste pagine si è provato a dare svolgimento, parrebbe individuare una correlazione tra l'impianto normativo della legge 194 e l'inadeguatezza dei servizi abortivi, se si assume il punto di vista degli organi di monitoraggio internazionali (considerato che nessuna criticità sembrerebbe emergere ad avviso del Governo italiano, da ultimo nella relazione del Ministero della Salute citata in premessa).

Ai fini di una compiuta analisi del problema relativo alla carenza dei servizi di IVG in Italia, il testo della legge 194 e la sua applicazione apparirebbero come due dati non dissociabili l'uno dall'altro. Al contrario, lungi dal costituire un'anomalia, l'alto numero di personale medico obiettore sembrerebbe spiegarsi come logica conseguenza dell'applicazione della clausola di coscienza contenuta in una legge che, nel promuovere tenacemente la maternità e la tutela della vita del concepito, scoraggia altrettanto decisamente l'autonomia della donna quando essa si manifesta nella decisione di interrompere la gravidanza, nei termini che si è cercato di mettere in luce in queste pagine.

L'atteggiamento di disfavore che l'ordinamento esprime – proprio attraverso la legge 194 – nei confronti dell'interruzione volontaria di gravidanza non può non riflettersi, conseguentemente, anche sul personale medico chiamato a dare attuazione a tale trattamento. Da ultimo, tale giudizio negativo nei confronti dei medici non obiettori sembrerebbe in sintonia con le recenti affermazioni di Papa Francesco che, in un recente intervento di catechesi sui comandamenti (10 ottobre 2018), ha associato i ginecologi che praticano l'aborto a dei «sicari»<sup>96</sup>, pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza della Corte di Strasburgo in cui si è affermato che paragonare l'aborto a un omicidio viola l'art. 10 CEDU<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, *op. cit.*, Tabella 28.

<sup>96</sup> P. RODARI, *Papa Francesco contro l'aborto: 'è come affittare un sicario per risolvere il problema*, in *La Repubblica*, 10 ottobre 2018, disponibile all'indirizzo [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it) (ultimo accesso 17 marzo 2019); A. M. BROGI, *Il Papa: abortire è come affittare un sicario*, in *Avvenire*, 10 ottobre 2018, [www.avvenire.it](http://www.avvenire.it) (ultimo accesso 5 febbraio 2019), il testo ufficiale dell'intervento può leggersi *online* al seguente indirizzo [w2.vatican.va](http://w2.vatican.va) (ultimo accesso 5 febbraio 2019).

<sup>97</sup> *Annen v Germany*, cit.

Detto altrimenti, l'analisi critica che si è proposta in queste pagine a partire dalle parole di Petros Stangos suggerisce che la carenza dei servizi abortivi potrebbe essere interpretata anche come la prevedibile applicazione del dettato normativo della legge 194 e non indice di una sua anomala implementazione come invece sembrerebbe proporre il CEDS.

Le “timide” conclusioni del Comitato si fondano – come osservato – sul ricorso *de facto* ad un *procedural approach* molto simile a quello della Corte EDU, nonostante le menzionate differenze che intercorrono tra le due istituzioni. Infatti, le decisioni della Corte EDU godono di una forza coercitiva per gli Stati membri che deriva non solo dall'art. 46 CEDU ma anche dall'indiscusso prestigio e popolarità guadagnati in sessant'anni di storia<sup>98</sup>, tutti elementi che potrebbero forse giustificare la maggiore cautela di tale organo giurisdizionale nell'entrare “a gamba tesa” nell'esercizio della sovranità in una materia così controversa come quella dell'aborto. Dall'altra parte, però, analoga prudenza decisionale non trova giustificazione nel caso nel CEDS – un organismo ben più giovane e poco noto tra i non addetti ai lavori – le cui pronunzie non hanno invece pari vincolatività per gli Stati membri.

Questa riflessione induce quindi a concludere che forse il Comitato avrebbe potuto osare di più nell'esaminare il caso italiano. Infatti, sebbene le decisioni del CEDS abbiano avuto l'indiscusso merito di compromettere la tenuta della versione “trionfalistica” che ritualmente il Ministero della Salute propone, le medesime pronunce sembrano costituire un'occasione mancata per mettere a fuoco le criticità della normativa italiana sull'IVG. Se avesse scelto di imboccare quest'ultima linea argomentativa, il Comitato non si sarebbe trovato sprovvisto di parametri oggettivi per mettere sotto accusa alcuni aspetti della regolamentazione italiana sull'aborto. Oltre che argomenti comparatistici con omologhe legislazioni europee come quella della “vicina” Francia alla quale si è più volte fatto riferimento nell'analisi della legge 194 (v. *supra*), il CEDS avrebbe potuto avvalersi delle autorevoli linee guida del-

---

<sup>98</sup> Sul punto, si rinvia a questi studi empirici: E. VOETEN, *Public Opinion and the Legitimacy of International Courts*, in *Theoretical Inq.*, 2013, 411 ss.; A.B. GRODELAND, *Public and Elite Perceptions of Supranational Courts: The European Perspective*, in *Review of Central and East European Law*, 2014, 41 ss. Probabilmente un fattore che ha aumentato la notorietà della Corte di Strasburgo è da rintracciare nella popolarità e influenza dello *human rights discourse*. Sull'argomento esiste vasta letteratura, pertanto in questa sede ci si limita a rinviare *ex multis* a: S. MARKS, *Human Rights in Disastrous Times*, in J. CRAWFORD, M. KOSKENNIEMI (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, 2012, 309-326; R. KENNEDY, *The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?* in R. DICKINSON, E.KATSELLI, C. MURRAY, O.W. PEDERSEN (ed.), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Oxford, 2013, 19 ss.

l'OMS in materia di *safe abortion*, nei termini in cui si è accennato nelle pagine precedenti, per mettere in luce alcuni gravi limiti della regolamentazione nazionale sull'IVG. Inoltre, secondo l'emergente prassi degli organismi internazionali di tutela dei diritti umani è stato chiarito – ad esempio nel General Comment No. 14 sul *The Right to the Highest Attainable Standard of Health* del Comitato sui diritti economici sociali e culturali delle Nazioni Unite – che: «[the] realization of women's right to health requires the removal of all barriers interfering with access to health services, education and information, including in the area of sexual and reproductive health»<sup>99</sup>. In altri termini, l'anomalia del caso italiano, con le sue alte percentuali di personale medico obiettore di coscienza e il decrescente numero di aborti legali eseguiti, avrebbe largamente autorizzato una presa di posizione più decisa da parte del Comitato circa le carenze della legge 194 in sé, tenuto conto dell'attuale cornice giuridica a tutela dei diritti umani sviluppata a livello internazionale nella prassi degli *treaty-bodies* onusiani.

Pertanto, a conclusione di queste brevi note, può avanzarsi la proposta di un cambiamento di prospettiva nell'analisi della legge 194, a partire dalle criticità emerse nell'approccio seguito dal CEDS, ai fini dell'adeguamento dell'Italia alla Carta sociale europea in materia di servizi abortivi. Per superare lo stato di violazione della Carta, potrebbe essere utile non lasciarsi “distrarre” dall'argomentazione del Comitato tutta imperniata sulla non effettiva applicazione della legge. Il dibattito sull'alto numero di medici che esercitano l'obiezione di coscienza presenta infatti il rischio di distogliere lo sguardo dal problema centrale posto anche in sede internazionale: il difficile accesso ai servizi abortivi in Italia e la tutela per la salute delle donne. Alla luce dei recenti rilievi avanzati dal CEDS nel *follow-up*, pertanto, una possibile direzione da intraprendere, e che in questa sede ci si limita solo ad accennare, per superare lo stato di perdurante violazione degli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese potrebbe essere quella di incoraggiare nel lungo periodo la deospedalizzazione<sup>100</sup> dell'aborto attraverso la somministrazione della “pillola abortiva” nei consultori e *at home*<sup>101</sup>. Un obiettivo, questo, che dovrebbe includere con l'andare del tempo anche l'allargamento della platea degli *abortion providers* alle ostetriche, allineando l'Italia alle citate raccomandazioni sul *safe abortion* dell'OMS anche su questo punto, come già succede in altri Paesi europei<sup>102</sup>. Si tratta di un

---

<sup>99</sup> V. *supra* nota 29.

<sup>100</sup> Sull'ospedalizzazione dell'aborto e dell'intero processo riproduttivo si veda criticamente NICCOLAI, *op. cit.*, 7.

<sup>101</sup> Cfr. PARACHINI, POMPILI, *op. cit.*

<sup>102</sup> Ad esempio in Francia, Finlandia e Svezia. Si v. *supra*, nota 69.

obiettivo che non può non essere di lungo termine in quanto per la sua attuazione richiederebbe un ripensamento di alcuni articoli della legge 194, tutt'oggi una delle legislazioni più controverse della storia repubblicana.

Tuttavia, nell'immediato alcuni passi in questa direzione sono forse possibili senza riformare la legge 194. In questa prospettiva sembrano muoversi le recenti decisioni assunte dalla Regione Lombardia e dalla Regione Umbria nel prevedere l'IVG farmacologica in regime di *day-hospital* (invece che di ricovero ospedaliero come previsto dalle citate linee ministeriali), in tal modo allineandosi agli analoghi provvedimenti già assunti da Emilia-Romagna, Toscana, Lazio, Puglia e Liguria. Inoltre, al dichiarato scopo di evitare che ragioni di "cassa" possano interferire con la scelta della donna di abortire tramite pillola, la Regione Lombardia prevede un regime di pari rimborso tra aborto farmacologico e chirurgico<sup>103</sup>.

Ancora, nello stesso senso, si colloca anche la possibilità di somministrare la "pillola abortiva" nei consultori, una proposta avanzata in via sperimentale dalla Regione Lazio<sup>104</sup>.

In conclusione, forse per ripristinare un crocevia tra Roma e Strasburgo in materia di interruzione volontaria di gravidanza, potrebbe essere utile puntare sull'ammodernamento delle tecniche abortive facilitando il ricorso all'aborto farmacologico, come avviene in altri Paesi europei<sup>105</sup>.

#### ABSTRACT

##### *The Missed Crossroads between Rome and Strasbourg in the Matter of the Voluntary Interruption of Pregnancy*

This paper proposes a critique of the argument used by the European Committee of Social Rights (ECSR) on a breach of the European Social Charter (ESC) by Italy concerning the current status of Law 194 on abortion. It suggests that the scarcity of abortion services in the country is not simply the result of a lack of application of some legal provisions by Law 194, as considered by the ECSR. By contrast, it advances that the current status of

<sup>103</sup> Si v. *Le Regole del Sistema 2019 per la sanità lombarda. La sintesi*, in *Quotidiano Sanita*, 8 febbraio 2019, disponibile al seguente indirizzo [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it) (ultimo accesso 23 marzo 2019).

<sup>104</sup> A.R. CILLIS, M.N. DE LUCA, *La pillola dell'aborto anche in consultorio, rivoluzione nel Lazio*, in *La Repubblica*, 5 aprile 2017, [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it) (ultimo accesso 7 maggio 2019).

<sup>105</sup> Si v. *ex multis* la legislazione vigente in Francia (*supra*, nota 76).

the abortion services in Italy reflects the perfect implementation of a legal framework that discourages the fulfilment of women's reproductive autonomy. In doing so, it shows that Law 194 does not comply with the best practice on safe abortion recommended by the World Health Organization, and the emerging international legal framework on the women's right to health fostered by the United Nations' human rights treaty bodies.

## NOTE E COMMENTI

### L'APPLICAZIONE DELLE CLAUSOLE SOCIALI NEGLI ACCORDI DI LIBERO SCAMBIO ALLA LUCE DELLA RECENTE PRASSI ARBITRALE

MARTINA DI LOLLO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Accordi di libero scambio e clausole sociali: caratteristiche e contenuti delle norme poste a tutela di interessi di natura non economica. – 3. Clausole sociali e accordi di libero scambio di seconda generazione: il capitolo XVI del CAFTA-DR. – 4. Il caso *USA c. Guatemala* alla luce del capitolo XVI del CAFTA-DR: questioni preliminari e aspetti di natura procedurale. – 5. *Segue*: questioni di rilievo interpretativo, punti salienti del rapporto e conclusioni del panel. – 6. Efficacia delle clausole sociali ed effettività dei diritti: alcune considerazioni conclusive.

1. Il crescente ricorso degli Stati ad accordi di libero scambio (*Free Trade Agreements*, FTAs) nella disciplina delle relazioni economiche reciproche, se da un lato ha contribuito alla rimozione degli ostacoli, di natura non esclusivamente tariffaria, alla liberalizzazione degli scambi, dall'altro ha provocato l'insorgere di nuove problematiche legate ad aspetti che esulano da interessi di natura prettamente economica; più nello specifico, nei FTAs di nuova o seconda generazione è frequente l'inserimento di previsioni a tutela dell'ambiente, ovvero a garanzia del rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori<sup>1</sup>.

Tale fenomeno costituisce senz'altro un incentivo alla diffusione di *standard* sociali e ambientali universalmente condivisi; tuttavia, non sempre le menzionate disposizioni riescono a spiegare la propria efficacia in modo

---

<sup>1</sup> Si veda sul punto, con particolare riferimento alla prassi degli accordi commerciali conclusi dagli Stati Uniti d'America, M.J. BOLLE, *Overview of Labor Enforcement Issues in Free Trade Agreements*, Congressional Research Service, CRS Report RS22823, Washington DC, 2016, 1 ss. L'Autrice osserva infatti come i primi accordi di libero scambio conclusi dagli Stati Uniti con Israele e Canada, rispettivamente nel 1985 e nel 1988, non contenessero previsioni in materia di lavoro; successivamente, dal 1993 in poi, tale tendenza dovette cedere il passo ad una prassi di segno diametralmente opposto, anche in virtù dell'incremento delle relazioni economiche con i Paesi in via di sviluppo (PVS). Per un'analisi del fenomeno in relazione all'Unione europea cfr. C. DI TURI, *La strategia commerciale dell'Unione europea tra regionalismo economico e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 81-101.

da rendere effettivi i valori in esse enunciati in fase di concreta attuazione, anche a causa delle difficoltà riscontrate nell'accertamento dell'incidenza negativa di determinate condotte delle parti dei FTAs sui benefici di natura economica con esso perseguiti<sup>2</sup>.

Per ciò che concerne, in particolar modo, la salvaguardia dei diritti fondamentali dei lavoratori, ossia dei *core labour standards*<sup>3</sup>, appare interessante la disamina della corrispondente disciplina inserita in siffatta tipologia di accordi.

Nel *Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement*<sup>4</sup>, Accordo regionale meglio noto come CAFTA-DR, ad esempio, vi è un capitolo dedicato agli obblighi assunti dalle parti in materia di lavoro<sup>5</sup>; lo scopo precipuo perseguito dall'Accordo è individuabile, anzitutto, nella riduzione delle barriere frapposte alla liberalizzazione degli scambi e quindi nell'incremento dei traffici commerciali e degli investimenti tra i contraenti, accompagnati dall'innalzamento dei livelli di sicurezza nella regione, dalla riduzione della povertà e del fenomeno dell'immigrazione illegale<sup>6</sup>.

Dal canto loro, gli Stati Uniti videro nel CAFTA-DR un efficace strumento per la promozione di importanti processi di riforma in relazione agli ordinamenti dei Paesi dell'America Centrale, al fine di incentivare gli investimenti in favore di questi ultimi<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Di questo avviso, G. VAN ROOZENDAAL, *The Diffusion of Labour Standards: The Case of the US and Guatemala*, in *Politics and Governance*, 2015, n. 2, 18-33.

<sup>3</sup> Per un'analisi significativa delle possibili implicazioni derivanti dalle interazioni tra il diritto internazionale dell'economia e il diritto internazionale dei diritti umani cfr. A. GIANSAANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC-Ambiente, salute dei consumatori e "core labour standards" nel diritto del commercio internazionale*, Napoli, 2008, 207 ss.

<sup>4</sup> *Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement (DR-CAFTA)*, reperibile sul sito [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org).

<sup>5</sup> Alle negoziazioni del CAFTA-DR presero parte inizialmente gli Stati Uniti e alcuni tra i Paesi dell'America centrale, in particolare Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua, essendo la Repubblica Dominicana intervenuta nelle trattative per la sua adozione solo nel 2004, pressoché a ridosso dell'approvazione del testo finale. Alla firma del CAFTA-DR si addivenne infatti il 28 maggio 2004; l'Accordo è entrato in vigore per El Salvador il 1° marzo 2006, per Honduras e Nicaragua il 1° aprile 2006 e per il Guatemala il 1° luglio 2006. Il 1° marzo 2007 l'Accordo è entrato in vigore per la Repubblica Dominicana. In Costa Rica si tennero delle apposite consultazioni referendarie con esito favorevole alla partecipazione all'Accordo, entrato 1° gennaio 2009. Informazioni reperibili sul sito web [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org). Si veda, inoltre, sul punto K.A. ELLIOT, *Labor standards, development and CAFTA*, in *International Economics Policy Briefs*, Washington DC, 2004.

<sup>6</sup> Cfr., in proposito, C. RIBANDO, *DR-CAFTA: Regional Issues, CRS Report for Congress, US Department of State*, Washington DC, 2005.

<sup>7</sup> È bene tuttavia sottolineare ulteriormente come gli interessi che mossero gli USA si discostassero da quelli perseguiti dalle altre parti mediante l'Accordo: è questo il caso, ad esempio, del Guatemala, per il quale il CAFTA-DR ha rivestito e riveste un ruolo di preminenza nelle sue relazioni commerciali esterne, sia in termini di importazioni che di esportazioni, sebbene di certo tale Stato non figuri a sua volta tra i maggiori partners commerciali del colosso nordamericano. Per cogliere appieno la portata dell'Accordo in termini monetari,

Peraltro, se si procede ad una rapida scorsa delle disposizioni in materia di lavoro contenute nel capitolo XVI del CAFTA-DR, appare evidente come le stesse rappresentino per lo più il risultato di un ampio compromesso. Per cui, più in generale, sarebbe necessario stabilire se ed in quale misura simili disposizioni, integranti per l'appunto altrettante "clausole sociali"<sup>8</sup>, possano rivelarsi in concreto idonee a garantire l'effettività dei principi propugnati, al di là di talune considerazioni di natura politica per le quali rivestirebbero invece un valore meramente simbolico<sup>9</sup>.

La cartina di tornasole del grado di effettività di cui le norme in parola sono dotate può essere certamente rappresentata dalla prassi relativa alla loro interpretazione e applicazione negli ordinamenti interni; alcune evidenti criticità in proposito sono individuabili, ad esempio, nel sistema di tutela predisposto a garanzia delle libertà di associazione e contrattazione collettiva in Paesi in cui notoriamente vi è una situazione di sistematica e protratta violazione dei diritti fondamentali dei lavoratori. Tale delicata questione è stata recentemente affrontata da un *panel* istituito nell'ambito del meccanismo di soluzione delle controversie ai sensi del capitolo XX del CAFTA-DR. Si tratta, peraltro, del primo e finora unico procedimento in materia di lavoro promosso nel quadro giuridico di un accordo di libero scambio a portata regionale, qual è lo strumento in esame.

Orbene, la potenziale incisività del vantaggio comparato causato da talune condotte delle parti tese a contenere il costo della manodopera e, perciò, integranti fenomeni di *dumping sociale*<sup>10</sup>, merita in questa sede un'attenta valutazione; ciò, sia per il rilievo scientifico che il dibattito relativo alla condizionalità sociale riveste, sia per la pregnanza delle

---

basti considerare che secondo le stime effettuate a monte dal competente ufficio esecutivo del presidente degli Stati Uniti il volume d'affari complessivo dei traffici commerciali tra gli Stati Uniti e i soli quattro Paesi centramericani che dal principio presero parte alla negoziazione del CAFTA-DR (fatta eccezione, dunque, per Costa Rica e Repubblica Domenicana) si aggirava nel 2003 attorno ai 15 milioni e mezzo di dollari americani per anno; cfr. Office of the United States Trade Representative, *U.S. & Central American Countries Conclude Historic Free Trade Agreement*, Washington DC, 2003, reperibile sul sito [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov), nonché i dati statistici messi a disposizione sull'apposita piattaforma web dell'Organizzazione mondiale del commercio, *WTO International Trade and Market Access Data*, reperibili sul sito [www.wto.org](http://www.wto.org). Si veda inoltre, K.A. ELLIOT, *op. cit.*

<sup>8</sup> Per una definizione più precisa di tale locuzione, si rinvia al paragrafo successivo.

