

# LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXIII

2018

N. 1

RIVISTA TRIMESTRALE  
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

## INDICE

### ARTICOLI E SAGGI

PIA ACCONCI – International Actions Towards Universal Health Coverage: Soft, but Consistent.....	5
SILVIA SCARPA – Sulla tutela dell'ambiente e l'istituzione di aree marine protette nel Mar Glaciale Artico.....	25
VALENTINA ZAMBRANO – Recenti sviluppi in materia di responsabilità dello Stato per fatti di privati in violazione dei diritti umani.....	43

### OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

LUIGIA BERSANI – Libertà di espressione artistica e alcuni suoi limiti nel diritto internazionale ed europeo: deroghe “culturali” e “hate speech”.....	67
--	----

### NOTE E COMMENTI

ELENA FASOLI – The Judgment of the International Court of Justice in <i>Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica</i> : Preliminary Remarks with Regard to Environmental Damage.....	99
---	----

### RASSEGNE

#### ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

##### Nazioni Unite

##### *Assemblea generale*

##### *Consiglio dei diritti umani* (L'attività nel 2017), p. 117

1. Premessa, p. 117; 2. Diritto all'alimentazione, p. 118; 3. Diritti dell'infanzia (realizzazione dell'Agenda 2030, diritto alla registrazione, matrimoni precoci e forzati, minori migranti non accompagnati), p. 122 4. Diritti umani delle persone con disabilità, p. 129; 5. Discriminazioni per motivi di religione, p. 131; 6. Crisi economica e finanziaria e suo impatto sul godimento dei diritti umani, p. 132; 7. La situazione in Medio Oriente, p. 134; 8. La situazione dei diritti umani in Myanmar, p. 136.

*Giuseppe Gioffredi*

*Consiglio di sicurezza* (ottobre-dicembre 2017), p. 139

1. Considerazioni introduttive, p. 139; 2. Il rinnovo dei mandati delle *peace-keeping operations*, di missioni di osservazione e di altri meccanismi, p. 139; 3. Il rinnovo dei mandati dei meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, delle autorizzazioni alle forze multinazionali e delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti e individui, p. 140; 4. Situazione in Colombia, p. 140; 5. Situazione in Iraq, p. 141; 6. Situazione in Bosnia-Erzegovina, p. 141; 7. Misure contro il traffico di migranti e la tratta di esseri umani nel Mediterraneo, p. 141; 8. L'importanza della componente di polizia nelle operazioni di *peace-keeping*, p. 142; 9. La problematica situazione in Somalia, p. 142; 10. La situazione nella regione dei Grandi Laghi, p. 143; 11. La questione della pace e della sicurezza nell'area nevralgica del Sahel, p. 144; 12. Traffico di migranti e tratta di esseri umani come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali, p. 145; 13. Nuove sanzioni per la Corea del Nord, p. 145; 14. Minacce alla pace e alla sicurezza internazionali causate dagli atti terroristici, p. 146.

*Luigi D'Ettorre*

Istituti Specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni e istituzioni internazionali

ORGANIZZAZIONI REGIONALI IN AMERICA LATINA E NEI CARAIBI  
L'attività nel 2016-2017, p. 149

*Piero Pennetta*

COMITATO CONTRO LA TORTURA

Le osservazioni conclusive del Comitato contro la tortura ai rapporti periodici congiunti quinto e sesto dell'Italia, p. 165

*Chiara Tea Antoniazzi*

### *RECENSIONI*

STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI, *Diplomatici – 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 382 (*Cosimo Risi*), p. 179

ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI, ROBERTO VIRZO (a cura di), *A scuola di cittadinanza europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 240 (*Pierfrancesco Rossi*), p. 180

# LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXIII

2018

N. 1

QUARTERLY JOURNAL  
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

## SUMMARY

### *ARTICLES AND ESSAYS*

- PIA ACCONCI – International Actions Towards Universal Health Coverage: Soft, but Consistent.....5  
SILVIA SCARPA – Some Remarks on the Protection of the Environment and the Creation of Marine Protected Areas in the Arctic Ocean.....25  
VALENTINA ZAMBRANO – Recent Developments on the Responsibility of the State for Acts of Non-State Entities Violating Human Rights.....43

### *HUMAN RIGHTS OBSERVATORY*

- LUIGIA BERSANI – Freedom of Artistic Expression and Some of Its Limitations Under International and European Law: “Cultural” Exceptions and “Hate Speech”.....67

### *NOTES AND COMMENTS*

- ELENA FASOLI – The Judgment of the International Court of Justice in *Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*: Preliminary Remarks with Regard to Environmental Damage.....99

### *SURVEYS*

#### ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

##### United Nations

##### *General Assembly*

##### *Human Rights Council (Activities in 2017), p. 117*

1. Preliminary remarks, p. 117; 2. The right to adequate food, p. 118; 3. Rights of the child (implementation of the 2030 Agenda, the right to registration, early and forced marriage, unaccompanied migrant children), p. 122; 4. Human rights of persons with disabilities, p. 129; 5. Discriminations based on religion or belief, p. 131; 6. Effects of the economic and financial crisis on the enjoyment of human rights, p. 132; 7. The situation in the Middle East, p. 134; 8. The situation of human rights in Myanmar, p. 136.

*Giuseppe Gioffredi*

*Security Council* (October-December 2017), p. 139

1. Preliminary remarks, p. 139 2. The renewal of the mandates of peace-keeping operations of observatory missions and other mechanisms, p. 139; 3. The renewal of the mandates of the mechanisms established under Chapter VII of the Charter, of the authorization to multinational forces and of the sanctions imposed against State, other bodies and individuals, p. 140; 4. The situation in Colombia, p. 140; 5. The situation in Iraq, p. 141; 6. The situation in Bosnia-Herzegovina, p. 141 7. Measures against the smuggling of migrants and the trafficking of human beings in the Mediterranean, p. 141; 8. The importance of the police component in peace-keeping operations, p. 142; 9. The serious situation in Somalia, p. 142; 10. The situation in the Great Lakes region, p. 143 11. The peace and security issue in the crucial area of Sahel, p. 144; 12. Smuggling of migrants and trafficking of human beings as a threat to international peace and security, p.145; 13. New sanctions against Democratic People's Republic of Korea, p. 145; 14. Threats to international peace and security caused by terrorist acts, p. 146.

*Luigi D'Ettorre*

Specialized agencies of the United Nations and other international organizations and institutions

REGIONAL ORGANIZATIONS IN LATIN AMERICA AND IN THE CARIBBEAN  
The activities in 2016-2017, p. 149.

*Piero Pennetta*

COMMITTEE AGAINST TORTURE

Concluding observations of the Committee against torture on the Italian fifth and sixth joint periodical reports, p. 165.

*Chiara Tea Antoniazzi*

#### REVIEWS

STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI, *Diplomatici – 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 382 (*Cosimo Risi*), p. 179

ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI, ROBERTO VIRZO (a cura di), *A scuola di cittadinanza europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 240 (*Pierfrancesco Rossi*), p. 180

## ARTICOLI E SAGGI

### INTERNATIONAL ACTIONS TOWARDS UNIVERSAL HEALTH COVERAGE: SOFT, BUT CONSISTENT

PIA ACCONCI

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Universal health coverage as a tool for the implementation of the right to health in low-income States. – 3. ... and as a common interest at an international law level. – 4. Conclusion.

1. International regulatory cooperation on health protection started with the conclusion of a few international sanitary conventions in the late decades of the nineteenth century<sup>1</sup>. Before the Second World War, some international specialized organizations were also established<sup>2</sup>. At that time, the primary reason for cooperation was the need of States to protect their national interests through the management of transnational health emergencies due to the cross-border spread of infectious diseases<sup>3</sup>.

After the Second World War, international cooperation has developed with regard to a broader concept of health. Relevant provisions are provided in the 1945 Charter of the United Nations, particularly in its Art. 55, to connect health protection and the maintenance of international peace and security. In line with the

---

<sup>1</sup> The international sanitary conventions regulated the reaction of the Contracting States to specific infectious diseases, such as cholera, plague and yellow fever, with the aim of harmonizing the requirements for the resort to quarantine measures through international procedural obligations and thus balancing the control of the cross-border spread of such diseases and the freedom of movement of people and goods.

<sup>2</sup> Before the Second World War, the following international organizations for health protection were established: the International Office of Public Hygiene in 1907, the International Health Organization in 1920, and the United Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRRA) in 1943.

<sup>3</sup> For an overview of international cooperation aimed at tackling the transnational spread of infectious diseases, see, among others, D.P. FIDLER, *International Law and Infectious Diseases*, Oxford, 1999; M. BÉLANGER, *Introduction à un droit mondial de la santé*, Paris, 2009, especially 15-18; P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, especially 55-63, 275-325.

preamble of the establishing treaty of the World Health Organization (WHO), known as its Constitution, health has been viewed as «a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». To ensure the welfare of any individual, international cooperation has focused on the right to health, the enhancement of national health systems, wider access to healthcare services, the promotion of common transnational research activities, the exchange of information, social inclusion and prevention<sup>4</sup>.

Universal health care has come to light as an instrumental objective for the effective implementation of the right to health and the solution of transnational health problems.

Universal health care is one of the building elements of any modern society, as it aims at ensuring access to a kind of services for the satisfaction of a basic need of any individual and for the achievement and maintenance of a wide-ranging level of public health. That is one of the main reasons why universal health care implies the stability of the macro-economic situation of a State and national welfare systems.

Over the last fifteen years, recurrent systemic financial crises have brought about economic recession, unemployment and a deterioration of public welfare in several States, whether economically advanced or not. The costs of healthcare services have increased and have become a burden on States and on individuals. This has occurred because of spending cuts arising from the implementation of austerity programmes, the increase in out-of-pocket payments and user fees, bio-medical technological developments and the extension of life-expectancy in many economically advanced States. Furthermore, the costs of healthcare services have increased due to the inadequacy of investments in the organization of hospitals and/or healthcare centres and in the training of health professionals in several low-income States<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> See, among others, M. BÉLANGER, *Introduction à un droit mondial de la santé*, Paris, 2009, especially 102-103; B.M. MEIER, *Global Health Takes a Normative Turn: The Expanding Purview of International Health Law and Global Health Policy to Meet the Public Health Challenges of the 21<sup>st</sup> Century*, in *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, 2011, especially 79 ff. As to the contribution of the World Health Organization to the human rights-based conceptualization of health protection at the international level, see B.M. MEIER, *Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the Right to Health for Public Health Advancement*, in *Stanford Journal of International Law*, 2010, 1 ff.

<sup>5</sup> Cf. S.R. BENATAR, S. GILLAND, I. BAKKER, *Global Health and the Global Economic Crisis*, in M. GRODIN, D. TARANTOLA, G. ANNAS, S. GRUSKIN (eds.), *Health and Human*

The importance of affordability for the realization of the right to health has increased. More specifically, the economic accessibility to healthcare services, medicines and the determinants of health has emerged as one of the main health challenges. The outcome of this phenomenon has been a shift from “universal health care” to “universal health coverage” (UHC) as the main reference concept within the international regulatory and policy framework to ensure the effective implementation of the right to health by States<sup>6</sup>.

International organizations have taken actions and engaged in promoting universal health coverage, by adopting reports, declarations and programmes on such matter. The World Health Organization, the World Bank Group and a few transnational non-governmental organizations, such as the Rockefeller Foundation, Oxfam, Save the Children, have established the UHC Coalition «to accelerate universal health coverage so that everyone, everywhere, can access quality health services without financial hardship»<sup>7</sup>. The objective is the decrease in the number of people, about one billion, without coverage in the world<sup>8</sup>. Statistics published by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) show that most of its Member States have invested and reached universal health coverage<sup>9</sup>. The G7 Health Ministers have acknowledged the importance of universal health coverage within their common *Communiqué* – “United towards Global Health: common strategies for common challenges” – of November 2017<sup>10</sup>. Germany and an important emerging State like

---

*Rights in a Changing World*, London, New York, 2013, 487 ff.; M. KARANIKOLOS, P. MLADOVSKY, J. CYLUS, S. THOMSON, S. BASU, D. STUCKLER, J.P. MACKENBACH, M. MCKEE, *Health in Europe 7. Financial Crisis, Austerity, and Health in Europe*, in *The Lancet*, 13 April 2013, 1323 ff.

<sup>6</sup> The Resolution “Global Health and Foreign Policy” adopted by the UN General Assembly on 27 January 2009 (UN Doc. A/RES/63/33) is the cornerstone of the UN action towards universal health coverage. This Resolution underlines the connection between health and international development goals.

<sup>7</sup> The World Health Organization already focused on the importance of universal health coverage in its 2010 Annual Report entitled “Health systems financing: the path to universal health coverage”. See also T.A. GHEBREYEUS, *All Roads Lead to Universal Health Coverage*, in *The Lancet*, 17 July 2017, 839.

<sup>8</sup> See, for instance, the “WHO Draft Thirteen General Programme of Work”, EBSS/4/2, 1 November 2017, especially 7-9 (available on the WHO website: [www.who.int](http://www.who.int)).

<sup>9</sup> See, in particular, OECD, *Universal Health Coverage and Health Outcomes*, Final Report, Paris, 22 July 2016, available on the OECD website ([www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

<sup>10</sup> The *Communiqué* was adopted on occasion of the G7 Health Ministers meeting held in Milan from 5 to 6 November 2017. The G7 Health Ministers had already dealt with the goal of universal health coverage on occasion of their meeting held in Kobe from 11 to 12 September 2016.

China have taken special regulatory measures towards universal health coverage<sup>11</sup>.

This article deals with the developments that are at the root of the international regulatory and policy actions towards universal health coverage. A few remarks will be made on the relevance of these actions to the implementation of the right to health in low-income and emerging States and on the conceptualization of universal health coverage as a common interest. Some concluding remarks will be made on the nature of the international regulatory and policy actions towards universal health coverage.

2. As it can be argued from Art. 55 of the UN Charter, from the WHO Constitution and from relevant international legal instruments on human rights<sup>12</sup>, international law refers to health from both an individual and a collective perspective. Both these perspectives are influenced by macro-economic trends.

From an individual perspective, international law provides for the safeguard of the right to health, i.e. the right which entails the enjoyment by any human being of physical and mental health, as well as the ability to exercise other social rights. From this perspective, the implementation of the right to health depends on the availability of adequate living conditions of individuals through the access to the determinants of health, that is nutritious and safe food, potable water, adequate sanitation systems, clean air and soil. To this regard, Art. 25 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948<sup>13</sup> and Art. 12

---

<sup>11</sup> For further information, see section 3 of this article.

<sup>12</sup> Art. 1 of the WHO Constitution provides that «[t]he enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition (...)». For a similar provision, see Art. 16 of the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights and Art. 24.1 of the 1989 Convention on the Rights of the Child. See also the "Agenda 21" adopted at the end of the 1992 UN Conference on Sustainable Development and the Declaration "The Future We Want" adopted at the end of the 2012 UN Conference on Sustainable Development.

<sup>13</sup> «(1) Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control. (2) Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection». See also Art. 14.1 of the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

of the 1966 UN Covenant of Economic, Social and Cultural Rights<sup>14</sup>, as clarified by the non-binding General Comment No. 14 (2000) of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights<sup>15</sup> are significant. The 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights is also relevant, although it includes a less detailed provision<sup>16</sup>.

From a collective perspective, international law refers to the enjoyment of the right to health as a contributing factor to the maintenance of international peace and security and to the pursuit of economic and social development worldwide. At the end of the decolonization process in the Seventies of the last century, the newly independent States acting as a group requested social justice and equitable treatment based on the resort to 'discriminatory compensatory treatments', particularly in relation to the management of the exploitation of their local natural resources, to gain effective economic independence<sup>17</sup>. In light of their conceptualization of equity from a social and economic perspective at an international law level, the newly independent States originated from the decolonization process requested universal health care in terms of "Health for All" within the World Health Organization as an important target for the establishment of a "New International Economic Order". To meet these requests, the Regional Office for Europe of the World Health Organization, in collaboration with UNICEF, organized the

---

<sup>14</sup> Art. 12 provides for «the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health».

<sup>15</sup> The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights adopted the General Comment No. 14 (2000) on «[t]he right to the highest attainable standard of health» on 11 August 2000 (UN Doc. E/C.12/2000/4). As to the connection between the right to health and its social determinants, see, in particular, paras 4, 11, 12 (a) and (b) and 43 of the General Comment No. 14. As to the impact of the General Comments on the national law systems of the States Parties to the UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, see M. BÓDIG, *Soft Law, Doctrinal Development, and the General Comments of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in S. LAGOUTTE, T. GAMMELTOFT-HANSEN, J. CERONE (eds.), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford, 2016.

<sup>16</sup> According to Art. 16.2: «States Parties to the present Charter shall take the necessary measures to protect the health of their people and to ensure that they receive medical attention when they are sick».

<sup>17</sup> The requests of the newly independent States originated from the decolonization process aimed at establishing an international regulatory and policy framework for the safeguard of their political and economic independence, in terms of "permanent sovereignty over national natural resources". Such requests culminated with the adoption of two Declarations on a "New International Economic Order" by the UN General Assembly in 1974 (see the "Declaration on the Establishment of a New International Economic Order", UN Doc. A/RES/S-6/3201, 1 May 1974, and the "Charter of Economic Rights and Duties of States", UN Doc. A/RES/29/3281, 12 December 1974).

“International Conference on Primary Healthcare” held in Alma-Ata in 1978<sup>18</sup>. At the end of this Conference, the “Declaration on Primary Health Care” was enacted. Many provisions of this non-binding Declaration were designed as “international obligations” in order to foster the future legal engagement of States, particularly of the economically advanced ones<sup>19</sup>.

According to para. II of the Declaration, «[t]he existing gross inequality in the health status of the people particularly between developed and developing countries as well as within countries is politically, socially and economically unacceptable and is, therefore, of common concern to all countries».

Under the Declaration, the access to primary healthcare<sup>20</sup> appears a prerequisite of universal healthcare. According to its para. X, the guarantee of primary healthcare in any State at domestic level is paramount as «the attainment of health by people in any one country directly concerns and benefits every other country».

The Declaration has shown the connection between the universal access to primary healthcare services and development. The pursuit of its objectives required strong commitments, both legal and political, of WHO Member States at domestic level and the ability of the World

---

<sup>18</sup> The General Comment on the right to health No. 14 (2000) specifies that «[i]n the literature and practice concerning the right to health, three levels of health care are frequently referred to: primary health care typically deals with common and relatively minor illnesses and is provided by health professionals and/or generally trained doctors working within the community at relatively low cost; secondary health care is provided in centres, usually hospitals, and typically deals with relatively common minor or serious illnesses that cannot be managed at community level, using specialty-trained health professionals and doctors, special equipment and sometimes in-patient care at comparatively higher cost; tertiary health care is provided in relatively few centres, typically deals with small numbers of minor or serious illnesses requiring specialty-trained health professionals and doctors and special equipment, and is often relatively expensive. Since forms of primary, secondary and tertiary health care frequently overlap and often interact, the use of this typology does not always provide sufficient distinguishing criteria to be helpful for assessing which levels of health care States parties must provide, and is therefore of limited assistance in relation to the normative understanding of article 12» (see its explanatory note No. 9).

<sup>19</sup> B.M. MEIER, fn. 4, especially 85-86.

<sup>20</sup> Para. VI of the Declaration refers to primary healthcare as «the first level of contact of individuals, the family and community with the national health system (...)». Its para. VIII specifies that «[a]ll governments should formulate national policies, strategies and plans of action to launch and sustain primary health care as part of a comprehensive national health system (...)» and that «to this end, it will be necessary to exercise political will, to mobilize the country's resources and to use available external resources rationally».

Health Organization to foster and coordinate actions for economic and social redistribution outside and within its Member States<sup>21</sup>.

The Declaration has also stated that the achievement of universal health care by States at domestic level depends on the establishment of a relationship between the individual and the collective perspectives of the right to health through international cooperation.

The instability of the world macro-economic situation and various financial crises have hindered the pursuit of the objectives of the Conference of Alma-Ata. Over the Eighties, because of the uncertainty of the growth rates of the world economy and of serious financial turmoil in a number of developed, emerging and developing States, international financial organizations, in particular the World Bank and the International Monetary Fund, undertook the management of international health problems. The economic and financial perspective was mainstreamed into the human rights-based one. According to certain scholars, this brought about a minor importance of the World Health Organization as an active international player fighting against disparity and a reduction of the relevance of its “Health for All Agenda”, as well as the preference of States for international non-binding rules in this field<sup>22</sup>.

Subsequently, during the Nineties of the last century, international law started to focus on the impact of technical and financial constraints on health protection within low-income States. International policy and regulatory actions directed to sustainable development, as a common macro-objective of international cooperation, also focused on universal health care, as a tool for social justice<sup>23</sup>. International regulatory acts were adopted to underline the connection between development, the environment and health, as a human right

---

<sup>21</sup> Cf. G.L. BURCI, *Advancing the Right to Health: The Vital Role of Law*, Geneva, 2017, especially 13 ff.

<sup>22</sup> Cf. B.M. MEIER, fn. 4, especially 44-48, who, among others, underlines that «[r]ather than proposing effective primary health care systems to ameliorate underlying determinants of health, the Organization’s focus shifted back to ‘health services systems’ to address the provision of medical care» (46).

<sup>23</sup> The UN Committee of Economic, Social and Cultural Rights clarifies the importance of financial protection for the implementation of the right to health in the General Comment No. 14 (2000). See its para. 12.b concerning “Economic accessibility (affordability)” which says «health facilities, goods and services must be affordable for all. Payment for health-care services, as well as services related to the underlying determinants of health, has to be based on the principle of equity, ensuring that these services, whether privately or publicly provided, are affordable for all, including socially disadvantaged groups. Equity demands that poorer households should not be disproportionately burdened with health expenses as compared to richer households».

and as an economic issue. The latter assumption can be deduced from the reference to “attainable” that is provided in Art. 12 of the UN Covenant on Economic, Social and Cultural Right. To this regard, the General Comment No. 14 (2000) underlines that the Covenant «obliges each State party to take the necessary steps to the maximum of its available resources»<sup>24</sup> and that «[i]f resource constraints render it impossible for a State to comply fully with its Covenant obligations, it has the burden of justifying that every effort has nevertheless been made to use all available resources at its disposal in order to satisfy, as a matter of priority, the obligations outlined above»<sup>25</sup>.

The conceptualization of health as a human right and as an economic issue has influenced the “International Development Agenda” administered by the UN international organizations<sup>26</sup>. In addition, the impact of the liberalization and interdependence processes on health affordability has, slowly but surely, become a specific matter of concern within this “Agenda”.

---

<sup>24</sup> See para. 47 of the General Comment No. 14 (2000).

<sup>25</sup> *Idem*. In addition, para. 47 specifies that «[i]t should be stressed, however, that a State party cannot, under any circumstances whatsoever, justify its noncompliance with the core obligations set out in paragraph 43 above, which are non-derogable». According to para. 43, «core obligations» are, «at least, (...) (a) To ensure the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups; (b) To ensure access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe, to ensure freedom from hunger to everyone; (c) To ensure access to basic shelter, housing and sanitation, and an adequate supply of safe and potable water; (d) To provide essential drugs, as from time to time defined under the WHO Action Programme on Essential Drugs; (e) To ensure equitable distribution of all health facilities, goods and services; (f) To adopt and implement a national public health strategy and plan of action, on the basis of epidemiological evidence, addressing the health concerns of the whole population; the strategy and plan of action shall be devised, and periodically reviewed, on the basis of a participatory and transparent process; they shall include methods, such as right to health indicators and benchmarks, by which progress can be closely monitored; the process by which the strategy and plan of action are devised, as well as their content, shall give particular attention to all vulnerable or marginalized groups». See para. 53 of the General Comment No. 14 (2000). See P. HUNT, G. BACKMAN, *Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health*, in A. CLAPHAM, M. ROBINSON (eds.), *Realizing the Right to Health*, Zurich, 2009, 40 ff.

<sup>26</sup> See, among others, S. ATAPATTU, *Sustainable Development and the Right to Health*, in M.-C. CORDONIER SEGGER, C.G. WEERAMANTRY (eds.), *Sustainable Justice: Reconciling Economic, Social and Environmental Law*, Leiden, 2005, 355 ff.; S. NEGRI, *Sustainable Development and Global Health: Positioning Health in the post-2015 Development Agenda*, in M. FITZMAURICE, S. MALJEAN-DUBOIS, S. NEGRI (eds.), *Environmental Protection and Sustainable Development from Rio to Rio+20*, Leiden, Boston, 2014, 264 ff.; A.R. CHAPMAN, *Evaluating the Health-related Targets in the Sustainable Development Goals from a Human Rights Perspective*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, 1098 ff.

The World Conferences on Sustainable Development in Rio de Janeiro in 1992 and 2012 have been relevant contributing factors. The “Agenda 21” adopted at the end of the 1992 UN Conference on Sustainable Development refers to the detrimental impact of financial constraints, due to the implementation of structural adjustment programmes, on social equity in indebted developing countries, in terms of access to healthcare<sup>27</sup>. The final document “The Future We Want” of the UN Conference on Sustainable Development held in Rio de Janeiro in 2012 underlines the connection between universal health coverage and the strengthening of national healthcare systems<sup>28</sup>.

The Millennium Development Goals contained in the United Nations Millennium Declaration 55/2 of the UN General Assembly of 8 September 2000 and the Sustainable Development Goals adopted in 2015 may be regarded as other important contributing factors. The conceptualization of universal health coverage as a result of income equality, the enjoyment of adequate healthcare services and their affordability, the access to essential drugs and vaccines also can also be inferred from the long list of health targets for the “Sustainable Development Goal No. 3” that is titled “Good health and well-being - ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages”. In particular, target 3.8 refers to «[a]chieve universal health coverage», in terms of «financial risk protection, access to quality essential health-care services and access to safe, effective, quality and affordable essential medicines and vaccines for all»<sup>29</sup>. The World

---

<sup>27</sup> See para. 2.33 of the “Agenda 21” which underlines that «[m]any indebted developing countries are undergoing structural adjustment programmes relating to debt rescheduling or new loans. While such programmes are necessary for improving the balance in fiscal budgets and balance-of-payments accounts, in some cases they have resulted in adverse social and environmental effects, such as cuts in allocations for health care, education and environmental protection. It is important to ensure that structural adjustment programmes do not have negative impacts on the environment and social development so that such programmes can be more in line with the objectives of sustainable development».

<sup>28</sup> See specifically para. 139 of the “Future We Want” which runs as follows: «[w]e also recognize the importance of universal health coverage to enhancing health, social cohesion and sustainable human and economic development. We pledge to strengthen health systems towards the provision of equitable universal coverage. We call for the involvement of all relevant actors for coordinated multi-sectoral action to address urgently the health needs of the world’s population».

<sup>29</sup> According to Target 3.b, one aspects of universal health coverage is to «[s]upport the research and development of vaccines and medicines for the communicable and non-communicable diseases that primarily affect developing countries, provide access to affordable essential medicines and vaccines, in accordance with the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, which affirms the right of developing countries to use to the full the provisions in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property

Health Organization and the World Bank monitor actions taken by States to achieve the targets related to universal health coverage<sup>30</sup>. They refer to indicators, in particular to the “UHC service coverage index”, to evaluate universal health coverage at domestic level<sup>31</sup>.

3. The various acts, declarations and programmes of action adopted by international organizations for the achievement of universal health coverage show that two main points are relevant today, in light of the connection among development, the right to health and its financial protection. First, health is a dynamic concept, as it depends on economic and social elements related to the specific economic and social situation of a State, such as “income equality” and “universal health insurance programmes”. Second, health problems are characterized by complexity. A third point is also important. Universal health coverage, as a tool for the implementation of the right to health through the affordability of health protection for any State at domestic level<sup>32</sup>, is a common interest at international level because it is connected to collective health security<sup>33</sup>.

States bear the primary responsibility for realizing the right to health<sup>34</sup>, but they need international cooperation to this end<sup>35</sup>.

---

Rights regarding flexibilities to protect public health, and, in particular, provide access to medicines for all».

<sup>30</sup> See the Joint WHO/World Bank Group Report, “Tracking Universal Health Coverage: 2017 Global Monitoring Report”. See also WHO, “New Perspectives on Global Health Spending for Universal Health Coverage”, WHO/HIS/HGF/HFWorkingPaper/17.10, 2017. Both these Reports are available on the WHO website.

<sup>31</sup> According to the website of the World Health Organization, the “UHC service coverage index” allows to monitor two aspects at domestic level: 1. “the proportion of a population that can access essential quality health services”; 2. “the proportion of the population that spends a large amount of household income on health”. This index is high in East Asia, Northern America and Europe.

<sup>32</sup> See, among others, L.P. FREEDMAN, *Drilling Down: Strengthening Local Health Systems to Address Global Health Crises*, in A. CLAPHAM, M. ROBINSON (eds.), fn. 25, 407 ff.; D. CLARKE, D. RAJAN, G. SCHMETS, *Creating a Supportive Legal Environment for Universal Health Coverage*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2016 (available at [dx.doi.org/10.2471/BLT.16.173591](https://dx.doi.org/10.2471/BLT.16.173591)).

<sup>33</sup> The 2015 Sustainable Development Goals, at the “Goal No. 10” related to “Reduced Inequalities”, underline that «[i]ncome inequality is a global problem that requires global solutions.” Goal No. 10 adds that the need of common responses “(...) involves improving the regulation and monitoring of financial markets and institutions, encouraging development assistance and foreign direct investment to regions where the need is greatest (...)».

<sup>34</sup> The General Comment No. 14 (2000) specifies that «[w]ith respect to the right to health, equality of access to health care and health services has to be emphasized. States have a special obligation to provide those who do not have sufficient means with the necessary health insurance and health-care facilities, and to prevent any discrimination on

To deal with other relevant health issues, such as access to essential drugs for the treatment of HIV/AIDS and malaria in low-income States, the World Health Organization, its Member States, other international organizations and actors have resorted to partnerships. These are broad coordinated actions carried out by several actors together on the basis of a cooperative approach at international level<sup>36</sup>. Typical actors are States, international organizations and private parties involved in the management of health problems with a collective dimension. Such actions are considered the most appropriate tools to deal with transnational social problems, both in emergency and non-emergency situations. Similar actions include technical assistance for local health capacity-building through the improvement of local health facilities.

In effect, the actions of several other UN specialized organizations and agencies, such as the United Nations Development Programmes (UNDP), have supported the efforts of the World Health Organization in the pursuit of health equity in terms of affordability for the implementation of the right to health. The collaboration between the World Health Organization and the World Bank has been intensive because, over the years, the financial constraints due to the implementation of various recovery programmes have had a negative impact on the implementation of the right to health. As already pointed out, this implementation depends on the access not only to

---

internationally prohibited grounds in the provision of health care and health services, especially with respect to the core obligations of the right to health. Inappropriate health resource allocation can lead to discrimination that may not be overt. For example, investments should not disproportionately favour expensive curative health services which are often accessible only to a small, privileged fraction of the population, rather than primary and preventive health care benefiting a far larger part of the population» (see its para. 19 related to “Non-discrimination and equal treatment”). The General Comment also underlines that the «[t]he obligation to fulfill requires States parties, *inter alia*, to give sufficient recognition to the right to health in the national political and legal systems, preferably by way of legislative implementation, and to adopt a national health policy with a detailed plan for realizing the right to health. States must ensure provision of health care, including immunization programmes against the major infectious diseases, and ensure equal access for all to the underlying determinants of health, such as nutritiously safe food and potable drinking water, basic sanitation and adequate housing and living conditions» (see its para. 36).

<sup>35</sup> See para. 38 of the General Comment No. 14 (2000), which refers to «the spirit of article 56 of the Charter of the United Nations, the specific provisions of the Covenant (articles 12, 2.1, 22 and 23) and the Alma-Ata Declaration on primary health care».

<sup>36</sup> For further information, see P. ACCONCI, *La “green economy” e la realizzazione dei diritti dell’uomo alla base dello sviluppo sostenibile*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, especially 591, 600-601.

adequate health systems and essential drugs, but also to certain social determinants of health.

The collaboration among the World Health Organization, the World Bank and other UN specialized agencies has been directed to coordinating and technically supporting States in order to avoid their dependence on the actions of private parties for the management of their national welfare systems at the time of recurrent financial crises. A State administration appears better equipped and organized than a private insurance company to provide for the incentives and safeguards that might, time by time, be necessary, or at least appropriate, for the mitigation of distributive disparities among people. The General Comment No. 14 (2000) clarifies that «[o]bligations to protect include, *inter alia*, the duties of States to adopt legislation or to take other measures ensuring equal access to health care and health-related services provided by third parties; to ensure that privatization of the health sector does not constitute a threat to the availability, accessibility, acceptability and quality of health facilities, goods and services; to control the marketing of medical equipment and medicines by third parties (...)»<sup>37</sup>.

The World Health Organization and other UN organizations have developed the “Health in All Policies” approach. This is based on the idea that, for the purpose of “equity in health” within and among States, actions would be successful if they were spread across sectors. The specific social and economic needs of developing countries, in particular of the least developed ones, are at the root of this idea<sup>38</sup>.

The World Health Organization has also developed its specific line of action on “universal health coverage”, in order to ease the implementation of the right to health that is at the root of its mandate.

The World Health Organization clarifies on its website that «universal health coverage means that all people and communities can use the promotive, preventive, curative, rehabilitative and palliative health services they need, of sufficient quality to be effective, while also ensuring that the use of these services does not expose the user to financial hardship».

---

<sup>37</sup> See para. 35 of the General Comment No. 14 (2000).

<sup>38</sup> For further information on the “WHO Framework for Country Action” aimed at establishing a national approach to ‘Health in All Policies’, see the WHO website. On this website see also the “Helsinki Statement on Health in All Policies” enacted at the end of the 8<sup>th</sup> Global Conference on Health Promotion in 2013.

According to the same website, the basic components of universal health coverage are “quality of health services”, “financial protection” and “equity in access to health services”. More specifically, universal health coverage includes the promotion of “reproductive, maternal, newborn and child health”, the containment of both infectious and non-communicable diseases, the promotion of the “health of migrants and refugees” and the attainment of “service capacity and access” in all the WHO Member States<sup>39</sup>. “Service capacity and access” requires the access to adequate healthcare systems, in terms of prevention, promotion, treatment and rehabilitation<sup>40</sup>.

These aspects are all connected.

Population growth, urbanization and climate change have worsened distributive disparities in the world and rendered the attainment of universal health coverage desirable. To achieve universal health coverage, the World Health Organization focuses on sustainable health financing policies; access to essential drugs and health products; increasing the number of health workers; the strengthening of national health policies; service delivery and safety; health statistics, information systems, information dissemination and training, through its website and the organization of special courses.

By focusing on universal health coverage, the World Health Organization is able to deal with the management of national health systems both in developing and economically advanced States. At the time of requests for “Health for All” by newly independent States, that is at the end of the decolonization process, a number of industrialized States, such as the Member States of the European Union, were able to make public investments in the pursuit of universal health care. Since then, there have been large variations in the involvement of States and in the combination between public and private actors for the delivery and the management of healthcare services. Certain economic advanced States, like the United States, has relied on the resort to private social health insurance systems by individuals, rather than on resource redistributive policies, for the achievement of this objective. The importance of private social health insurance systems in the United States has impacted on the affordability of the access to healthcare services, in particular to primary ones, in such a State<sup>41</sup>. On

---

<sup>39</sup> See the WHO website.

<sup>40</sup> For further information, see the WHO website.

<sup>41</sup> See, among others, A.E. YAMIN, *The Right to Health Under International Law and Its Relevance to the United States*, in *American Journal of Public Health*, 2005, 1156 ff.; S.L.

23 March 2010 the Obama Administration enacted the “Patient Protection and Affordable Care Act” (also known as “Obamacare”) to mitigate the burden of private social health insurance on low-income people and to reduce healthcare costs. On 12 October 2017 President Trump enacted an executive order to repeal the “Obamacare” by encouraging the resort to cheap and less comprehensive private social health insurance systems and by cutting federal subsidies.

On the other hand, Germany and an advanced emerging State, like China, have adopted specific laws to change the organization of their health systems in order to pursue the objective of “universal health for everyone” within their territories. Both these reforms have shown the intentions of such States to act as interested players in the international health arena and maintain a supportive relationship with the World Health Organization.

In 2007 Germany approved a new law on health financing to ensure universal health insurance coverage<sup>42</sup>. Germany has also promoted the insertion of universal health coverage within the Agenda of G7 and G20<sup>43</sup>.

As to China, between the late Forties and the mid-Eighties of the last century, its health policy was focused on ensuring free healthcare facilities and medical care for everyone. No health insurance was required. “Barefoot doctors”, as community health workers, were crucial in this period, particularly with reference to rural healthcare services<sup>44</sup>. In the mid-Eighties, the decision of the government to reduce its involvement in all economic and social sectors impacted on

DICKMAN, D. HIMMELSTEIN, S. WOOLHANDLER, *America: Equity and Equality in Health 1. Inequality and the Health-care System in the USA*, and A. GAFFNEY, D. MCCORMICK, *America: Equity and Equality in Health 2. The Affordable Care Act: Implications for Health-care Equity*, in *The Lancet*, 8 April 2017, 1431 ff. and 1442 ff.

<sup>42</sup> The 2007 healthcare reform in Germany is known as the ‘Statutory Health Insurance Competition Strengthening Act’ (SHI-CSA).

<sup>43</sup> Cf. I. KICKBUSCH, C. FRANZ, A. HOLZSCHEITER, I. HUNGER, A. JAHN, C. KÖHLER, O. RAZUM, J.O. SCHMIDT, *Germany’s Expanding Role in Global Health*, in *The Lancet*, 26 August 2017, 1 ff.

<sup>44</sup> See, in particular, *China’s Village Doctors Take Great Strides*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2016 (available on [www.who.int](http://www.who.int)). “Barefoot doctors” were non-professionally trained, being mostly rural workers, and were named “community doctors” because they were paid by the community that they treated. Even though such doctors received minimal training and could rely on little financial and medical resources, they dealt with basic health needs and were successful in promoting prevention and reducing healthcare costs in China. For further information, see, among others, A. BERNARDI, A. GREENWOOD, *Old and New Rural Co-operative Medical Scheme: the usefulness of a historical comparative perspective*, in *Asia Pacific Business Review*, 2014 (available on-line on <http://dx.doi.org/10.1080/13602381.2014.922820>).

healthcare. In particular, public subsidies for hospitals and healthcare professionals, including “barefoot doctors”, were revised. A market reform of the healthcare system, based on a newly emergent private insurance industry, was implemented. The issue of medical professionalism arose. “Barefoot doctors” were replaced by “village doctors”<sup>45</sup>. A free market for the prices of drugs and medical technical devices was established. Both these prices increased. The government only maintained the control of certain prices, such as the fees of certain physicians and nurses. Concerns and distrust toward healthcare institutions and professionals arose, although economic reforms had brought about a few important developments in healthcare assistance, such as an increase in life expectancy at birth and a relevant drop in child and maternal mortality<sup>46</sup>. In 2003 the first step to alleviate the situation was the introduction of a health insurance scheme for hospital services within the framework of the 2002 Rural Medical Development Scheme<sup>47</sup>. In 2009 the government decided on a more comprehensive healthcare reform based on affordable primary healthcare for all Chinese people by 2020 on the basis of a “zero-profit” policy. That is the main point of the 2009 healthcare reform<sup>48</sup>. In particular, this reform has been based on a government-subsidized insurance system with the aim of ensuring basic health coverage for 95% of the population through specific programmes<sup>49</sup> and on an attempt to establish an extensive nationwide network of clinics, as well as regional primary care systems. The China-WHO Country Cooperation Strategies for the period 2013-2015 and for the period

---

<sup>45</sup> The qualification of “village doctors” could be obtained after an examination at the Ministry of Health.

<sup>46</sup> See, in particular, Q. MENG, G. SHI, H. YANG, M. GONZALES-BLOCK, E. BLAS, *Health Policy and Systems Research in China*, UNICEF/UNDP/World Bank/WHO Special Programme for Research and Training in Tropical Diseases, Geneva, 2004 (available on-line); S. WANG, *China's Health System: From Crisis to Opportunity*, in *Yale-China Health Journal*, 2004, 5 ff.; D. BLUMENTHAL, W. HSIAO, *Lessons from the East – China's Rapidly Evolving Healthcare Reform*, in *The New England Journal of Medicine*, 2015, especially 1283.

<sup>47</sup> See, among others, Y. LIU, *Development of the rural health insurance system in China*, in *Health Policy and Planning*, 2004, 159 ff. (available at dx.doi. 10.1093/heapol/czh019).

<sup>48</sup> See, among others, J. WATTS, *Chen Zhu: from barefoot doctor to China's Minister of Health*, in *The Lancet*, 20 October 2008 (available on [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(08\)61561-5](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(08)61561-5)); M. QINGYUE, T. SHENGLAN, *Universal Health Care Coverage in China: Challenges and Opportunities*, in *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 2013, 330 ff.

<sup>49</sup> See, in particular, the 12th Five-Year Plan for National Economic and Social Development (2011–2015), the 12th Five-Year Plan for Health Sector Development (2011–2015), the Plan for Further Strengthening Health-Care System Reform (2012–2015) and the 13th Five-Year Plan for Economic and Social Development of the People's Republic of China (2016–2020). These plans are available on-line through the “Google Search” website.

2016-2020 show that over the last fifteen years the strategic priorities have been the strengthening of the domestic health system towards universal health coverage through an increase in the total expenditure for healthcare delivery systems<sup>50</sup>. The 2009 reform is still ongoing. There have been some difficulties and resistance<sup>51</sup>. A description of the main problems can be found in the mentioned China-WHO Country Strategic Cooperation Strategies<sup>52</sup>.

4. Six concluding remarks can be made. First, the various international acts, declarations and programmes of action directed to universal health coverage refer to equity and equality as if they were synonymous. Equality and equity are “measures for policy” from the perspective of social sciences, such as anthropology, sociology and political science. They are both connected to economy and are directed to the improvement of human well-being<sup>53</sup>, but are related to different assessments<sup>54</sup>. From the perspective of international law, the

---

<sup>50</sup> Special attention has been paid, in particular, to the enhancement of hospitals, the search for an appropriate balance between the recourse to traditional medicines and conventional ones, the strengthening of primary care in villages and of public health institutions for specific health needs, such as maternal and child health centres; the reduction of morbidity and mortality rates linked to major non-communicable diseases, such as coronary and respiratory diseases, and to risks to health security due to communicable diseases; the reduction of inequities in health, in particular through subnational public health actions in the Western region of China, and the promotion of the health-related MDGs. See, in particular, A. DAEMMRICH, *The Political economy of healthcare reform in China: negotiating public and private*, in *Springerplus*, 203, 448 ff. (available at [www.ncbi.nlm.gov](http://www.ncbi.nlm.gov)).

<sup>51</sup> There are three main health insurance schemes: the Urban Employee Basic Medical Insurance (UEBMI), the Urban Residents Basic Medical Insurance (URBMI) and the New Rural Cooperative Medical System (NRCMS). For further information, in particular as to the developments in the rural cooperative medical scheme, see Q. MENG, K. XU, *Progress and challenges of the rural cooperative medical scheme in China*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2014, 447 ff. (available at [dx.doi.org/10.2471/BLT.13.131532](http://dx.doi.org/10.2471/BLT.13.131532)).

<sup>52</sup> See also P.D. CHEN, D. WU, *China's Evolution in Progressively Realizing the Right to Health*, in M. ZUNIGA, S.P. MARKS, L.O. GOSTIN, *Advancing the Human Right to Health*, Oxford, 2013, 159 ff.

<sup>53</sup> See, among others, M. BLIM, *Equality and Economy: The Global Challenge*, Lanham, MD, 2004; G. CULLITY, *Equality and Globalization*, in K. HORTON, K. PATAPAN (eds), *Reconceiving Equality in a More Global World*, London, 2004, 6 ff.; M. MCGILLIVRAY, I. DUTTA, D. LAWSON (eds.), *Health Inequality and Development*, London, 2011.

<sup>54</sup> Focusing on equity means to care about the results of an action. The pursuit of equity is a matter of goals and can require differentiation, that is so-called “positive discriminations”, given that there are differences among people due to age, physical features, religion, gender and the historical, as well as cultural, background. That is the main difference in respect to equality. This is related to a situation of “sameness” and presupposes that everybody gets the same resources, opportunities to succeed and legal protection. At any rate, equality is connected to equity as equity aims at ensuring that everyone gets access to the same opportunities.

definition of equality and equity is a matter of discussion that goes beyond the subject-matter of this article. The relevant acts, declarations and programmes directed to universal health coverage refer to equity and/or equality in order to underline that the effective enjoyment of health, as an individual right and a collective interest, requires financial protection. This protection is recommended for the availability, accessibility and the strengthening of quality health services and basic health facilities, such as hospitals, doctors and nurses, as well as for the access to essential drugs and vaccines by all people, irrespective of their income.