<sup>9</sup> Di questo avviso, G. VAN ROOZENDAAL, *op. cit.*, 18-33.

<sup>10</sup> I processi di liberalizzazione degli scambi e degli investimenti, sempre più estesi su scala globale, hanno infatti sinora prodotto preoccupanti fenomeni di *dumping sociale*, consistenti cioè in una sorta di corsa al ribasso – *race to the bottom* – nella tutela dei diritti dei lavoratori, cui si collega un marcato aumento delle disuguaglianze sociali; per cui, appare ormai acclarata l'incidenza degli scambi commerciali, dei trasferimenti di capitale e dei flussi migratori sull'aumento delle disuguaglianze nei redditi e sull'emersione di nuove aree di povertà nei paesi avanzati. Cit. A. PERULLI, *Sostenibilità, diritti sociali e commercio internazionale: la prospettiva del Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 115/2015, 5.

questioni di ordine pratico sollevate dall'operatività in concreto delle clausole sociali nei FTAs.

Contribuisce a dotare la vicenda di un ulteriore margine di interesse la sempre meno convincente efficacia dei rimedi predisposti in ambito commerciale a garanzia di valori di vitale importanza, quali i diritti fondamentali dell'individuo e, segnatamente, del lavoratore in aree geografiche "critiche" sotto questo punto di vista.

In tale prospettiva, è certamente possibile formulare ipotesi relative, più in generale, alle politiche commerciali a cui in futuro le parti decideranno di dare seguito; dette riflessioni non potranno prescindere dalla constatazione di un diffuso senso di insoddisfazione dovuto alla difficile azionabilità delle clausole sociali di cui finora hanno dotato detti accordi, nonché al dilagare di allarmanti fenomeni di abuso ai danni dei lavoratori a cui talvolta le autorità locali non sembrano sapere (e volere) far fronte.

2. Spesso l'instaurazione di relazioni economiche a carattere transfrontaliero comporta l'insorgere di problematiche legate alle profonde diversità che le singole culture (giuridiche e non) poste in contatto presentano; conseguentemente, a causa degli squilibri tra i livelli di tutela di volta in volta garantiti, sovente si verifica un deterioramento di quegli stessi *standards* e quindi un peggioramento generalizzato delle condizioni di lavoro nei settori produttivi destinati alle esportazioni.

Ciò poiché, con particolare riferimento alle economie dei Paesi in via di sviluppo (di seguito PVS), il basso costo della manodopera, specie se non qualificata, comporta uno dei pochi vantaggi comparati su cui tali Stati possono fare affidamento per fronteggiare le sfide del libero scambio; vantaggio questo che ad avviso dei PVS, da sempre fortemente contrari alla previsione di "clausole sociali" nella disciplina delle relazioni economiche a ogni livello, andrebbe di pari passo con il diverso grado di sviluppo di ciascun Paese e sarebbe comunque destinato a venir meno in maniera automatica con la loro emancipazione economica<sup>11</sup>.

Tale problematica emerge in maniera lampante con riguardo alle difficoltà riscontrate nel tentativo di includere una clausola sociale nel quadro giuridico facente capo al sistema multilaterale dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)<sup>12</sup>, ove le differenze tra i membri certamente

---

<sup>11</sup> Cit. A. GIANANTI, *op. cit.*, 212 ss.

<sup>12</sup> Per una ricostruzione del riferito quadro giuridico si vedano, tra gli altri, P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1994, S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016, C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016, M. HERDEGEN, *Principles of International Economic Law*, Oxford, II ed., 2016, D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique*, Paris, VI ed., 2017, S. LESTER, B. MERCURIO, A. DAVIES, *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, Oxford, III ed., 2018.

umentano in maniera esponenziale e si acquiscono man mano che le interrelazioni si intensificano; ne sia un esempio la proposta avanzata nel 1994 dal Parlamento europeo circa la riformulazione della lett. e) dell'art. XX del General Agreement on Tariffs and Trade (GATT): tale proposta mirava a prevedere l'inclusione del lavoro forzato, del lavoro infantile e delle violazioni del diritto di associazione e/o di contrattazione collettiva nella gamma di eccezioni di cui alla disposizione in esame<sup>13</sup>.

La ragione che ha spinto ad inaugurare la prassi dell'inserimento delle clausole sociali negli accordi di libero scambio conclusi a livello regionale e bilaterale (accordi di libero scambio o FTAs di seconda generazione o anche di nuova generazione) dev'essere perciò ricercata nel disaccordo registrato tra i membri, in special modo tra i PVS, sull'argomento; ciò, lo si ribadisce, con la conseguenza che a fronte dell'appurata impossibilità di trovare una soluzione sul piano multilaterale, si è preferito perseguire quelle medesime finalità in altri contesti<sup>14</sup>.

La previsione di clausole sociali in una lunga serie di trattati regionali e bilaterali conclusi dagli USA conferma, infatti, questo approccio; solo per citare alcuni esempi, può farsi riferimento al NAALC (*North American Agreement on Labor Cooperation*), l'Accordo di cooperazione sul lavoro parallelo al NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), allo stesso CAFTA-DR, nonché ai numerosi FTAs bilaterali finora conclusi.

Nel primo caso, le preoccupazioni manifestate dai democratici durante le negoziazioni del NAFTA circa gli *standards* di tutela dei lavoratori (e dell'ambiente) garantiti in Messico trovarono in parte conforto nell'elaborazione dei c.d. "*side-agreements*", uno dei quali è costituito, per l'appunto, dal NAALC<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Il riferimento è correlato al regime di eccezioni generali rispetto al divieto di porre restrizioni al commercio di beni di cui all'art. XX del GATT, quale Accordo multilaterale costituente parte integrante del quadro giuridico OMC. L'ipotesi eccezzuativa ai sensi della lett. e) di cui si dice è destinata ad operare in relazione ai prodotti realizzati mediante l'impiego di manodopera di individui detenuti. In relazione alla proposta del Parlamento europeo, cfr. *European Parliament Resolution on the introduction of a social clause in the unilateral and multilateral trading system. European Parliament Doc.A3-0007/94. 9 Feb. 1994.*

<sup>14</sup> Si veda più diffusamente sul punto, M.R. MAURO, *op. cit.*, 217 ss.

<sup>15</sup> Tale strumento ha tuttavia lasciato insoddisfatte talune pretese dei sindacati, la cui influenza sulla classe politica statunitense ha portato nel tempo all'adozione di alcuni appositi provvedimenti destinati a porvi rimedio mediante una procedura legislativa "accelerata" denominata *fast track legislation*. Detta procedura attribuisce al Presidente la facoltà di sottoporre al Congresso provvedimenti non ulteriormente emendabili in materia commerciale: a questo limite è fatta corrispondere la possibilità per i suoi membri di votarvi a favore o contro. Per quanto riguarda il disaccordo manifestato della componente repubblicana in Congresso circa l'opportunità di conciliare la liberalizzazione del commercio con i *labour issues*, va segnalato il fallimento nel 1997 del tentativo dell'Amministrazione Clinton di rinnovare la *fast track legislation*. Si veda sul punto I.M. DESTLER, *American trade politics*, Institute for International Economics, Washington DC, IV ed., 2005, 253-271.

Con i FTAs di nuova generazione peraltro si è assistito a un'ulteriore evoluzione in punto di obblighi assunti dalle parti con la stipula di accordi commerciali; si è passati da una prospettiva in cui gli Stati dichiaravano genericamente di sforzarsi di assicurare – “*strive to ensure*” – il rispetto dei *core labour standards*, al più impegnativo e preciso obbligo di adottare e mantenere legislazioni con essi compatibili, all'uopo prevedendo sanzioni commerciali in caso di violazioni<sup>16</sup>.

Con specifico riferimento, dunque, agli accordi di libero scambio, l'espressione “clausola sociale” indica una norma dedicata ai diritti sociali fondamentali che gli Stati e, di riflesso, le imprese si impegnano a rispettare<sup>17</sup> e che consente, per l'appunto, l'ingresso in detti accordi dei diritti fondamentali dell'individuo e tra questi, dei “*core labour standards*”<sup>18</sup>.

Per circoscrivere il perimetro dei diritti fondamentali a cui tale espressione si riferisce, bisogna avere riguardo alle quattro categorie di diritti individuate dalla Dichiarazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) sui principi e i diritti fondamentali del lavoro del 1998; i *core labour standards* sarebbero perciò identificabili, rispettivamente, nella libertà di associazione e nel correlato diritto di contrattazione collettiva, nell'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato, nell'abolizione del lavoro infantile e nell'eliminazione delle discriminazioni in materia di impiego e occupazione<sup>19</sup>.

La peculiarità della Dichiarazione del '98 risiede proprio nell'esplicita previsione dell'impegno dei membri dell'Organizzazione al rispetto, alla promozione e alla realizzazione dei principi concernenti i *core labour standards* contenuti nelle otto Convenzioni fondamentali, in buona fede e

---

<sup>16</sup> Cit. A. PERULLI, *op.cit.*, 13.

<sup>17</sup> Cit. A. GIANANTI, *op. cit.*, 212 ss.

<sup>18</sup> Tali diritti costituirebbero la precondizione per l'esercizio di tutti gli altri diritti dei lavoratori e dunque il miglioramento delle condizioni di lavoro individuali e collettive; cit. *Ibidem*; cfr. inoltre sul punto, C. BLENGINO, *La dimensione sociale del commercio internazionale*, in G. PORRO, *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 272.

<sup>19</sup> Più nello specifico il riferimento è correlato, rispettivamente, alla Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale (la n. 87 del 9 luglio 1948); alla Convenzione sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva (la n. 98 del 1° luglio 1949); alla Convenzione sul lavoro forzato e obbligatorio (la n. 29 del 28 giugno 1930); alla Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato (la n. 105 del 25 giugno 1957); alla Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione fra manodopera maschile e femminile per un lavoro di valore uguale (la n. 100 del 29 giugno 1951); alla Convenzione sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni (la n. 111 del 25 giugno 1958); alla Convenzione sull'età minima (la n. 138 del 26 giugno 1973); alla Convenzione relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile (la n. 182 del 17 giugno 1999). Si vedano sul punto M.R. MAURO, *op. cit.*, 217 ss., e G. VAN ROOZENDAAL, *Why international financial institutions adopt labour standards. The case of The European Investment Bank*, in *Studia Diplomatica*, 2012, n. 2, 59-77.

conformemente alla Costituzione dell'ente, anche a prescindere dalla circostanza che le abbiano ratificate o meno<sup>20</sup>.

Tale preminenza è stata tra l'altro ribadita nella più recente Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta adottata nell'ambito della Conferenza internazionale del lavoro dell'OIL del 2008, la quale sottolinea l'importanza del perseguimento di uno sviluppo sostenibile, che tenga in debito conto altresì la dimensione sociale del fenomeno della globalizzazione, in modo tale da garantire un'equa distribuzione delle opportunità di lavoro e di crescita tra la popolazione mondiale.

Resta allora da verificare se e in che misura sul piano regionale e bilaterale gli Stati abbiano dato corso agli intenti così enunciati, anche attraverso la disamina del caso specifico di seguito proposto, al fine di valutare l'effettività delle previsioni integranti i contenuti tipici di una clausola sociale, nonché allo scopo di accertarne l'azionabilità in concreto<sup>21</sup>.

3. Già agli inizi degli anni 2000, quando per la prima volta venne vagliata l'ipotesi di concludere un accordo regionale di libero scambio della portata del CAFTA-DR, si resero evidenti le ripercussioni di ordine politico ed economico che un simile strumento avrebbe comportato; l'ampio e acceso dibattito circa l'inserimento di una clausola sociale che consentisse l'ingresso dei *core labour standards* nell'Accordo venne, tra l'altro, ad esistere nell'immediato e si protrasse per tutta la durata delle negoziazioni, rispecchiando le contrapposte posizioni registrate in proposito in seno al Congresso degli Stati Uniti<sup>22</sup>.

Le ragioni poste a fondamento di tale dibattito non furono certo accolte come inedite nel contesto delle relazioni economiche in cui l'Accordo andava a calarsi, specie se si considera la correlazione tra la liberalizzazione

---

<sup>20</sup> Nello specifico, il par. 2 della Dichiarazione solennemente statuisce che «tutti i Membri, anche qualora non abbiano ratificato le Convenzioni in questione, hanno un obbligo, derivante dalla loro stessa appartenenza all'Organizzazione, di rispettare, promuovere e realizzare, in buona fede e conformemente alla Costituzione, i principi riguardanti i diritti fondamentali che sono oggetto di tali Convenzioni: (a) libertà di associazione e riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva; (b) eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio; (c) abolizione effettiva del lavoro minorile; (d) eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione». Testo della Dichiarazione reperibile sul sito web [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>21</sup> La proposta di introdurre una clausola sociale negli accordi commerciali da tempo costituisce oggetto di ampio interesse e trattazione da parte della dottrina; si vedano in proposito, tra gli altri, C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, 121 ss., e L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio justo y derechos sociales: la condicionalidad social en el comercio internacional*, Madrid, 2002.

<sup>22</sup> Circa l'acceso dibattito registrato a tal proposito tra gli esponenti del Partito democratico, da un lato e del Partito repubblicano dall'altro, cfr. più diffusamente G. VAN ROOZENDAAL, *The Diffusion*, cit., 18-33.

degli scambi e la garanzia di taluni diritti che sovente caratterizza gli strumenti convenzionali di nuova generazione.

Siffatta circostanza emerge in maniera lampante ove si osservi, ad esempio, come l'argomento delle violazioni dei diritti dei lavoratori perpetrate dal Guatemala da sempre rappresenti un nodo cruciale nei rapporti commerciali con gli Stati Uniti. Peraltro, già da tempo la normativa USA prevedeva l'applicazione nei confronti di determinati Paesi di un sistema di preferenze generalizzate<sup>23</sup> in virtù del quale la fruizione di determinati benefici risulta subordinata, tra l'altro, al rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori internazionalmente riconosciuti<sup>24</sup>.

Sebbene quindi la conclusione del CAFTA-DR avrebbe dovuto rappresentare per le parti un ulteriore incentivo per la diffusione di *standards* sociali e lavorativi più elevati e generalmente condivisi, dette considerazioni di opportunità hanno dovuto fare i conti in concreto con la radicata precarietà degli strumenti di tutela che accomuna alcuni tra gli ordinamenti centroamericani.

Tanto premesso, il capitolo XVI dell'Accordo esordisce con il rinnovo dell'impegno delle parti al rispetto dei principi sanciti nella Dichiarazione dell'OIL del 1998, con la specifica previsione degli *standard* essenziali di tutela all'art. 16.8; la peculiarità nella formulazione delle corrispondenti statuizioni risiede nell'aggiunta, subito dopo i quattro *core labour standards*, di un'ulteriore disposizione voluta principalmente dagli Stati Uniti, circa la

---

<sup>23</sup> Il sistema di preferenze generalizzate adottato dagli Stati Uniti (*The US Generalized System of Preferences Program – US GSP Program*) prevede una serie di agevolazioni fiscali, in particolare sui dazi relativi ai prodotti importati da circa 130 *partners* beneficiari, tra Stati e altri territori, molti dei quali ascrivibili, tra l'altro, alla categoria dei Paesi meno avanzati (PMA); il predetto sistema è stato introdotto con il *Trade Act* del 1974 (Titolo V) ed è in vigore dal 1976, in quanto soggetto a rinnovo periodico su approvazione del Congresso. Il *Trade and Tariff Act* del 1984, in particolare, ha provveduto a individuare i casi nei quali la condotta di un partner ritenuta sleale può essere perseguita. Cfr. D.R. WEBSTER, C.P. BUSSERT, *Revised Generalized System of Preferences: Instant Replay or a Real Change*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1985, n. 4. Per un approfondimento sull'*US GSP Program*, v. più diffusamente *Generalized System of Preferences Handbook on The Scheme of the United States of America, United Nations Conference on Trade and Development*, New York, 2010. Per gli aggiornamenti relativi ai sistemi vigenti e ai Paesi interessati, v. la sezione *Trade Policy Developments* del sito web [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org).

<sup>24</sup> Cfr. in proposito L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, 145. Per una visione di massima circa le ripercussioni positive in termini di adeguamento delle politiche sociali, dovuto alle pressioni generate dalla vigenza di un siffatto sistema, cfr. W.A. DOUGLAS, J.P. FERGUSON, E. KLETT, *An effective confluence of forces in support of workers' rights: ILO standards, US trade laws, unions, and NGOs*, in *Human Rights Quarterly*, 2004, 273-299. Per una panoramica d'insieme sull'operatività in concreto dei sistemi di preferenze generalizzate, cfr. inoltre, G. SHAFFER, Y. APEA, *Institutional Choice in the General System of Preferences Case: Who Decides the Conditions for Trade Preferences? The Law and Politics of Rights*, in *Journal of World Trade*, 2005, 977-1008.

necessità per le parti di garantire comunque condizioni di lavoro accettabili (art. 16.8, lett. e)<sup>25</sup>.

Ai riferiti obblighi, si aggiunge l'ulteriore impegno delle parti, contenuto nell'accennato art. 16.2.1, lett. a), di assicurare il rispetto delle relative legislazioni in materia di lavoro, astenendosi dal tenere condotte, anche omissive, che si risolvano in una reiterata e protratta violazione del corrispondente onere, con conseguente incidenza negativa sulle relazioni commerciali reciproche e, più in generale, sulla concreta attuazione dello scopo principale del CAFTA-DR.

Segue l'esplicito riconoscimento del carattere inappropriato di politiche nazionali volte all'incentivazione degli scambi e degli investimenti basate, in particolare, sulla riduzione e sull'indebolimento delle garanzie approntate a tutela dei lavoratori. Tali sarebbero, segnatamente, quelle condotte delle parti che si risolvano in una corsa al ribasso dei costi sociali, integranti cioè gli estremi del *dumping sociale*<sup>26</sup>.

I processi di liberalizzazione degli scambi e degli investimenti hanno infatti sinora prodotto preoccupanti fenomeni deterioramento delle condizioni dei lavoratori causati dalle politiche adottate dagli Stati al fine di diminuire i costi sociali sottesi ai processi produttivi, in maniera tale da attrarre investimenti e garantire una maggiore competitività delle merci esportate<sup>27</sup>.

Sarà dunque possibile qualificare come contraria alle previsioni in materia di lavoro di cui al capitolo XVI dell'Accordo, qualsiasi condotta che corrisponda all'incapacità dello Stato di garantire l'effettività di quegli stessi diritti mediante la predisposizione di un quadro giuridico interno adeguato, che sia tale cioè da impedirne la violazione da parte dei consociati; ulteriore presupposto è rappresentato dalla circostanza che l'eventuale inosservanza della disciplina adottata dovrà essere tale da incidere sui settori produttivi destinati alle esportazioni, poiché in grado di porre ingiustamente le altre

---

<sup>25</sup> Il riferimento concerne, in particolare, i livelli salariali minimi, gli orari di lavoro, nonché le condizioni di salute e sicurezza sul lavoro: ciò, tuttavia, senza pregiudizio per la discrezionalità delle singole parti nella determinazione di soglie minime di retribuzione, tanto essendo stabilito dal par. 2 dell'art. 16.8, in virtù del quale: «For greater certainty, the setting of standards and levels in respect of minimum wages by each Party shall not be subject to obligations under this Chapter. Each Party's obligations under this Chapter pertain to enforcing the level of the general minimum wage established by that Party». Non figura, tuttavia, alcun cenno al principio di non discriminazione, presente invece nell'*US Trade Act* del 2002 da cui la previsione trae origine. Il testo dell'Accordo è reperibile all'indirizzo [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org), mentre l'*US Trade Act* 2002 sul sito web: [www.gpo.gov](http://www.gpo.gov).

<sup>26</sup> Per una panoramica completa del fenomeno si veda S. LESTER, B.K. MERCURIO, A. DAVIES, *op. cit.*, 513 ss.

<sup>27</sup> In tal senso, M.R. MAURO, *op. cit.*, 217 ss., e A. PERULLI, *op. cit.*, 5.

parti in una situazione di svantaggio in termini di competitività (incidendo in particolare modo, sul fattore produttivo della manodopera)<sup>28</sup>.

Al fine di rendere effettiva l'attuazione delle statuizioni in analisi è prevista l'introduzione nei rispettivi ordinamenti nazionali di strumenti di monitoraggio che consentano ai singoli di sottoporre comunicazioni individuali vertenti su problematiche concernenti il lavoro; tuttavia, all'accertamento di eventuali condotte lesive poste in essere dallo Stato "convenuto" non dovrà necessariamente farsi corrispondere l'obbligo di quest'ultimo di adottare misure effettive per porvi rimedio.