Second, actions towards universal health coverage taken by international organizations have contributed to the proliferation of non-binding instruments at international law level. The effectiveness of these instruments is however a (further) matter of discussion. From the standpoint of their Member States, international organizations act as law-makers in terms of setting standards and indicators, proposing practices and models for good health governance and technical assistance<sup>55</sup>, as coordinators of common actions, as fora to deal with conflict of interests and find common views, but they have little capacity to determine effective compliance. State consent is still the main source of legitimacy of the activity of international organizations. International organizations as law-makers are called to support their Member States in the implementation of the right to health through inevitable market-oriented health policies that are based on public-private healthcare services. The lack of agreement on the negotiation of a “framework convention on global health” within the World Health Organization is remarkable. According to the proposals made by certain groups of the civil society and by a few scholars, such a convention could have dealt, among others, with health financing and justice, in order to facilitate the implementation of the Millennium Development Goals related to health<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> As to a possible “global governance” through international organizations, see, among others, J.E. ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, 2005, especially 596 ff.; K. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY, S. ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Classification and Rankings*, Oxford, 2012; E. BENVENISTI, *The Law of Global Governance*, The Hague, 2014.

<sup>56</sup> See, among others, M. SIDIBÉ, K. BUSE, *A Framework Convention on Global Health: a Catalyst for Justice*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2012, 870; L.O. GOSTIN, E.A. FRIEDMAN, K. BUSE, A. WARIS, M. MULUMBA, M. JOEL, L. DARE, A. DHAI, D. SRIDHAR, *Towards a Framework Convention on Global Health*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2013, 790 ff.; B. TOEBES, *The Framework Convention on Global Health: Considerations in Light of International Law*, in *Global Health Governance*, 2015, Spring-

Third, since the high frequency of systemic financial constraints has enlarged differences in income distribution, the effective achievement of universal health coverage, particularly through the strengthening of healthcare services and the access to essential drugs, has been seen as an objective outside the real capability of any single State, whether industrialized or not. As a result, special international public-private partnerships have been established for universal health coverage, in order to facilitate the effective implementation of the right to health through cooperation and coordination activities by international organizations and the economic and social, as well as political, stability of States.

Fourth, the political determinants of health are important. These determinants are related to the values and principles, as well as institutional bodies and mechanisms that are at the root of the organization of a State administration and, as a result, of a national healthcare system. Inequality also characterizes States from this perspective. International actions to deal with this kind of inequality have been taken in light of international cooperation on the promotion of good governance. These actions aim at overcoming the possible clash between State sovereignty and citizens welfare, as alternative concerns. Such actions are designed as the outcome of the activity of several actors – States, international organizations, multinational enterprises and non-governmental organizations – all linked together through partnerships and/or other multi-stakeholder actions<sup>57</sup>.

Fifth, the widespread resort to international coordinated actions shows the importance of the political determinants of health for the effective achievement of universal health coverage from another perspective. When international coordinated actions, such as multi-stakeholder partnerships, become the only available solution, the relevance of the consent of the territorial sovereign authority, as the basic legal reference point to deal with problems falling within the

---

Fall Combined Issue, 7 ff.; R.S. SEKALALA, *Normative Considerations Underlying Global Health Financing: Lessons for the Framework Convention on Global Health*, *idem*, 24 ff.

<sup>57</sup> As to universal health coverage, the UH2030 is an important international action led by public and private actors with the aim of strengthening national health systems. The UH2030 is composed of important international organizations, like the World Health Organization, the Organization for Economic Cooperation and Development, UNICEF, World Bank, and agencies, such as the UNAIDS and UNDP, several States, including economically advanced States, such as Australia, Belgium, Finland, France, Italy, The Netherlands, the United Kingdom, the United States, but not emerging States like the BRICs. Civil society organizations and members of academia also take part in the UHC2030. For further information, see its website “[uhc2030.org](http://uhc2030.org)”.

relationship between a State and its citizens, tends not to be an issue. An open issue is how to design and adapt cooperation and coordination activities by international organizations. International actions based on poverty reduction strategies, the introduction of “social safety nets” within international financial assistance programs and the pursuit of collective development goals have not had a relevant effective impact so far. Another open issue is to understand the position of the World Health Organization, specifically its “leadership”, in this connection. A relevant number of the WHO programmes have not been fully implemented by some of its Member States, in particular by the least developed ones, at local level. Inefficiency and inequality in resource allocation for the satisfaction of social basic needs, such as the access to healthcare, have not decreased in these States. The World Health Organization needs financial and technical resources, as well as the support from its Member States to establish and keep its “leadership” of the coordination of common responses to health problems at international level, whether in emergency or non-emergency situations, and to effectively implement its plans and programmes. The various on-going international partnerships for universal health coverage indicate that the “authority” of the World Health Organization is not a given in the relationship with its Member States. On the contrary, this is today debated for a certain loss of its “leadership” to coordinate common reactions to health emergencies and for the clash between multilateralism and unilateralism<sup>58</sup>.

Sixth, last but not least, the widespread resort to international coordinated actions for the achievement of universal health coverage in low-income States shows that this objective is seen as a compelling common interest when health conditions in such States are at stake, whereas it is perceived as a national issue when the economic accessibility, that is affordability, of health protection in economically advanced States is scrutinized. This occurs in relation to the treatment accorded to low-income citizens and to non-citizens, particularly to migrants and refugees<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> See, in particular, B.M. MEIER, fn. 4, especially 85-87; P. ACCONCI, *The Reaction to the Ebola Epidemic within the United Nations Framework: What Next for the World Health Organization?*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2014, especially 421-422, 424; L.O. GOSTIN, *The World Health Organization's Historic Moment of Peril and Promise: Reimagining a Global Health Agency Fit for Purpose in the 21st Century*, in *Global Health Governance*, Spring 2017, 57 ff.

<sup>59</sup> As to the situation in Europe, the division of competences in healthcare within the European Union is a problem. See, among others, F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra*

## ABSTRACT

*International Actions Towards Universal Health Coverage:  
Soft, but Consistent*

Over the last decade, international regulatory and policy actions towards universal health coverage have increased for the implementation of the right to health.

These actions aim at dealing with the financial dimension of health problems, particularly the affordability of the access to healthcare services and essential drugs for low-income States at domestic level. Such actions have also an impact on health coverage within economically advanced States.

This article investigates the developments that are at the root of the international relevance of universal health coverage. A few remarks will be made on the conceptualization of universal health coverage as a common interest. Some concluding remarks will be made on the nature of the international regulatory and policy actions towards universal health coverage.

---

*competenze dell'Unione e degli Stati membri*, in L. PINESCHI (ed.), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Naples, 2017, 119 ff.; C.M. GULOTTA, *Il diritto alla salute dei migranti nel pacchetto di proposte della Commissione sulla riforma del "diritto di asilo europeo" e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, forthcoming. Another problem is the impact of the actions taken within the Council of Europe on the competences in healthcare of State Parties; see, in particular, M. LUGATO, *Diritto alla salute, scelte etiche e margine di apprezzamento dello Stato*, and G. PALMISANO, *L'obbligo dello Stato di tutelare il diritto alla salute ai sensi della Carta sociale europea*, in L. PINESCHI (ed.), this fn., 161 ff. and 189 ff.

## SULLA TUTELA DELL'AMBIENTE E L'ISTITUZIONE DI AREE MARINE PROTETTE NEL MAR GLACIALE ARTICO

SILVIA SCARPA

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. L'attività del Consiglio artico e l'istituzione di aree marine protette nell'Artico. – 3. L'IMO e l'istituzione di aree marine particolarmente sensibili, le aree speciali previste dalla Convenzione MARPOL 73/78 e le aree marine ecologicamente o biologicamente significative previste dalla Convenzione sulla diversità biologica. – 4. La protezione dell'ambiente marino artico in quanto preoccupazione comune dell'umanità. – 5. Considerazioni conclusive.

1. L'Artico era un tempo considerato una frontiera inesplorata e un'area del pianeta quasi del tutto inaccessibile a causa dei ghiacci perenni; diversamente, oggi, per via dei cambiamenti climatici, le condizioni stanno rapidamente cambiando e il circolo polare artico – ossia la zona che geograficamente si estende a nord del 66°33'39" parallelo di latitudine nord – si starebbe, secondo alcuni, scaldando ad una velocità doppia rispetto al resto del Pianeta<sup>1</sup>. Un recente studio pubblicato sulla rivista scientifica *Science* sostiene che il ghiaccio estivo del circolo polare artico si è dimezzato negli ultimi quarant'anni e potrebbe scomparire del tutto tra circa 30 anni<sup>2</sup>. Tali previsioni concordano con quelle degli esperti del Panel delle Nazioni Unite sul Cambiamento Climatico che, nel 2013, hanno affermato che la diminuzione del ghiaccio artico durante la stagione estiva non ha precedenti e che le temperature dell'acqua rilevate in superficie sono state anormalmente alte rispetto agli ultimi 1450 anni<sup>3</sup>. D'altro canto, man

---

<sup>1</sup> COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, *The Emerging Arctic*, New York, 20 marzo 2014, consultabile nel sito web [www.cfr.org](http://www.cfr.org).

<sup>2</sup> D. NOTZ, J. STROEVE, *Observed Arctic sea-ice loss directly follows anthropogenic CO<sub>2</sub> emission*, in *Science*, 3 novembre 2016, consultabile nel sito web [www.sciencemag.org](http://www.sciencemag.org). Secondo i due studiosi, per ogni tonnellata di anidride carbonica che un individuo emette ovunque sulla Terra – attraverso, ad esempio, un viaggio in aereo di andata e ritorno tra New York e l'Europa o percorrendo in auto 2.500 miglia – 32 piedi quadrati (ossia poco meno di 10 m<sup>2</sup>) di ghiaccio marino artico scompaiono durante l'estate. Si veda anche D. RICE, *You melt a small apartment-sized chunk of Arctic ice each year*, in *USA Today*, 3 novembre 2016, consultabile nel sito web [www.usatoday.com](http://www.usatoday.com).

<sup>3</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis*, Cambridge, 2013, 9 e 323 s. Tali previsioni sono avvalorate anche dal National Snow and Ice Data Center (NSIDC), che monitora costantemente le condizioni e l'estensione dei ghiacci polari. Cfr. NATIONAL SNOW AND ICE DATA CENTER, *Sea ice hits record lows*, 6 dicembre 2016, consultabile nel sito web [www.nsidc.org](http://www.nsidc.org).

mano che il ghiaccio polare si scioglie, ampie aree artiche un tempo inesplorate diventano via via accessibili, rendendo così possibile effettuare attività impensabili in passato, quali, in particolare, la navigazione marittima e lo sfruttamento delle risorse minerarie, soprattutto gli idrocarburi, cui è dedicata specifica attenzione in questo studio<sup>4</sup>. Tutto ciò metterà indubbiamente in pericolo la biodiversità marina artica.

Per quel che riguarda i pericoli derivanti dal possibile incremento della navigazione, le opinioni sono contrastanti; infatti, alcuni sostengono che le compagnie di navigazione potrebbero scegliere già nei prossimi decenni la rotta artica, mentre altri minimizzano l'impatto che tale attività potrebbe avere sull'ambiente polare. L'ipotesi dei primi si fonda sulla considerazione che, se il circolo polare artico fosse completamente libero dai ghiacci almeno per alcuni mesi dell'anno<sup>5</sup>, la rotta artica risulterebbe più breve e meno costosa rispetto a quella che attraversa il canale di Suez<sup>6</sup>. Inoltre, essa potrebbe essere utilizzata sempre più a fini turistici e una prova di ciò è che, già nel 2016, la nave da crociera *Crystal Serenity* ha, in poco più di un mese, percorso il passaggio a nord-ovest, permettendo ai suoi passeggeri di visitare i villaggi Inuit, prima di approdare a New York<sup>7</sup>. Altri rilevano, invece, che la rotta tradizionale potrebbe essere preferita dalle navi che trasportano merci in *container*, perché per la consegna di queste ultime vengono di solito effettuate diverse fermate lungo il tragitto<sup>8</sup>. E ancora, potrebbero continuare a essere scelte le rotte tradizionali, in considerazione della maggiore onerosità delle assicurazioni e della possibilità di stagioni particolarmente fredde, con conseguente rischio di ricomparsa di ghiacci – estremamente pericolosi per la navigazione – a basse latitudini<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Non ci si soffermerà, invece, su altre rilevanti attività, tra cui la pesca.

<sup>5</sup> J. F. J. PRUYN, *Will the Northern Sea Route ever be a viable alternative?*, in *Maritime Policy & Management*, 2016, 673.

<sup>6</sup> K. E. SKODRIN, *Arctic Shipping-Still Icy*, in M. H. NORDQUIST, N. MOORE, R. LONG (eds.) *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation, and Fisheries*, Leiden, 2016, 153.

<sup>7</sup> La crociera, che ha registrato il tutto esaurito, è costata ai suoi passeggeri tra i 22.000 e i 120.000 dollari. La compagnia *Crystal Cruises* ha effettuato una crociera simile anche nel 2017 e ha già iniziato la pianificazione per il 2018. Vedi B. DENNIS, C. MOONEY, *A luxury cruise ship sets sail for the Arctic, thanks to climate change*, in *The Washington Post*, 16 agosto 2016.

<sup>8</sup> K. E. SKODRIN, *op. cit.*, 151.

<sup>9</sup> J. K. PATEL, H. FOUNTAIN, *As Arctic Ice Vanishes, New Shipping Routes Open*, in *New York Times*, 3 maggio 2017, consultabile nel sito web [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com).

Sempre con specifico riferimento alla navigazione, in considerazione sia dei rischi per l'ambiente prodotti dal traffico marittimo, sia dei problemi connessi con la sicurezza del personale di bordo e dei passeggeri transitanti nelle acque polari, l'Organizzazione Internazionale Marittima (IMO) ha, recentemente, adottato il *Code for Ships operating in Polar Waters* – anche noto come Codice polare – che è entrato in vigore il 1° gennaio 2017<sup>10</sup>. L'adozione di tale Codice è stata ritenuta necessaria per innalzare gli standard previsti dalle Convenzioni internazionali dell'IMO per la salvaguardia della vita in mare (SOLAS) del 1974 e per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (MARPOL) del 1973, alla luce dei maggiori rischi esistenti nelle regioni polari.

Tuttavia, nei prossimi decenni, oltre che da un possibile aumento del traffico marittimo, rischi per l'ambiente marino artico potrebbero derivare anche dallo sfruttamento degli idrocarburi esistenti nella regione, in quanto, in seguito a recenti ricerche si è accertato che l'Artico sarebbe molto ricco di petrolio e di gas naturale. Nel maggio del 2008, il *Geological Survey* degli Stati Uniti (USGS) ha condotto uno studio volto a valutare la presenza di idrocarburi nel circolo polare artico, concludendo che vi si troverebbero 90 miliardi di barili di petrolio, 1.669 miliardi di piedi cubi di gas naturale e 44 miliardi di barili di gas naturale liquido. L'84 per cento di tali risorse si troverebbero *offshore* e sarebbero già estraibili con le attuali tecnologie<sup>11</sup>. Tuttavia, secondo la *U.S. Energy Information Administration* (EIA), lo sfruttamento degli idrocarburi dell'Artico sarebbe poco lucrativo e molto pericoloso<sup>12</sup>, per il rischio di determinare l'inquinamento dell'ambiente marino<sup>13</sup>. Proprio al fine di ridurre i rischi connessi con

---

<sup>10</sup> Sul Codice polare si vedano A. SCASSOLA, *An International Polar Code of Navigation: Consequences and Opportunities for the Arctic*, in *The Yearbook of Polar Law*, 2013, 271 ss.; R. O. G. WANERMAN, *Freezing out Noncompliant Ships: Why the Arctic Council Must Enforce the Polar Code*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2015, 429 ss.

<sup>11</sup> U.S. GEOLOGICAL SURVEY, *Circum-Arctic Resource Appraisal: Estimates of Undiscovered Oil and Gas North of the Arctic Circle*, Denver, 2008, consultabile nel sito web [www.pubs.usgs.gov](http://www.pubs.usgs.gov). Tali risorse non sarebbero però distribuite equamente in tutto il circolo polare artico. Mentre il lato eurasiatico dell'Artico è più ricco di gas naturale, il lato nord-americano lo sarebbe di petrolio. Inoltre, poiché il trasporto di gas naturale è notevolmente più costoso di quello del petrolio, le attività di esplorazione e sfruttamento hanno per il momento riguardato in particolare quest'ultimo. Cfr. ERNST & YOUNG, *Arctic Oil and Gas*, London, 2013, 1.

<sup>12</sup> U.S. ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION (EIA), *Arctic Oil and Natural Gas Potential*, Washington, 2009, consultabile nel sito web [www.eia.gov](http://www.eia.gov).

<sup>13</sup> Secondo *Greenpeace International*, i rischi ambientali determinati dallo sfruttamento degli idrocarburi artici sarebbero totalmente ignorati dagli Stati artici e dalle compagnie

le attività di ricerca ed estrazione degli idrocarburi, così come quelli determinati da altre attività aventi un potenziale impatto ambientale, gli Stati artici hanno adottato nel 2013, l'*Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic* (MOSPA). In particolare, l'Allegato IV di tale Accordo contiene linee guida non vincolanti riguardanti le misure pratiche volte a garantire un'efficace risposta alle emergenze determinate da un'eventuale fuoriuscita di idrocarburi in mare<sup>14</sup>. Esse indicano le procedure da seguire per la notifica e la richiesta di assistenza, il comando e il controllo nelle operazioni di risposta, la formazione congiunta del personale e l'organizzazione di esercitazioni.

Del resto il pericolo di incidenti è già attualmente esistente in quanto tre Stati, ossia Russia, Stati Uniti (per il territorio dell'Alaska) e Norvegia permettono lo sfruttamento da parte di compagnie petrolifere delle risorse presenti in giacimenti posti nel sottosuolo della loro piattaforma continentale o si apprestano a farlo<sup>15</sup>. Ciò in linea con l'art. 77 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982, che dispone che gli Stati costieri hanno diritti esclusivi di esplorazione e di sfruttamento delle risorse minerarie – compresi, quindi, gli idrocarburi – del fondo marino e del rela-

---

petrolifere. Tale ONG ritiene, infatti, che «nell'Artico le rigide temperature, il ristretto spazio a disposizione per trivellare, la mancanza di infrastrutture e la difficile accessibilità fanno sì che una perdita di petrolio sia impossibile da contenere. È una catastrofe annunciata». *Greenpeace International* ha, quindi, lanciato la sua campagna *Salva l'Artico* nel 2013 e, in quattro anni, è riuscita, anche attraverso l'uso di *social media* e varie missioni – tra cui, in particolare, quella del 18 settembre 2013 dell'*Arctic Sunrise*, che si è avvicinata alla *Prirazlomnaya*, la prima piattaforma petrolifera russa permanente di *Gazprom Neft* nel Mare della Pečora - a raccogliere più di 8 milioni di firme di persone che chiedono a gran voce la protezione dell'ecosistema e della biodiversità marina artica. Per maggiori informazioni sulla campagna si veda il sito web [www.greenpeace.org](http://www.greenpeace.org).

<sup>14</sup> Le linee guida sono consultabili nel sito web [www.arctic-council.org](http://www.arctic-council.org).

<sup>15</sup> La Russia ha attribuito numerose licenze alle uniche due compagnie, ossia *Rosneft* e *Gazprom Neft*, che in base alla normativa russa possono operare *offshore* nell'Artico. Gli Stati Uniti, invece, dopo gli insuccessi delle esplorazioni effettuate dalla compagnia *Shell*, che ha abbandonato l'Artico nel 2015, hanno appena rilasciato un permesso alla compagnia petrolifera italiana ENI per iniziare a trivellare nel Mare di Beaufort. Infine, la Norvegia ha attribuito delle concessioni a compagnie petrolifere per iniziare a trivellare all'inizio del 2017, ma è stata recentemente citata in giudizio da alcune organizzazioni ambientaliste, tra cui *Greenpeace* e *Youth and Nature*, per avere secondo loro violato il diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela dell'ambiente. Cfr. T. PARASKOVA, *Russia goes all in on Arctic oil development*, in *USA Today*, 24 ottobre 2017, [www.usatoday.com](http://www.usatoday.com); D. JOLING, *Eni receives federal permit for US Arctic offshore drilling*, in *The Washington Post*, 28 novembre 2017, [www.washingtonpost.com](http://www.washingtonpost.com); T. SUTTERUD, E. ULVEN, *Norway sued over Arctic oil exploration plans*, in *The Guardian*, 14 novembre 2017, [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com).

tivo sottosuolo della loro piattaforma continentale<sup>16</sup>. Come è noto però, laddove il margine continentale della piattaforma continentale si estenda oltre le 200 miglia marine, lo Stato costiero deve identificare i limiti esterni della sua piattaforma continentale, nel rispetto dei requisiti di cui all'art. 76, commi 4-7, dell'UNCLOS. Tale disposizione prevede che, per estendere sulla base di criteri geomorfologici i propri poteri funzionali relativi all'esplorazione ed allo sfruttamento delle risorse minerarie del fondo marino e del sottosuolo al di là del limite delle 200 miglia marine, fino ad un massimo di 350 miglia marine o entro 100 miglia nautiche dall'isobata dei 2.500 metri, gli Stati parte della Convenzione devono seguire la procedura prevista dall'art. 76, comma 8, e dall'Allegato II. Vanno, quindi, presentati alla Commissione sui limiti esterni della piattaforma continentale – entro dieci anni dall'entrata in vigore dell'UNCLOS<sup>17</sup> – dati scientifici comprovanti l'estensione della piattaforma continentale oltre le 200 miglia marine. Una parte delle risorse ricavate dalle attività di sfruttamento condotte dagli Stati costieri oltre le 200 miglia marine deve però, come prescritto dall'UNCLOS, essere devoluta all'Autorità internazionale dei fondi marini, per essere distribuita ai Paesi in via di sviluppo.

Tutti gli Stati artici – a parte gli Stati Uniti, che non hanno ratificato l'UNCLOS – hanno sottoposto alla Commissione sui limiti della piattaforma continentale le prove scientifiche a sostegno delle loro pretese. Tuttavia, se la Norvegia ha già definito il limite esterno della sua piattaforma continentale, per Canada, Federazione Russa e Danimarca (per quel che concerne la Groenlandia), esiste ancora una situazione di incertezza, poiché la Commissione non ha ancora presentato le sue osservazioni conclusive. Va, comunque, sottolineato che la Commissione adotta soltanto raccomandazioni relative alla determinazione dei limiti esterni della piattaforma continentale posti oltre le 200 miglia marine dalla costa e sono gli Stati costieri che, sulla

---

<sup>16</sup> La definizione della piattaforma continentale e i criteri con cui uno Stato costiero può stabilire i limiti esterni della sua piattaforma continentale sono indicati nell'art. 76 dell'UNCLOS. Si veda, in particolare, P.-T. STOLL, *Continental Shelf*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, [www.opil.ouplaw.com](http://www.opil.ouplaw.com), 2008.

<sup>17</sup> Con una decisione dell'Assemblea degli Stati parte, tale scadenza è stata posticipata una prima volta nel 2001, per cui per quegli Stati per i quali la Convenzione era entrata in vigore prima del 13 maggio 1999 i dieci anni si sarebbero calcolati a partire da tale data. Nel 2008, l'Assemblea ha inoltre stabilito che gli Stati avrebbero anche potuto presentare – entro il 13 maggio 2009 – soltanto delle informazioni preliminari riguardanti lo stato di preparazione della loro documentazione e la data prevista per la presentazione completa. Cfr. UN Doc. SPLOS/72 (2001) e SPLOS/184 (2008).

base di tali raccomandazioni, procedono poi a fissare tali limiti in maniera definitiva e vincolante<sup>18</sup>.

2. Anche se il Codice polare e il MOSPA costituiscono indubbi passi in avanti compiuti per regolamentare alcune attività potenzialmente inquinanti nell'Artico, altre misure appaiono necessarie per garantire una protezione effettiva della biodiversità marina artica che, soprattutto per via dei cambiamenti climatici, sta mutando forse in modo irreversibile<sup>19</sup>. Infatti, solo una protezione adeguata della biodiversità marina artica effettuata oggi potrà garantire la sopravvivenza futura di ampi ecosistemi marini<sup>20</sup> e, se non bloccare del tutto i drammatici cambiamenti climatici in atto, quantomeno, limitarne gli effetti più nefasti<sup>21</sup>.

La Parte XII dell'UNCLOS è, come è noto, interamente dedicata alla protezione dell'ambiente marino da molteplici fonti di inquinamento e, in particolare, l'art. 234 UNCLOS si occupa dell'inquinamento causato da navi in aree marine ricoperte da ghiacci, attribuendo agli Stati costieri il diritto di adottare misure eccezionali entro i limiti della propria zona economica esclusiva. Tuttavia, anche se l'UNCLOS è considerata come la «Costituzione per gli oceani»<sup>22</sup>, essa non contiene un'indicazione specifica di quale sia lo strumento più adatto per garantire la tutela della biodiversità marina artica. La scelta viene, quin-

---

<sup>18</sup> Maggiori informazioni sui lavori della Commissione sono reperibili nel sito web [www.un.org](http://www.un.org). Sul lavoro svolto dalla Commissione, si veda anche A. G. OUDE ELFERINK, *Continental Shelf, Commission on the Limits of the*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, [www.opil.ouplaw.com](http://www.opil.ouplaw.com), 2013. Invece, su come la delimitazione del margine esterno della piattaforma continentale degli Stati costieri artici abbia un impatto sullo sfruttamento degli idrocarburi nell'Artico vedi T.T. TYLER *et al.*, *Developing Arctic Hydrocarbon Resources: Delineating and Delimiting Boundaries for Field Development in the Arctic*, in M. H. NORDQUIST (ed.), *The Regulation of Continental Shelf Development: Rethinking International Standards*, Leiden, 2013, 319 ss.

<sup>19</sup> CAFF, *Arctic Biodiversity Assessment: Status and Trends in Arctic Biodiversity*, Akureyri, 2013, 10.

<sup>20</sup> CAFF, *Arctic Biodiversity Assessment: Report for Policy Makers*, Akureyri, 2013, 8.

<sup>21</sup> SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, *Biodiversity and Climate Change*, Montreal, 2007, 8, consultabile nel sito web [www.cbd.int](http://www.cbd.int).

<sup>22</sup> Cfr. T. T. B. KOH, *A Constitution for the Oceans*, in *The Law of the Sea: United Nations Convention on the Law of the Sea with Index and Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, New York, 1983, 32 ss.; F. BORGIA, *Il Regime Giuridico dell'Artico: Una Nuova Frontiera per il Diritto Internazionale*, Napoli, 2012, 103; P. M. DUPUY, J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge, 2015, 94. D'altra parte il preambolo della Convenzione indica che tale trattato intende stabilire «a legal order for the oceans».

di, lasciata agli Stati<sup>23</sup>. Nell'ambito del Consiglio artico<sup>24</sup>, l'attività dei gruppi di lavoro<sup>25</sup> su *Conservation of Arctic Flora and Fauna* (CAFF) e su *Protection of the Arctic Marine Environment* (PAME) indica agli Stati membri come la scelta preferibile sia quella di istituire aree marine protette<sup>26</sup> e creare un *network* pan-artico di tali aree.

Per questo motivo, il CAFF ha riconosciuto che uno degli obiettivi più rilevanti dell'azione futura del Consiglio artico, degli Stati artici e degli altri attori rilevanti in quest'area del Pianeta dovrà essere quello di identificare e proteggere zone marine fondamentali per la biodiversità artica ed incrementare la protezione di habitat marini – oltre che terrestri e di acqua dolce – tenendo conto della loro resilienza ai cambiamenti climatici. Tale obiettivo dovrebbe essere realizzato completando l'individuazione di aree marine ecologica-

---

<sup>23</sup> I. U. JAKOBSEN, *Marine Protected Areas in International Law: An Arctic Perspective*, Leiden, 2016, 142.

<sup>24</sup> Il Consiglio artico è un foro intergovernativo a cui partecipano otto Stati – Canada, Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Federazione Russa, Svezia e Stati Uniti d'America – e sei organizzazioni dei popoli indigeni, ossia l'*Aleut International Association*, l'*Arctic Athabaskan Council*, il *Gwich'in Council International*, l'*Inuit Circumpolar Council*, la *Russian Association of Indigenous Peoples of the North* e il *Saami Council*. Inoltre, come indicato nella Dichiarazione di Ottawa del 1996, Stati non-artici, organizzazioni internazionali, sia universali che regionali, organizzazioni non governative e unioni parlamentari possono partecipare ai lavori del Consiglio artico in qualità di osservatori. Vi sono, attualmente, tredici Stati, tredici organizzazioni internazionali e tredici organizzazioni non-governative che hanno acquisito lo status di osservatori. Maggiori informazioni sono disponibili nel sito web [www.arctic-council.org](http://www.arctic-council.org).

<sup>25</sup> Le attività del Consiglio si svolgono nell'ambito di 6 gruppi di lavoro; il CAFF ed il PAME sono i due gruppi di lavoro che si occupano principalmente di biodiversità e di tutela dell'ambiente marino artico.

<sup>26</sup> Il concetto di area marina protetta (AMP) rappresenta una specificazione di quello di area protetta (AP); esso è presente nella legislazione di parecchi Stati del mondo e si ritrova anche in alcuni trattati internazionali e atti di *soft law*. Cfr. tra gli altri T. SCOVAZZI, *Marine Specially Protected Areas Under Domestic Legislation*, in T. SCOVAZZI (ed.) *Marine Specially Protected Areas: The General Aspects and the Mediterranean Regional System*, The Hague, 1999, 4; A. DEL VECCHIO, *In Maiore Stat Minus: A Note on the EEZ and the Zones of Ecological Protection in the Mediterranean Sea*, in *Ocean Development and International Law*, 2008, 287. L'Unione Mondiale per la Conservazione della Natura (IUCN) – che è stata la prima organizzazione ad occuparsi di tutela dell'ambiente e che oggi è un *network* che comprende circa 1.300 organizzazioni statali e non governative – definisce le aree protette come: «A clearly defined geographical space, recognised, dedicated and managed, through legal or other effective means, to achieve the long-term conservation of nature with associated ecosystem services and cultural values. Anche l'art. 2 della Convenzione sulla biodiversità contiene una definizione, seppur più lacunosa, di aree protette. Secondo tale trattato un'area protetta è «a geographically defined area which is designated or regulated and managed to achieve specific conservation objectives». Si vedano in dottrina anche N. DUDLEY, *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, Gland, 2008, 4; S. STOLTON, P. SHADIE, N. DUDLEY, *IUCN WCPA Best Practice Guidance on Recognising Protected Areas and Assigning Management Categories and Governance Types*, Gland, 2013.

mente e biologicamente rilevanti, prevedendo misure adeguate per la loro conservazione e promuovendo, tra l'altro, il coinvolgimento attivo delle popolazioni indigene artiche nella gestione e nell'uso sostenibile delle aree medesime<sup>27</sup>.

Inoltre, secondo il PAME a ciò è necessario aggiungere la creazione di un *network* pan-artico di aree marine protette che, garantendo il collegamento tra varie zone marine protette, permetterebbe di raggiungere meglio l'obiettivo di tutelare l'ambiente marino artico. Il PAME definisce il suddetto *network* pan-artico come: «An ecologically connected, representative and effectively-managed network of protected and specially managed areas that protects and promotes the resilience of the biological diversity, ecological processes and cultural heritage of the Arctic marine environment, and the social and economic benefits they provide to present and future generations»<sup>28</sup>. In tale ottica, il lavoro del PAME si è, da ultimo, indirizzato non solo verso l'inclusione di specifiche aree marine protette all'interno del *network*, ma anche verso la previsione di altre misure di conservazione, che possano contribuire al raggiungimento degli obiettivi del *network*<sup>29</sup>.

In proposito i Ministri degli esteri degli otto Stati artici ed i rappresentanti dei sei partecipanti permanenti hanno riconosciuto durante il decimo *meeting* del Consiglio artico, tenutosi a Fairbanks (USA) nel maggio 2017, gli sforzi volti a creare un *network* pan-artico di aree marine protette e hanno incoraggiato il PAME a continuare il proprio lavoro<sup>30</sup>. Essi hanno, infatti, ritenuto, sulla base delle proposte del PAME, che il metodo più adeguato per garantire la tutela della biodiversità marina artica fosse non solo quello di creare delle aree marine protette, ma anche di raggrupparle in un *network*, in cui venissero pure adottate altre misure di conservazione.

---

<sup>27</sup> CAFF, *Arctic Biodiversity Assessment: Report for Policy Makers*, cit., 19.

<sup>28</sup> PAME, *Framework for a Pan-Arctic Network of Marine Protected Areas*, Akureyri, 2015, 6.

<sup>29</sup> PAME, *Area-based conservation measures and ecological connectivity*, Akureyri, 2017, 5 ss. Il PAME ha definito tali altre misure di conservazione come: «place-based/spatial conservation measures that have some protection under national or subnational law or policy, or regional management regime, but do not meet the IUCN definition of an MPA. These measures may also have a temporal component, such as areas protected during fish spawning or bird nesting periods» e ne ha stilato una lista. Cfr. PAME, *Framework for a Pan-Arctic Network*, cit., 12 e 33 ss.

<sup>30</sup> La Dichiarazione di Fairbanks riconosce anche i cambiamenti climatici costituiscono la minaccia più grave per la biodiversità artica. V. ARCTIC COUNCIL, *Fairbanks Declaration*, Fairbanks, 2017, par. 8 e 27.

Attualmente, esistono nell'Artico 83 aree marine protette riconosciute a livello internazionale<sup>31</sup>: 3 di esse sono siti definiti patrimonio comune dell'umanità, secondo quanto stabilito dalla Convenzione UNESCO<sup>32</sup> concernente la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale del 1972 e le restanti 80 sono siti Ramsar<sup>33</sup>, ossia selezionati sulla base di quanto previsto dalla Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale, adottata a Ramsar nel 1971<sup>34</sup>. Va tuttavia notato che, se l'estensione delle aree protette artiche è quasi raddoppiata dal 1980 ad oggi, purtroppo, tale progresso non è stato raggiunto in eguale misura nei diversi ecosistemi. In realtà, le 83 aree marine protette individuate dal CAFF e dal PAME costituiscono soltanto il 4,7% del Mar Glaciale Artico<sup>35</sup>. Tale percentuale è al di sotto della soglia stabilita dalla Conferenza delle Parti della Convenzione sulla biodiversità attraverso gli Obiettivi di biodiversità previsti

---

<sup>31</sup> CAFF e PAME, *Arctic Protected Areas Indicator Report 2017: Conservation of Arctic Flora and Fauna and Protection of the Arctic Marine Environment*, Akureyri, 2017, 9 ss., consultabile nel sito web [www.caff.is](http://www.caff.is). In totale vi sono, tuttavia, 334 aree protette nell'Artico.

<sup>32</sup> La Convenzione UNESCO conta 193 Stati parte, compresi gli otto Stati artici. Su di essa si vedano D. HAIGH, *Marine World Heritage Sites*, in *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, 1997, 133 ss.; A. HUGGINS, *Protecting World Heritage Sites from the Adverse Impacts of Climate Change: Obligations for States Parties to the World Heritage Convention*, in *Australian International Law Journal*, 2007, 121 ss.; E. B. KEOUGH, *Heritage in Peril: A Critique of UNESCO's World Heritage Program*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2011, 593 ss.

<sup>33</sup> Maggiori informazioni disponibili nel sito web [www.caff.is](http://www.caff.is).

<sup>34</sup> La Convenzione di Ramsar è entrata in vigore nel 1975 ed è stata successivamente modificata nel 1982 con l'adozione del Protocollo di Parigi e nel 1987 con gli Emendamenti Regina. Essa è stata finora ratificata da 169 Stati, compresi tutti gli Stati artici e si occupa di garantire la conservazione e l'utilizzazione razionale delle zone umide – comprese alcune zone costiere e marine quali estuari, delta, aree marine costiere e siti artificiali come peschiere e saline indicate nell'art. 1 della Convenzione. Tale obiettivo ha lo scopo finale di garantire lo sviluppo sostenibile e la tutela della biodiversità di ecosistemi complessi, quali, appunto quelli delle zone umide. Gli Stati parte identificano le zone umide sul loro territorio attraverso nove criteri stabiliti dalla Conferenza degli Stati parte. Al momento della ratifica della Convenzione, ciascuno Stato parte ha l'obbligo di nominare almeno un sito Ramsar che si trovi nel suo territorio. L'art. 3.1 della Convenzione prevede che gli Stati parte garantiscano la conservazione dei siti Ramsar. Ad oggi sono stati identificati 2.288 siti Ramsar. V. K. D. CONNOLLY, *Multipolar Governance across Environmental Treaty Regimes: The Ramsar Convention in Its Middle Age*, in *American Society of International Law Proceedings*, 2013, 440 ss.

<sup>35</sup> CAFF e PAME, *op. cit.*, 11. Maggiori informazioni sono disponibili nel sito web [www.caff.is](http://www.caff.is). Tale percentuale è inferiore a quella globale; al mondo esistono infatti 15.271 aree protette, corrispondenti al 6,35% della superficie degli oceani. Per maggiori informazioni si veda il database mondiale delle aree protette, sviluppato a partire dal 1981, dall'UNEP-WCMC e dalla Commissione mondiale dell'IUNC e consultabile nel sito web [www.protectedplanet.net](http://www.protectedplanet.net).

ad Aichi nel 2010<sup>36</sup>. Infatti, l'obiettivo 11, che riguarda specificamente l'effettiva conservazione delle aree marine, indica che: «By 2020, at least [...] 10 per cent of coastal and marine areas, especially areas of particular importance for biodiversity and ecosystem services, are conserved through effectively and equitably managed, ecologically representative and well connected systems of protected areas and other effective area-based conservation measures, and integrated into the wider landscapes and seascapes»<sup>37</sup>. Proprio per questo motivo, il CAFF ha raccomandato di effettuare un processo di *mainstreaming* degli obiettivi e degli standard collegati alla biodiversità nell'ambito di tutte le attività del Consiglio artico, al fine di raggiungere al più presto l'Obiettivo 11 di Aichi<sup>38</sup>.

Pur esistendo a livello internazionale diversi modelli di protezione, in un suo recente studio, il PAME ha focalizzato la sua attenzione, in particolare: sulle aree marine particolarmente sensibili e con un elevato valore ecologico e culturale, individuate sulla base di criteri stabiliti dall'IMO; sulle aree speciali previste dalla Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi e dal suo Protocollo; e, infine, sulle aree marine ecologicamente e biologicamente significative, create sulla base delle norme contenute nella Convenzione sulla biodiversità<sup>39</sup>. Un'analisi di tali regimi di protezione è, quindi, necessaria al fine di comprenderne le differenze e dare loro attuazione concreta per la protezione dell'ambiente marino del Mar Glaciale Artico da attività quali, in particolare, la navigazione marittima e la ricerca ed estrazione degli idrocarburi, che potrebbero causare varie forme di inquinamento.

3. Già dagli anni settanta del secolo scorso l'IMO ritenne opportuno procedere all'individuazione delle aree marine che necessitavano di una protezione più attenta a causa dell'esistenza in esse di risorse

---

<sup>36</sup> Un Piano strategico per la biodiversità contenente degli obiettivi specifici (i c.d. *Aichi Biodiversity Targets*) per il periodo 2011-2020 è stato, infatti, adottato durante il decimo meeting della Conferenza delle Parti, tenutosi a Nagoya, nella prefettura di Aichi (Giappone). Cfr. Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/2 del 29 ottobre 2010, consultabile nel sito web [www.cbd.int](http://www.cbd.int).

<sup>37</sup> *Ibidem*, 9. Sul processo che ha portato all'adozione degli *Aichi Biodiversity Targets*, si veda A. DJOGLAF, *The State of Implementation of the Programme of Work on Marine and Coastal Biodiversity under the Convention on Biological Diversity from the Perspective of the Convention Secretariat*, in *Ocean Yearbook*, 2012, 231 ss.

<sup>38</sup> CAFF, *Arctic Biodiversity Assessment: Report for Policy Makers*, cit., 18.

<sup>39</sup> PAME, *Framework for a Pan-Arctic Network*, cit., 13 ss.

naturali rinnovabili, o della loro rilevanza a scopi scientifici<sup>40</sup>. Dopo più di un decennio di lavori sul tema, si arrivò all'adozione nel 1991 delle linee guida contenenti gli elementi fondamentali che dette aree marine, considerate come particolarmente sensibili (PSSAs), debbono possedere per ottenere tale riconoscimento. Tali linee guida sono state, da ultimo, riviste ed aggiornate con la Risoluzione n. 982 dell'Assemblea dell'IMO, adottata nel 2005<sup>41</sup>. Gli elementi fondamentali previsti sono raggruppati in tre categorie: condizioni ambientali, quali l'esistenza di un ecosistema unico o raro; la diversità interna all'ecosistema o la vulnerabilità al degrado prodotto da eventi naturali o attività umane; condizioni sociali, culturali ed economiche, quali il particolare valore dell'area a fini ricreativi o turistici; ed, infine, criteri scientifici ed educativi, compresi la ricerca biologica o il valore storico<sup>42</sup>. Nelle richieste di riconoscimento presentate all'IMO gli Stati devono indicare che l'area marina selezionata possiede almeno uno dei criteri sopra indicati.

Sebbene l'identificazione di aree marine particolarmente sensibili si basi su un modello «different from other models because of its recognition criteria, the procedural hurdles it imposes on nation states, and the measures it uses to reduce the activities of maritime transport in its recognized, protected areas»<sup>43</sup>, esso potrebbe rivelarsi particolarmente utile per l'Artico, soprattutto in questa fase in cui, a causa dei cambiamenti climatici e della progressiva riduzione dei ghiacci, si ha un incremento progressivo della navigazione intrapolare e transpolare.

Nell'ambito dell'IMO esiste poi anche la possibilità di designare aree c.d. speciali in base alla Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi ed al suo Protocollo del 1978, noti come MARPOL 73/78<sup>44</sup>. Tali accordi prevedono che, al fine di proteggere la biodiversità marina, in talune aree marine dovrebbe essere garantito un livello di protezione particolare con standard speciali rispetto ad alcune sostanze inquinanti, tra cui gli idrocarburi, cui è dedicato l'Allegato I. A tal fine, l'IMO ha adottato linee guida

---

<sup>40</sup> A. GILLESPIE, *What is "Sensitive" for a Particularly Sensitive Sea Area?*, in *New Zealand Journal of Environmental Law*, 2016, 2. Sulle PSSAs si veda anche M. J. KACHEL, *Particularly Sensitive Sea Areas: The IMO's Role in Protecting Vulnerable Marine Areas*, Berlin/Heidelberg, 2008.

<sup>41</sup> IMO Resolution A.982(24), 6 febbraio 2006, disponibile nel sito web [www.imo.org](http://www.imo.org).

<sup>42</sup> *Ibidem*, 3, par. 1.2.

<sup>43</sup> H. LEFEBVRE-CHALAIN, *Fifteen Years Of Particularly Sensitive Sea Areas: A Concept In Development*, in *Ocean and Coastal Law Journal*, 2007, 52.

<sup>44</sup> Tutti gli Stati artici hanno ratificato la MARPOL 73/78 e l'Allegato I.

per la designazione di aree speciali nell'ambito della Convenzione MARPOL 73/78, in seguito riviste nel 2013. In esse è stabilito, all'Allegato I, che un'area speciale è: «a sea area where for recognized technical reasons in relation to its oceanographical and ecological conditions and to the particular character of its traffic, the adoption of special mandatory methods for the prevention of sea pollution by oil, noxious liquid substances, sewage, or garbage, as applicable, is required». Le aree speciali, identificate sulla base di condizioni oceanografiche e ecologiche e delle caratteristiche del traffico marittimo<sup>45</sup>, vengono pertanto dotate di un livello di protezione più elevato rispetto ad altre aree marine e in esse possono essere ricomprese zone marine di diversi Stati, così come addirittura un mare chiuso o semi-chiuso<sup>46</sup>.

Oltre alle citate aree speciali previste dalla Convenzione MARPOL 73/78, la Convenzione sulla diversità biologica o biodiversità (CBD) del 1992<sup>47</sup> disciplina aree marine ecologicamente o biologicamente significative (EBSAs). In proposito la Conferenza delle Parti della Convenzione ha adottato durante il *meeting* di Bonn del 2008 sette criteri scientifici<sup>48</sup> che dovrebbero guidare gli Stati Parte durante il processo di identificazione di tali aree. Essi sono: unicità o rarità dell'area; particolare importanza dovuta alle tappe storiche della vita delle specie presenti nella zona; importanza per via della presenza di specie e/o di un habitat minacciati, in pericolo o in declino; vulnerabilità, fragilità, sensibilità o recupero lento; produttività biologica; diversità biologica; e assenza o basso livello di contaminazione della natura<sup>49</sup>. La Conferenza delle Parti ha anche stabilito che

---

<sup>45</sup> IMO ASSEMBLY, *Resolution A.1087(28)*, 4 dicembre 2013, paragrafi 2.3-2.6.

<sup>46</sup> *Ibidem*, par. 2.1 s. L'art. 122 UNCLOS sancisce che un mare chiuso o semichiuso è «un golfo, un bacino o un mare circondato da due o più Stati e comunicante con un altro mare o con un oceano per mezzo di un passaggio stretto, o costituito, interamente o principalmente, dai mari territoriali e dalle zone economiche esclusive di due o più Stati costieri». Secondo D. PHARAND, *The Arctic Waters and the Northwest Passage: A Final Revisit*, in *Ocean Development and International Law*, 2007, 53, la percentuale delle acque del Mar Glaciale Artico ricompresa nelle zone economiche esclusive dei cinque Stati artici è di circa il 60% e sarebbe sufficiente a considerarlo come mare semi-chiuso. Altri studiosi sostengono, però, il contrario. Cfr. J. HARDERS, *In Quest of an Arctic Legal Regime: Marine Regionalism – a Concept of International Law Evaluated*, in *Marine Policy*, 1987, 295; R. RAYFUSE, *Melting Moments: The Future of Polar Oceans Governance in a Warming World*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2007, 210.