Più nello specifico, l'Accordo stabilisce che ciascuna parte dovrà designare nell'ambito delle competenti autorità governative un ufficio che possa fungere da punto di contatto con le altre parti dell'Accordo e con il pubblico e che sia in grado, altresì, di assolvere alla funzione di coordinamento delle politiche in materia di lavoro, a tal fine tenendo conto degli orientamenti elaborati da un apposito Consiglio<sup>29</sup>.

Ciò in sostanza significa che è lasciata alla discrezionalità degli Stati la scelta in ordine all'opportunità dell'introduzione di una procedura di ricorsi individuali, ben potendo tale obbligo essere assolto attraverso la generica previsione di un punto di contatto con il pubblico, incaricato di ricevere le comunicazioni individuali, senza che a tal fine sia necessario stabilire meccanismi di implementazione dotati di un maggiore grado di incisività.

Degna di nota, inoltre, la circostanza per cui l'art. 16.6.7 subordina la possibilità di accedere al meccanismo di soluzione delle controversie disciplinato nel CAFTA-DR all'accertamento dell'avvenuta violazione del precetto di cui all'art. 16.2.1, lett. a), senza che a tal fine possano rilevare condotte inquadrabili in ulteriori disposizioni dell'Accordo<sup>30</sup>.

Conseguentemente, l'effettiva inflizione di una sanzione pecuniaria nei confronti dello Stato inadempiente potrà derivare unicamente dall'acclarata inadeguatezza della legislazione interna in termini di garanzie per i lavoratori, segnatamente a discapito della manodopera impiegata nei settori produttivi destinati alle esportazioni verso le altre parti contraenti; a tal fine,

---

<sup>28</sup> Cfr. in proposito quanto osservato in dottrina circa la carenza di persuasività delle riferite previsioni così come risultanti dalla corrispondente formulazione, con specifico riferimento all'enfaticizzazione della necessità per le parti di garantire il rispetto delle relative legislazioni interne: tale enfasi sortirebbe, invero, l'effetto contrario, data la scarsa propensione dei singoli Stati di rafforzare le rispettive discipline in termini di effettività. Di questo avviso, K.A. ELLIOT, *op. cit.*

<sup>29</sup> L'art. 16.4 dell'Accordo stabilisce infatti: «The Parties hereby establish a Labor Affairs Council, comprising cabinet-level or equivalent representatives of the Parties, or their designees (...). The Council shall meet within the first year after the date of entry into force of this Agreement and thereafter as often as it considers necessary to oversee the implementation of and review progress under this Chapter (...).»

<sup>30</sup> Espressamente prevedendo: «No Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for any matter arising under any provision of this Chapter other than Article 16.2.1(a).»

occorre segnalare come le disposizioni di cui al capitolo XX stabiliscano una soglia massima su base annuale entro la quale eventuali sanzioni dovranno essere contenute, nello specifico ammontante a 15 milioni di dollari americani da devolvere ad un fondo specializzato a sostegno di progetti volti alla promozione di politiche sociali all'avanguardia<sup>31</sup>.

Da limitazioni quantitative di tal fatta potrebbero farsi discendere considerazioni di un certo spessore pratico laddove si rilevi, viceversa, la mancata previsione di un tetto massimo per le sanzioni irrogabili all'esito di controversie di natura prettamente commerciale<sup>32</sup>; sarà legittimo chiedersi, allora, se l'inserimento nel CAFTA-DR di un capitolo in materia di lavoro sia stato realmente guidato dal perseguimento di finalità garantistiche, ovvero dalla mera necessità di ottenere il consenso politico indispensabile per la sua adozione<sup>33</sup>.

4. Il procedimento promosso su iniziativa degli Stati Uniti nei confronti del Guatemala ai sensi del CAFTA-DR rappresenta il primo caso in cui questioni giuridiche di rilievo lavoristico vengono sottoposte ad un *panel* di esperti istituito nell'ambito di un accordo di libero scambio.

La controversia trae origine da un'azione promossa nel 2010, mediante denuncia formale relativa alla sussistenza di un'inaccettabile situazione di reiterata e protratta violazione dei diritti dei lavoratori in Guatemala; la situazione descritta avrebbe causato, ad avviso degli Stati Uniti, squilibri nei rapporti commerciali tra le parti, incompatibilmente dunque con gli obblighi assunti dal Guatemala in virtù del capitolo XVI dell'Accordo in questione<sup>34</sup>. In particolare, le violazioni riguardavano la mancata garanzia del diritto di associazione sindacale e di contrattazione collettiva, causate da condotte discriminatorie poste in essere ai danni dei sindacalisti; siffatto rilievo trovava conferma nell'incapacità delle autorità guatemalteche competenti di garantire delle politiche sociali adeguate, tale precarietà essendo resa evidente dalle costanti e reiterate segnalazioni di abusi provenienti dai sindacati locali e statunitensi<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> L'art. 20.17.2, infatti, statuisce in proposito: «The panel shall determine the amount of the monetary assessment in U.S. dollars (...) The amount of the assessment shall not exceed 15 million U.S. dollars annually, adjusted for inflation as specified in Annex 20.17».

<sup>32</sup> Cfr. sul punto M.J. BOLLE, *op. cit.*

<sup>33</sup> Di questo avviso, G. VAN ROOZENDAAL, *The Diffusion*, cit., 24.

<sup>34</sup> Così, *Targeting Guatemala, US Launches First-Ever Labour Rights Dispute Under an FTA*, in *Bridges*, Volume XIV, N. 29, 4 agosto 2010, articolo reperibile all'indirizzo: [www.ictsd.org](http://www.ictsd.org).

<sup>35</sup> Cfr. in proposito, *Trade Dispute Panel Issues Ruling in US-Guatemala Labour Law Case, RTA DISPUTE SETTLEMENT*, in *Bridges*, 6 luglio 2017, reperibile sul sito [www.ictsd.org](http://www.ictsd.org); L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *Wrong Turn for Workers' Rights: The U.S.-Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling – And What To Do About It*, *International Labor Rights Forum*, Washington DC, marzo 2018, versione abbreviata e annotata del rapporto del 14 luglio 2017 del *Panel* di esperti istituito ai sensi del CAFTA-DR. Documento

Con una lettera formale del 9 agosto 2011 indirizzata al Ministro dell'economia del Guatemala, le autorità statunitensi competenti<sup>36</sup> chiedevano, quindi, l'istituzione di un *panel* ai sensi dell'art. 20.6.1 dell'Accordo, al fine di accertare l'avvenuta violazione degli obblighi di cui all'art 16.2.1, lett. *a*; la riferita disposizione, utilizzando una formulazione in negativo del relativo precetto, sancisce infatti in capo alle parti dell'Accordo l'obbligo di garantire l'effettiva garanzia dei diritti dei lavoratori<sup>37</sup>, con conseguente divieto di porre in essere condotte, anche omissive, generanti effetti distorsivi sulle relazioni commerciali reciproche, tali quindi da vanificarne lo scopo di liberalizzazione economica.

È dunque azionando la disciplina prevista dal capitolo XVI del CAFTA-DR e facendo riferimento, in particolare all'art. 16.2.1, lett. *a*), disposizione dai connotati tipici di una clausola sociale, che in concreto gli USA hanno posto in evidenza le criticità insite in quel sistema, lamentando un'illegitima "race to the bottom"<sup>38</sup> nella tutela dei *core labour standards* e tra questi, segnatamente, della libertà di associazione e di contrattazione collettiva, nonché nella mancata garanzia di condizioni di lavoro accettabili; indispensabile, a tal scopo, quell'approccio garantista che spesso caratterizza gli accordi di questo tipo, conseguito ponendo il commercio transfrontaliero in relazione diretta con la salvaguardia dei diritti fondamentali dei lavoratori<sup>39</sup>.

---

reperibile su [www.laborrights.org](http://www.laborrights.org). P. PAIEMENT, *Leveraging Trade Agreements for Labor Law Enforcement: Drawing Lessons from the US-Guatemala CAFTA Dispute*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2018, 675-692.

<sup>36</sup> Tali competenze essendo attribuite dalle parti agli organi che esse ritengano più appropriati, da designarsi nell'ambito della compagine ministeriale, ai sensi dell'art. 16.3; il tenore letterale della disposizione è infatti il seguente: «Each Party shall designate an office within its labor ministry that shall serve as a contact point with the other Parties, and with the public, for purposes of carrying out the work of the Council, including coordination of the Labor Cooperation and Capacity Building Mechanism». Si veda in maniera più approfondita sul punto quanto esposto nel successivo paragrafo 3.

<sup>37</sup> Il tenore della richiamata disposizione, rubricata, per l'appunto, Enforcement Of Labor Laws, è il seguente: «(a) A Party shall not fail to effectively enforce its labor laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement». Testo dell'Accordo consultabile sul sito [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org).

<sup>38</sup> Il riferimento è correlato ai preoccupanti fenomeni di *dumping sociale*, che generalmente si manifestano in una minore tutela dei diritti dei lavoratori, a cui si collega un marcato aumento delle disuguaglianze sociali. Per taluni Paesi, infatti, il costo del lavoro costituisce uno dei più importanti vantaggi comparati per competere sul mercato globale. Di questo avviso, A. PERULLI, *Sostenibilità, diritti sociali e commercio internazionale: la prospettiva del Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 115/2015, 5.

<sup>39</sup> Cfr. sul punto, A. GIANSAANTI, *op.cit.*, 207 ss.; M. R. MAURO, *Labour Standards, commercio internazionale e investimenti stranieri: la tutela di interessi (in)compatibili nel diritto internazionale*, in M. B. DELI, M. R. MAURO, F. PERNAZZA, F. P. TRAISCI, *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Napoli, 2012, 217 ss.

La situazione del sistema giuslavoristico guatemalteco era già stata denunciata, nel 2008, dall'American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (a cui ci si suole riferire con l'acronimo AFL-CIO)<sup>40</sup> e da altri sei sindacati guatemaltechi, i quali asserivano la violazione della disciplina di cui al capitolo XVI concernente, in particolar modo, il riconoscimento dei fenomeni di associazionismo sindacale e del correlato diritto di contrattazione collettiva. Veniva altresì segnalato il preoccupante aumento degli episodi di violenza perpetrata ai danni dei sindacalisti<sup>41</sup>.

Dopo aver preso formalmente in carico la questione, l'Ufficio per gli affari in materia di lavoro presso il Dipartimento del lavoro degli USA (Office of Trade and Labor Affairs, OTLA), quale articolazione del governo federale competente<sup>42</sup>, diede avvio nel mese di giugno dello stesso anno a un procedimento di revisione semestrale delle politiche del Guatemala<sup>43</sup>. All'esito della procedura fu emesso un rapporto, nel quale l'OTLA rilevò la sussistenza di "lacune significative e sistemiche" nella disciplina lavoristica guatemalteca e di considerevoli criticità in fase di concreta attuazione, con particolare riferimento a episodi in cui agli ispettori del lavoro era stato addirittura negato l'accesso ai siti produttivi, nonché alle difficoltà riscontrate nell'esecuzione di provvedimenti giudiziari contenenti ordini di reintegrazione o, ancora, in relazione all'erogazione di stipendi arretrati.

È proprio intorno a tali due ordini di censure che il contenzioso successivamente instaurato risulterà argomentato, afferendo, con particolare riferimento al primo profilo, alla disamina di otto casi di presunta inattuazione da parte dei datori di lavoro/imprenditori degli ordini di reintegrazione di 76 lavoratori ingiustamente licenziati a causa del loro attivismo sindacale<sup>44</sup>. Acclarata l'incapacità del Guatemala, nonostante l'impegno profuso, di ottemperare alle raccomandazioni contenute nel rapporto e stanti le ulteriori denunce nel frattempo pervenute, dopo l'esperimento infruttuoso di apposite

---

<sup>40</sup> L'American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations è il più grande "forum" sindacale degli Stati Uniti e si compone di 55 sindacati nazionali ed internazionali. Informazioni reperibili sul sito [www.aflcio.org](http://www.aflcio.org) (accesso del 25 luglio 2018).

<sup>41</sup> Cfr. sul punto l'articolo *Sindicatos guatemaltecos inician primera demanda laboral bajo el CAFTA-DR*, in *PUENTES-Breves Regionales*, 6 maggio 2008, nella parte in cui riporta le dichiarazioni rilasciate dai sindacati in proposito «El nivel de violencia contra la integridad física ha incrementado marcadamente desde que el acuerdo entró en vigor en julio del 2006. Las violaciones a la libertad de asociación y al derecho a la negociación colectiva persisten y el acceso a justos y efectivos procesos administrativos y judiciales permanece fuera del alcance de los trabajadores(...)» articolo consultabile sul sito web dell'International Centre for Trade and Sustainable Development, all'indirizzo [www.ictsd.org](http://www.ictsd.org), nonché L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *op. cit.*

<sup>42</sup> Per ulteriori informazioni, si rimanda al sito web istituzionale [www.dol.gov](http://www.dol.gov).

<sup>43</sup> Nel corso di tale procedimento le parti ricorrenti e le autorità governative locali poterono produrre tutta la documentazione integrativa del caso ed ebbero luogo altresì degli incontri ufficiali a cui parteciparono anche alcuni esponenti di categoria, tra cui rappresentanti dei lavoratori, dei datori di lavoro e, segnatamente, dei sindacalisti.

<sup>44</sup> Cit. L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *op. cit.*, 15.

procedure di consultazione, la United States Trade Representative (USTR), in rappresentanza della ricorrente americana, richiese dunque l'istituzione di un *panel* di esperti ai sensi del capitolo XX del CAFTA-DR affinché venisse accertata l'incompatibilità delle riferite condotte con l'Accordo e la loro incidenza negativa sulle relazioni commerciali tra le parti.

Il procedimento in analisi è stato caratterizzato da lungaggini e battute d'arresto, dovuti all'esperimento di tentativi di consultazione, di negoziazione dei termini per il componimento della controversia mediante la predisposizione concordata di un piano d'azione<sup>45</sup>, nonché a causa delle dimissioni di uno dei componenti del *panel* rassegnate nel bel mezzo della procedura: il tutto, con il risultato che la decisione finale è stata emessa solo il 14 giugno 2017, a distanza di ben nove anni dalle segnalazioni dei sindacati che diedero avvio al procedimento e a due anni dall'avvio la fase di trattazione orale<sup>46</sup>. A tal proposito, il rapporto finale del *panel* non prende in considerazione quanto inizialmente rilevato dall'AFL-CIO e dagli altri sindacati guatemaltechi; a ben vedere, tale circostanza spiegherebbe anche la mutata formulazione delle censure sollevate in un primo momento nei confronti della legislazione del Paese centroamericano. Originariamente, infatti, oltre all'appurata incapacità di far fronte alle sistematiche discriminazioni ai danni dei sindacalisti, si denunciava anche la mancata previsione di minimi salariali e di adeguati livelli di tutela dei lavoratori nonché, segnatamente, l'incapacità delle autorità locali di condurre indagini e quindi di perseguire penalmente gli autori di eventuali atti di violenza<sup>47</sup>.

I ricorrenti hanno volutamente omesso di riferirsi ai pur segnalati casi di minaccia, violenza e uccisione degli esponenti sindacali, relegandone l'assoggettamento esclusivo alla potestà punitiva del Guatemala, escludendone l'afferenza alla disciplina lavoristica dettata dall'Accordo; ciò con il risultato che la parola "violenza" non appare nemmeno una volta nelle 299 pagine di cui il rapporto finale si compone, ritenuto tale aspetto esorbitante rispetto alle prerogative dell'organo arbitrale.

Sulla scorta di tali considerazioni, rimane incerto quale sia il valore da attribuire in concreto alle disposizioni poste a tutela dei *core labour standards* nell'ambito degli accordi di libero scambio di nuova generazione: un approccio onnicomprensivo che si fosse basato, per esempio, sulle prove

---

<sup>45</sup> Il Guatemala tuttavia non riuscì nell'adeguata implementazione dei punti essenziali del piano d'azione, il c.d. "*enforcement plan*", alla cui sottoscrizione si addivenne peraltro solo nell'aprile del 2013; vista l'incapacità delle competenti autorità guatemalteche di darvi attuazione, nel settembre 2014 l'USTR si risolse nel senso di riassumere la controversia nella procedura arbitrale pendente dinanzi al *panel*. Per la consultazione del piano d'azione, il testo integrale del relativo documento intitolato *Mutually agreed Enforcement Action Plan between the Government of United States and the Government of Guatemala* è reperibile sul sito [www.dol.gov](http://www.dol.gov).

<sup>46</sup> La quale ebbe inizio nel giugno 2015, a Guatemala City.

<sup>47</sup> Cfr., sul punto, L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *op. cit.*, 5.

fornite dai sindacati nella fase precontenziosa della vicenda, circa i numerosi episodi di violenza, avrebbe certamente comportato una formulazione più ampia delle censure mosse dagli Stati Uniti, incidendo sul perimetro del mandato del *panel* e, verosimilmente, sull'effettività del rimedio azionato<sup>48</sup>.

Altra considerazione di rilievo è quella relativa alla composizione dell'organo giudicante di cui solamente uno tra i tre membri, il canadese Chair Banks, è un esperto con competenze estese al campo del diritto del lavoro, gli altri due possedendo per lo più esperienza nel settore del commercio internazionale e nella soluzione di controversie in tale ambito<sup>49</sup>.

Non a caso, allora, la casistica citata nel rapporto fa capo quasi esclusivamente all'Organo di soluzione delle controversie dell'OMC e non anche a decisioni emesse, ad esempio, dal Comitato dell'OIL sulla libertà di associazione o dagli organi delle Nazioni Unite competenti in materia di diritti umani<sup>50</sup>.

5. Dopo aver affrontato e risolto in senso affermativo la questione sollevata dal Guatemala in punto di giurisdizione, il *panel* è passato alla disamina di ulteriori problematiche di ordine interpretativo; a tal fine gli arbitri hanno effettuato a monte, cioè prima ancora della fase orale di trattazione, una considerevole selezione degli argomenti sottoposti dalle parti e, soprattutto, da soggetti terzi (tra cui organizzazioni non governative, associazioni legali e di categoria ecc.), intervenuti durante l'espletamento della procedura.

Tale "cernita" è stata condotta per lo più sulla base del criterio della pertinenza delle considerazioni contenute nei rapporti ricevuti rispetto al *thema decidendum*, nonché guidata da una valutazione di attendibilità dei fatti rappresentati; a tal proposito, una questione di rilievo attiene alle contestazioni mosse dal Guatemala, circa la possibilità per i giudicanti di basare la propria decisione sugli esposti anonimi prodotti dalle ricorrenti

---

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> L'art. 16.7, paragrafi 1 e 2 dell'Accordo, in relazione alla composizione del *panel* stabilisce la necessità per i membri di stilare una lista di esperti a tal proposito stabilendone i requisiti e specificando: «The Parties shall establish within six months after the date of entry into force of this Agreement and maintain a roster of up to 28 individuals who are willing and able to serve as panelists in disputes arising under Article 16.2.1(a). Unless the Parties otherwise agree, up to three members of the roster shall be nationals of each Party Labor roster members shall: (a) have expertise or experience in labor law or its enforcement, international trade, or the resolution of disputes arising under international agreements; (b) be chosen strictly on the basis of objectivity, reliability, and sound judgment (...)».

<sup>50</sup> Ciò emerge in maniera lampante da una scorsa, anche veloce, della tabella dei casi citati premessa al testo del rapporto, da pagina v, in poi. Cfr. a tal proposito *Final Report of the Panel established pursuant Chapter twenty of Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement in the Matter of Guatemala – Issues Relating to the obligations under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR*, v ss. Testo integrale della decisione consultabile sul sito [www.trade.gov](http://www.trade.gov).

statunitensi e contenenti le denunce dei lavoratori locali nei confronti delle autorità ministeriali del Guatemala, ritenute incapaci di garantire il rispetto delle leggi in materia di lavoro. Sul punto, il *panel* ha ritenuto di non possedere l'autorità per impedire la produzione di siffatti documenti, redatti in forma anonima al solo scopo di tutelare i singoli denunzianti, che altrimenti sarebbero verosimilmente rimasti reticenti; ulteriori considerazioni relative al valore probatorio da attribuire alla citata documentazione sarebbero state eventualmente effettuate successivamente, nella fase di esame nel merito<sup>51</sup>.

Quanto alle eventuali ripercussioni negative della condotta del Guatemala sui rapporti commerciali tra le parti del CAFTA-DR e della conseguente ineffettività delle garanzie poste a tutela dei *core labour standards*, il *panel* ha innanzitutto analizzato l'aspetto relativo all'interpretazione letterale delle norme richiamate nel rapporto, prima fra tutte quella di cui al citato art. 16.2.1, lett. a). Proprio in relazione al tenore di quest'ultima disposizione sono sorti dubbi circa il significato ragionevolmente attribuibile a talune espressioni ivi impiegate, tra cui ad esempio quella riguardante la condotta attiva o omissiva delle parti integrante una violazione reiterata e protratta degli obblighi assunti in materia di lavoro e quella relativa alle ripercussioni negative sulle relazioni commerciali reciproche<sup>52</sup>.

Quanto alla prima questione, il rapporto finale si limita a indicare gli elementi potenzialmente integrativi di una condotta posta in essere in violazione della citata norma, individuandoli nella reiterazione di atti o omissioni dal contenuto omogeneo, ovvero nella ripetizione costante nel tempo di un comportamento tale da non lasciare dubbi circa la riconducibilità dei singoli atti ad una linea d'azione unica e coerente; di talché, nessuna violazione potrebbe farsi discendere dall'accertata sussistenza di episodi isolati, sebbene implicanti l'inosservanza del capitolo dedicato al lavoro<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Così ritenuto dal presidente dell'organo arbitrale, in base a quanto osservato nella lettera del 31 dicembre 2014. Cfr. L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *op. cit.*, 5.

<sup>52</sup> Proprio con riferimento ai dubbi di rilievo interpretativo sollevati dal rapporto in esame avendo riguardo alle corrispondenti previsioni del CAFTA-DR, nell'ambito del testo del nuovo US-Mexico-Canada Agreement (USMCA), l'Accordo di libero scambio che andrà a sostituire il NAFTA, sono state inserite delle note di precisazione circa il significato da attribuire alle espressioni "through a sustained or recurring course of action or inaction" e "in a manner affecting trade between the Parties" ivi contenute nell'articolo 23.5; di tali precisazioni si dirà anche oltre, nelle osservazioni conclusive. Il testo dell'Accordo, siglato il 30 novembre 2018, è consultabile sul sito [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov).

<sup>53</sup> Nello specifico, al par. 148 del rapporto, il *panel* accoglie la linea interpretativa offertagli in proposito dalle parti, affermando: «Regarding the term "course", we observe that the disputing Parties put forward several definitions that vary according to the context. There is common ground between them that a "course" involves connected "behavior", with Guatemala referring to a course as a "line of conduct or behavior" and the United States referring to it as "a way of acting: behavior." We agree with the disputing Parties in this respect. A "sustained or recurring course of action or inaction" must mean more than merely

A tal fine, invece, non si necessita di un'indagine volta a verificare l'intenzionalità del contegno tenuto dalla parte, a nulla rilevando la qualificazione soggettiva della condotta in termini di dolo o colpa; diversamente argomentando, si finirebbe con lo svuotare di significato l'enunciato di cui alla lett. b) della medesima disposizione, richiedendo un accertamento superfluo circa l'effettiva volontà dello Stato di far rispettare le proprie leggi in materia di lavoro.

Relegando l'ulteriore specificazione della disposizione alla soluzione del caso concreto da operarsi volta per volta, il *panel* omette di soffermarsi su altre possibili interpretazioni a essa attribuibili, di contro concentrandosi sulla seconda questione accennata, relativa all'eventuale incidenza della condotta sui rapporti commerciali tra le parti, al fine di verificare la sussistenza di tutti gli estremi di una violazione del capitolo XVI del CAFTA-DR.

L'argomento in questione si pone infatti come dirimente rispetto alla vicenda in esame, posto che bisognerà appurare se e in quale misura il mancato rispetto dei *core labour standards* di volta in volta considerati da parte del singolo datore di lavoro possa incrementare la competitività della sua impresa nei settori produttivi destinati alle esportazioni e, in generale, nei rapporti commerciali con le altre parti dell'Accordo, garantendogli nei loro confronti un vantaggio comparato di consistente entità; condizioni di questo genere possono infatti comportare delle distorsioni nelle relazioni economiche reciproche, contravvenendo dunque alla *ratio* a esso sottostante.

Sebbene, da un lato, gli Stati Uniti propendessero quindi per una lettura estensiva e perciò più favorevole della disposizione che sancisce la necessità di valutare il riferito grado di incidenza<sup>54</sup>, dall'altro, il Guatemala propugnava una concezione più rigida, evidenziando la necessità di provare

---

sustained or recurring actions or inactions. Otherwise the term "course" would be redundant. The use of the term "course" indicates that actions or instances of inaction must be connected in the way that a "line of conduct or behavior" is connected. The linkage constituting a line of conduct is manifest in sufficient similarity of behavior over time or place to indicate that the similarity is not random, but rather connected. In the context of Article 16.2.1(a) the relevant behavior is of course that of institutions responsible for enforcement of labor laws. When read together with the meanings of "sustained" and "recurring", we therefore consider a "sustained or recurring course of action or inaction" to be composed of (i) a repeated behavior which displays sufficient similarity, or (ii) prolonged behavior in which there is sufficient consistency in sustained acts or omissions as to constitute a line of connected behavior. By contrast, where there are isolated instances of conduct with no apparent link among them other than the fact that each such instance may be a failure to effectively enforce labor laws, there is no "line" and hence no "course" of action or inaction (...).

<sup>54</sup> Per un'interessante ricostruzione circa il rilievo assunto dai *labour standards* nei traffici transnazionali, si veda M.J. PIORE, *Labour Standards and Business Strategies*, in S. HERZENBERG, J. PÉREZ LOPEZ (eds.), *Labour Standards and Development in the Global Economy*, U.S. Department of Labor, Bureau of International Labor Affairs, Washington DC, 1990, 35-50.

la sussistenza di una relazione diretta tra la condotta tenuta dalle parti e gli eventuali squilibri concorrenziali causati nei mercati esteri di riferimento<sup>55</sup>.

Tale circostanza appare tanto più rilevante laddove si consideri che il *panel*, nelle sue osservazioni, ha mosso dalla premessa secondo cui l'approvazione di legislazioni lavoristiche di stampo marcatamente garantista può comportare per le imprese l'aumento dei collegati costi di produzione; ciò, con conseguente pregiudizio in termini di competitività delle merci nei mercati di esportazione.

Di contro, il mancato rispetto degli *standard* minimi di tutela solleverebbe i datori di lavoro da taluni costi e rischi derivanti, ad esempio, dall'introduzione di livelli salariali minimi, dalla previsione di un trattamento economico adeguato degli straordinari, dall'acquisto di attrezzature idonee a garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori, dalla garanzia della libertà sindacale e di contrattazione collettiva ecc.<sup>56</sup>.

L'indagine condotta dal *panel* appare, perciò, caratterizzata da un approccio prettamente pragmatico alle problematiche che affliggono il sistema giuslavoristico del Guatemala, attraverso un accertamento volto alla verifica della sussistenza di determinate circostanze ovvero dell'operatività delle imprese coinvolte nei mercati esteri interessati dall'Accordo, degli effetti della violazione degli *standard* fondamentali di tutela e, infine, della loro sufficiente consistenza in termini di incidenza sulle relazioni commerciali tra le parti.

Dal tenore delle osservazioni poc'anzi esposte, tutte ruotanti attorno alla premessa fondamentale per cui la garanzia dei diritti dei lavoratori rappresenterebbe comunque un costo, è possibile evincere la chiave di lettura eminentemente economica che ne caratterizza l'interpretazione del *panel*, rispecchiando le competenze tecniche dei suoi componenti, a discapito di valori che invece esulano dai rispettivi settori di interesse<sup>57</sup>.

Come anticipato, il rapporto è argomentato essenzialmente sulla scorta di due principali ordini di censure mosse dagli Stati Uniti in relazione agli obblighi assunti dal Guatemala in materia di lavoro: *in primis* con riferimento all'inefficienza del sistema guatemalteco nel garantire l'attuazione, anche coattiva, dei provvedimenti emessi dai giudici del lavoro e, in secondo luogo, in relazione all'esercizio di un efficace potere di ispezione nei siti produttivi, con la conseguente eventuale irrogazione di sanzioni. Tale accertamento è stato volutamente condotto dal *panel* con esclusivo riguardo ai casi specifici sottoposti dall'USTR, a nulla essendo valse le ulteriori allegazioni pervenute in relazione alla situazione di generalizzata violazione dei diritti dei lavoratori<sup>58</sup>; il gruppo di esperti, pertanto,

---

<sup>55</sup> V. sul punto par. 153 ss. del rapporto.

<sup>56</sup> *Final Report in the Matter of Guatemala*, cit.

<sup>57</sup> L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *op. cit.*, 12.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

non ha condotto un esame sull'efficienza del sistema giuslavoristico guatemalteco nel suo complesso, viceversa limitandosi ai singoli casi concreti sottoposti dall'USTR<sup>59</sup>.

Influente altresì la questione relativa all'anonimato degli esposti prodotti, in quanto costituente ad avviso del Guatemala una lesione del suo diritto al contraddittorio, a causa dell'impossibilità di replicare alle segnalazioni individuali raccolte; a tal proposito, tuttavia, difficilmente sarebbe stato possibile ottenere altrimenti dichiarazioni genuine e veritiere dai singoli lavoratori locali, stanti il diffuso timore di ritorsioni dei datori di lavoro e il dilagare di fenomeni repressivi ai danni dei sindacalisti<sup>60</sup>. Di conseguenza, il *panel* ha ritenuto di dover attribuire uno scarso valore probatorio ai rapporti prodotti dall'USTR, sulla scorta dell'insufficiente precisione e attendibilità delle informazioni ivi contenute, non colmabile neppure attraverso il riferimento al contesto economico, istituzionale, sociale, storico e politico in cui vanno collocate<sup>61</sup>.

Quanto all'inottemperanza dei provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria, il *panel* ha dunque effettuato un'accurata analisi dei singoli casi rilevando, volta per volta, la mancata esecuzione degli ordini di reintegrazione per un totale di 74 lavoratori, ingiustamente licenziati da otto compagnie locali a causa del loro attivismo sindacale, oltre al mancato pagamento delle sanzioni pecuniarie comminate<sup>62</sup>. Sebbene, da un lato, le condotte così accertate siano state considerate quantomeno tali da far sorgere dubbi in ordine al rispetto da parte del Guatemala delle disposizioni del capitolo del CAFTA-DR dedicato al lavoro, segnatamente dell'art. 16.2.1, lett. a), dall'altro, il *panel* le ha comunque ritenute carenti dei requisiti della

---

<sup>59</sup> Di fatto, tale circostanza ha certamente rappresentato una delle concause della soccombenza degli USA, posta l'enorme difficoltà riscontrata nel dimostrare l'attendibilità del contenuto dei singoli esposti relativi ai vari fenomeni d'abuso ai danni dei lavoratori e la loro incidenza, tutta da verificare, sui rapporti commerciali interessati dall'Accordo.

<sup>60</sup> Le considerazioni del *panel* circa il valore probatorio attribuibile agli esposti individuali anonimi prodotti dalla ricorrente sono svolte al par. 237 ss. del rapporto, intitolato per l'appunto *The Probative Value of Redacted Evidence*.

<sup>61</sup> Contesto ampiamente documentato dai rapporti dell'OIL relativi situazione del Guatemala in qualità di Stato membro dell'organizzazione, a cui pure le ONG e i sindacati avevano fatto precedentemente riferimento, senza che tuttavia l'USTR li riproponesse nella fase contenziosa. Rapporti reperibili sul sito web: [www.ilo.org](http://www.ilo.org). Un siffatto riferimento globale, se non altro, avrebbe condotto il panel a riconsiderare il suo approccio restrittivo rispetto all'oggetto della domanda degli USA: la ricorrente ha infatti omesso di produrre nella fase iniziale i rapporti dell'OIL e dell'ONU su cui i sindacati avevano già basato le proprie segnalazioni prima dell'instaurazione del procedimento.

<sup>62</sup> Si tratta, più nello specifico, delle violazioni poste in essere dalle seguenti imprese: *Industria de Representaciones de Transporte Marítimo (ITM)*, *Negocios Poruatrios-S.A. (NEPORS)*, *Operaciones Diversas (ODIVESA)*, *Representaciones de Transporte Marítimo, S.A (RTM)*, *Fribo*, *Alianza*, *Avandia and Solesa*. Cfr. in proposito quanto statuito dal rapporto, par. 285 ss.

sistematicità e/o della protrazione nel tempo a tal fine richiesti, oppure ne ha negato l'attitudine ad incidere sui rapporti commerciali tra le parti.

Invero, la questione dell'incisività sembra essere stata affrontata in un'ottica squisitamente concorrenziale, avendo cioè avuto riguardo solamente agli eventuali squilibri da queste causati nell'attuazione degli obiettivi di liberalizzazione dell'Accordo, piuttosto che con riferimento ad altrettante finalità di garanzia dei diritti dei lavoratori a cui pure il CAFTA-DR è ispirato.

Con riferimento specifico, ad esempio, ai controlli espletati nei confronti della compagnia guatemalteca "Avandia", il *panel*, pur riconoscendo la configurabilità di un vantaggio comparato influente sui rapporti commerciali tra le parti, ha finito col negare la sistematicità degli episodi di mancata attuazione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria<sup>63</sup>.

Contrariamente, in relazione agli ulteriori casi riguardanti le altre sette imprese, il rapporto perviene alla conclusione per cui sebbene la violazione dei provvedimenti di reintegrazione e sanzionatori risultasse sistematica e protratta, gli elementi di prova a disposizione (ovvero, gli esposti anonimi prodotti dalla ricorrente) non fossero comunque abbastanza precisi da dimostrarne una considerevole incidenza negativa sulle relazioni commerciali coperte dal CAFTA-DR; inoltre, ad avviso del *panel*, l'impianto probatorio a disposizione non avrebbe consentito di determinare in termini monetari la misura del vantaggio comparato conseguito mediante la violazione dei predetti provvedimenti<sup>64</sup>.

Per ciò che concerne invece la seconda questione, relativa all'efficiente espletamento delle ispezioni per l'accertamento di eventuali irregolarità nei siti produttivi, occorre precisare che le problematiche qui approfondite dal *panel* appaiono riconducibili essenzialmente a due aspetti fondamentali

---

<sup>63</sup> Nelle conclusioni del rapporto, al par. 504, si legge infatti: «Conversely, while we have found one instance of a failure to effectively enforce labor laws to have been in a manner affecting trade (i.e., the Avandia case), that instance alone does not constitute a sustained or recurring course of inaction. It is by definition not recurring. Moreover, there is no evidence in the record to enable the Panel to conclude that, taken on its own, the inaction with respect to enforcement of orders at Avandia was sufficiently consistent over time to indicate institutional behavior constituting a sustained course of inaction. We have insufficient evidence with respect to the sequence of interactions with complainants or other behavior over time by the labor court to draw any conclusions in this regard».

<sup>64</sup> Come nel caso rispettivamente dell'Avandia, della Fribo e dell'Alianza, così come specificato dal par. 471 del rapporto, laddove si legge: «The record evidence establishes that each of the three garment manufacturers – Avandia, Fribo and Alianza – avoided costs associated with paying back pay owed to workers not reinstated and with paying fines imposed to sanction unlawful dismissals. There is however no evidence that would enable the Panel to determine the total amounts owed to the workers in question pursuant to the labor court judgments, even approximately. Nor is there any evidence, even approximate, as to the significance of those amounts in relation to the overall labor costs of each firm. The Panel therefore cannot conclude that the failure to ensure the payment of penalties and compensation costs in itself conferred a competitive advantage on the garment manufacturers».

messi in evidenza dagli USA: innanzitutto, all'inadeguatezza degli accertamenti effettuati dall'ispettorato del lavoro *in loco*, nonché, in secondo luogo, all'ineffettività del sistema di sanzioni irrogate a fronte di eventuali violazioni.

In sostanza, gli esperti conducono tale controllo avendo riguardo esclusivamente al parametro della sistematicità e della protrazione della condotta posta in essere in violazione delle disposizioni del CAFTA-DR dedicate al lavoro, non giungendo di contro a considerarne l'eventuale incisività sulle relazioni commerciali tra le parti; ciò poiché, ad eccezione di uno solo tra i casi concreti allegati dalla ricorrente, il *panel* non ha neppure ritenuta raggiunta la prova in ordine all'inefficacia dei controlli espletati dall'ispettorato del lavoro nei siti denunciati<sup>65</sup>, reputando di contro sufficiente la carenza del primo requisito, anche laddove le irregolarità erano emerse. È questo il caso dei vari e vani tentativi di controllo esperiti nel 2007 dall'ispettorato del lavoro presso i locali della Fribo, industria operante nel settore dell'abbigliamento, a seguito delle denunce di ritorsione pervenute da alcuni dipendenti e dovute al loro attivismo sindacale; nello specifico, tale condotta si sarebbe concretata nella mancata corresponsione nei loro confronti dell'indennità di fine rapporto.

In relazione a tale vicenda, il *panel* ha rilevato la sussistenza di un'irregolarità nella condotta delle competenti autorità guatemalteche, costituita dalla mancata irrogazione di sanzioni effettive ed efficaci come conseguenza degli ammonimenti rivolti all'impresa; non è stata tuttavia ritenuta possibile la configurabilità di una violazione dell'art. 16.2.1, lett. *a*) del CAFTA-DR, poiché le rilevate inefficienze del sistema ispettivo locale non sarebbero comunque risultate caratterizzate dal necessario grado di generalità e protrazione, ad avviso degli esperti, richiesto dalla norma<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Il riferimento è correlato alle ispezioni condotte in alcune piantagioni di caffè, rispetto alle quali le segnalazioni raccolte e prodotte dalla ricorrente non sono state ritenute sufficienti ad affermarne l'irregolarità (par. 555 del rapporto); la stessa sorte è toccata alle denunce nei confronti dell'industria Koa Modas, operante nel settore dell'abbigliamento, a fronte di asseriti tentativi di corruzione degli ispettori, di selezione preventiva dei dipendenti autorizzati a interloquire con questi nonché, addirittura, in relazione a un episodio in cui un ispettore si è addormentato durante l'orario di servizio (par. 564 del rapporto). In entrambi i casi, infatti, gli elementi probatori a disposizione dell'organo, non sono stati da questo ritenuti sufficienti a verificare la fondatezza delle accuse mosse dai denunciati, lo si ripete, rimasti anonimi. Cfr. sul punto L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTFELD, *op. cit.*, 23 ss.

<sup>66</sup> Al par. 589 del rapporto, nella parte dedicata alle osservazioni sommarie del *panel* in relazione ai casi esaminati, si legge in proposito: «We turn now to the “sustained or recurring course of action or inaction” prong of our analysis (...). As we concluded in section III.C, supra, for conduct to constitute a sustained or recurring course of action or inaction it must be characterized by repeated behavior or prolonged behavior by enforcement institutions displaying sufficient similarity or consistency across instances or over time – and where it involves multiple instances, sufficient proximity in time or place – that it can be treated as related institutional behavior rather than isolated or disconnected instances of action or inaction. Here, we have found a single instance of a failure to effectively enforce through

Infine, dal un punto di vista della collocazione temporale delle denunce raccolte, il *panel* ha ritenuto di dover tenere conto esclusivamente di quelle risalenti al periodo antecedente alla data dell'atto formale di impulso del procedimento, ovvero, a prima del 9 agosto 2011, conseguentemente scartando ogni ulteriore elemento emerso nel corso delle procedure di consultazione intervenute tra le parti della controversia da tale ultima data e fino al 2014<sup>67</sup>.

Vengono quindi citati ben nove casi concreti dei quali è stata esclusa la rilevanza, poiché riguardanti alcune ispezioni irregolari eseguite in siti produttivi specializzati nel settore dell'agricoltura e dell'abbigliamento e risalenti a un periodo ricompreso tra il 2011 e il 2014, successivamente cioè alla data dell'atto introduttivo del procedimento<sup>68</sup>.

---

improper inspection or a failure to impose penalties – in particular, a failure to impose sanctions or take other follow-up action when the Fribo apparel manufacturer obstructed inspections in September 2007. In theory, a single instance of failure to effectively enforce labor laws could constitute a sustained course of action or inaction. That might be the case if, for example, the failure was characterized by consistent conduct by law enforcement authorities over a prolonged period of time. That is not how we see the September 2007 failure to penalize Fribo, however. Rather, this appears to us to have been a discrete instance of failure to effectively enforce the law».