<sup>47</sup> La CBD è in vigore dal 29 dicembre 1993 e conta 196 Stati parte, compresi tutti gli Stati artici, ad eccezione degli Stati Uniti d'America. La lista degli Stati parte è consultabile nel sito web [www.cbd.int](http://www.cbd.int).

<sup>48</sup> Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/IX/20 del 9 ottobre 2008, consultabile nel sito web [www.cbd.int](http://www.cbd.int).

<sup>49</sup> *Ibidem*, 7-10.

tali criteri possano essere utilizzati per identificare aree marine che si trovino al di là della giurisdizione degli Stati, purché posseggano le caratteristiche previste<sup>50</sup>.

Sulla base di tali criteri, undici aree marine artiche sono state identificate come meritevoli di tutela<sup>51</sup>; nove di esse si trovano nella zona economica esclusiva russa e due in alto mare<sup>52</sup>. Appare interessante notare come, pur essendo state selezionate alcune aree ritenute particolarmente rilevanti, si sia affermato che «the entire Arctic Ocean has important features that need to be viewed on a global scale. At this global scale, ecological features of the Arctic justify a higher degree of risk aversion in the Arctic than would be the norm for many lower-latitude marine regions, if management is to keep human uses sustainable and adequately protect biodiversity»<sup>53</sup>.

In questa ottica, nell'ottobre 2014 la Conferenza delle Parti della Convenzione sulla diversità biologica ha approvato la lista di aree rispondenti a uno o più dei sette criteri necessari per essere considerate aree EBSA<sup>54</sup>. Tuttavia, in tale occasione è stato sottolineato che il compito di identificare le aree che necessitino di una speciale protezione, così come quello di assicurare che quest'ultima sia effettivamente messa in pratica, spetta unicamente agli Stati e alle organizzazioni internazionali competenti in materia<sup>55</sup>.

4. Nel quadro generale della tutela dell'ambiente marino artico può avere rilievo ricordare il principio di *preoccupazione comune dell'umanità*, inserito in alcuni trattati internazionali a partire dagli

---

<sup>50</sup> Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/29 del 29 ottobre 2010, consultabile nel sito web [www.cbd.int](http://www.cbd.int). Tale lista è stata compilata durante il *Workshop* regionale artico, tenutosi ad Helsinki nel 2014 e organizzato dal Segretariato della Convenzione sulla diversità biologica, in collaborazione con il CAFF.

<sup>51</sup> Tali aree sono: *Coastal Waters of Chukotka; Wrangel-Gerald Shallows and Ratmanov Gyre; Great Siberian Polynya; Ob-Enisei River Mouth; North-eastern Barents-Kara Sea; Coast of Western and Northern Novaya Zemlya; South-eastern Barents Sea (the Pechora Sea); White Sea; Murman Coast and Varanger Fjord; Multi-year Ice of the Central Arctic Ocean; The Marginal Ice Zone and the Seasonal Ice-Cover Over the Deep Arctic Ocean*. V. [www.cbd.int](http://www.cbd.int); una cartina geografia dell'Artico che permette di visualizzare le undici aree è stata preparata dal CAFF ed è consultabile nel sito web [www.caff.is](http://www.caff.is).

<sup>52</sup> Doc. UNEP/CBD/EBSA/WS/2014/1/5 del 20 maggio 2014, consultabile nel sito web [www.cbd.int](http://www.cbd.int).

<sup>53</sup> *Ibidem*, 8, par. 39.

<sup>54</sup> Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/XII/22 del 17 ottobre 2014, consultabile nel sito web [www.cbd.int](http://www.cbd.int).

<sup>55</sup> *Ibidem*, Annex par. 3. Si veda anche Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/29 del 29 ottobre 2010, consultabile nel sito web [www.cbd.int](http://www.cbd.int).

anni novanta del secolo scorso<sup>56</sup>. Sebbene concetti simili, come ad esempio quello di *interesse comune*, siano stati utilizzati sin dagli anni cinquanta<sup>57</sup>, il concetto di preoccupazione comune dell'umanità figura chiaramente nel preambolo di due rilevanti trattati internazionali conclusi durante la Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo tenutasi a Rio nel 1992, ossia la Convenzione sulla diversità biologica e la *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC). In tali Convenzioni viene, infatti, affermato che la conservazione della biodiversità ed i cambiamenti climatici sono preoccupazioni comuni dell'umanità. Il medesimo principio si ritrova anche nel preambolo del recente Accordo di Parigi sul cambiamento climatico<sup>58</sup>.

Gli elementi fondamentali del principio di preoccupazione comune dell'umanità sarebbero: «(a) the interests concerned extend beyond those of individual states and touch on values or ethics of global significance; (b) threats to the interests concerned are marked by their gravity and potential irreversibility of impacts; and (c) safeguarding the interests involved requires collective action and entails collective responsibility»<sup>59</sup>. Il principio rispecchia, infatti, le preoccupazioni comuni agli Stati in materia ambientale, che prescindono dalla distinzione tra aree soggette o meno alla competenza

---

<sup>56</sup> Il concetto e la sua applicazione al diritto ambientale internazionale sono, infatti, stati discussi nell'ambito del *Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in relation to Global Environmental Issues*, tenutosi all'Università di Malta nel dicembre del 1990. Sul Meeting si veda, in particolare, D. J. ATTARD (ed.), *The meeting of the Group of Legal experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues: University of Malta, Malta, 13-15 December, 1990*, Nairobi, 1990.

<sup>57</sup> Si veda, ad esempio, il preambolo del Trattato di Washington sull'Antartide del 1959. Per una lista dei trattati in cui il concetto, o alcune sue varianti, viene utilizzato si veda B. BOER, *Land Degradation as a Common Concern of Humankind*, in F. LENZERINI, A. F. VRDOLJAK (eds.), *International Law for Common Goods: Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Oxford, 2014, 295-297.

<sup>58</sup> Tale Accordo lo utilizza però come limite all'azione degli Stati parte volta a contrastare i cambiamenti climatici, nel rispetto, promozione e tutela dei rispettivi obblighi in materia di «human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity» (preambolo dell'Accordo di Parigi, undicesimo considerando). Sull'Accordo V. D. KLEIN, M. P. CARAZO, M. DOELLE, A. HIGHAM (eds.), *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford, 2017.

<sup>59</sup> F. SOLTAU, *Common Concern of Humankind*, in K. R. GRAY, R. TARASOFSKY, C. CARLARNE (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2016, 207 s.

nazionale e che sarebbero collegate all'idea che tutti i Paesi beneficerebbero di azioni volte alla tutela ambientale<sup>60</sup>.

Da un esame delle materie per le quali tale principio è stato invocato, appare subito chiaro che: «It is neither biological diversity nor the climate in isolation that are common concerns. It is rather the conservation of biological resources and climate change and adverse effects therefrom that are a common concern»<sup>61</sup>. La preoccupazione per l'ambiente riguarda, quindi, sia materie che rientrano nella sovranità degli Stati – tra cui, in particolare, la protezione della biodiversità – sia altre che la travalicano, come, appunto, la lotta contro i cambiamenti climatici<sup>62</sup>.

Anche se, a tutt'oggi, tale principio non sembra possa essere ritenuto parte del diritto internazionale consuetudinario dell'ambiente<sup>63</sup>, vanno considerate la sua rilevanza e i suoi possibili sviluppi futuri, soprattutto rispetto alla protezione della biodiversità marina dell'Artico. Secondo parte della dottrina, infatti, l'effetto principale collegato alla identificazione di un problema come preoccupazione comune dell'umanità è di ottenere una seppur minima erosione della competenza degli Stati in materia ambientale, legittimando un interesse di tutta la Comunità internazionale in un ambito che altrimenti rientrerebbe nella sovranità esclusiva degli Stati. Il problema che genera preoccupazione non dovrebbe, quindi, essere risolto da un solo Stato o da un gruppo limitato di Stati, ma richiederebbe cooperazione a livello internazionale ed una risposta collettiva<sup>64</sup>. Secondo alcuni, infatti: «Harm to a matter of common concern is often widespread and diffuse in origin, making it difficult if not impossible to rely on traditional bilateral notions of state responsibility to enforce international norms. When that harm is mitigated, all or at least large parts of the community benefit»<sup>65</sup>. Il principio di preoccupazione comune dell'umanità limiterebbe, quindi, la libertà di azione degli Stati anche nei casi in cui non vi sia inquinamento transfrontaliero<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> J. BRUNNÉE, *Common Areas, Common Heritage, and Common Concern*, in D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, E. HEY (eds.) *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2008, 564.

<sup>61</sup> D. SHELTON, *Common Concern of Humanity*, in *Iustum Aequum Salutare*, 2009, 37.

<sup>62</sup> F. SOLTAU, *op. cit.*, 205.

<sup>63</sup> J. BRUNNÉE, *op. cit.*, 566, sostiene che tale principio potrebbe in futuro raggiungere il rango di norma consuetudinaria, mentre F. SOLTAU, *op. cit.*, 203, non si pronuncia su tale eventualità.

<sup>64</sup> F. SOLTAU, *op. cit.*, 205; D. SHELTON, *op. cit.*, 37.

<sup>65</sup> D. SHELTON, *op. cit.*, 34.

<sup>66</sup> J. BRUNNÉE, *op. cit.*, 566.

In questo contesto, la protezione dell'ambiente marino artico potrebbe, quindi, ben rientrare tra le questioni cui il principio di preoccupazione comune dell'umanità si applica. Sebbene a tale principio non corrisponda una norma consuetudinaria specifica che stabilisca la condotta che gli Stati debbano tenere, sembrerebbe possibile sostenere che esiste un (nascente) obbligo di collaborazione tra Stati, dovuto all'evidenziarsi di una preoccupante situazione ambientale<sup>67</sup> che richiederebbe un'azione internazionale concertata<sup>68</sup> e multilivello fondata anche sulla partecipazione degli attori non statali che abbiano un interesse in materia<sup>69</sup>.

5. Molti passi in avanti sono stati fatti dagli Stati costieri del Mar Glaciale Artico al fine di prevenire l'inquinamento delle acque polari causato dalla navigazione marittima e dall'eventuale fuoriuscita di idrocarburi in mare. In questo senso, risultano di notevole rilievo i lavori svolti nell'ambito di alcuni *working groups* organizzati dal Consiglio artico, come il CAFF e il PAME, che hanno individuato la necessità sia di prevedere l'istituzione di aree marine da proteggere sia di promuovere gli strumenti internazionali più adeguati a tale fine. Inoltre, l'IMO ha ritenuto che un'efficace azione in grado di preservare l'unicità degli ecosistemi marini artici deve passare attraverso l'innalzamento degli standard previsti dalle Convenzioni SOLAS e MARPOL per le navi transitanti in acque polari ed ha, per questo motivo, recentemente adottato il Codice polare. Ad esso si aggiunge il MOSPA, adottato dagli Stati artici al fine di ridurre i rischi connessi con le attività di ricerca ed estrazione degli idrocarburi nell'Artico. Tuttavia, gli sforzi compiuti per la tutela dell'ambiente del Mar Glaciale Artico non saranno sufficienti se non saranno seguiti da un'azione volta a dare concreta attuazione a quanto disposto negli strumenti internazionali identificati, tenendo anche conto del principio della preoccupazione comune dell'umanità, inserito nelle più importanti convenzioni internazionali ambientali.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Si nota, a tal proposito, come il principio di preoccupazione comune dell'umanità sia alla base della pretesa della Repubblica Popolare Cinese di partecipare alla gestione degli affari artici, attraverso la sua ammissione in qualità di osservatore al Consiglio artico. Così L. HUIRONG, D. YUE, C. YITONG, *China and the Arctic: The Path of Scientific Research, Law and Policy*, in *Ocean Yearbook*, 2012, 378.

<sup>69</sup> D. SHELTON, *op. cit.*, 40.

## ABSTRACT

*Some Remarks on the Protection of the Environment and the Creation of Marine Protected Areas in the Arctic Ocean*

As Polar sea ice melts on an unprecedented scale, the Arctic marine biodiversity is threatened, *inter alia*, by shipping and offshore oil and gas drilling. While considerable progress in the protection of the marine environment was made thanks to the adoption of the Polar Code by the IMO, the entry into force of the MOSPA in Arctic States and, finally, the scientific work of the Arctic Council *Working Groups* CAFF and PAME – aimed at promoting the establishment of marine protected areas, their connection in a pan-arctic network and the identification of the most appropriate international instruments for new designations – their effectiveness depends on the proper implementation – in light of the principle of the common concern of humankind – of relevant international standards.



# RECENTI SVILUPPI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER FATTI DI PRIVATI IN VIOLAZIONE DEI DIRITTI UMANI

VALENTINA ZAMBRANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione del contenuto degli obblighi in materia di diritti umani in ambito pattizio. – 3. Il sistema di obblighi nell'ambito della tutela dei diritti dell'uomo e i riflessi in materia di imputabilità dell'atto illecito. – 4. Brevi conclusioni.

1. Il presente contributo si propone di offrire una prima sistemazione teorica dei recenti sviluppi in materia di responsabilità statale per atti di privati in violazione dei diritti umani. In linea generale, la rilevanza internazionale di tale fenomeno è dovuta al venir meno di un modello Stato-centrico nella perpetrazione di gravi violazioni ed abusi dei diritti fondamentali, che sempre più spesso sono materialmente consumati da privati, gruppi di privati o da entità non statali. Tale dinamica, che è anche alla base dell'imponente sviluppo del diritto internazionale penale realizzatosi negli ultimi decenni, non poteva non avere conseguenze pure nell'ambito della responsabilità internazionale dello Stato, dato che queste entità non statali non godono della soggettività internazionale.

In linea generale, e seguendo l'impostazione della Corte internazionale di giustizia nel caso *Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro*<sup>1</sup>, si possono ravvisare tre ipotesi in cui la responsabilità dello Stato può sorgere, con modalità e effetti tra loro differenti, per atti di privati commessi in violazione di norme internazionali.

---

<sup>1</sup> Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007.

Il primo caso è quello in cui lo Stato esercita un controllo effettivo sul privato, inteso come capacità di determinarne ogni singola azione<sup>2</sup>. In tale circostanza l'illecito posto in essere dal soggetto privato sarà imputabile allo Stato.

La seconda situazione è quella in cui lo Stato agisce in complicità con il privato, allo scopo precipuo di commettere un determinato

---

<sup>2</sup> Come è risaputo, nel caso di specie la Corte è stata chiamata a stabilire se la Serbia fosse responsabile per il genocidio commesso dalla forze serbo-bosniache durante la guerra in ex-Jugoslavia. Per determinare ciò, essa si è domandata se la Serbia avesse controllato dette forze, o se avesse agito in complicità con le stesse o, infine, se la sua fosse esclusivamente una responsabilità per non aver agito con *due diligence*. Nello svolgere il suo ragionamento, la Corte ha dato un'interpretazione del significato di *controllo effettivo* costante rispetto alla giurisprudenza precedentemente sviluppata nel caso delle *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*. In entrambi i casi, essa ha ritenuto che due siano gli elementi costitutivi del concetto di controllo effettivo: la capacità di dare ordini e di controllare ogni singola attività del soggetto che commette l'illecito e la conseguente impossibilità per quest'ultimo di comportarsi diversamente. In altri termini, il "controllo effettivo" coincide con la capacità di un soggetto internazionale di determinare i singoli atti che hanno condotto alla violazione delle norme di diritto internazionale umanitario o dei diritti umani o del divieto di genocidio. Pur non rientrando nei limiti del presente studio analizzare gli aspetti problematici scaturenti dalle impostazioni giurisprudenziali appena richiamate (tra l'altro ampiamente conosciuti), si evidenzia, tuttavia, che tale criterio appare particolarmente stringente, richiedendo la dimostrazione che il soggetto di diritto internazionale ha controllato ogni atto posto in essere da chi ha materialmente realizzato l'illecito e, per questo e altri motivi, è stato oggetto di critiche da parte della dottrina. Cfr., per tutti, A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, 2007, 649 ss.; G. ARANGIO-RUIZ, *State Responsibility Revisited. The Factual Nature of the Attribution of Conduct to the State*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017 (supplemento), 1 ss. È, poi, appena il caso di ricordare che, nel confermare la propria interpretazione di "controllo effettivo", la Corte dell'Aja ha negato l'applicabilità nel caso di specie del concetto di *controllo globale* elaborato dal Tribunale penale per l'ex-Jugoslavia nel caso *Tadić*. Secondo la Corte di appello di detto Tribunale è possibile identificare due parametri di controllo: uno, vale a dire il controllo effettivo, applicabile qualora ad agire siano singoli individui privati incaricati da uno Stato di svolgere determinati atti illeciti sul territorio di un altro (come avvenuto nel caso Nicaragua o del personale diplomatico e consolare a Teheran o, ancora, nel caso *Short*, deciso dal Tribunale Iran-Stati Uniti; l'altro, applicabile qualora ad agire siano gruppi organizzati e gerarchicamente strutturati (come unità militari o paramilitari), per i quali è sufficiente che lo Stato considerato eserciti un *controllo globale* sulle attività poste in essere, senza dover dimostrare l'esistenza di ordini e direttive forniti per ogni singolo atto da essi commesso. Il controllo globale è ravvisabile se lo Stato non solo fornisce un supporto finanziario e in termini di equipaggiamento al gruppo considerato, ma anche lo coordina e lo sostiene nella generale pianificazione della sua attività militare. Cfr. ICTY, Camera d'Appello, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999. Circa il rapporto tra l'ampliamento della nozione di controllo nell'ambito della responsabilità internazionale per illecito e l'effetto generale e indiretto che detto ampliamento può avere sulla tendenza degli Stati a rispettare i loro obblighi di prevenzione in materia di diritti umani, si veda P. DE SENA, *Responsabilité internationale et prévention des violations des droits de l'homme*, in E. DECAUX, S. TOUZÉ (dirs.), *La prévention des violations des droits de l'homme. Acte du colloque des 13 et 14 juin 2013*, Paris, 2015, 37 ss., 40-41.

illecito. Anche in tale caso, lo Stato sarà responsabile della violazione delle norme internazionali compiuta dal soggetto privato.

L'ultima circostanza è quella concernente l'obbligo di *due diligence*, ossia il dovere dello Stato di adottare tutte le misure necessarie a impedire la violazione delle norme internazionali anche da parte dei privati. In tale ambito, nel presente scritto ci si occuperà delle situazioni in cui la responsabilità dello Stato sorge perché i suoi organi, pur essendo in grado di impedire che il privato violi le norme in materia di tutela dei diritti umani, non hanno adottato le misure necessarie a tale scopo. In questa ipotesi, la responsabilità statale non concernerà l'atto del privato (che resterà imputabile a quest'ultimo), bensì riguarderà fatti dei propri organi, ossia il mancato rispetto dell'obbligo di adottare tutte le misure ragionevoli e necessarie per impedire l'azione del privato.

Più nello specifico, nel settore della responsabilità statale per violazione dei diritti umani, il diritto internazionale generale e quello pattizio sono sembrati percorrere strade differenti. Nei sistemi regionali ed universali di protezione dei diritti umani la questione è stata affrontata sul piano della normativa primaria, con l'affermazione per via interpretativa e giurisprudenziale degli obblighi positivi dello Stato nel quadro della tripartizione teorica tra obblighi di rispettare, proteggere e promuovere i diritti umani<sup>3</sup>. Al contrario, nell'ambito del diritto internazionale generale, il dibattito teorico e giurisprudenziale si è incentrato sul piano della normativa secondaria, attraverso il tentativo di ampliare il criterio di imputabilità del fatto illecito del "controllo effettivo".

Da un punto di vista teorico ed astratto i due approcci sono logicamente ammissibili, anche se il primo appare preferibile perché, pur realizzando l'effetto utile, in certi casi, di affermare la responsabilità dello Stato in connessione a violazioni commesse da privati, consente di distinguere formalmente tra situazioni differenti che determinano la responsabilità statale. Inoltre, l'evoluzione del diritto internazionale dovrebbe di regola avvenire sul piano della normativa primaria nei diversi settori e non attraverso l'introduzione di nuovi criteri di imputabilità del fatto illecito o l'interpretazione estensiva di quelli già esistenti che, pur non essendo immutabili, devono godere di una maggiore stabilità. D'altra parte, tali considerazioni trovano conferma nella prassi e nella giurisprudenza di riferimento: mentre la responsabilità

---

<sup>3</sup> Per l'analisi di tale aspetto v. *infra*, par. 2.

dello Stato per violazione dei suoi obblighi positivi in materia di diritti umani è ormai un dato consolidato in tutti i sistemi pattizi di protezione dei diritti fondamentali, i tentativi di ampliare nel diritto internazionale generale il criterio di attribuzione allo Stato di atti privati sono stati sporadici e hanno incontrato una forte resistenza dottrina e giurisprudenziale.

Partendo da questi presupposti teorici, nel presente lavoro si cercherà di dimostrare che lo sviluppo degli obblighi positivi nell'ambito dei sistemi convenzionali di tutela dei diritti dell'uomo ha, di fatto, ampliato la portata della responsabilità statale, portando all'affermazione di quest'ultima in connessione a fatti posti in essere da privati senza che questo abbia implicato l'attribuzione allo Stato degli atti commessi dai privati o un ampliamento del contenuto del controllo effettivo. Nel contempo, ci si chiederà qual è la funzione del criterio del controllo effettivo in ipotesi particolari di violazioni extraterritoriali degli obblighi positivi in materia di diritti umani, determinate da fatti di privati in situazioni caratterizzate dalla interazione di diverse entità.

2. L'obbligo positivo di prevenire la violazione dei diritti dell'individuo, non solo da parte di propri organi, ma anche di privati, non ha costituito inizialmente una componente del più generale obbligo degli Stati di rispettare i diritti umani così come sanciti negli strumenti internazionali da essi ratificati o dalle norme consuetudinarie in materia. Originariamente, infatti, i diritti umani erano visti come lo strumento attraverso cui tutelare i diritti e le libertà degli individui da interferenze indebite da parte di uno Stato. Di conseguenza, l'obbligo che incombeva su quest'ultimo era di non fare, di non agire per non interferire nella sfera di libertà della persona, sfera che era vista come uno spazio formale e astratto in cui l'individuo poteva agire scevro da condizionamenti esterni. Da qui anche la distinzione, ormai superata<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup> Da tempo è stata affermata l'indivisibilità dei diritti dell'uomo e la stretta interazione tra le varie categorie come l'una necessaria per la realizzazione dell'altra. D'altra parte, la su richiamata distinzione aveva senso nel momento in cui il punto di riferimento era la garanzia della libertà quale obbligo negativo dello Stato, cioè come dovere di non ingerenza, ma se si accoglie l'idea che anche i diritti civili e politici implicano doveri positivi tale distinzione decade necessariamente. Allo stesso tempo, anche i diritti economici, sociali e culturali implicano doveri di "astensione". Così, da un lato, il diritto alla vita sottintende non solo l'obbligo dello Stato di non uccidere arbitrariamente gli individui, ma anche l'obbligo positivo di tutelare le persone dalla fame o dall'esposizione a malattie facilmente evitabili. Dall'altro, il diritto all'abitazione implica non solo l'obbligo positivo dello Stato di adottare politiche e misure legislative che favoriscano l'affermazione di detto diritto, ma anche il

tra diritti civili e politici, tradizionalmente caratterizzati di obblighi di *non facere*, e diritti economici, sociali e culturali, basati invece su obblighi di *facere*. Tale impostazione era espressione del contesto storico in cui i diritti umani si sono affermati, vale a dire il secondo dopoguerra. Infatti, a seguito dell'esperienza delle atrocità commesse nel secondo conflitto mondiale, il soggetto che veniva ad essere individuato come principale violatore dei diritti individuali era lo Stato. Ne derivava, quindi, che il rispetto dei diritti dell'uomo implicava, innanzitutto e soprattutto, l'astensione dello Stato dall'adottare atti che potessero interferire con la sfera di libertà dell'individuo<sup>5</sup>.