<sup>67</sup> Sono stati altresì sollevati dubbi sul valore probatorio da attribuire alla documentazione prodotta in proposito dalla ricorrente a sostegno delle specifiche segnalazioni, con particolare riferimento ai rapporti dell'ILO e dell'ONU nei quali è peraltro ampiamente dato conto della situazione di inefficienza “sistemica” che notoriamente affligge il Guatemala nel campo della tutela dei diritti umani e, segnatamente, dei diritti dei lavoratori; ad avviso dell'organo, non si vede per quale motivo il team legale dell'USTR abbia ritenuto di addurre a fondamento delle singole denunce, oltre agli esposti anonimi, i menzionati rapporti, caratterizzati da un eccessivo grado di generalizzazione e magari elaborati sulla scorta di dati riferiti ad aree geografiche e/o settori produttivi differenti rispetto a quelli a cui i casi segnalati afferiscono. Per ciò che concerne il valore probatorio attribuito ai rapporti elaborati da comitati e da altri organismi istituiti nell'ambito dell'ILO e dell'ONU, la scelta di non tenerne conto risulta basata sulla circostanza per cui tali documenti parrebbero per lo più riprodotte di istanze della società civile, mal conciliandosi con il rilievo governativo della vicenda. In tal senso, L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *op. cit.*, 30.

<sup>68</sup> In particolare, al par. 516 del rapporto vi è un elenco di segnalazioni di cui il panel non ha ritenuto di dover tenere conto a causa della loro collocazione cronologica ad un periodo successivo all'atto di impulso della procedura: «The temporal issue is especially important to the inspections claim since most of the U.S. allegations concern events that did not occur until after August 9, 2011. In particular: The allegation concerning Guatemala's failure to impose a sanction or take other punitive action in response to an admission by a representative of Las Delicias coffee farm that the company was not paying workers the minimum wage relates to an admission alleged to have been made on March 25, 2014; The allegation concerning four African palm oil plantations pertains to Guatemala's response to a complaint by a group of community organizations submitted to the Ministry of Labor on December 9, 2011; The U.S. allegation concerning the apparel manufacturer Alianza is that company representatives failed to comply with a Ministry of Labor summons to attend a conciliatory meeting on March 19, 2013, yet faced no penalty; The U.S. allegations concerning the apparel manufacturer Mackditex are that labor inspectors failed to properly investigate claims of labor law violations “beginning in September 2011,” and failed to follow

In definitiva, nelle conclusioni rassegnate, il *panel* afferma che, pur avendo gli Stati Uniti dimostrato con riferimento a otto siti produttivi la mancata attuazione di 74 ordini di reintegrazione nel posto di lavoro e quindi l'incapacità delle competenti autorità del Guatemala di garantire l'effettività delle proprie leggi in materia di lavoro, le riferite condotte non fossero comunque di consistenza tale da influire sulle relazioni commerciali esterne del Paese; in altre parole, le criticità segnalate non sarebbero state di per sé idonee a porre le parti del CAFTA-DR in una situazione di svantaggio competitivo nei settori produttivi di riferimento, in violazione dell'art. 16.2.1, lett. a) dell'Accordo.

Per ciò che concerne la seconda questione affrontata, relativa alla presunta inefficienza dei controlli svolti dall'ispettorato del lavoro nei vari siti produttivi citati nel rapporto, gli Stati Uniti non avrebbero addotto a fondamento delle censure formulate elementi probatori sufficientemente precisi e attendibili, che si rivelassero idonei a dimostrare altresì la sistematicità e la protrazione nel tempo delle condotte *de quo*, in maniera da poter ritenere integrati gli elementi costitutivi dalla norma violata<sup>69</sup>.

Al di là dei rilievi critici che pure le vicende sottoposte implicavano e di cui si è già dato conto ampiamente in precedenza, nella sua decisione finale il *panel* sembra non aver voluto tenere conto, considerandole irrilevanti, delle circostanze fattuali riferite ai singoli episodi e dalle quali avrebbe potuto trarre conclusioni quantomeno parzialmente discostanti da quelle a cui invece è giunto; prescindendo dalle considerazioni di opportunità del caso, risulta se non altro appurata la non manifesta infondatezza delle accuse mosse dal *team* legale della parte statunitense, almeno in relazione alle singole vicende di volta in volta analizzate<sup>70</sup>.

---

up on a September 16, 2011 finding that workers had been suspended without pay in violation of the Labor Code; One of the U.S. allegations concerning the apparel manufacturer Koa Modas relates to the government's response to a worker complaint filed with the GLI in March 2013, and a separate complaint filed in February 2014; The U.S. allegation concerning the Santa Elena coffee plantation (and a sister plantation, known as El Ferrol) relates to the government's response to a complaint that workers filed on June 5, 2014 concerning health and safety issues arising from changes to the fumigation process used on the farms; The U.S. allegation concerning the Serigrafia screen printing factory relates to the government's response when company representatives failed to attend meetings to resolve complaints of June and July 2012 about reprisals for having organized a union».

<sup>69</sup> Tale essendo il tenore delle conclusioni rassegnate dal panel di cui al par. 594 del rapporto.

<sup>70</sup> Quanto, più in generale, alle questioni di rilievo interpretativo affrontate nel rapporto esaminato, occorre infatti mettere in evidenza la rigidità dei parametri di valutazione delle condotte adottati in relazione all'art. 16.2.1, lett. a), ovvero al fine di accertarne la sistematicità e l'influenza sui traffici commerciali coperti dall'Accordo; un simile approccio ha reso infatti per la parte ricorrente praticamente irrealizzabile l'obiettivo di provare il fondamento delle accuse mosse dai sindacati, richiedendo la raccolta di informazioni riservate delle singole imprese denunciate (anche di natura contabile) ottenibili solo con la loro

Se ciò è vero, le criticità della questione risiederebbero più che altro nell'iter logico-giuridico seguito e nell'approccio restrittivo adottato dal *panel* di esperti: ciò che emerge in maniera lampante dalla lettura delle motivazioni è infatti un marcato tecnicismo, accompagnato dalla rigidità del metodo interpretativo e da una sorta di diffidenza nei confronti dei dati raccolti e prodotti dalla ricorrente, a nulla essendo valse neppure i rapporti dell'ILO e dell'ONU ugualmente citati dall'USTR a riguardo.

A riprova delle riferite osservazioni milita un sostanziale rifiuto dell'organo di attribuire rilievo alla questione relativa alla palese situazione di precarietà di tutela dei diritti dei lavoratori sussistente in Guatemala<sup>71</sup>; altre e più gravi violazioni implicanti violenza e ugualmente appurate, sono state invece ritenute esorbitanti rispetto all'oggetto della domanda proposta e, dunque, eccedenti la competenza del *panel*.

6. La salvaguardia dei diritti dei lavoratori rappresenta un tema pressoché inedito alla prassi degli organi arbitrali istituiti nell'ambito degli accordi di libero scambio; è per questo che anche il caso analizzato segna una svolta, sebbene decisamente non in positivo, nell'avanzamento dell'idea che il processo di liberalizzazione degli scambi non possa progredire rimanendo impermeabile a taluni valori di natura non economica<sup>72</sup>.

La tematica assume analogo rilievo in materia di investimenti, se si prendono in considerazione i più recenti sviluppi della prassi arbitrale dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (di seguito ICSID) che depone nel senso di un riconoscimento esplicito della sussistenza di doveri di tutela dei diritti umani e di salvaguardia dell'ambiente in capo alle parti di trattati bilaterali per gli investimenti (BITs)<sup>73</sup>.

---

collaborazione e la cui valutazione si sarebbe comunque rivelata eccessivamente dispendiosa, sia in termini economici che di tempistiche.

<sup>71</sup> L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *op. cit.*, 27-28.

<sup>72</sup> In tal senso, L.S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? Wto e Unione europea*, Bologna, 2003; A. GIANSAITI, *op. cit.*, 207 ss.; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, III ed., 2017.

<sup>73</sup> Solo per citare alcuni esempi, particolare interesse rivestono i casi *Urbaser SA e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* e *Richard Aven e altri c. Costa Rica*. La prima controversia ha visto contrapporsi le ragioni degli azionisti della Aguas Del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA), ente concessionario del servizio idrico e fognario nella provincia di Buenos Aires, dal un lato, e quelle dell'Argentina, Paese travolto da una grave crisi economica agli inizi del 2000, dall'altro; orbene, al fine di far fronte alla crisi, il Governo dell'epoca adottò delle misure di emergenza ritenute arbitrarie, irragionevoli e discriminatorie dai ricorrenti. Per quanto qui di interesse, la decisione finale pone in evidenza alcuni peculiari aspetti relativi alla sussistenza in capo agli Stati e, in una certa misura, agli investitori, di un obbligo di tutela del diritto umano all'acqua. Il secondo caso citato riguarda invece la procedura arbitrale promossa su iniziativa di alcuni investitori statunitensi promotori di un progetto turistico a Esterillos Beach, in Costa Rica, contro tale ultimo Stato ospite dell'investimento; i ricorrenti, invocando la disciplina dettata dal CAFTA-DR in materia di investimenti, in particolare la disposizione di cui all'art. 10.11 del CAFTA-DR, in

In tale contesto, la decisione pocanzi esaminata, relativa al caso *Stati Uniti c. Guatemala* in materia di lavoro, pervenuta a distanza di circa nove anni dall'iniziativa dei sindacati da cui il procedimento traeva origine, più che contribuire alla tutela effettiva dei *core labour standards*, sembra sollevare nuovi e più complessi interrogativi circa il significato da attribuire, in generale, alle clausole sociali inserite negli accordi di libero scambio<sup>74</sup>.

La questione assume particolare rilievo se rapportata alle future scelte di politica commerciale delle parti coinvolte, specie ove si considerino le recenti negoziazioni relative al già citato USMCA, l'Accordo di libero scambio che andrà a sostituire il NAFTA nelle relazioni economiche intercorrenti tra Stati Uniti, Canada e Messico, siglato il 30 novembre 2018 e che dovrà passare il vaglio delle rispettive autorità nazionali competenti per la ratifica<sup>75</sup>; di fronte all'evidenza di un simile passo indietro nella garanzia effettiva dei diritti dei lavoratori nell'economia globale, erano peraltro state già formulate ipotesi di potenziamento della corrispondente disciplina inserita negli strumenti di portata regionale e/o bilaterale<sup>76</sup>.

Il rapporto esaminato costituisce perciò un pericoloso precedente per l'azionabilità di rimedi analoghi a tutela dei diritti dei lavoratori previsti in contesti ulteriori rispetto al CAFTA-DR: il metodo interpretativo letterale e restrittivo adottato dagli esperti, l'eccessivo tecnicismo e le logiche

---

materia di investimenti e tutela dell'ambiente, chiedevano al *panel* di accertare l'illegittimità dei provvedimenti di revoca di alcune concessioni ambientali che avevano causato la sospensione del progetto, oltre al danno economico sofferto. La controversia, decisa integralmente in favore della Repubblica di Costa Rica, riveste particolare interesse in quanto il *panel* ha affermato la conformità delle misure adottate dallo Stato ospite a tutela delle foreste e delle zone umide presenti nell'area coperta dal progetto, sia rispetto all'ordinamento interno che coerentemente con il diritto internazionale e con le previsioni del CAFTA-DR. Le decisioni finali, rispettivamente del 6 dicembre 2016 e del 18 settembre 2018 sono entrambe reperibili sul sito: [www.italaw.com](http://www.italaw.com). Si vedano, inoltre, sul punto, L. TOUT, J. LANGLEY, A. PATEL, *Netherlands: Remodelling Bilateral Investment Treaties: The New Dutch Model BIT And Investment Treaty Protections*, 2018, reperibile sul sito [www.mondaq.com](http://www.mondaq.com), e L. ALVARADO, *Costa Rica Wins International Arbitration Related to Tourist Project "Las Olas" in Esterillos*, 20 settembre 2018, reperibile sul sito: [news.co.cr](http://news.co.cr).

<sup>74</sup> Cfr. *Trade Dispute Panel Issues Ruling in US-Guatemala Labour Law Case*, cit.

<sup>75</sup> Sull'avvenuta firma del nuovo Accordo si veda l'articolo di *The Guardian* del 30 novembre 2018, *Trump signs trade pact with Canada and Mexico to replace Nafta*, reperibile sul sito [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com). Sulla possibile influenza della decisione, più in generale, sulle future scelte di politica commerciale delle parti, cfr. *First FTA Labor Case Results in U.S. Loss, Report Says, Sandler, Travis & Rosenberg Trade Report*, 27 giugno 2017, reperibile sul sito [www.strtrade.com](http://www.strtrade.com). Per un ulteriore approfondimento sulle dinamiche che hanno interessato e stanno interessando i termini di rinegoziazione del NAFTA si veda anche: *Con o sin NAFTA, Estados Unidos y México alcanzan acuerdo preliminar*, in PUENTES- *Análisis e Información sobre Comercio y Desarrollo Sostenible para América Latina*, 29 agosto 2018, reperibile sul sito dell'International Centre for Trade and Sustainable (www.ictsd.org), nonché la più specifica analisi curata da K. CLAUSSEN, *The U.S.-Mexico-Canada (AKA the New NAFTA) Trade Deal: Labor*, in *International Economic Law and Policy Blog*, 2 ottobre 2018, reperibile sul sito [www.worldtradelaw.typepad.com](http://www.worldtradelaw.typepad.com).

<sup>76</sup> Sul punto, v. l'interessante analisi di M.J. BOLLE, *op. cit.*

prettamente economicistiche seguite, non hanno fatto altro che rendere difficoltoso o pressoché impossibile per l'USTR dimostrare la sussistenza di violazioni dotate di un certo grado di sistematicità e che fossero altresì suscettibili di incidere sulle relazioni commerciali ricadenti nell'ambito applicativo dell'Accordo<sup>77</sup>.

Hanno certamente contribuito a dare un'impronta all'operato del *panel* e dunque ad influenzarne le conclusioni le specifiche declinazioni tecniche e le conseguenti scelte ermeneutiche operate dai suoi componenti, i quali nella soluzione della controversia hanno fatto riferimento quasi esclusivamente alla prassi dell'OMC<sup>78</sup>; per questo tipo di controversia sarebbe stato forse opportuno diversificare maggiormente l'impianto argomentativo adoperato, estendendone la portata mediante ulteriori richiami alla disciplina internazionale dei diritti dei lavoratori e in particolare alla salvaguardia dei *core labour standards*<sup>79</sup>.

Un altro punto critico della procedura esperita riguarda la marginalità del ruolo rivestito in tale contesto dalle ONG e dalle parti sociali intervenute; invero, i lavoratori e i sindacati che li rappresentano avrebbero dovuto essere messi nelle condizioni di partecipare in maniera determinante alla definizione della procedura arbitrale, anche nell'arco della fase delle consultazioni<sup>80</sup>.

Nell'ambito delle relazioni economiche instaurate da accordi di libero scambio di futura conclusione, i fenomeni di violenza godranno, verosimilmente, di una nuova e diversa considerazione; l'accezione restrittiva del *thema decidendum* adottata nel rapporto preso in esame, pur rappresentando un singolo precedente ha influito, viste le copiose critiche registrate in seno agli schieramenti politici statunitensi anche di segno opposto, sull'elaborazione delle nuove disposizioni in materia di lavoro contenute nell'USMCA; qui, infatti, i temi della violenza contro i lavoratori, migranti e non, nonché delle discriminazioni di genere sul lavoro, sembrano assumere una nuova e più pregnante rilevanza<sup>81</sup>.

Ciò che va osservato è che inserire clausole sociali in siffatti accordi, fissandone a monte obiettivi prioritari in materia di lavoro, riconducendoli alla promozione di condizioni di leale concorrenza nelle zone di libero

---

<sup>77</sup> L. COMPA, J. VOGT, E. GOTTWALD, *op. cit.*, 29.

<sup>78</sup> Per un'interessante ricostruzione della prassi dell'Organo di Appello del DSB relativa alla tutela di valori non economici nell'ambito dell'OMC v. H. ANDERSEN, *Protection of Non-Trade Values in WTO Appellate Body Jurisprudence: Exceptions, Economic Arguments, and Eluding Questions*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, 383-405, nonché più in generale, C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016, 25 ss.

<sup>79</sup> Si veda in proposito, E. RIEDEL, G. GIACCA, C. GOLAY, *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, 2014.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Così, K. CLAUSSEN, *op. cit.* Si veda, in proposito, quanto stabilito dall'USMCA, ove le disposizioni in materia di lavoro sono contenute nel capitolo 23. Testo dell'Accordo reperibile all'indirizzo: [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov).

scambio, alla garanzia dei diritti fondamentali e dei *core labour standards*<sup>82</sup> e assegnare poi un ruolo di preminenza, in punto di applicazione, alle esigenze di equilibrio della concorrenza, mortifica la stessa *ratio* delle corrispondenti disposizioni.

In definitiva, salvo a non volere ritenere il valore meramente simbolico delle clausole sociali inserite nei FTAs di nuova generazione<sup>83</sup>, bisognerà perciò “invertire la rotta” in cui la decisione esaminata va a calarsi, eliminando eventuali pregiudizi dovuti all’apparente inconciliabilità dei valori non economici con le esigenze tipiche dei processi di liberalizzazione, a cui i FTAs generalmente aspirano.

Una valida soluzione per la realizzazione di tale ambizioso obiettivo è sicuramente individuabile, in generale, in una diversa e più lineare formulazione delle clausole sociali negli accordi di libero scambio; dette norme dovrebbero consentire un’apertura della disciplina delle relazioni commerciali alla tutela di valori estranei rispetto alla sfera economica, quali i diritti e le libertà fondamentali dell’individuo universalmente riconosciuti, e ciò anche a prescindere dalla possibilità di quantificare l’esatta misura in cui determinate condotte delle parti possano rivelarsi nocive per il regolare svolgimento dei traffici che esse intendono disciplinare<sup>84</sup>.

Potrebbe rappresentare un passo in avanti in questa direzione, nel senso di chiarificare alcune previsioni venute in rilievo anche nel caso analizzato, la tecnica di inserire delle note a precisazione del significato di talune espressioni contenute negli accordi commerciali; è quanto è stato fatto in occasione della stesura dell’USMCA, nel quale alle locuzioni «through a sustained or recurring course of action or inaction» e «in a manner affecting trade between the Parties» di cui all’art 23.5, e presenti anche nelle esaminate norme del CAFTA-DR, è stata espressamente attribuita una specifica portata<sup>85</sup>. In tale contesto, la scelta delle parti di fornire una sorta di

---

<sup>82</sup> Il riferimento è correlato alle definizioni fornite dall’art. 16.8, circa le garanzie di libertà di associazione e di contrattazione collettiva, l’eliminazione di ogni forma di lavoro forzato, l’abolizione del lavoro infantile, l’eliminazione delle discriminazioni in materia di impiego e occupazione: tutte materie queste oggetto di apposita disciplina convenzionale OIL; con l’ulteriore specificazione dell’impegno delle parti nella promozione di condizioni di lavoro accettabili.

<sup>83</sup> In questo senso le conclusioni di G. VAN ROOZENDAAL, *The Diffusion*, cit., 18-33.

<sup>84</sup> Speculare rispetto a tale ultima considerazione è la diversa e più ampia formulazione delle disposizioni contenute nel capitolo XV del CAFTA-DR dedicato alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, laddove per i fini dell’integrazione di eventuali violazioni risulta omesso ogni riferimento alla necessaria incisività delle condotte delle parti sulle loro relazioni commerciali. Testo dell’Accordo consultabile all’indirizzo [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org).

<sup>85</sup> Nello specifico, il contenuto di tali precisazioni rispetto alle previsioni di cui all’art 23.5, è il seguente: «(8) For greater certainty, a “sustained or recurring course of action or inaction” is “sustained” where the course of action or inaction is consistent or ongoing, and is “recurring” where the course of action or inaction occurs periodically or repeatedly and when the occurrences are related or the same in nature. A course of action or inaction does not include an isolated instance or case. (9) For greater certainty, a “course of action or inaction”

strumento che possa rivelarsi d'ausilio per l'interprete non può certo essere considerata come casuale, ma va vista, piuttosto, come un chiaro segnale di rifiuto qualsivoglia lettura restrittiva delle clausole sociali che tenda a sminuirne i contenuti e, di conseguenza, a pregiudicarne l'efficacia.