Progressivamente questa impostazione è stata superata, sia perché gli eventi storici successivi alla fine della guerra fredda hanno dimostrato che la violazione (anche grave) dei diritti individuali poteva derivare da privati, sia perché si è teso a dare maggiore attenzione all'*effettiva* affermazione e applicazione dei diritti dell'individuo<sup>6</sup>. Infatti, se, come affermato *in primis* dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, questi ultimi devono essere garantiti a tutti, non è possibile ignorare che tale garanzia non può passare solo attraverso la non interferenza, ma necessita di interventi positivi, che mettano gli individui nelle condizioni di esercitare effettivamente detti diritti. In tale senso è illuminante la "capability theory" di Amartya Sen secondo la quale ciò che rileva è la reale capacità degli individui di effettuare le loro scelte e di esercitare i loro diritti e non la semplice esistenza di un diritto formale a fare ciò<sup>7</sup>. Ne discende, quindi, che il generale obbligo dello Stato di garantire i diritti umani implicherà non solo l'obbligo di rispettarli, non interferendo con il loro godimento (*duty to respect*), ma anche l'obbligo di adottare azioni positive che favorisca-

---

dovere negativo di non privare arbitrariamente gli individui delle loro abitazioni (in tale senso, Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment 4. The rights to adequate housing*, UN Doc. E/1992/23 del 13 dicembre 1991).

<sup>5</sup> In tale senso J. MOORE, *From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents*, in *Columbia Human Rights Law Journal*, 1999-2000, 81 ss., 82-85, afferma che se «in the 1950s, in the aftermath of World War II and the Nuremberg Trials, it is perhaps not surprising that for Arendt (A. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1951) and other scholars and international observers, the all-powerful and repressive nation state was the archetypal abuser of human rights», nella realtà contemporanea «[a]s a result of the rising global incidence of both internal conflict and state disfunction throughout the 1990s, popular repression by an all-powerful state is no longer the primary context or metaphor for human rights abuses».

<sup>6</sup> Per una disamina delle teorie filosofico-giuridiche a sostegno di tale evoluzione si veda, S. FREDMAN, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, 2008, 9 ss.

<sup>7</sup> A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford, 1999.

no la loro effettiva affermazione e il loro effettivo godimento (*duty to fulfill*) e, infine, l'obbligo di proteggere gli individui da potenziali violazioni dei loro diritti poste in essere da parte di altri privati e di altri Stati (*duty to protect*)<sup>8</sup>. Connaturato a questi obblighi vi è il dovere di prevenzione. Infatti, il primo modo per proteggere gli individui da possibili violazioni dei loro diritti è adottare misure che prevenano tale eventualità. Detto dovere può essere così suddiviso: a) obbligo generale di prevenzione che si identifica con qualsiasi attività che, favorendo il rispetto dei diritti dell'uomo, possa essere utile a prevenire la loro violazione; b) obbligo di prevenzione in senso stretto, che coincide con il dovere di agire per impedire che un determinato diritto in una situazione specifica venga violato.

L'obbligo generale di prevenzione si esplica nel porre in essere azioni che favoriscano la diffusione di una "cultura" dei diritti umani e la creazione di una società fondata sul e orientata al rispetto dei diritti dell'uomo, riducendo in tale modo il pericolo di violazione degli stessi. In tale senso, tale dovere di prevenzione può essere fatto rientrare nell'obbligo di promozione dei diritti dell'uomo<sup>9</sup>.

L'obbligo di prevenzione in senso stretto concerne, invece, il dovere di adottare le misure necessarie a impedire che in una situazione specifica un determinato diritto venga violato da un organo dello Stato, ma anche da un privato. Come è stato evidenziato: «Alors que la promotion des droits de l'homme vise à renforcer l'autorité d'une norme, notamment en la faisant connaître, la protection vise à assurer le respect de cette même norme en sanctionnant éventuellement sa

---

<sup>8</sup> Questa tripartizione degli obblighi in materia di diritti umani, considerata ormai classica (cfr. E. DECAUX, *Avant propos*, in E. DECAUX, S. TOUZÉ (dirs.), *op. cit.*, 7 ss., 15) è stata proposta dal Relatore Speciale Eide nel 1987 (cfr., Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the Right to Adequate Food as a Human Rights submitted by Mr. Asbjorn Eide*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 del 7 luglio 1987, paragrafi 66-69). Per una posizione contraria a tale tripartizione e favorevole a una classificazione degli obblighi in materia di diritti umani fondata su obblighi di risultato, di condotta e obblighi a realizzazione progressiva, si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours*, 2008, vol. 333, 187 ss., 490-496.

<sup>9</sup> Come è stato evidenziato da E. DECAUX, *op. cit.*, 15: «la prévention ne peut être un but en soi, elle doit s'inscrire dans un *continuum* fondé sur le triptyque désormais classique des obligations de l'Etat en matière de droits de l'homme: respecter, protéger et mettre en œuvre».

violation. Sous cet angle, la prévention apparaît comme un aspect de la protection des droits de l'homme»<sup>10</sup>.

In tale senso, esso appare riconducibile alla *due diligence*, in quanto dovere di adottare tutte le misure necessarie per prevenire la violazione del diritto; se lo Stato rispetta detto obbligo, non potrà essere considerato responsabile dell'illecito anche se questo si verificherà. Così, ad esempio, nel caso *Velásquez-Rodríguez* del 1988 la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha affermato che «An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility for the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent violation or to respond to it as required by the Convention»<sup>11</sup>. Nel medesimo senso la Corte internazionale di giustizia, nel caso *Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, afferma, in relazione all'obbligo di prevenire atti di genocidio, che «a State does not incur responsibility simply because the desired result was not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were in its power, and which might have contributed to preventing genocide»<sup>12</sup>.

È stato peraltro evidenziato che, nel caso della tutela dei diritti dell'uomo, non può farsi perfettamente coincidere l'obbligo di adottare le misure necessarie per proteggere un individuo con il classico obbligo di *due diligence*, non fosse altro per il fatto che, nell'ambito della tutela dei diritti umani, non sempre detto obbligo ha natura esclusivamente di condotta (come nel caso della *due diligence*) ma, talvolta, integra la fattispecie di obbligo di risultato<sup>13</sup>. Tuttavia, tanto gli obblighi positivi in materia di diritti umani, quanto il classico obbligo di *due diligence*, sono caratterizzati dal medesimo elemento fondamentale: lo Stato ha il dovere di agire per impedire che i privati vio-

<sup>10</sup> Cfr. M. AILINCAI, *Approche comparée des méthodes non-conventionnelles de prévention des violations des droits de l'homme*, in E. DECAUX, S. TOUZE (dirs.), *op. cit.*, 125 ss., 134.

<sup>11</sup> Corte interamericana dei diritti umani, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, sentenza del 29 luglio 1988, serie C n. 4, par. 172.

<sup>12</sup> Par. 430.

<sup>13</sup> Cfr. S. TOUZE, *La notion de prévention en droit international des droits de l'homme*, in E. DECAUX, S. TOUZE (dirs.), *op. cit.*, 19 ss., 23 ss. Ugualmente, evidenzia il carattere "di risultato" di alcuni obblighi di prevenzione in materia di rispetto dei diritti dell'uomo, P. DE SENA, *op. cit.*, 37 ss., 41 ss.

lino le norme internazionali in materia di tutela dei diritti umani e la responsabilità dello Stato sorgerà nel momento in cui i suoi organi non avranno adottato tutte le misure necessarie a impedire nel caso considerato il verificarsi dell'illecito. Al di là di ciò, il fatto resterà imputabile al privato.

Ora, l'obbligo di prevenzione ha trovato progressivamente spazio sia nei testi convenzionali, sia (e ancor più) nella giurisprudenza degli organi posti a controllo degli strumenti internazionali a tutela dei diritti umani, quale elemento necessario affinché la protezione garantita da detti strumenti risulti, per dirla con le parole della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU), pratica e effettiva e non teorica e illusoria<sup>14</sup>.

Così, la Convenzione delle Nazioni Unite del 1948, sulla prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, e il Protocollo per prevenire, reprimere e punire il traffico di persone specialmente donne e bambini che integra la Convenzione dell'ONU contro il crimine organizzato transnazionale, adottato nel 2000, stabiliscono, già nel titolo, un obbligo generalizzato degli Stati parti di adottare misure atte a prevenire il crimine di genocidio, in un caso, e il traffico di persone, nell'altro, nonché a perseguire quanti si macchiano di tali crimini come misura deterrente al loro perpetuarsi e verificarsi.

A sua volta il Protocollo facoltativo del 2002 alla Convenzione ONU contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti prevede che organismi indipendenti nazionali e internazionali conducano visite periodiche all'interno dei luoghi di detenzione al fine di prevenire il verificarsi al loro interno di atti di tortura o di trattamenti inumani e degradanti.

Ancora, la Convenzione sui diritti del fanciullo, all'art. 19, prevede che gli Stati parti adottino tutte le misure legislative, amministrative, sociali e educative necessarie a proteggere i minori da qualsiasi violenza o abuso fisico o mentale o maltrattamento o sfruttamento da parte dei genitori, dei tutori o di qualsiasi individuo che si prenda cura di essi. Il par. 2 specifica: «Such protective measures should, as appropriate, include effective procedures for the establishment of social programs to provide necessary support for the child and for those who have the care of the child, as well as for *other forms of prevention* and for identification, reporting, referral, investigation, treatment and

---

<sup>14</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Golder v. UK*, ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975.

follow-up of instances of child maltreatment described heretofore, and, as appropriate, for judicial involvement» (corsivo nostro).

Un ulteriore esempio, concernente il sistema universale di tutela dei diritti dell'uomo<sup>15</sup>, è costituito dall'art. 23 della Convenzione per la protezione di tutti gli individui dalle sparizioni forzate, dove si statuisce il dovere degli Stati contraenti di prevenire il coinvolgimento di loro ufficiali in tale crimine e si evidenzia l'importanza della prevenzione e dell'attività investigativa nella lotta contro tale pratica.

Se tali esempi sembrano maggiormente riconducibili all'obbligo generale di prevenzione inteso come obbligo di promozione dei diritti umani, nei termini anzidetti, l'attenzione degli organi di controllo dei sistemi pattizi a tutela dei diritti dell'uomo si è particolarmente soffermata anche su quella che abbiamo definito la prevenzione in senso stretto<sup>16</sup>. Essi hanno, infatti, progressivamente ma costantemente affermato l'esistenza di un dovere in capo agli Stati di proteggere gli individui soggetti alla loro giurisdizione dalle violazioni dei loro diritti perpetrate anche da privati, adottando tutte le misure necessarie in base alle circostanze del caso.

In tale senso si è espresso molto chiaramente il Comitato ONU per i diritti umani nel Commento generale n. 31, adottato nel 2004, concernente la natura dell'obbligo giuridico generale imposto agli Stati parti dall'art. 2<sup>17</sup>. L'orizzonte in cui si muove il Comitato è quello secondo cui l'obbligo generale degli Stati «to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant» implica sia

---

<sup>15</sup> Anche a livello regionale non mancano esempi di accordi tendenti ad affermare esplicitamente un obbligo di prevenzione; si pensi alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti o alla Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, entrambe adottate dal Consiglio d'Europa o, ancora, alla Convenzione interamericana per la prevenzione e punizione della tortura e alla Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e eliminazione della violenza contro le donne, adottate dall'OSA.

<sup>16</sup> Ovviamente, ciò non significa che i su citati organi non si siano occupati anche dell'obbligo di prevenzione rientrante nel dovere di promozione dei diritti umani. Basti pensare alla giurisprudenza della Corte EDU dove la violazione dell'obbligo di prevenire e promuovere può configurare una violazione sistematica della Convenzione qualora derivi da mancanze strutturali dell'ordinamento nazionale le quali possono, quindi, ripetersi all'infinito. Ciò ha indotto la Corte ad adottare sentenze non più di natura meramente dichiarativa ma tendenti ad indicare specificatamente allo Stato le misure da adottare per garantire il rispetto degli obblighi convenzionali.

<sup>17</sup> Il Commento generale n. 31 ha sostituito quello n. 3, adottato dal Comitato nel 1981 (Comitato dei diritti umani, *General Comment N. 31 on The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 del 29 marzo 2004).

obblighi negativi che positivi. Così, gli Stati parti dovranno astenersi dal violare i diritti garantiti dal Patto (e qualsiasi restrizione agli stessi dovrà essere autorizzata in base alle disposizioni pertinenti di quest'ultimo) e dovranno altresì adottare tutte le misure legislative, amministrative, giudiziarie, educative e di altra natura per garantire l'effettiva implementazione dei diritti in questione. Nell'opinione del Comitato, detti obblighi positivi non possono considerarsi soddisfatti se lo Stato non agisce al fine di proteggere gli individui da possibili violazioni dei loro diritti, poste in essere non solo dai suoi organi, ma anche da privati (persone fisiche o giuridiche), e non adotti le misure necessarie per prevenire e punire tali violazioni. Nei casi in cui tale dovere dovesse essere disatteso e da ciò dovesse scaturire una violazione di un diritto garantito dal Patto, lo Stato non sarà responsabile di una semplice omissione, ma su di esso ricadrà la responsabilità per la violazione del diritto in questione<sup>18</sup>. Il Comitato ravvisa, cioè, un nesso causale tra l'assenza di misure preventive e il verificarsi della violazione del diritto individuale protetto dal Patto.

Anche la giurisprudenza della Corte EDU ha affermato l'obbligo di adottare misure preventive quale parte integrante del dovere degli Stati parti di garantire ad ogni individuo soggetto alla loro giurisdizione il godimento dei diritti e delle libertà sancite dalla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), così come stabilito dall'art. 1, e per assicurare che detto godimento sia pratico e effettivo<sup>19</sup>. Nel caso *Osman v. UK*<sup>20</sup> la Corte ha espressamente affermato che il rispetto

---

<sup>18</sup> Così il Comitato nel Commento generale n. 31: «However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to ric. n. between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities» (par. 8).

<sup>19</sup> Per un'analisi generale degli obblighi positivi scaturenti dalla CEDU in base alla giurisprudenza di Strasburgo si veda, A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland, 2004; L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2016. Inoltre, per un esame degli obblighi positivi in materia di diritti umani scaturenti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ma anche di altri organi di controllo si veda, R. PISILLO MAZZESCHI, *op.cit.*

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti umani, *Osman v. United Kingdom*, ricorso n. 23452/94, sentenza del 28 ottobre 1998.

dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita) implica l'obbligo positivo degli Stati parti di adottare le misure preventive atte a proteggere un individuo la cui vita sia messa in pericolo dagli atti criminali di un'altra persona e, al contempo, di implementare una normativa penale che funga da deterrente<sup>21</sup>. Similmente, nel caso *Paul and Audrey Edwards* la Corte EDU ha ravvisato la violazione dell'art. 2 nel fatto che le autorità pubbliche non abbiano adottato le necessarie cautele per proteggere la vita di un detenuto<sup>22</sup>, mentre nell'*arrêt Mahmut Kaya* tale violazione è dipesa dalla circostanza che lo Stato turco non ha protetto il fratello del ricorrente (un medico sospettato di aiutare il PKK) dalle attività della controguerriglia che operava nella regione<sup>23</sup>. Viene, da ultimo, in rilievo il caso *Talpis c. Italia* in cui la mancata adozione da parte delle autorità italiane delle misure necessarie a tutelare la ricorrente (e il figlio) dalla violenza del marito, nonostante le ripetute denunce, ha condotto al riconoscimento della responsabilità dello Stato per la violazione, *inter alia*, degli articoli 2 e 3 CEDU<sup>24</sup>.

Ugualmente, la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 3 CEDU qualora lo Stato parte non adotti le misure necessarie per proteggere gli individui (con una particolare attenzione a quelli più vulnerabili, come i minori o le persone con disabilità) da trattamenti inuma-

---

<sup>21</sup> Ovviamente questo obbligo deve essere valutato in base alle circostanze del caso: «In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person (see paragraph 115 above), it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk. [...] For the Court, and having regard to the nature of the right protected by Article 2, a right fundamental in the scheme of the Convention, it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. This is a question which can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case». (Corte europea dei diritti umani, *Osman v. UK*, cit., par. 116).

<sup>22</sup> Nel caso di specie il figlio dei ricorrenti che aveva una storia di malattia mentale era stato posto in una cella con una persona malata di schizofrenia. Poche ore dopo il suo fermo il figlio dei ricorrenti è stato ucciso dall'altro detenuto. Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, ricorso n. 46477/99, sentenza del 14 marzo 2002.

<sup>23</sup> Corte europea dei diritti umani, *Mahmut Kaya v. Turkey*, ricorso n. 22535/93, sentenza del 28 marzo 2000.

<sup>24</sup> Corte europea dei diritti umani, *Talpis v. Italy*, ricorso n. 41237/14, sentenza del 2 marzo 2017.

ni e degradanti da parte di altri privati<sup>25</sup> o una violazione dell'art. 5 della Convenzione in assenza di misure che tutelino dalla sparizione gli individui privati della loro libertà<sup>26</sup> (misure rappresentate in primo luogo dalla immediata registrazione dei dati concernenti questi ultimi)<sup>27</sup>.

L'affermazione da parte del giudice di Strasburgo di un dovere di protezione delle violazioni dei diritti degli individui non è stata limitata alla sfera inerente all'integrità fisica e alla vita, ma si è palesata anche in relazione ad altri diritti e libertà. Nel caso *Plattform* la Corte EDU ha affermato: «The participants must, however, be able to hold the demonstration without having to fear that they will be subjected to physical violence by their opponents [...]. In a democracy the right to counter-demonstrate cannot extend to inhibiting the exercise of the right to demonstrate. Genuine, effective freedom of peaceful assembly cannot, therefore, be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere: a purely negative conception would not be compatible

---

<sup>25</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *A. v. UK*, ricorso n. 100/1997/884/1096, sentenza del 23 settembre 1998; Corte europea dei diritti umani, *Z. and others v. UK*, ricorso n. 29392/95, sentenza del 10 maggio 2001; Corte europea dei diritti umani, *Price v. UK.*, ricorso n. 33394/96, sentenza del 10 ottobre 2001.

<sup>26</sup> Ampia è la giurisprudenza in materia di detenzione non riconosciuta, *inter alia* si vedano le sentenze: Corte europea dei diritti umani, *Kurt v. Turkey*, ricorso n. 24276/94, sentenza del 25 maggio 1998; Corte europea dei diritti umani, *Timurtaş v. Turkey*, ricorso n. 23531/94, sentenza del 13 giugno 2000; Corte europea dei diritti umani, *Çiçek v. Turkey*, ricorso n. 25704/94, sentenza del 27 febbraio 2001; Corte europea dei diritti umani, *Anguelova v. Bulgaria*, ricorso n. 38361/97, sentenza del 13 giugno 2002; Corte europea dei diritti umani, *Oran v. Turkey*, ricorso n. 25656/94, sentenza del 18 giugno 2002; Corte europea dei diritti umani, *Yasin Ates v. Turkey*, ricorso n. 27601/95, sentenza del 31 maggio 2005; Corte europea dei diritti umani, *Akdeniz v. Turkey*, ricorso n. 25165/94, sentenza del 31 agosto 2005; Corte europea dei diritti umani, *Tanis and others v. Turkey*, ricorso n. 65899/01, sentenza del 30 novembre 2005; Corte europea dei diritti umani, *Luluyev and others v. Russia*, ricorso n. 69480/01, sentenza del 9 gennaio 2007; Corte europea dei diritti umani, *Diril v. Turkey*, ricorso n. 68188/01, sentenza del 19 gennaio 2007; Corte europea dei diritti umani, *Takhayev and others v. Russia*, ricorso n. 23286/04, sentenza del 26 gennaio 2009.

<sup>27</sup> È appena il caso di ricordare che la medesima logica guida l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte in materia di estradizione o espulsione verso Paesi in cui l'individuo oggetto del procedimento richiamato corra il serio rischio di essere condannato alla pena capitale o di essere sottoposto a tortura. Come è risaputo, il giudice europeo esclude che in questi casi si possa procedere all'espulsione/estradizione dell'individuo (a prescindere dalla pericolosità sociale dello stesso) se non si vuole incorrere nella violazione degli articoli 2 o 3 CEDU. Ciò, evidentemente, allo scopo di proteggere l'integrità fisica (e psicologica) e la vita dell'individuo e prevenire le suddette violazioni. Ovviamente, questi casi differiscono da quelli oggetto del presente studio, in quanto la potenziale violazione del diritto alla vita o del divieto di tortura proviene da organi statali e non da privati.

with the object and purpose of Article 11»<sup>28</sup>. La Corte ha, cioè, evidenziato che la piena e effettiva garanzia della libertà di riunione e associazione implica l'obbligo dello Stato di agire per proteggere i dimostranti, prevenendo la violazione della loro libertà da parte di altri privati<sup>29</sup>.

Ugualmente, nell'opinione della Corte, il diritto alla vita privata e familiare implica l'obbligo positivo degli Stati parti di proteggere i minori da atti di abuso sessuale posti in essere da genitori, affidatari, ecc.<sup>30</sup>, così come di garantire protezione agli individui soggetti alla loro giurisdizione dalle diverse fonti di inquinamento (essendo queste lesive del diritto di fruire liberamente della propria abitazione e della propria vita familiare)<sup>31</sup>.