#### ABSTRACT

*The Application of Social Clauses Within Free Trade Agreements in the Light of Recent Arbitral Practice*

Although the growing use of Free Trade Agreements (FTAs) in world economic relations has contributed to the removal of tariff and non-tariff barriers to trade liberalization, it has also raised new problems linked to the protection of non-economic interests; in fact, in second generation (or new generation) FTAs it is common the inclusion of provisions aimed to protect environment and/or of fundamental workers' rights. By analyzing a recent labor law case concerning the application of a regional FTA – i.e., the Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement (CAFTA-DR) – it is possible to highlight problematic aspects related to social clauses application and to evaluate their real effectiveness degree.

---

is “in a manner affecting trade or investment between the Parties” where the course involves: (1) a person or industry that produces goods or provides services traded between the Parties or has investment in the territory of the Party that has failed to comply with this obligation; or (2) a person or industry that produces goods or provides services that compete in the territory of a Party with goods or services of another Party». Il testo dell'Accordo, siglato il 30 novembre 2018, è consultabile sul sito [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov).

## LA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA NEL CASO *NAÏT-LIMAN* (SOC) CHIUDE LA PORTA ALLA GIURISDIZIONE UNIVERSALE CIVILE

MIRKO CAMANNA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La vicenda ed i ricorsi giudiziali. – 3. Giurisdizione universale e *forum necessitatis*. – 4. La pronuncia della Grande camera. – 5. Conclusioni.

1. Con la sentenza del 15 marzo 2018 la Grande camera della Corte EDU<sup>1</sup> si è pronunciata su di un complesso caso riguardante la possibile violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU da parte della Svizzera. Nello specifico la Corte era chiamata a decidere se il diritto internazionale prevedesse o meno l'obbligo per i giudici nazionali di esercitare la propria giurisdizione in procedimenti civili riguardanti casi di tortura commessi all'estero e nei quali nessuna delle parti coinvolte sia cittadino dello Stato in cui il procedimento veniva proposto.

La decisione in esame è rilevante sotto molteplici profili. Innanzitutto, per aver portato la Grande camera ad occuparsi in maniera chiara ed approfondita del tema della riparazione a favore delle vittime di violazioni di diritti umani sotto il profilo del riparto di giurisdizione fra i vari Stati. In secondo luogo, in quanto affronta due specifici profili connessi a tale questione: l'attuazione del principio di giurisdizione universale civile e l'istituto del *forum necessitatis*. In particolare, con riferimento al principio di giurisdizione universale civile la sentenza della Grande camera nel caso *Naït-Liman* è probabilmente a oggi la più importante sul territorio europeo e a livello sovranazionale.

La pronuncia della Grande camera, ribadendo gli esiti della prima sentenza della stessa Corte<sup>2</sup>, è quantomeno nel segno di una parziale chiusura: essa afferma l'inesistenza nel diritto internazionale di un obbligo per gli Stati di esercitare la propria giurisdizione in procedimenti civili promossi da vittime di atti di tortura laddove manchi un elemento di connessione fra lo Stato del foro ed i fatti avvenuti. Inoltre, dimostra un certo scetticismo in merito alla stessa legittimità del principio di giurisdizione

---

<sup>1</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 15 marzo 2018, ricorso n. 51357/07, *Naït-Liman v. Switzerland*.

<sup>2</sup> Corte europea dei diritti umani, II sez., sentenza del 21 giugno 2016, ricorso n. 51357/07, *Naït-Liman v. Switzerland*.

universale civile. D'altro canto, come meglio si dirà in seguito, la Corte non sembra andare verso una chiusura assoluta e definitiva, ma anzi sembra invitare gli Stati a prestare attenzione ai possibili sviluppi di un tema ad oggi certamente centrale nel diritto internazionale.

Al fine di meglio comprendere l'impatto della sentenza ed il suo contenuto, verranno fornite innanzitutto alcune indicazioni sul caso che ha dato origine alla decisione e sugli istituti e principi ivi coinvolti, con particolare riferimento proprio a quello di giurisdizione universale civile, al centro dell'analisi della Corte. Verrà in seguito analizzato il contenuto della sentenza, fornendo alcune indicazioni conclusive su quanto deciso.

2. I fatti del caso *Naït-Liman* iniziano in Italia nel 1992. Il ricorrente, cittadino tunisino, fu arrestato dalle autorità italiane e consegnato all'ufficio consolare tunisino di Genova, per poi essere tradotto in Tunisia. Ivi Naït-Liman, su ordine dell'allora Ministro dell'interno tunisino, venne arbitrariamente detenuto e sottoposto a ripetuti atti di violenza e tortura. Una volta rilasciato, egli si rifugiò in Svizzera, Paese nel quale ottenne dapprima lo *status* di rifugiato e successivamente la naturalizzazione.

La vicenda giudiziaria ha invece inizio nel 2001 quando l'ex-Ministro tunisino mandante degli atti di tortura a danno di Naït-Liman si recò in Svizzera per delle cure mediche. Sfruttando la presenza fisica in Svizzera dello stesso, il pubblico ministero del Cantone di Ginevra iniziò un procedimento penale nei suoi confronti, al quale lo stesso Naït-Liman partecipò come parte civile al fine di chiedere il risarcimento del danno per quanto subito in passato. L'ex ministro però abbandonò la Svizzera e le autorità elvetiche archiviarono il caso.

Naït-Liman agì allora in sede civile, chiedendo nei confronti dell'ex ministro e della Tunisia il risarcimento del danno per quanto patito. Questi basava la propria richiesta sull'art. 3 della legge svizzera di diritto internazionale privato che prevede l'istituto del *forum necessitatis*<sup>3</sup>. Anche tale azione non ottenne esito positivo: secondo i giudici elvetici non ci sarebbe una connessione sufficiente fra i fatti che coinvolsero il ricorrente e la Svizzera e pertanto mancherebbe la giurisdizione elvetica per decidere sulla vicenda.

Sconfitto anche in tale sede, Naït-Liman si rivolse infine alla Corte EDU, lamentando che l'interpretazione restrittiva fornita dalle autorità elvetiche dell'art. 3 fosse in contrasto con il proprio diritto di accesso alle corti nazionali, garantito dall'art. 6, par. 1, CEDU. Nella prima pronuncia sul caso, però, la II sezione della Corte diede ragione alla Svizzera, affermando

---

<sup>3</sup> L'art. 3 della suddetta legge recita: «Se la presente legge non prevede alcun foro in Svizzera e un procedimento all'estero non è possibile o non può essere ragionevolmente preteso, sono competenti i tribunali o le autorità svizzeri del luogo con cui la fattispecie denota sufficiente connessione». Per un inquadramento dell'istituto v. *infra*.

che l'interpretazione della normativa elvetica non fosse in contrasto con la Convenzione e che non esista attualmente nel diritto internazionale un obbligo di estendere la giurisdizione civile di uno Stato su casi di tortura commessi all'estero. Pertanto la Svizzera non avrebbe arbitrariamente esorbitato rispetto al proprio margine di apprezzamento.

Il caso è stato rimesso alla Grande camera il 28 novembre 2016, la quale lo ha deciso definitivamente con la pronuncia in commento.

3. I temi della giurisdizione universale civile e del *forum necessitatis* rivestono, come anticipato, ruolo centrale nel ragionamento della Corte, ed è per questo motivo che occorre soffermarsi su tali concetti e sul dibattito che hanno sollevato.

Partendo dalla giurisdizione universale, in base a tale principio il potere giurisdizionale dello Stato, sia esso riferito ad un procedimento civile ovvero penale, viene esercitato senza che vi sia alcun collegamento con lo Stato del foro. Vengono dunque a mancare i tradizionali criteri di connessione *ratione personae* e *ratione loci*<sup>4</sup> fra lo Stato e la vicenda oggetto di giudizio. Ciò che giustifica un tale ampliamento è la *ratio* di tale forma di giurisdizione: la persecuzione e la punizione dei crimini internazionali. La repressione di tali crimini, infatti, trascende l'interesse del singolo Stato, andando piuttosto a ledere la Comunità internazionale nel suo complesso ed è quindi sulla base della lesione di interessi diffusi ed in nome di esigenze di tutela collettiva che si prescinde dalla ricerca di ulteriori elementi di connessione fra lo Stato del foro ed i fatti oggetto della controversia<sup>5</sup>.

Il principio di giurisdizione universale può essere applicato in ambito sia civile che penale. In entrambi i casi, infatti, si mira alle stesse esigenze di tutela di interessi generali, sebbene con finalità specifiche diverse: la repressione penale, da un lato, ottenere una forma di riparazione e soddisfazione di tipo civilistico, dall'altro<sup>6</sup>. Storicamente fra i due ambiti quello maggiormente rilevante è stato quello penalistico<sup>7</sup>, che ha ricevuto maggiori attenzioni sia da parte della dottrina<sup>8</sup>, sia a livello legislativo e anche dalla

<sup>4</sup> V. la risoluzione dell'Istituto di diritto internazionale (IDI), *Universal Civil Jurisdiction with Regard to Reparation for International Crimes*, in *Yearbook of the Institute of International Law, Tallinn Session*, 2015, 90.

<sup>5</sup> C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law: United States and European perspective*, 2007, reperibile online, 540; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., Napoli, 2014, 221-223, 245.

<sup>6</sup> D.F. DONOVAN, A. ROBERTS, *The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction*, in *American Journal of International Law*, 2006, 142-163; B.I. BONAFÈ, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la giurisdizione universale in materia civile*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 1115-1116.

<sup>7</sup> B. VAN SCHAACK, *Justice Without Borders: Universal Civil Jurisdiction*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 2005, 120-122.

<sup>8</sup> Per un completo e approfondito esame delle varie opinioni dottrinali si rinvia fra gli altri alla risoluzione dell'IDI, *Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of*

giurisprudenza nazionale, perlomeno in territorio europeo<sup>9</sup>. Conseguentemente, il primo obiettivo della Comunità internazionale è stato quello, in senso penalistico, incentrato sulla repressione e punizione degli autori di tali crimini.

Le difficoltà nell'applicazione della giurisdizione universale civile sono dovute a quelle di affermare la validità, in diritto internazionale, di un diritto individuale alla riparazione. Non è infatti certo che il diritto internazionale generale riconosca tale diritto, oltre al fatto che manca una definizione condivisa su cosa si debba intendere per riparazione. Basti pensare, a tal proposito, alle forme che può assumere la riparazione stessa (economica o simbolica), ovvero ai suoi destinatari (collettiva o individuale)<sup>10</sup>. Inoltre, anche ammettendo una sua esistenza, non è chiaro se tale diritto sia autonomo, con il conseguente problema dell'individuazione di una sua fonte, ovvero sia una sorta di complemento di un'altra norma primaria<sup>11</sup>. D'altra parte, viene evidenziato come il diritto internazionale attuale non possa prescindere dalla prospettiva di tutela della vittima ed in particolare della riparazione del danno patito<sup>12</sup>. A sostegno di questa tesi si possono ricordare alcune fonti di diritto pattizio in cui viene espressamente menzionato il diritto alla riparazione: ad esempio, l'art. 75 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, ovvero l'art. 41 CEDU.

L'altro elemento sul quale si sofferma l'attenzione della Corte EDU è, come accennato, quello dell'istituto del *forum necessitatis*. Si tratta di un criterio di attribuzione della giurisdizione che ha carattere eccezionale e che è volto a garantire al singolo il diritto di accesso alla giustizia nelle ipotesi in cui sia impossibile identificare un giudice competente in relazione ad una determinata controversia<sup>13</sup>. Al fine di poter ricorrere a tale criterio vengono normalmente poste due condizioni: devono sussistere degli ostacoli che impediscano all'individuo di poter agire altrove e deve sussistere una minima forma di connessione con lo Stato in cui viene iniziato il

---

*Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes*, in *Yearbook of the Institute of International Law, Cracow Session*, 2005.

<sup>9</sup> Per un confronto fra gli ordinamenti di *civil law* e di *common law*, con riferimenti al diverso ruolo giocato dalla *tort jurisdiction*, v. B. STEPHENS, *Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies For International Human Rights Violations*, in *Yale Journal of International Law*, 2002, 18 ss.; V.G. CURRAN, *Mass Torts and Universal Jurisdiction*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2012, 806 ss.; C. KAEB, D. SCHEFFER, *The Paradox of Kiobel in Europe*, in *American Journal of International Law*, 2013, 852-857. Per un approfondimento sul ruolo della *tort jurisdiction* con specifico riferimento alle violazioni di diritti umani si veda ad esempio B. STEPHENS *et al.*, *International human rights litigation in US courts*, II ed., Leiden, 2006.

<sup>10</sup> B.I. BONAFÈ, *op. cit.*, 1114 ss.

<sup>11</sup> IDI, *Universal Civil Jurisdiction with Regard to Reparation*, cit., 46.

<sup>12</sup> B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, 120.

<sup>13</sup> G. ROSSOLILLO, *Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel Diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione Europea*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, 403-418.

procedimento<sup>14</sup>. Uno dei principali problemi dell'istituto, che invero viene evidenziato anche dalla stessa Corte EDU nella sentenza in commento, è che ad oggi questo sia previsto nella legislazione di un ristretto numero di Stati (fra i quali però la stessa Svizzera)<sup>15</sup>.

Dalla definizione ivi fornita è evidente che questo strumento debba essere tenuto distinto rispetto al principio di giurisdizione universale: il *forum necessitatis* è, di norma, concepito come uno strumento eccezionale e residuale, che però è comunque legato ai normali criteri di attribuzione della giurisdizione ordinaria di uno Stato. Ne è testimonianza il fatto che i Paesi che lo prevedono richiedano comunque degli elementi di connessione con lo Stato stesso, a dimostrazione della necessità di uno specifico e individuale interesse di quello Stato a decidere la controversia (sebbene i criteri di connessione, in molti casi, risultino essere molto generici). Nel caso della giurisdizione universale, invece, non è richiesta alcuna forma di collegamento con lo Stato del foro e le ragioni per le quali viene esercitata la giurisdizione sono connesse piuttosto alla tutela di interessi di ordine generale.

I due concetti, per quanto diversi, risultano essere però accomunati dalla stessa finalità: garantire il diritto di accesso alla giurisdizione in casi nei quali, altrimenti, dei soggetti potrebbero rimanere privi di tutela. In tal senso un'interpretazione estensiva del *forum necessitatis* potrebbe pertanto prestarsi ad un'applicazione agli stessi casi per i quali invocare il principio di giurisdizione universale<sup>16</sup>. Come subito si dirà è proprio questo legame che porta la Corte EDU a riflettere su entrambi.

4. Il problema che viene concretamente posto alla Corte EDU è, come detto, quello della compatibilità fra l'art. 6, par. 1, CEDU, che garantisce il diritto di accesso alle corti, e l'interpretazione restrittiva data dai giudici svizzeri alla normativa elvetica riguardante l'istituto del *forum necessitatis*, che di fatto hanno impedito al ricorrente di agire al fine di ottenere una forma di riparazione per gli atti di tortura subiti. La Grande camera, così come già la II sezione nel 2016, coglie l'occasione per dare alcune importanti indicazioni di carattere generale sullo stesso diritto di accesso alle corti nazionali finalizzato ad ottenere la riparazione per violazioni di diritti

---

<sup>14</sup> N. BOSCHIERO, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights and the Question of Universal Civil Jurisdiction in Transnational Human Rights Cases: The US Supreme Court Decision in Kiobel V. Royal Dutch Petroleum*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 3 ss.

<sup>15</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Naït-Liman v. Switzerland*, cit., paragrafi 84-86.

<sup>16</sup> In diversi documenti internazionali si esamina la possibile applicazione del *forum necessitatis* come strumento per garantire la riparazione in favore delle vittime di violazioni dei diritti umani. Si vedano l'art. 2, par. 3, del *Final Report, International Civil Litigation for Human Rights Violations*, in *ILA Report Sofia*, 2012, e i lavori dell'IDI che hanno portato alla risoluzione *Universal Civil Jurisdiction with Regard to Reparation*, cit.

umani e dello *jus cogens* commesse in un Paese straniero ad opera e a danno di soggetti anch'essi stranieri. Questo obiettivo potrebbe essere infatti raggiunto sia mediante l'applicazione del principio di giurisdizione universale alle azioni civili, sia mediante un'applicazione estensiva del *forum necessitatis*.

A tal proposito la Corte EDU peraltro nota come il ricorso proposto da Nait-Liman non fosse incentrato sull'obbligatorietà dell'esercizio della giurisdizione universale civile. Tuttavia, il tema merita un apposito approfondimento in virtù delle sue implicazioni sul caso in analisi<sup>17</sup>. Anche lo stesso ricorrente aveva affermato che l'oggetto del caso non sarebbe l'esistenza o meno di un obbligo per la Svizzera di esercitare la giurisdizione universale civile, quanto piuttosto il fatto che tale Paese preveda una normativa sul *forum necessitatis* interpretata «in a manner which disregarded the ties that one of the parties to the dispute had with that State»<sup>18</sup>. C'è quindi un elemento comune fra i due profili, ma è bene tenerli comunque separati. Peraltro la Corte distingue questi due elementi anche dall'istituto della parte civile in un procedimento penale. Questo strumento viene talvolta invocato in quanto potrebbe combinare i vantaggi della giurisdizione universale sia civile che penale, promuovendo un procedimento penale basato sulla giurisdizione universale penale e permettendo alle vittime di partecipare in esso come parti civili al fine di ottenere la riparazione per quanto patito<sup>19</sup>. Tale possibilità non è però al centro del ragionamento della Corte, esulando quindi dal caso di specie.

Entrando nel merito del ragionamento della Corte, la verifica della violazione dell'art. 6, par. 1, si scontra con un'evidenza sulla quale si fonda l'intero ragionamento della Corte: il diritto di accesso alla giustizia così come previsto dalla CEDU non è un diritto assoluto ma può essere soggetto a limitazioni e i Paesi contraenti hanno in tal senso un ampio margine di apprezzamento<sup>20</sup>. Occorre pertanto verificare se la Svizzera abbia, nel caso concreto, ecceduto rispetto a tale margine di apprezzamento. Ripercorrendo le varie verifiche compiute dalla Corte emergono i principali profili problematici legati all'applicazione extraterritoriale della giurisdizione civile e in particolare all'attuazione pratica del principio di giurisdizione universale civile.

La prima verifica compiuta da parte della Corte EDU è se la normativa elvetica e l'interpretazione restrittiva ad essa fornita dai giudici svizzeri, che

---

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Nait-Liman v. Switzerland*, cit., par. 176.

<sup>18</sup> *Ibid.*, par. 134.

<sup>19</sup> Parte della dottrina effettivamente tratta di tale eventualità, in alcuni casi anche ritenendola preferibile all'applicazione della giurisdizione universale civile. Il problema principale di tale ipotesi sta però nella carenza di prassi in merito. Si vedano in tal senso M.T. KAMMINGA, *Universal Civil Jurisdiction: Is It Legal? Is It Desirable?*, in *American Society of International Law Proceedings*, 2005, 125; D.F. DONOVAN, A. ROBERTS, *op. cit.*, 154

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Nait-Liman v. Switzerland*, cit., par. 114.

di fatto esclude una portata extraterritoriale tesa a ricomprendere casi privi di connessione con il territorio svizzero, abbiano perseguito o meno un *legitimate aim*. Su tale elemento la Grande camera condivide, arricchendolo, quanto già detto dal Governo svizzero e dai giudici della sentenza del 2016.

La Corte evidenzia, infatti, diverse ragioni a giustificazione di tale restrizione, connesse principalmente con la volontà di garantire una giustizia efficiente ed effettiva<sup>21</sup>: problemi in ordine alla raccolta e valutazione di prove per fatti avvenuti parecchi anni prima in un Paese straniero; difficoltà pratiche nel rendere effettiva una eventuale decisione giudiziale a favore del ricorrente; il rischio che si verificano fenomeni di *forum shopping*, che gli Stati cercano invece di disincentivare; il timore che un'eccessiva apertura a situazioni di questo genere possa attrarre un numero elevato di ricorsi per situazioni simili, creando quindi problemi di gestione delle risorse e un considerevole aumento di numero e durata dei processi.

Accanto a tali profili viene inoltre evidenziata un'ulteriore questione: i potenziali problemi diplomatici e di politica estera che potrebbero insorgere fra i vari Stati, a causa delle intrusioni giudiziali in vicende che hanno riguardato Paesi stranieri. Il profilo delle tensioni diplomatiche che potrebbero derivare dall'applicazione del principio di giurisdizione universale civile è, peraltro, uno degli argomenti spesso richiamati nel dibattito su questo tema. Si fa notare, ad esempio, che nei procedimenti civili di norma l'iniziativa è dei privati e non di funzionari pubblici quali un pubblico ministero. In tal senso verrebbe a mancare un possibile "filtro" volto a evitare un uso strumentale, pretestuoso e politico delle azioni civili da parte di privati per presunti reati dei quali sarebbero stati vittime all'estero<sup>22</sup>. Nel procedimento civile, inoltre, i privati non avrebbero né un dovere né una responsabilità di valutare eventuali costi sul piano delle relazioni internazionali e della politica<sup>23</sup>. Per tutte queste ragioni, la Corte conclude che le restrizioni adottate dalla Svizzera perseguono un fine legittimo.

La seconda verifica compiuta dalla Corte è se tali restrizioni rispettino il requisito della *proportionality*, cioè se nel perseguire i fini sopra esaminati la Svizzera abbia compiuto o meno scelte arbitrarie e sproporzionate. Secondo il ricorrente, in tal senso, l'interpretazione restrittiva della normativa da parte dei giudici svizzeri sarebbe stata irragionevole, in quanto gli avrebbe impedito in qualunque caso di ottenere un accesso alle corti e la conseguente soddisfazione del proprio diritto alla riparazione. La Corte EDU procede quindi ad un'approfondita analisi del diritto internazionale consuetudinario e

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, par. 122 ss.

<sup>22</sup> C. RYNGAERT, *Universal Tort Jurisdiction over Gross Human Rights Violations*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2007, 9, 10, 20.

<sup>23</sup> C.A. BRADLEY, *Universal Jurisdiction and US Law*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2001, 347; B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, 120-122.

pattizio, concludendo però che questi non prevedono attualmente alcun obbligo per gli Stati di esercitare la propria giurisdizione civile in presenza di gravi violazioni dei diritti umani ed a prescindere da un legame con lo Stato stesso, in particolare invocando il principio di giurisdizione universale civile.

In primo luogo, la Corte analizza la prassi degli Stati ed evidenzia come questa sia deludente in tal senso: su 39 Stati esaminati, solamente l'Olanda riconosce la possibilità di applicare il principio di giurisdizione universale civile per casi di tortura<sup>24</sup>. Al di fuori dell'Europa, invece, il principio troverebbe accoglimento in Canada e negli Stati Uniti<sup>25</sup>. Anche su tali Paesi devono essere però poste delle riserve. Con riguardo agli Stati Uniti infatti a partire dall'importante pronuncia *Kiobel* della Corte Suprema la possibilità di proporre *civil claims* per i c.d. *foreign cubed cases*, cioè vicende senza elementi di connessione con gli Stati Uniti, è stata quantomeno decisamente limitata<sup>26</sup>. Con riguardo invece al Canada tale possibilità sembra essere sì considerata ma, come evidenzia la stessa Corte, solamente per casi di terrorismo e solo ove sussista comunque un elemento di connessione con questo Paese<sup>27</sup>.

Come si vede, quindi, la prassi internazionale risulta essere decisamente scarsa e con riferimento agli Stati Uniti addirittura in senso involutivo. La Grande camera, pertanto, conclude sul punto che gli Stati che riconoscono il principio di giurisdizione universale civile sono attualmente un'eccezione, che non è possibile trarre da questa prassi un'emersione o consolidamento di una norma internazionale a riguardo e che di conseguenza non esiste alcun

---

<sup>24</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Nait-Liman v. Switzerland*, cit., par. 183. La Corte si riferisce al caso deciso dalla Corte distrettuale dell'Aja (Rechtbank's Gravenhage), *Akpan and others v Royal Dutch Shell and Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd*, sentenza del 30 gennaio 2013, nel quale invero sussisteva un elemento di connessione fra l'Olanda e la fattispecie, pertanto non si può parlare propriamente di giurisdizione universale civile, ed al caso *El-Hojouj c. Amer Derbas et al.*, 400882/HA ZA 11-2252, sentenza del 21 marzo 2012.

<sup>25</sup> *Ibid.*, par. 83 ss. e par. 184 per maggiori approfondimenti su questi due Paesi.

<sup>26</sup> Corte Suprema USA, *Kiobel, Individually and on behalf of her late husband Kiobel, et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 10-1491, 569, sentenza del 17 aprile 2013. La letteratura sulla giurisprudenza americana legata all'applicazione del c.d. Alien Tort Statute è molto ampia e questo anche in virtù dell'alto numero di casi portati dinanzi alle corti statunitensi, sebbene non sempre di esito positivo. Si vedano ad esempio D.F. DONOVAN, A. ROBERTS, *op. cit.*, 142-163; C. RYNGAERT, *Universal Tort Jurisdiction*, cit., 28-36; V.G. CURRAN, *op. cit.*; ID., *Extraterritoriality, Universal Jurisdiction, and the Challenge of Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, in *Maryland Journal of International Law*, 2013, 76 ss.; A. BONFANTI, *No Extraterritorial Jurisdiction Under the Alien Tort Statute: Which Forum for Disputes on Overseas Corporate Human Rights Violations after Kiobel?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013; B. STEPHENS, *Extraterritoriality and Human Rights After Kiobel*, in *Maryland Journal of International Law*, 2013, 265-266; IDI, *Universal Civil Jurisdiction with Regard to Reparation*, cit., 15-25.

<sup>27</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Nait-Liman v. Switzerland*, cit., par. 73, in riferimento al c.d. Justice for Victims of Terrorism Act del 2012.

obbligo per la Svizzera di esaminare e decidere casi quali quello del ricorrente<sup>28</sup>.

Concluso l'esame sulla prassi degli Stati, la Corte si sofferma sull'analisi del diritto internazionale pattizio, giungendo però anche in questo caso a conclusioni di segno negativo. L'analisi verte in particolare sull'art. 14 della Convenzione ONU contro la tortura del 1984: una prima opinione, presentata anche alla Corte EDU, sostiene che questa norma sarebbe la base giuridica legittimante il ricorso alla giurisdizione universale civile a seguito di violazioni del divieto di tortura<sup>29</sup>. A tale interpretazione si oppongono però due problemi, evidenziati dalla stessa Corte EDU. Innanzitutto, non tutta la dottrina risulta essere allineata su tale opinione ed anzi sembra prevalere la tesi opposta: si evidenzia, infatti, che, di fronte al silenzio serbato dalla norma sul tema della giurisdizione, non vi siano indicazioni che permettano di ritenere che un individuo possa far valere il proprio diritto alla riparazione ovunque in base ad un principio di universalità, senza che lo Stato dinanzi al quale viene iniziato il procedimento possa scegliere di opporvisi<sup>30</sup>. Tale opinione è peraltro fatta propria dal Governo del Regno Unito, intervenuto nel procedimento dinanzi alla Grande camera a sostegno della decisione presa dalla II sezione nel 2016<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 187.

<sup>29</sup> Comitato ONU contro la tortura, *General comment no. 3, 2012: Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: implementation of article 14 by States parties*, 2012. Questa interpretazione è sostenuta dinanzi alla Grande camera da parte di Amnesty International e dalla Commissione internazionale di giuristi, paragrafi 161-164.

<sup>30</sup> M.T. KAMMINGA, *op. cit.*, 124; D.F. DONOVAN, A. ROBERTS, *op. cit.*, 148; K. PARLETT, *Universal Civil Jurisdiction for Torture*, in *European Human Rights Law Review*, 2007, 398; P.D. MORA, *The Legality of Civil Jurisdiction over Torture under the Universal Principle*, in *German Yearbook of International Law*, 2009, 380, secondo i quali tale lettura non sarebbe però incoerente con il testo e le finalità della Convenzione.

<sup>31</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Naït-Liman v. Switzerland*, cit., paragrafi 157-159. Tale intervento non deve apparire del tutto inaspettato: le corti inglesi sono state interpellate sul tema della giurisdizione universale civile e sullo *scope* dell'art. 14 della Convenzione contro la tortura nel caso deciso dalla Camera dei Lord, *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Lieutenant-Colonel Abdul Aziz; Mitchell, Walker and Sampson v. Ibrahim Al-Dali and Others*, sentenza del 14 giugno 2006. Inoltre basti qui ricordare che il Regno Unito aveva già presentato un *brief* anche nel caso *Kiobe* (*brief of the governments of the Kingdom of the Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as amici curiae in support of neither party*), di contenuto simile a quello portato dinanzi alla Grande camera della Corte EDU, nel quale veniva esposto un certo scetticismo riguardo alla legalità ed alla opportunità di riconoscere la giurisdizione universale civile nel diritto internazionale ed interno. Il Governo britannico peraltro avanza gli stessi dubbi di quello elvetico in merito ai problemi di amministrazione della giustizia che deriverebbero dall'implementazione della giurisdizione universale civile, dubbi che sorgerebbero nonostante il numero di casi presentati dinanzi ai giudici nazionali sarebbe presumibilmente alquanto ridotto, come evidenziato dal ricorrente.

Si discute, d'altra parte, se dalla norma si possa invece trarre un divieto ad esercitare la giurisdizione universale civile, ovvero se dalla minor precisione del testo rispetto a quello dell'art. 5 della medesima Convenzione, che invece prevede la portata extraterritoriale della giurisdizione penale, si possa dedurre che gli autori della Convenzione volessero escludere l'extraterritorialità della giurisdizione civile<sup>32</sup>.

In assenza di una presa di posizione certa, sembra preferibile rimanere dell'opinione che l'art. 14 non vieti né permetta espressamente l'estensione extraterritoriale della giurisdizione civile<sup>33</sup>. La prassi applicativa sull'art. 14, inoltre, non sembra chiarire tali dubbi. Le decisioni che hanno riguardato l'art. 14 della Convenzione e la sua possibile lettura a favore della giurisdizione universale civile non hanno dato alcuna indicazione in senso positivo, anzi, hanno evidenziato quantomeno un forte scetticismo sul punto<sup>34</sup>. Inoltre, anche la prassi del Comitato ONU sulla tortura è stata nel tempo quantomeno oscillante<sup>35</sup>: sebbene tale Comitato nel *General Comment* n. 3/2012, dedicato proprio all'attuazione dell'art. 14, si fosse espresso in favore di un'applicazione in senso extraterritoriale della norma<sup>36</sup>, già la II sezione della Corte EDU, nella propria pronuncia sul caso *Nait-Liman*, evidenziava che gli Stati parte della Convenzione non abbiano mai dato seguito a tale interpretazione<sup>37</sup>.

La Corte, infine, nota che, al di fuori di tale Convenzione, non vi sono altre fonti pattizie che pongano quantomeno il dubbio sulla legittimità dell'esercizio della giurisdizione universale civile, fatto salvo per alcuni atti internazionali non vincolanti<sup>38</sup>.

La conclusione della Grande camera appare pertanto a rime obbligate: il

---

<sup>32</sup> IDI, *Universal Civil Jurisdiction with Regard to Reparation*, cit., 40-41; C. RYNGAERT, *From Universal Civil Jurisdiction to Forum of Necessity: Reflections on the Judgment of the European Court of Human Rights in Nait-Liman*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, 788-789.

<sup>33</sup> K. PARLETT, *op. cit.*, 398-399.

<sup>34</sup> Così P.D. MORA, *op. cit.*, 378. In giurisprudenza si vedano Corte d'appello dell'Ontario, Canada, *Houshang Bouzari, Fereshteh Yousefi, Shervin Bouzari and Narvan Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, sentenza del 30 giugno 2004; Camera dei Lord, *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Lieutenant-Colonel Abdul Aziz; Mitchell, Walker and Sampson v. Ibrahim Al-Dali and Others*, cit.; Corte Suprema della Nuova Zelanda, *Fang and Others v. Jiang and Others*, sentenza del 21 dicembre 2006.

<sup>35</sup> P.D. MORA, *op. cit.*

<sup>36</sup> Comitato ONU contro la tortura, *General comment no. 3, 2012*, cit.

<sup>37</sup> Corte europea dei diritti umani, II sez., *Nait-Liman v. Switzerland*, cit., par. 118 ss. Su tale questione si esprime nella *concurring opinion* il giudice Paul Lemmens, il quale evidenzia come anche il Comitato contro la tortura, nella sua prassi più recente, non abbia ritenuto sussistesse un'obbligazione per gli Stati di esercitare la propria giurisdizione laddove mancasse un criterio di connessione con lo Stato del foro. Egli aggiunge che anche nel *General comment* sull'interpretazione dell'art. 14 da nessuna parte sarebbe affermata un'imposizione a dover esercitare la giurisdizione civile a prescindere dalla residenza degli autori del crimine.

<sup>38</sup> In particolare IDI, *Universal Civil Jurisdiction with Regard to Reparation*, cit.

diritto internazionale non prevede attualmente alcun obbligo di fonte consuetudinaria o pattizia a carico degli Stati di applicare il principio di giurisdizione universale civile, ovvero di esercitare la propria giurisdizione civile sui c.d. *foreign cubed cases* promossi per atti di tortura.

Il ragionamento della Corte passa in seguito all'analisi del *forum necessitatis*, per il quale si giunge alle stesse conclusioni della giurisdizione universale civile: non esiste in diritto internazionale una norma che obblighi gli Stati ad estendere l'applicazione dell'istituto fino a ricomprendere casi quali quello in esame<sup>39</sup>. Come già evidenziato, la Corte nota inoltre che lo stesso istituto del *forum necessitatis* non sia particolarmente diffuso in Europa<sup>40</sup> e che, nei Paesi in cui è previsto, ai fini della sua applicabilità si richieda la sussistenza delle due condizioni già citate, prevedendolo quindi come istituto a carattere residuale<sup>41</sup>. Peraltro, visto anche il numero ridotto di Stati che contemplano tale istituto, la Svizzera, rispetto a molti altri Stati parti della CEDU, appare come un'eccezione in senso positivo. Allo stesso modo, questo strumento non è preso in considerazione da alcuna norma di diritto internazionale, consuetudinaria o pattizia.

I giudici giungono, quindi, ad una conclusione analoga a quella data sul principio di giurisdizione universale civile: non esiste attualmente alcun obbligo a carico degli Stati di estendere l'ambito di applicazione del *forum necessitatis* in assenza di un significativo legame con lo Stato del foro e gli Stati hanno in tal senso un ampio margine di apprezzamento e discrezionalità.

La decisione della Grande camera, pertanto, è a favore della Svizzera: le corti elvetiche non hanno compiuto alcuna manifesta o arbitraria restrizione del diritto di accesso alle corti a danno del ricorrente e, di conseguenza, non vi è stata alcuna violazione della Convenzione<sup>42</sup>.

5. Le conclusioni alle quali giunge la Grande camera, alla luce di quanto evidenziato, sembrano scontate: in un contesto nel quale gli Stati godono di ampio margine di apprezzamento, in cui vi è prassi incostante e la stessa dottrina si divide, era alquanto dubbio che essa giungesse ad una decisione diversa, ribaltando peraltro quando già sostenuto dalla II sezione nel 2016.

Ciononostante, possono farsi alcune osservazioni. Innanzitutto la Corte, soffermandosi sulla situazione attuale del diritto internazionale e della prassi degli Stati, ha forse perso un'importante occasione per fare un passo in avanti nella tutela delle vittime di violazioni di diritti umani, non considerando i molti ostacoli che queste potrebbero incorrere ove iniziassero un

---

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Naït-Liman v. Switzerland*, cit., par. 202.

<sup>40</sup> *Ibid.*, par. 200.

<sup>41</sup> *Ibid.*, par. 207.

<sup>42</sup> *Ibid.*, paragrafi 217-220.

procedimento nel Paese in cui hanno subito gli abusi<sup>43</sup>. Probabilmente questa scelta è stata influenzata, da un lato, dalle conseguenze che avrebbe prodotto, a livello diplomatico e giuridico, una pronuncia di grande apertura, se non addirittura la previsione di un obbligo a carico degli Stati, dall'altro, dal fatto che una decisione di totale chiusura avrebbe certamente comportato un grave pregiudizio in termini di tutela delle vittime di violazioni dei diritti umani. Tale soluzione, ad ogni modo, rimane soggetta a possibili critiche soprattutto dal punto di vista del ricorrente, che, a prescindere dalle considerazioni di carattere generale sui profili sin qui esaminati, aveva in qualche modo una forma di connessione con il territorio svizzero, ritenuta però non decisiva da parte della Grande camera ai fini di una condanna nei confronti della Svizzera<sup>44</sup>.

È però importante evidenziare che la decisione non è completamente nel segno della chiusura. Innanzitutto non lo è nelle stesse parole della Corte, la quale nella conclusione ritiene encomiabili gli sforzi di quegli Stati che cercano di rendere il più efficace possibile il diritto di accesso alle proprie corti per le vittime di gravi violazioni del diritto internazionale ed a prescindere dalla presenza di un legame con la controversia<sup>45</sup>. Inoltre, i giudici invitano espressamente i Paesi aderenti alla CEDU a prestare attenzione agli sviluppi di una materia di estrema attualità e di per sé in continua evoluzione, sforzandosi di individuare i possibili elementi che, a contrario, potrebbero obbligare gli Stati a esercitare, nei singoli casi, la propria giurisdizione<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Per le critiche sulla decisione della Corte si vedano le *dissenting opinions* dei giudici Serghides, Dedov e Wojtyczek (la quale è solo *partly dissenting*). Di giudizio critico è anche l'opinione della direzione del programma Diritto e politica di Amnesty International (v. il comunicato stampa del 15 marzo 2018, disponibile in italiano e reperibile *online*).

<sup>44</sup> Oltre alle *dissenting opinions* già menzionate si ricordi, in tal senso, che il ricorrente aveva ottenuto la naturalizzazione in Svizzera, era residente nello stesso Paese e che, durante le vicende processuali che l'hanno coinvolto, era in corso il procedimento per l'acquisto della cittadinanza elvetica. La valorizzazione di questi fattori di connessione con il territorio svizzero era già stata messa in luce, con riferimento alla sentenza del 2016, da C. RYNGAERT, *From Universal Civil Jurisdiction to Forum of Necessity*, cit., 804. Nello stesso senso F. MARCHADIER, *Extraterritorial Application of Domestic Statutes: Tip-toeing the Issue of International Competence*, in H. MUIR WATT *et al.* (eds.), *Global Private International Law: Adjudication without Frontiers*, Cheltenham-Northampton, 2019, 322-324, che sottolinea come anche la Grande camera non abbia ritenuto decisivi questi elementi. In tal senso si evidenzia peraltro che, in questa decisione, essa ha adottato uno *standard* relativamente alto per valutare l'arbitrarietà e l'irragionevolezza da cui deriva una violazione del margine di apprezzamento degli Stati; si esprime un certo rammarico per il fatto che sia la Corte EDU, in questo caso, che la Corte Suprema USA, con la sentenza *Kiobel*, abbiano preso la stessa direzione, laddove le finalità di tali procedimenti non erano certo limitate ad una compensazione economica.

<sup>45</sup> Corte europea dei diritti umani [GC], *Nait-Liman v. Switzerland*, cit., par. 218.

<sup>46</sup> *Ibid.*, paragrafi 217-220. L'importanza di questo *obiter*, che di fatto non chiude a eventuali sviluppi favorevoli futuri, è rimarcata anche da H. BURKHARD, M. MANTOVANI, *Current Developments in Forum Access: Comments on Jurisdiction and Forum Non*

Sebbene non sembri che la decisione abbia costituito un passo in avanti a favore dei diritti delle vittime di crimini internazionali commessi all'estero<sup>47</sup>, così come per l'affermazione della legittimità della giurisdizione universale civile, essa è comunque encomiabile per l'importante analisi svolta e per aver posto l'attenzione sul tema e sui suoi potenziali sviluppi futuri<sup>48</sup>. In tal senso, la circostanza che la decisione sia stata sottoposta a una seconda valutazione da parte della Grande camera non è irrilevante ed anzi evidenzia l'importanza di promuovere un dibattito sul tema.

#### ABSTRACT

*The ECtHR's Decision on the Naït-Liman Case Leaves the Door (Un)Locked to Universal Civil Jurisdiction.*

On 15th March 2018 the ECtHR's Grand Chamber put an end on the *Naït-Liman v. Switzerland* affaire.

Following the decision of the II Section of the Court in 2016, the ruling of the Grand Chamber appears to be closing the door on universal civil jurisdiction. On the other hand, the Grand Chamber itself does not rule out the possibility of future developments regarding this field.