Concorde in questo senso è anche la posizione della Commissione africana dei diritti dell'uomo. Così, solo per richiamare alcuni esempi, nel caso *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigéria*<sup>32</sup>, la Commissione ha affermato in termini generali che gli Stati parti alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli hanno non solo l'obbligo di rispettare i diritti degli individui soggetti alla loro giurisdizione, ma anche di proteggerli dalle violazioni di tali diritti da parte di terzi. In tale decisione l'organo di controllo qui richiamato ha quindi affermato che «le gouvernement nigérian a violé le droit à la santé et le droit à un environnement propre [...] en négligeant d'accomplir les obligations

<sup>28</sup> Corte europea dei diritti umani, *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, ricorso n. 10126/82, sentenza del 21 giugno 1988, par. 32 (corsivo aggiunto). Stessa logica si ritrova nel caso *Ozgur Gundem v. Turkey* (ricorso n. 23144/93, sentenza del 16 marzo 2000) dove la Corte ha ravvisato una violazione della libertà di espressione per non aver protetto i giornalisti, i dipendenti e i distributori del quotidiano *Ozgur Gundem* da atti di violenza nei loro confronti.

<sup>29</sup> A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993, 345, afferma: «there is now no doubt that, according to the European Court of Human Rights, the Convention creates obligations for States which may involve the adoption of measures 'even in the sphere of the relations of individuals between themselves'».

<sup>30</sup> Corte europea dei diritti umani, *X. and Y. v. The Netherlands*, ricorso n. 8978/80, sentenza del 26 marzo 1985; Corte europea dei diritti umani, *Stubbings and others v. UK*, ricorsi n. 22083/93, 22095/93, sentenza del 22 ottobre 1996. Secondo la Corte, infatti, il diritto alla vita privata e familiare include anche «l'integrità fisica e mentale della persona, compresa la sua vita sessuale» (*X. and Y. v. The Netherlands*, cit., par. 22).

<sup>31</sup> Corte europea dei diritti umani, *Power and Rayner v. UK*, ricorso n. 9310/81, sentenza del 21 febbraio 1990; Corte europea dei diritti umani, *Lopez Ostra v. Spain*, ricorso n. 16798/90, sentenza del 9 dicembre 1994.

<sup>32</sup> Cfr. Commissione africana dei diritti umani, *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigéria*, comunicazione n. 155/96, decisione del 27 ottobre 2001.

minimales liées à ces droits»<sup>33</sup>. Ugualmente, nel più recente caso *Organisation Mondiale Contre la Torture et Ligue de la Zone Afrique pour la Défense des Droits des Enfants et Elèves (pour le compte de Céline) c. République Démocratique du Congo*<sup>34</sup>, la Commissione, ricordando la sua posizione nell'*affaire Geneviève Mbiankeu c. Cameroun*<sup>35</sup>, ha affermato l'obbligo degli Stati di adottare misure di protezione degli individui soggetti alla loro giurisdizione nel caso in cui le autorità abbiano consapevolezza del pericolo che un individuo corre in una data situazione o qualora sia già stato vittima di una violazione che possa ripetersi. Nel caso di specie, la Commissione ha riconosciuto la responsabilità della Nigeria per violazione dell'art. 4 (diritto all'integrità fisica e morale) e dell'art. 5 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) della Carta africana poiché alcuni agenti di polizia, pur avendo assistito ad atti di violenza nei confronti di una giovane donna, non hanno fatto nulla per difenderla, il che ha permesso ai suoi aggressori di abusare di lei.

Né appare differente la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani. Oltre alla giurisprudenza costante in materia di violazione del diritto all'integrità fisica e alla vita per non aver adottato le misure necessarie a impedire (e, anzi, spesso aver tollerato) le sparizioni forzate<sup>36</sup>, è certamente interessante il caso del *Massacro di Pueblo Bello*<sup>37</sup>. In tale caso, la Corte ha ravvisato la violazione di numerosi diritti sanciti dalla Convenzione (tra cui il diritto alla vita e il divieto di tortura) da parte della Colombia per non aver protetto la popolazione dell'area considerata dagli atti posti in essere da gruppi di privati (i c.d. gruppi di autodifesa), che combattevano contro gli insorti ivi presenti, pur avendo consapevolezza del pericolo che essa correva e, anzi, avendoli favoriti. Ugualmente, viene in rilievo il caso

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, par. 50.

<sup>34</sup> Cfr. Commissione africana dei diritti umani, *Organisation Mondiale Contre la Torture et Ligue de la Zone Afrique pour la Défense des Droits des Enfants et Elèves (pour le compte de Céline) c. République Démocratique du Congo*, comunicazione n. 325/06, decisione del novembre 2015.

<sup>35</sup> Cfr. Commissione africana dei diritti umani, *Geneviève Mbiankeu c. Cameroun*, comunicazione n. 389/10, decisione del 6 maggio 2015.

<sup>36</sup> Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, cit.; Corte interamericana dei diritti umani, *Godínez Cruz v. Honduras*, sentenza del 20 gennaio 1989, serie C. No. 5; Corte interamericana dei diritti umani, *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, sentenza del 30 novembre 2016, serie C No. 328.

<sup>37</sup> Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, *Caso de lo Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentenza del 31 gennaio 2006, serie C No. 140.

*González et otras*<sup>38</sup>, dove la responsabilità del Messico è stata ravvisata per non aver adottato le misure necessarie a impedire che le vittime (tutte donne) fossero uccise considerando che le autorità statali avevano consapevolezza che esse erano scomparse e che vivevano in un contesto sociale, quello della città di Juárez, caratterizzato fortemente dalla violenza di genere, come dimostravano gli elevati numeri di violenze e omicidi ivi perpetrati nei confronti delle donne. Nel medesimo senso la Commissione interamericana per i diritti umani si era precedentemente pronunciata nel caso *Maria Da Penha*<sup>39</sup> attribuendo la responsabilità al Brasile per non aver protetto la ricorrente dagli atti di violenza domestica di cui fu oggetto per cinque anni, non condannando né sanzionando il responsabile nonostante le denunce effettuate dalla vittima.

Occorre a questo punto domandarsi se l'evoluzione poco sopra richiamata abbia avuto degli effetti pure a livello consuetudinario.

La risposta può essere affermativa anche se con alcuni importanti limiti. Infatti, se, da un lato, la prassi internazionale sembra indicare che anche a livello consuetudinario si sia affermato l'obbligo di proteggere i diritti individuali, dall'altro, tale obbligo si è affermato solo in relazione alle violazioni dei diritti umani che implicano obblighi *erga omnes*<sup>40</sup>. Se non viene certo messo in discussione l'obbligo degli

---

<sup>38</sup> Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, *González et otras* ("Campo Algodonero") vs. *México*, sentenza del 16 novembre 2009, serie C No. 205.

<sup>39</sup> Cfr. Informe Anual, 2000, *Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev.

<sup>40</sup> Si pensi, ad esempio, all'affermazione della *responsibility to protect*, figlia dei grandi cambiamenti strutturali che la Comunità internazionale ha subito a livello politico e giuridico dopo la fine della guerra fredda. Ovviamente, non è questo il luogo per affrontare l'analisi del dibattito dottrinale in materia di responsabilità di proteggere, ma ciò che si vuole evidenziare è che, di fronte alla violazione massiccia dei diritti umani fondamentali di una popolazione derivanti dal genocidio, dalla pulizia etnica, dai crimini contro l'umanità e dai crimini di guerra, la Comunità internazionale ritenga che vi sia un obbligo di prevenire dette violazioni, innanzitutto, da parte dello Stato territoriale. Dette violazioni sono talvolta poste in essere da gruppi di individui le cui attività non sono giuridicamente imputabili allo Stato territoriale e, quindi, la logica a cui risponde la *responsibility to protect* è la medesima che si è evidenziata poco sopra in relazione alle violazioni ordinarie dei diritti umani: proteggere gli individui che ne siano vittime, anche nel caso in cui dette azioni provengano dai privati. Non vi è dubbio che lo Stato sul cui territorio potrebbe verificarsi un genocidio o un crimine contro l'umanità ha il dovere di agire per prevenirli e proteggere la popolazione e che tale dovere si fonda ormai su norme internazionali generali. Come è stato evidenziato: «R2P is an established hard norm with a view to the territorial State, and an emerging legal norm with regard to the other States and the UN». E ancora: «it refers to the primary level of international obligations. The R2P is an obligation to protect, which is breached by inaction, omissions, or by inadequate responses». A. PETERS, *The Responsibility to Protect: Spelling Out the Hard Legal Consequences for the UN Security Council and Its Members*, in *From Bilateralism to*

Stati di proteggere gli individui prevenendo gli atti di tortura, di privazione della vita e, ancor più, i crimini di diritto internazionale da parte di individui o gruppi a prescindere dal fatto che lo Stato in questione abbia o meno sottoscritto accordi internazionali in materia, lo stesso non sembra potersi dire per il mancato rispetto di altri diritti. In altri termini, non sembra ancora ravvisabile l'esistenza di una prassi internazionale che, indipendentemente dalla partecipazione a strumenti convenzionali, preveda un dovere degli Stati di agire per prevenire le violazioni, ad esempio, dei diritti dei lavoratori da parte di imprese private. Di conseguenza, sembra possibile affermare che, in relazione alle violazioni dei diritti individuali fondamentali che implicino obblighi *erga omnes*, il dovere di proteggerli, agendo per impedire che essi siano violati, abbia ormai acquisito natura consuetudinaria. Per quanto concerne gli altri diritti umani, invece, tali obblighi presentano una natura pattizia, derivante dall'interpretazione che gli organi di controllo danno del dovere degli Stati di garantire a tutti gli individui soggetti alla loro giurisdizione il godimento dei diritti sanciti dai testi convenzionali considerati.

3. La prassi appena richiamata dimostra che, a livello pattizio (sia universale che regionale), il dovere di prevenzione è ormai stato riconosciuto in relazione ad un ampio spettro di diritti. Infatti, gli organi di controllo hanno interpretato l'obbligo imposto dai testi convenzionali agli Stati parti di rispettare e garantire i diritti ivi sanciti a tutti gli individui soggetti alla loro giurisdizione come implicante necessariamente anche un obbligo di proteggere detti diritti, prevenendo eventuali loro violazioni, come dimostrano la giurisprudenza della Corte EDU e l'impostazione seguita dal Comitato ONU sui diritti dell'uomo nel *General Comment 31*. L'obbligo di prevenzione è stato interpretato come parte integrante dell'obbligo stabilito dall'art. 1 CEDU e dall'art. 2 del Patto sui diritti civili e politici, in quanto strumentale a garantire la piena, effettiva e reale affermazione e fruizione di tutti i diritti affermati nei rispettivi testi convenzionali. Infatti, proteggere l'individuo dalle possibili violazioni dei suoi diritti, in relazione alle circostanze specifiche del caso, è un elemento necessario anche se non sufficiente per tutelare le persone e i loro diritti. Inoltre, per quanto

---

*Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, 297 ss., 304. La letteratura in materia è sterminata, per una recentissima analisi multidisciplinare si rinvia a L. SCUCCIMARRA, *Proteggere l'umanità. Sovranità e diritti umani nell'epoca globale*, Bologna, 2016.

riguarda la CEDU, detto obbligo potrebbe trovare la sua base giuridica anche nell'art. 13 quale elemento costitutivo del diritto a disporre di rimedi interni effettivi<sup>41</sup>.

Ne discende, quindi, che ciò che abbiamo definito l'obbligo di prevenzione in senso stretto, ossia l'obbligo di adottare le misure necessarie per tutelare i diritti di un individuo dalle possibili violazioni anche di altri privati in una situazione specifica, è stato interpretato, in ambito convenzionale, come parte integrante dell'obbligo di proteggere i diritti individuali. Infatti, in base alla giurisprudenza appena richiamata, l'obbligo di proteggere gli individui e i loro i diritti può ritenersi soddisfatto dagli Stati parti solo se questi ottemperano, attraverso i loro organi, anche agli obblighi positivi di protezione nei confronti delle potenziali violazioni da parte di privati. Ciò è funzionale ad una più ampia tutela dei diritti dell'individuo, ma è anche effetto della tendenza a fare della prevenzione un obbligo sempre più pervadente nel diritto internazionale dei diritti umani (ma non solo)<sup>42</sup>. In tale senso, è stato affermato: «The duty to protect human rights is a general duty to prevent and, if prevention fails, to remedy human rights violations that results from private parties conduct. [...] It requires that States take all measures that could reasonably be adopted to prevent the occurrence of a human rights violation»<sup>43</sup>.

Questo, tuttavia, non significa che vi sia una sovrapposizione tra l'obbligo di proteggere e quello di rispettare il diritto individuale in questione. Infatti, l'obbligo di rispettare implica per lo Stato innanzitutto (ma non solo) il dovere di non violare le norme a tutela dei diritti dell'individuo attraverso i propri organi, mentre l'obbligo di proteggere richiede l'adozione delle misure necessarie per impedire che i privati violino le norme in materia di diritti individuali. Così, se il primo obbligo è violato si avrà responsabilità dello Stato per una trasgressione diretta della norma a tutela del diritto in questione. Se è violato il secondo, si avrà una responsabilità dello Stato per non aver

<sup>41</sup> Si veda K. STARMER, *Positive Obligations Under the Convention*, in J. JOWELL, J. COOPER (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford, 2011, 159 ss.

<sup>42</sup> Come sottolineato da M. AILINCAI, *Approche comparée des méthodes non-conventionnelles de prévention des violations des droits de l'homme*, in E. DECAUX, S. TOUZE (dirs.), *op. cit.*, 138: «A y regarder de près, la prévention se confond en effet avec la promotion et la protection des droits de l'homme, ce qui génère l'impression d'un défaut d'autonomie de la notion. Cela pourrait résulter du contenu de l'obligation internationale de protection de droits de l'homme, laquelle englobe sans doute l'obligation de prévention».

<sup>43</sup> Cfr. O. DE SCHUTTER, A. RAMASASTRY, M. B. TAYLOR, R. C. THOMPSON, *Human Rights Due Diligence: the Role of States*, in *humanrightsinbusiness.eu*, dicembre 2012, 8.

impedito, attraverso i suoi organi, che i privati violassero la norma internazionale considerata.

Tale impostazione, permettendo di mantenere distinti i due obblighi in questione, è concorde sia con la oramai classica tripartizione su richiamata e concernente le declinazioni dell'obbligo generale dello Stato di garantire i diritti umani (obbligo di rispettare, promuovere e proteggere), sia con il regime ordinario, delineato anche dalla Corte internazionale di giustizia nel caso del *Personale diplomatico e consolare americano a Teheran*. In tale circostanza, il giudice dell'Aja, in un primo momento, ha affermato la responsabilità dell'Iran solo per la mancata adozione delle misure necessarie a impedire che l'ambasciata americana fosse attaccata e il suo personale preso in ostaggio<sup>44</sup>. L'occupazione dell'ambasciata, tuttavia, rimaneva un illecito non imputabile allo Stato in questione poiché posto in essere da privati che avevano agito in maniera autonoma e indipendente rispetto alle autorità nazionali. La situazione cambiò nel momento in cui l'Ayatollah Khomeini e altri organi dello Stato iraniano riconobbero come proprio il comportamento dei privati: da allora l'illecito divenne imputabile allo Stato<sup>45</sup>. Da tale impostazione discende che una cosa è l'attribuzione dell'illecito (omissivo) di non aver agito per prevenire un diverso fatto illecito, altra cosa è l'imputabilità anche di quest'ultimo.

Tuttavia, a differenza del caso appena richiamato, dove esisteva una norma pattizia che prevedeva l'obbligo per lo Stato di garantire la protezione della sede diplomatica e del suo personale, nel caso dei trattati internazionali a tutela dei diritti umani i relativi testi non prevedono espressamente detta norma. Come visto poco sopra, l'obbligo dello Stato di proteggere gli individui dalle violazioni dei loro diritti che altri privati possono porre in essere è stato affermato per via interpretativa e giurisprudenziale, allo scopo di garantire sempre più effettività a detti diritti. Si è creato, in altri termini, un collegamento tra l'illecito del privato e la mancata azione delle autorità statali che, sebbene non abbia condotto all'attribuzione dell'illecito del privato allo Stato, ha, di fatto, ampliato la portata della responsabilità dello Stato. Attraverso l'affermazione degli obblighi positivi si è così "evitato" di seguire regole di imputazione dell'illecito differenti dal regime generale o di estendere il contenuto del concetto di controllo effettivo, ma si è ugualmente raggiunto l'effetto di indurre lo Stato ad

---

<sup>44</sup> Cfr. Corte internazionale di giustizia, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, sentenza del 24 maggio 1980, par. 63-68.

<sup>45</sup> *Ibidem*, par. 74.

assumersi la responsabilità della protezione dei diritti degli individui anche dalle violazioni poste in essere dai privati. Il fatto che l'azione del privato possa causare il sorgere della responsabilità dello Stato per non aver impedito l'illecito quando ne era in grado diviene, cioè, un modo per collegare l'illecito del privato alla responsabilità dello Stato senza imputare a quest'ultimo detto illecito.

Questa impostazione, d'altra parte, può ravvisarsi anche in alcune recenti sentenze dei tribunali olandesi in relazione al genocidio di Srebrenica del 1995. Ci si riferisce ai casi *Nuhanović*, *Mustafić-Mujić* e *Mothers of Srebrenica*<sup>46</sup>.

Nei casi *Nuhanović* e *Mustafić-Mujić* tanto la Corte di Appello dell'Aja prima<sup>47</sup>, quanto la Corte Suprema poi<sup>48</sup>, hanno affermato la responsabilità dell'Olanda per la mancata prevenzione dell'uccisione dei congiunti dei ricorrenti. Questi ultimi erano stati accolti nel *compound* dai caschi blu olandesi insieme ad altre cinquemila persone fuggite dalla città di Srebrenica caduta nelle mani del comandante Mladic. Tuttavia, a seguito dell'accordo concluso tra quest'ultimo e il comandante della missione, i rifugiati (compresi i congiunti dei ricorrenti) erano stati evacuati e lasciati completamente privi di qualunque protezione. Quanto ne è seguito è ampiamente conosciuto: uomini e ragazzi sono stati separati dalle loro famiglie e uccisi insieme ad altre migliaia di bosniaci musulmani in esecuzioni di massa. Le Corti su richiamate hanno riconosciuto la responsabilità delle autorità nazionali, ritenendo che vi fosse un legame diretto e causale tra la decisione delle autorità olandesi di allontanare i parenti dei ricorrenti dal *compound* dell'UNPROFOR sito vicino a Srebrenica e la possibilità

---

<sup>46</sup> Cfr. Corte d'Appello dell'Aja, *Nuhanović v. State of the Netherlands*, causa n. 200.020.174/01, sentenza del 5 luglio 2011; Corte d'Appello dell'Aja, *Mustafić-Mujić and others v. State of the Netherlands*, causa n. 200.020.173/01, sentenza del 5 luglio 2011; Corte distrettuale dell'Aja, *Mothers of Srebrenica v. the State of the Netherlands*, causa C/09/295247/HA ZA 07-2973, sentenza del 16 luglio 2014.

<sup>47</sup> Su tale sentenza si veda, A. NOLLKAEMPER, *Dual attribution. Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 1143 ss.; B. BOUTIN, *Responsibility of the Netherlands for the Acts of Dutchbat in Nuhanović and Mustafić: The Continuous Quest for a Tangible Meaning for "Effective Control" in the Context of Peacekeeping*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, 521 ss.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale II. Prassi (2008-2012)*, Padova, 2012, 305 ss.; A. SPAGNOLO, *Operazioni di peacekeeping delle Nazioni Unite e protezione dei diritti umani in due recenti sentenze della Corte d'appello dell'Aia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 203 ss.; P. D'ARGENT, *State organs placed at the disposal of the UN, effective control, wrongful abstention and dual attribution of conduct*, in *Questions of International Law*, 2014.

<sup>48</sup> Cfr. Corte Suprema olandese, *The State of Netherlands v. Hasan Nuhanović*, causa n. 12/03324, sentenza del 6 settembre 2013.

che fossero uccisi da privati (nello specifico, le forze serbe). Ciò, non solo perché le suddette autorità avevano partecipato alla decisione di evacuare il *compound* e condotto le operazioni necessarie, ma anche, e soprattutto, perché avrebbero potuto impedire che i congiunti dei ricorrenti fossero uccisi. Infatti, gli organi di comando olandese erano a conoscenza degli “incidenti” verificatisi al di fuori del *compound* e, di conseguenza, avrebbero dovuto sapere che gli uomini bosniaci che stavano per essere evacuati affrontavano il rischio reale di essere uccisi o di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti<sup>49</sup>.

La stessa impostazione si ritrova nel caso *Mothers of Srebrenica v. the State of the Netherlands* del 2014<sup>50</sup> che, a differenza dei due casi precedentemente analizzati, ha una portata più generale, poiché concerne la responsabilità olandese per l’uccisione di quanti erano rifugiati nel *compound* o si trovavano nella *mini safe area* creata al di fuori dello stesso dopo la caduta della città di Srebrenica. Così, il giudice nazionale ritiene che siano imputabili allo Stato olandese le azioni poste in essere dai suoi contingenti dopo la caduta di Srebrenica e in relazione all’evacuazione dei rifugiati dato il controllo effettivo da essi esercitato sul *compound*. Infatti, impedendo ai rifugiati di entrare nel *compound* prima ancora che cominciasse il periodo di transizione e prima dell’ordine ricevuto dalle autorità onusiane di evacuare il *compound*, avendo proceduto a dividere i rifugiati di sesso maschile dagli altri durante l’evacuazione e avendo condotto quest’ultima nonostante disponessero di informazioni circa i gravi crimini che le truppe serbo-bosniache stavano perpetrando nei confronti degli uomini bosniaci di religione musulmano, avevano contribuito all’uccisione

---

<sup>49</sup> Cfr. *Nuhanović v. State of the Netherlands*, cit., par. 6.7.

<sup>50</sup> Cfr. *Mothers of Srebrenica v. the State of the Netherlands*, cit. Tale caso è di poco successivo a quello delle *Mothers of Srebrenica v. The Netherlands and the UN*, deciso definitivamente nel 2013, dove tanto la Corte distrettuale e d’Appello quanto quella Suprema hanno negato la loro giurisdizione nei confronti delle Nazioni Unite, essendo queste tutelate dalla regola sull’immunità (*Mothers of Srebrenica v. The Netherlands and the UN*, causa n. 10/04437, sentenza del 13 aprile 2012). Il caso è arrivato poi davanti alla Corte di Strasburgo, che ha confermato la posizione delle corti olandesi (Corte europea dei diritti umani, *Stichting Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands*, ricorso n. 65542/12, decisione dell’11 giugno 2013). Cfr. B.I. BONAFÈ, *L’esistenza di rimedi alternativi ai fini del riconoscimento dell’immunità delle organizzazioni internazionali: la sentenza della Corte suprema olandese nel caso delle Madri di Srebrenica*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, 826 ss.; M.I. PAPA, *Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell’Associazione Madri di Srebrenica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 27 ss.; P. PALCHETTI, *Attributing the Conduct of Dutchbat in Srebrenica: the 2014 Judgment of the District Court in the Mothers of Srebrenica Case*, in *Netherlands International Law Review*, 2015, 279 ss.

dei congiunti dei ricorrenti mentre erano nella condizione di impedir-la. Infatti, afferma la Corte, se i rifugiati fossero rimasti nel *compound* probabilmente si sarebbero salvati<sup>51</sup>.