The purpose of this paper is to address the matter concerning the principle of universal civil jurisdiction, focusing mainly on its legitimacy and desirability, through the analysis of the Grand Chamber's decision and its consequences.

---

*Conveniens-European Perspectives on Human Rights Litigation*, in *Max Planck Institute Luxembourg Research Paper*, 2019, 13. La stessa Corte EDU nell'*Overview of the Court's case-law (2018)* del 29 gennaio 2019, reperibile *online*, pone l'accento su questo *obiter* conclusivo.

<sup>47</sup> In tal senso C. HERI, *The Grand Chamber, Universal Civil Jurisdiction for Torture and Naït-Liman v. Switzerland*, 2018, reperibile *online*, in cui si afferma che la decisione sia certamente pragmatica, ma sia stata la meno vantaggiosa per promuovere i diritti delle vittime. La soluzione data, pertanto, avrebbe mantenuto lo *status quo*, minimizzando il più possibile il danno arrecato alle vittime.

<sup>48</sup> Si veda in tal senso H. BURKHARD, M. MANTOVANI, *op. cit.*, 14, secondo cui, allo stato attuale delle cose, sembra che la violazione di norme di *jus cogens* quali il divieto di tortura non possa influenzare direttamente l'interpretazione data all'art. 6 CEDU. Una prassi nel senso dell'estensione della giurisdizione su casi del genere potrebbe invece portare la Corte EDU a rivedere la propria posizione. Si noti inoltre che la stessa Corte EDU, nell'*Overview of the Court's case-law (2018)*, cit., ha evidenziato che, nonostante la decisione negativa, la stessa Corte si sia premurata di evidenziare l'ampio consenso internazionale nel riconoscere un diritto alla riparazione a favore delle vittime di tortura.



## RECENSIONI

P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI,  
*Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p.  
LVII-469

L'opera delinea magistralmente il complesso e variegato fenomeno delle organizzazioni internazionali e si inserisce nel dibattito scientifico in materia avvalendosi di un lavoro «al contempo individuale e collettivo dei diversi Autori», i quali ne hanno condiviso l'impostazione collettiva, pur sviluppando le materie trattate secondo la personale sensibilità.

Le organizzazioni internazionali rappresentano forme di cooperazione internazionale ampiamente diffuse nella Comunità internazionale, sia a livello universale che regionale. Nate con lo scopo di perseguire fini comuni agli Stati parte attraverso una cooperazione istituzionalizzata, per realizzare obiettivi che i singoli Stati, da sé o tramite meri accordi, non potrebbero raggiungere o non potrebbero realizzare così efficacemente e agevolmente, esse si presentano con una pluralità di strutture e apparati istituzionali e normativi. Alla proliferazione di tale fenomeno si è accompagnata l'attribuzione alle organizzazioni internazionali di una varietà di funzioni, spesso particolarmente incisive della sovranità statale e, in alcuni casi, produttive di effetti direttamente nella sfera giuridica dei singoli. Di qui l'interesse scientifico e pratico per il fenomeno e, al contempo, la peculiare difficoltà nell'individuazione di elementi comuni tra tali variegate realtà, i quali siano idonei a ricondurle a un modello unitario. Sicché, muovendo da un approccio che supera il modello classico, elaborato in base allo studio delle Nazioni Unite, e che privilegia una visione fondata su una pluralità di tipologie associative, talvolta atipiche, nel tentativo di ricondurle ad unità, l'opera qui recensita si profila di indubbia utilità sia per gli studenti, che per gli operatori del diritto e gli accademici che si interessino al mondo delle organizzazioni internazionali.

Il volume, ricco di indicazioni normative, giurisprudenziali e bibliografiche, si articola in quattordici capitoli che spaziano dalla nozione di organizzazione internazionale (cap. I, ad opera di Gerardo Martino e Piero Pennetta) e dalla ricostruzione dell'origine e della evoluzione del fenomeno (capitoli II e III, di Gerardo Martino) al classico tema della personalità giuridica internazionale (cap. IV, di Angela Di Stasi); dallo studio dell'articolazione delle competenze delle organizzazioni internazionali (cap. V, di Criseide Novi) all'esame dello *status* di membro e delle altre modalità di partecipazione alle organizzazioni internazionali (cap. VI, di Susanna Cafaro), nonché del complesso quadro dell'apparato istituzionale, degli atti normativi e del processo decisionale (capitoli VII, VIII e IX, di Piero Pennetta); dalla soluzione delle controversie intesa come elemento strutturale delle organizzazioni internazionali (cap. X, di Gerardo Martino) alle relazioni esterne (cap. XI, di Criseide Novi), alle immunità e i privilegi delle organizzazioni e dei loro funzionari (cap. XII, di Ivan Ingravallo), al finanziamento delle organizzazioni (cap. XIII, di Susanna Cafaro)

fino ai rapporti tra diritto delle organizzazioni internazionali e diritto interno (cap. XIV, di Ivan Ingravallo).

Nel I capitolo, Martino e Pennetta mettono in luce la chiave di lettura propria dell'intero volume, rappresentata dal carattere strumentale dell'organizzazione internazionale: «mezzo di azione comune (...) cui i partecipanti attribuiscono il *potere di svolgere collettivamente particolari funzioni (di volta in volta definite)*» (p. 7). In base a questo approccio funzionale, lo strumento interpretativo privilegiato del fenomeno diviene «la dialettica fra la sovranità statale e le funzioni attribuite all'organizzazione», cioè l'equilibrio dinamico tra competenze statali e dell'organizzazione da valutarsi nelle sue variazioni ed evoluzioni storiche. Dato che questa tensione dialettica tra sovranità statale ed esercizio di attività funzionali all'interesse comune sussiste anche nelle c.d. *soft organizations* (cui volutamente gli Stati hanno fornito un tenue apparato istituzionale) e nelle *Treaty body organizations* (in cui lo svolgimento delle funzioni da parte dell'apparato istituzionale lo rende tale) e caratterizza, altresì, le esperienze di carattere sovranazionale (o di integrazione), è possibile «cogliere pienamente l'essenza del fenomeno dell'organizzazione internazionale» (p. 12), nelle sue svariate e variegate tipologie. Ne risulta una definizione di organizzazione internazionale («*un ente che opera con continuità nel tempo e che è destinato dai partecipanti (prevalentemente soggetti statali) a svolgere determinate funzioni internazionali comuni e, che a tal fine, definisce o indica regole di comportamento che i destinatari possono avere l'obbligo o l'utilità di rispettare*», p. 23) volta a inglobare oltre all'organizzazione in senso classico (così come definita anche dal Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali approvato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2011) la categoria dell'organo comune agli Stati.

Nel II capitolo, Martino delinea nei dettagli le origini e l'evoluzione del fenomeno dell'organizzazione internazionale, non mancando di sottolineare il ruolo di sostegno allo sviluppo operativo delle stesse svolto dalle ONG, soprattutto in chiave tecnico-ausiliare. Martino identifica la Società delle Nazioni quale prototipo dell'organizzazione internazionale moderna e individua le cause del suo fallimento. Quindi, analizza lo sviluppo della cooperazione a carattere regionale «all'insegna dell'equilibrio tra universalismo e regionalismo», mettendone, così, in luce la compatibilità col sistema delle Nazioni Unite e il conseguente sviluppo dei processi di integrazione, quale quello europeo. Inoltre, si occupa degli effetti della fine della guerra fredda nella ridefinizione dei rapporti all'interno delle organizzazioni regionali, i quali hanno prodotto interventi di rafforzamento del processo di cooperazione diversi a seconda delle caratteristiche dell'organizzazione e del contesto regionale di riferimento. Infine, l'Autore vaglia il crescente ruolo di sostegno e di indirizzo svolto dalle *soft organizations* rispetto a forme di cooperazione istituzionalizzate. Il terzo capitolo, dello stesso Martino, verte sui procedimenti di emendamento, modifica e revisione che realizzano l'evoluzione delle organizzazioni internazionali, al fine di preservarne e migliorarne l'azione nel corso del tempo, lasciando, tuttavia, agli Stati membri il controllo del relativo processo. Martino sottolinea come i procedimenti siano diversi, perché calibrati sulle specifiche caratteristiche ed esigenze di ciascuna organizzazione e che, in base al momento storico, possono risultare in una prevalenza degli Stati rispetto all'organizzazione o dell'organizzazione rispetto agli Stati.

Nel capitolo sulla personalità giuridica delle organizzazioni internazionali, Angela Di Stasi ricostruisce l'emersione della questione a partire dalla istituzione

della Società delle Nazioni. L'Autrice analizza nei dettagli la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia dell'ONU che afferma la personalità giuridica delle Nazioni Unite in base alla teoria funzionalista e dà conto dei successivi riscontri dottrinali e giurisprudenziali (anche della Cassazione italiana) di tale approccio, per concludere che «non tutte le unioni istituzionalizzate di Stati costituiscono organizzazioni internazionali dotate di personalità giuridica internazionale» (p. 120). Esaminate criticamente sia la dottrina che fonda la personalità giuridica sulla sola volontà degli Stati membri dell'organizzazione (teoria soggettivistica), sia quella che fa leva sui soli requisiti oggettivi ai quali il diritto internazionale la ricollega (teoria oggettivistica), Di Stasi sposa l'approccio prevalente nella dottrina moderna, in base al quale le organizzazioni internazionali sono persone giuridiche in presenza di requisiti oggettivi e soggettivi. Ne deriva il valore meramente dichiarativo delle norme degli statuti che affermano la personalità giuridica delle organizzazioni internazionali che istituiscono, come dimostra l'accurato esame, compiuto dall'Autrice, dei trattati relativi ad alcune tra le principali organizzazioni internazionali a livello universale e regionale. Dopo aver individuato i fondamentali indicatori della personalità giuridica delle organizzazioni internazionali (non mancando di ricordare che alcuni di essi si possono rinvenire anche in enti che ne sono privi), Di Stasi conclude, data l'evoluzione dell'organizzazione internazionale (così come intesa nel volume), nel senso di un ruolo quantitativamente sempre più marginale di tale personalità, «ai fini della spiegazione del fenomeno delle organizzazioni *tout court*» (p. 134).

Nel capitolo dedicato alle competenze delle organizzazioni internazionali – definite competenze le materie e gli ambiti in cui l'organizzazione svolge la propria attività e poteri gli strumenti di cui può disporre per attuare le competenze –, Criseide Novi sottolinea come, di solito, a competenze particolarmente ampie facciano riscontro poteri scarsamente incisivi per realizzarle. Inoltre, mette in rilievo che, nelle *soft organizations*, gli ambiti di attività restano definiti in termini vaghi per garantire la flessibilità dell'operato delle stesse. Quindi, l'Autrice analizza dettagliatamente i principi regolatori delle competenze e le modalità di attribuzione delle medesime nelle varie organizzazioni internazionali, per poi soffermarsi sulle clausole limitatrici delle competenze (quali quelle sulla *domestic jurisdiction* e quelle che contengono eccezioni e deroghe). Infine, Novi esamina come si modificano le competenze durante la vita dell'organizzazione e, a tal proposito, si occupa della teoria dei poteri impliciti, quale possibile strumento per estendere l'ambito di attività di una organizzazione internazionale.

Nel capitolo VI, Susanna Cafaro si occupa dello *status* di membro di una organizzazione internazionale con riferimento agli Stati, ad altre organizzazioni internazionali e alle persone fisiche e giuridiche, ed esamina, altresì, la partecipazione alle *soft organizations*. Ricostruisce le modalità di acquisizione e perdita dello *status* di membro, anche attraverso una dettagliata analisi dei processi di ammissione e cessazione di tale *status*, l'Autrice si sofferma sugli effetti degli eventi modificativi della statualità rispetto al medesimo, dando conto della prassi pertinente. Quindi, analizza diritti e i doveri discendenti dalla *membership*, con specifico riferimento al diritto di voto e partecipazione, al dovere di contribuire e al diritto di accedere alle risorse, al dovere di rispettare le regole comuni, nonché le sanzioni per la violazione di tali doveri. Infine, l'Autrice dà ampio riguardo agli *status* particolari, quali quelli di membri parziali o associati, di osservatori, di ospiti e alle peculiari modalità di partecipazione delle persone fisiche e giuridiche.

Nel capitolo VII, dedicato all'apparato istituzionale, Piero Pennetta, sottolinea la numerosità delle organizzazioni internazionali esistenti e la peculiarità delle caratteristiche istituzionali di ciascuna di loro, definisce le tendenze di fondo in materia, con riferimento all'apparato istituzionale e alle funzioni attribuite al singolo organo. A questo scopo, l'Autore esamina sia le regole statutariamente previste in materia che la prassi, intesa come *governance*, in quanto – evidenzia Pennetta – il concreto operare di ogni organizzazione dipende dall'equilibrio che, «in un dato momento storico, si viene a stabilire fra sovranità statale e funzioni proprie dell'organizzazione» (p. 198). L'Autore rileva come a tale «dinamismo istituzionale» viene a collegarsi l'*animus cooperandi* degli Stati membri nei confronti dell'organizzazione, il quale si atteggia diversamente nelle organizzazioni a struttura semplice e in quelle a struttura complessa, emergendo – in queste ultime – non solo nei rapporti verticali tra Stati e organizzazione, ma anche in quelli orizzontali tra le diverse istituzioni.

Nel capitolo VIII, lo stesso Pennetta ricostruisce il complesso sistema degli atti normativi delle organizzazioni internazionali. Definite come atti di diritto derivato «tutte le manifestazioni di volontà che sono finalizzate al perseguimento degli obiettivi istituzionali e che influenzano (...) i comportamenti degli Stati, dell'apparato istituzionale e, talora, i comportamenti degli individui», l'Autore evidenzia la presenza di tipologie differenti di atti di diritto derivato che possono avere il loro fondamento negli statuti, ma altresì derivare dalla prassi, non solo in *soft organizations* bensì in organizzazioni strutturate come l'UE. Su queste basi, egli esamina le varie tipologie di atti, concludendo che sussiste «una sostanziale e diretta corrispondenza fra le tipologie organizzative e le tipologie di atti con cui si formalizza la singola manifestazione di volontà» (p. 289). Nel capitolo IX, Pennetta si occupa delle regole del processo decisionale, in quanto riflesso del tipo di cooperazione istituzionalizzata proprio di ciascuna organizzazione, ossia come risultato della dialettica tra funzioni attribuite all'organizzazione e sovranità statale. In particolare, l'Autore mette in luce il ruolo di primo piano attribuito agli organi intergovernativi nel processo decisionale e, dunque, la preminente influenza statale, che si riflette, altresì, nelle modalità di voto e nella c.d. geometria variabile.

Nel capitolo X, Martino tratta della soluzione delle controversie nell'ambito delle organizzazioni internazionali, quale strumento volto a evitare l'alterazione dell'equilibrio all'interno dell'organizzazione o la stessa paralisi dell'organizzazione o, ancora, a superare carenze che, se particolarmente gravi, potrebbero addirittura portare alla estinzione dell'organizzazione. In quest'ottica, le procedure di soluzione delle controversie all'interno dell'organizzazione forniscono, altresì, un utile contributo all'interpretazione e applicazione delle norme convenzionali, accrescendo la certezza del diritto. Martino dà conto della pluralità dei meccanismi di soluzione delle controversie adottati nell'ambito delle varie organizzazioni internazionali esistenti e sottolinea come essi si adeguino al sistema organizzativo e funzionale delle stesse, nonché che i sistemi di soluzione delle controversie si facciano tanto più complessi e articolati nell'ambito delle organizzazioni che perseguono l'integrazione tra i Membri.

Nel capitolo dedicato alle relazioni esterne, Novi esamina tutte le attività attraverso le quali una organizzazione internazionale si proietta all'esterno, spaziando tra coordinamento tra gli Stati membri su questioni internazionali, attività dichiaratoria, avvio di dialoghi, instaurazione di relazioni diplomatiche, conclusione di accordi internazionali e instaurazione di relazioni tra organizzazioni. A questo riguardo,

vengono analizzate anche le «famiglie» di organizzazioni internazionali e il fenomeno dell'interregionalismo, che interessa soprattutto le organizzazioni regionali localizzate in diversi continenti. L'Autrice sottolinea, inoltre, la necessità di svincolare lo studio delle relazioni esterne da quello della personalità giuridica dell'organizzazione, in quanto sempre più spesso vengono poste in essere attività volte a far percepire che «ad agire sia l'organizzazione anche se dal punto di vista strettamente giuridico le attività da essa poste in essere sono da imputare singolarmente e simultaneamente a ciascuno degli Stati membri» (p. 369).

Occupandosi delle immunità e i privilegi delle organizzazioni internazionali e dei loro funzionari (cap. XII), Ivan Ingravallo ricostruisce il fondamento dell'attribuzione di tali immunità in una «necessità funzionale» – in quanto, cioè, esse sono necessarie perché l'organizzazione possa svolgere le funzioni attribuitele dagli Stati –, nonché in base all'obbligo di cooperazione degli Stati membri nei confronti dell'organizzazione. Ricostruito come convenzionale il fondamento della disciplina di dettaglio sui privilegi e le immunità delle organizzazioni, l'Autore esamina le fonti normative in tema di immunità e il contenuto della disciplina pertinente; quindi, ricostruisce il regime delle immunità dei funzionari internazionali. Infine, Ingravallo analizza criticamente la disciplina di immunità e privilegi in caso di violazioni dei diritti umani. Partendo dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla *protezione equivalente* e dalle più recenti decisioni di inammissibilità nei casi relativi a operazioni di amministrazione territoriale o di pace delle Nazioni Unite, l'Autore rileva che, al fine di evitare che si crei una situazione di sostanziale impunità, sia opportuno applicare «con ragionevolezza le regole esistenti in materia di immunità e privilegi delle organizzazioni e dei loro funzionari».

Nel capitolo XIII, Susanna Cafaro si occupa del finanziamento delle organizzazioni internazionali, «sia perché è nel bilancio che possiamo trovare conferma della capacità operativa dell'organizzazione, sia perché esso fornisce utili informazioni sulla maggiore o minore indipendenza della stessa rispetto ai suoi membri» (p. 433). In particolare, l'Autrice si dedica all'analisi delle spese dell'organizzazione, delle fonti di finanziamento, del bilancio e delle sanzioni previste in caso di mancata contribuzione al bilancio, configurandosi in ciò una violazione di un obbligo previsto dal Trattato stesso.

Nell'ultimo capitolo, relativo ai rapporti tra il diritto delle organizzazioni internazionali e il diritto interno, Ingravallo ripercorre le nozioni introduttive in tema di adattamento al trattato istitutivo e agli atti di diritto derivato, ricostruisce il rango di tali atti nell'ordinamento interno e il rapporto con le fonti del diritto interno, per poi occuparsi in particolare dell'adattamento agli atti delle organizzazioni internazionali e del loro rango nell'ordinamento italiano. Infine, l'Autore delinea la peculiare situazione del diritto dell'Unione europea e il suo primato sugli atti normativi nazionali e, dato che l'Unione europea è membro di altre organizzazioni internazionali (ad. es. la WTO o la FAO) o competente in settori nei quali sono adottati atti da altre organizzazioni internazionali (si pensi alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite che prevedono sanzioni economiche per presunti terroristi), si occupa specificamente dell'adattamento dell'ordinamento giuridico UE agli atti di altre organizzazioni.

In conclusione, il volume si segnala per la completezza nell'analisi e nell'approfondimento di ciascuno dei maggiori profili problematici delle organizzazioni internazionali, attraverso un dettagliato esame della prassi e della dottrina pertinenti.

Inoltre, l'ampia appendice delle norme rilevanti per le tematiche di volta in volta considerate e la vasta bibliografia generale, unite alle dettagliate note bibliografiche che corredano i singoli capitoli, rendono l'opera un utile strumento per chi, studente, studioso o operatore giuridico, intenda approfondire l'analisi del fenomeno delle organizzazioni internazionali.

*Egeria Nalin*

## COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Storia del Diritto internazionale*:

EDOARDO GREPPI – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Torino.

UGO VILLANI – Professore emerito di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

FRANCESCA GRAZIANI – Professore associato di Diritto internazionale – Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

ENRICO MASSA – Dottorando di ricerca in Diritto dell’economia – Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

Per la sezione *Osservatorio Diritti umani*:

ELENA CARUSO – Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale – Kent Law School (Regno Unito).

Per la sezione *Note e commenti*:

MARTINA DI LOLLO – Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi del Molise.

MIRKO CAMANNA – Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Pavia.

Per la sezione *Recensioni*:

EGERIA NALIN – Ricercatore di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