Appare evidente come anche nelle sentenze appena richiamate non vi sia alcuna imputazione allo Stato degli atti commessi dai privati (nello specifico le truppe serbe di Mladic), ma la responsabilità statale deriva dal fatto che le autorità nazionali, pur essendo in grado di impedire il verificarsi dell'illecito, non hanno agito in tale senso e, anzi, hanno favorito il suo perpetrarsi. Così, nei casi citati, il criterio del controllo effettivo non è stato utilizzato al fine di imputare allo Stato gli atti dei privati ma è stato richiamato per determinare chi, tra lo Stato e le Nazioni Unite, esercitasse il controllo sui contingenti militari impegnati nella missione UNPROFOR e, in particolare, chi fosse nella posizione migliore per impedire l'illecito<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> La Corte così statuisce nelle sue conclusioni: «4.330. In the opinion of the District Court, the required causal relationship regarding liability of the State is proven, as it is determined with a sufficient degree of certainty that the able-bodied men staying at the compound would have survived if Dutchbat had not cooperated with their deportation. The District Court therefore considers as follows. 4.331. Not cooperating with the deportation of the able-bodied men at the compound would in practice have meant that these men would have remained at the compound, together with Dutchbat and the local personnel and MSF personnel who were going to be evacuated along with Dutchbat. The Bosnian Serbs would have been unable to carry these men off and subsequently kill them. The fate of the men would have been tied in with that of Dutchbat. Under these circumstances, the Bosnian Serbs would have had no other option than to use force against Dutchbat and the compound in order to be able to transport the remaining men. The District Court holds beyond doubt that the Bosnian Serbs would not have proceeded to do so» (*Mothers of Srebrenica v. the State of the Netherlands*, cit., par. 4.330, 4.331). Recentemente la Corte d'Appello dell'Aja, nel decidere il ricorso presentato nei confronti della sentenza di primo grado, ha confermato quanto statuito dalla Corte distrettuale affermando che le autorità olandesi avrebbero dovuto informare gli uomini rifugiati nel *compound* dei rischi a cui andavano incontro se fossero stati evacuati e lasciare ad essi la decisione se rimanere o seguire le loro famiglie. La Corte, tuttavia, ha riconosciuto un risarcimento parziale ai parenti delle vittime, pari al 30% dei danni da essi subiti, ritenendo che non era certo che le vittime non sarebbero state uccise comunque dalle forze serbo-bosniache anche se fossero rimaste nel *compound*.

<sup>52</sup> Le su richiamate sentenze sono particolarmente interessanti anche perché, nel dover determinare se le autorità nazionali olandesi esercitavano un controllo effettivo sui loro contingenti messi a disposizione delle Nazioni Unite nell'operazione di pace UNPROFOR, le corti olandesi hanno ritenuto che il controllo effettivo dovesse essere attribuito al soggetto che, nel caso di specie, si trovava nella posizione migliore e avesse il potere di impedire che l'illecito si verificasse. T. DANNENBAUM, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, 113, 156-157.

4. Dall'analisi svolta riteniamo risulti, quindi, confermato che l'obbligo di proteggere i diritti umani implica ormai un dovere in capo ai soggetti di diritto internazionale, e agli Stati innanzitutto, di prevenire le violazioni dei diritti individuali anche da parte di privati. Questa componente è stata riconosciuta nei sistemi convenzionali (e a livello consuetudinario in relazione ai diritti fondamentali la cui violazione implica obblighi *erga omnes*) come essenziale per l'affermazione e la fruizione dei diritti umani poiché strettamente inerente alla capacità degli individui di esercitare effettivamente (e non solo in teoria) detti diritti. È parimenti confermato che questi obblighi positivi, pur non portando ad un cambiamento in materia di imputazione dell'illecito e al sorgere di una responsabilità dello Stato per fatti di privati, hanno creato un collegamento tra la responsabilità dello Stato e gli atti posti in essere dai privati con un ampliamento della portata della prima.

In tale contesto, anche il criterio del controllo effettivo può arricchirsi di una componente preventiva, soprattutto quando lo si applica a circostanze particolari, quali le situazioni caratterizzate da violazioni extraterritoriali dei diritti umani e dall'azione di più soggetti di diritto internazionale. Infatti, in tali casi, non occorrerà più solo domandarsi chi ha determinato l'atto illecito ma anche chi era in grado di impedire nel caso concreto la violazione della norma e non lo ha fatto. E questo perché, a livello internazionale, ormai non è più sufficiente non trasgredire la norma per non commettere l'illecito, ma è necessario agire per proteggere l'interesse dalla stessa tutelato. D'altra parte, in un sistema in cui «le norme sui diritti umani sono destinate ad essere interpretate sempre più in maniera che ne risulti un ampliamento della protezione degli individui ed una parallela limitatezza degli interessi statali»<sup>53</sup>, ciò che acquisisce sempre maggiore importanza è individuare il soggetto (o i soggetti) in grado di impedire che le violazioni suddette abbiano luogo. Ciò è, infatti, riflesso della logica di sistema che ha guidato l'affermazione degli obblighi positivi in materia di diritti umani e che vede nella capacità di impedire la violazione dei diritti individuali da parte dei privati una componente essenziale dell'obbligo di proteggere tali diritti.

---

<sup>53</sup> Cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, 241; nonché A. CASSESE, *Sul funzionamento del sistema dei ricorsi individuali alla Commissione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1973, 548 ss., 559.

Da ultimo, sembra poi emergere un secondo dato sistemico, pur nei limiti sopra individuati (violazioni extraterritoriali degli obblighi positivi in materia di diritti umani in situazioni in cui interagiscono diverse entità), vale a dire una modifica della funzione del controllo effettivo: da criterio di imputazione del fatto illecito a criterio di collegamento tra i fatti antigiuridici dei privati e lo Stato (e/o, a seconda dei casi, alla entità non statale) che, potendone impedire la perpetrazione, è responsabile della trasgressione dell'obbligo positivo di protezione.

#### ABSTRACT

*Recent Developments on the Responsibility of the State for Acts of Non-State Entities Violating Human Rights*

Over the last decades the involvement of non-State entities in the violation of human rights has occurred more and more frequently. This has led to some changes in the field of the responsibility of the State in connection with acts of private persons. In particular, on the one hand, the regional systems of protection of human rights have reacted affirming the positive obligations of the State, as analyzed in the first part of this paper. On the other hand, the criterion of effective control is enriched now by a preventive component especially in situations where several subjects of international law are involved and where there are extraterritorial violations of human rights, as analyzed in the second part.



# OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

## LIBERTÀ DI ESPRESSIONE ARTISTICA E ALCUNI SUOI LIMITI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO: DEROGHE “CULTURALI” E “HATE SPEECH”

LUIGIA BERSANI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Libertà di espressione artistica nel diritto internazionale: base giuridica. – 3. Libertà di espressione artistica come diritto individuale e collettivo: diritto propedeutico allo sviluppo culturale ed economico. – 4. Limiti e restrizioni al diritto di libertà di espressione artistica. – 4.1. Onere probatorio della legittimità delle restrizioni alla libertà di espressione artistica in capo agli Stati. – 5. Bilanciamento del diritto alla libertà di espressione artistica con la protezione di interessi pubblici di tipo culturale. – 5.1. La capacità di incidenza dell’opera d’arte sul pubblico. – 5.2. Valutazione delle caratteristiche proprie delle singole opere d’arte. – 6. Hate speech. 6.1 Hate speech online. – 8. Conclusioni.

1. L’arte nelle sue diverse forme è considerata nella giurisprudenza e nella prassi internazionale come necessaria per lo sviluppo culturale di una società nonché come essenziale per alimentare dibattiti democratici. La libertà di esprimerla è tutelata nel diritto internazionale tanto come un diritto dei singoli quanto come un diritto di tipo collettivo. La misura con cui la libertà di espressione artistica viene tutelata nel diritto internazionale può variare per far fronte ad esigenze collettive, come, ad esempio, la tutela di un ordine pubblico di tipo culturale. Nell’identificare la portata di tale ordine pubblico, la giurisprudenza e la prassi internazionale si sono di volta in volta adoperate per valutare le specificità culturali degli ambienti in cui le forme d’arte contestate circolavano, specificità sempre diverse anche in considerazione dell’evolversi delle conformazioni delle singole società, sempre più multiculturali. A prescindere da tali valutazioni, però, la libertà di espressione artistica trova un limite invalicabile – anche di fronte alla richiesta di considerazione di specificità culturali – nel divieto di diffusione di discorsi d’odio, discriminazione e violenza. La tutela contro tale tipo di discorsi impone oggi di affrontare la questione della loro capillare diffusione sul *web* e della necessità della loro rapida rimozione, vista la gravità delle conseguenze a cui la loro circolazione, in particolare quella *online*, può portare.

2. La libertà di espressione artistica rientra nel più ampio diritto alla libertà di espressione<sup>1</sup>. Le principali basi giuridiche del diritto alla libertà di espressione artistica e alla creatività si riscontrano, nel diritto internazionale, nell'articolo 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 che, nel sancire il diritto alla partecipazione alla vita culturale, obbliga gli Stati ad impegnarsi a rispettare la libertà indispensabile per l'attività creativa, e nell'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che afferma che il diritto alla libertà di espressione comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere attraverso qualsiasi mezzo, anche in forma artistica<sup>2</sup>. Altre disposizioni possono riferirsi, in modo più o meno espresso, al diritto alla libertà di espressione artistica, prevedendo un più ampio diritto alla libertà di espressione, come, ad esempio, a livello regionale, è per l'Articolo 10 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU, Roma, 1950) e per l'Articolo 13 della Convenzione americana sui diritti umani (San José di Costa Rica, 1969)<sup>3</sup>.

Anche nell'ambito della normativa UNESCO si riscontrano norme volte a tutelare la libertà di espressione artistica, come, ad esempio, l'Articolo 7 della Convenzione del 2005 sulla protezione e promozione

---

<sup>1</sup> *The right to freedom of artistic expression and creativity, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*, Farida Shaheed, UN Doc. A/HRC/23/34, paragrafi 1 e 10.

<sup>2</sup> Una connessione tra le due norme si può riscontrare in Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General comment No. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, UN Doc. E/C.12/GC/21 del 21 dicembre 2009, che al paragrafo 55 (c) identifica alcuni obblighi essenziali degli Stati finalizzati a garantire il diritto alla partecipazione alla vita culturale, includendo il diritto alla libertà di svolgere attività creative. Tali obblighi minimi, finalizzati a creare e promuovere un ambiente in cui una persona, individualmente, o in associazione o in comunità o gruppi, possa partecipare alla cultura di sua scelta, includono l'obbligo di rispettare il diritto di ognuno ad impegnarsi nelle proprie pratiche culturali, nel rispetto dei diritti umani, rispettando la libertà di espressione. Come ricorda lo *Special Rapporteur* per i diritti culturali nel suo *report The right to freedom of artistic expression and creativity* (UN Doc. A/HRC/23/34, paragrafi 9 e 10) del 14 marzo 2013, altre esplicite disposizioni sono contenute negli articoli 13 e 31 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (New York, 1989), nell'articolo 13 della Convenzione americana sui diritti umani (San José di Costa Rica, 1969) e nell'articolo 14 del Protocollo (San Salvador, 1988) a quest'ultimo strumento, nell'articolo 42 della Carta araba per i diritti dell'uomo (Il Cairo, 1994), oltre che nella basilare disposizione dell'Articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (risoluzione A/RES /217 A (III) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, New York, 1948) che afferma che ognuno ha diritto di godere delle arti. A livello regionale, sul tema della libertà di espressione, si segnalano anche l'articolo 32 della Carta araba per i diritti dell'uomo e per l'articolo 9 e 17 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (Nairobi, 1981), e, a livello universale, l'articolo 19 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

<sup>3</sup> Tale norma prevede espressamente che la libertà di pensiero e di espressione può essere manifestata in qualsiasi forma, inclusa quella artistica.

della diversità culturale, che afferma che «Le Parti contraenti s'impegnano a creare sul proprio territorio un ambiente che stimoli individui e gruppi sociali a creare, produrre, diffondere e distribuire le loro espressioni culturali». Nello stesso articolo viene riconosciuto dalle Parti contraenti «l'importante contributo fornito da artisti e da altre persone impegnate nei processi creativi, da comunità culturali e da organizzazioni che li sostengono nella loro attività nonché il loro ruolo centrale che consiste nell'alimentare la diversità delle espressioni culturali»<sup>4</sup>.

3. Come per il resto dei diritti culturali, anche lo specifico diritto della libertà di espressione artistica ha un ruolo fondamentale per garantire all'intera Comunità internazionale la promozione di uno sviluppo culturale. Nella prospettiva della Convenzione UNESCO, infatti, la creatività ed il diritto dei singoli di poterla incrementare assume rilievo non solo quale diritto individuale, ma anche quale diritto collettivo, nell'ottica del suo contributo allo sviluppo generale della diversità culturale<sup>5</sup>. Alla base della stessa Convenzione UNESCO, infatti, ai sensi dell'Articolo 2, vi è, tra gli altri, il principio di sviluppo sostenibile, che presuppone la protezione, la promozione e il mantenimento della diversità culturale, che

---

<sup>4</sup> A tale riguardo, lo *Special Rapporteur* della Nazioni Unite per i diritti culturali afferma che il diritto alla libertà di espressione artistica e alla creatività include il diritto di sperimentare liberamente e di contribuire alle espressioni artistiche e alle creazioni, attraverso pratiche individuali o congiunte, di avere accesso e di godere delle arti e di diffondere le proprie espressioni e creazioni. Secondo lo *Special Rapporteur*, l'arte costituisce un importante veicolo per ogni persona o gruppo di persone per lo sviluppo e l'espressione della sua umanità, visione del mondo e significato della sua esistenza. La vitalità della creazione artistica è necessaria per lo sviluppo di culture vibranti e per il funzionamento di società democratiche, ciò in quanto l'artista, tra le altre cose, contribuisce a dibattiti sociali a volte sviluppando delle visioni contrarie rispetto a quelle proposte dai poteri centrali. Le espressioni artistiche e le creazioni sono parte integrante della vita culturale, in quanto provocano la contestazione di significati e la rivisitazione di idee e concetti culturalmente ereditati, v. *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed, The right to freedom of artistic expression and creativity*, UN Doc. A/HCR/23/34 del 14 marzo 2013, paragrafi 2, 3 e 85; v. anche il *General comment No. 21*, cit. alla nota precedente, par 13.

<sup>5</sup> Sul tema si vedano U. LEANZA, *Le nuove frontiere della protezione internazionale del patrimonio culturale, materiale ed immateriale*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 248 ss.; F. MUCCI, *La Convenzione UNESCO del 2005 per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali: dall'"eccezione culturale" alla declinazione della dimensione culturale dello sviluppo sostenibile*, in G. CATALDI e V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture – Atti del XVIII Convegno della Società italiana di diritto internazionale, Napoli, 13-14 giugno 2013*, Napoli, 2014, 331-359; In particolare, sul tema della cultura come fattore di sviluppo tra gli obiettivi della Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (Parigi, 2005), si veda F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale – da "ratio" implicita a oggetto diretto di protezione*, Napoli, 2012, 315 ss.

a sua volta rappresenta un patrimonio sostanziale di cui beneficiano individui e società delle generazioni presenti e future.

Recentemente l'UNESCO, con il Rapporto sulla cultura e lo sviluppo sostenibile<sup>6</sup>, si è espressa chiaramente nel senso della considerazione della cultura come elemento essenziale nelle strategie per lo sviluppo sostenibile<sup>7</sup>.

Il lavoro artistico in un'ottica di sviluppo è stato considerato nel diritto internazionale sia dal punto di vista della sua propedeuticità alla formazione di un libero pensiero dei singoli, necessario al processo di identificazione e partecipazione culturale, sia dal punto di vista strettamente economico, per cui le industrie culturali possono costituire una grande risorsa nella crescita degli Stati.

Nella prima prospettiva, la dottrina ha affermato, estendendo in linea teorica anche ad altri ambiti il concetto di solidarietà universale insito nella nozione di patrimonio comune dell'umanità, che l'uomo in quanto individuo costituisce il primo patrimonio comune dell'umanità<sup>8</sup> ed è, infatti, intorno alle capacità creative di ogni singolo individuo che si fondano intere correnti di pensiero destinate a smuovere le convinzioni di ogni società nel suo tempo. Nello stesso senso, è stato sostenuto che la libertà di chi crea arte e di chi ne fruisce non ha limiti spaziali o temporali, in quanto l'arte incarna la libertà feconda di una cultura nutrita dall'esperienza irripetibile di ciascuno, divenuto creatore del suo proprio universo, solitario e solidale, e allo stesso tempo attore della sua identità

---

<sup>6</sup> V. il *Report of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Culture and sustainable development*, UN Doc. A/69/216 del 31 luglio 2014.

<sup>7</sup> Infatti, nel rapporto è stato affermato che l'evoluzione del concetto di sviluppo in un modello poliedrico ha ampliato lo stesso concetto, rendendo possibile un ruolo di rilievo della cultura al suo interno. Nonostante la cultura non fosse inclusa nei *Millennium Development Goals* adottati nel 2000, è stato riconosciuto a livello sia statale che globale il suo ruolo e contributo negli impegni per lo sviluppo sostenibile. Nel rapporto è, inoltre, asserito che, tra le altre cose, attraverso le varie forme di espressione artistica, la cultura dà un potente contributo allo sviluppo economico e all'inclusione sociale (v. il *Report* cit. alla nota precedente, par. 67). Successivamente, le Nazioni Unite hanno espressamente riconosciuto la diversità culturale come necessaria per favorire i nuovi obiettivi del secolo, tutti volti, da diversi punti di vista, allo sviluppo sostenibile: si legge, infatti, nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, che "We acknowledge the natural and cultural diversity of the world and recognize that all cultures and civilizations can contribute to, and are crucial enablers of, sustainable development" (A/RES/70/1, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, risoluzione adottata dall'Assemblea generale il 25 settembre 2015, par. 36).

<sup>8</sup> M. BEDJAQUI, *L'humanité en quête de paix et de développement*, Cours général de droit international public, in *Recueil des Cours*, Académie de Droit Internationale de La Haye, vol. 325, 2004, 169.

culturale e depositario di un patrimonio comune<sup>9</sup>. Tale visione pubblica del ruolo degli artisti nella società è stata ribadita anche da alcune corti sui diritti umani, ad esempio la Corte EDU, che ha affermato, in termini generali, che l'Articolo 10 sulla libertà di espressione, include la libertà di espressione artistica, consistente nella libertà di prendere parte allo scambio pubblico di informazioni ed idee culturali, politiche e sociali di tutti i tipi. La Corte precisa, inoltre, che coloro che creano, rappresentano, distribuiscono o esibiscono lavori artistici contribuiscono allo scambio di idee ed opinioni che è essenziale per una società democratica<sup>10</sup>. Anche la Corte inter-americana dei diritti dell'uomo, nel caso *Olmedo Bustos e altri c. Cile*<sup>11</sup>, con cui ha condannato il Cile per aver vietato la produzione del film "The last temptation of Christ" in applicazione della legislazione interna sulla censura preventiva, ha sottolineato la pericolosità di limitazioni arbitrarie alla libertà di espressione, potendo tali limitazioni avere impatti sia sui singoli a cui appartiene il diritto di esprimersi, sia sulla collettività, titolare dei diritti di ricevere qualsiasi informazione e di avere accesso al pensiero espresso da altri.

L'importanza per la collettività della creazione e diffusione delle espressioni artistiche individuali è stata sostenuta anche dallo *Special Rapporteur* per i diritti culturali nel commentare la necessità di svolgere manifestazioni artistiche in spazi pubblici. Egli, infatti, ricorda che in alcuni casi le espressioni artistiche e le creazioni sono utilizzate negli spazi pubblici come forme di manifestazione pacifica di dissenso o di punti di vista. Pertanto, è importante rilevare che tale possibilità di esprimere in pubblico un messaggio divergente dal pensare comune rappresenta l'essenza stessa delle diverse espressioni d'arte che assumono valore in ogni epoca, oltre che per le loro qualità tecniche o estetiche, anche e soprattutto in relazione alla contrapposizione tra il pensiero proposto dagli artisti e quello dominante nel tempo di riferimento. Ciò viene confermato dalla conclusione dello *Special Rapporteur*, che afferma che gli eventi culturali debbano avere lo stesso livello di protezione delle proteste politiche.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> E. DECAUX, *De la liberté artistique*, in H. NIEA (a cura di), *Pour ou contre les droits culturels? Recueil d'articles pour commémorer le 50 anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, UNESCO, Parigi, 2000, 49.

<sup>10</sup> Corte europea dei diritti umani, *Alinak c. Turchia*, ricorso n. 40287/98, sentenza del 29 marzo 2005, par. 42; si veda anche Corte europea dei diritti umani, *Müller e altri c. Svizzera*, ricorso n. 10737/84, sentenza del 24 maggio 1988, par. 27.

<sup>11</sup> Corte interamericana dei diritti umani, *Olmedo Bustos e altri c. Cile*, sentenza del 5 febbraio 2001, Serie C, n. 73.

<sup>12</sup> Anche lo *Special Rapporteur* per la libertà di espressione ha sottolineato come l'esercizio di detta libertà - in generale, ma anche con specifico riferimento alla libertà degli artisti - abbia una funzione di tipo pubblico nonché un importante ruolo nella tutela di tutti gli

Da tali considerazioni emerge l'attenzione che lo *Special Rapporteur* vuole dare al ruolo pubblico della libertà di espressione artistica individuale. Sembra, infatti, che sia il rapporto tra l'individualità di tale diritto e la sua funzione sociale a costituire il fulcro della disciplina internazionale sulla libertà di espressione artistica. Tale rapporto si regge su un equilibrio reciproco in quanto l'esternalizzazione di un'opera d'arte in alcuni casi può costituire l'essenza stessa dell'opera, valutata in relazione al contesto storico-sociale in cui questa viene concepita, e allo stesso tempo il confronto culturale reso possibile dalla circolazione di opere d'arte rende possibile l'intima formazione nei singoli fruitori di un pensiero individuale. Tali considerazioni sono strettamente connesse con il concetto base della tutela di tutti i diritti culturali, ossia quello della protezione delle identità culturali dei singoli, intesa come l'insieme dei riferimenti culturali con il quale una persona, sola o in comune, si definisce, si costituisce, comunica e intende essere riconosciuta nella sua dignità.

Tale concetto è stato richiamato anche nel Commento generale n. 21 del 2009 del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, sul diritto alla partecipazione alla vita culturale, che identifica tra gli obblighi degli Stati quello di adottare misure specifiche per ottenere il rispetto di tutti a scegliere liberamente la propria identità culturale<sup>13</sup>, che, come visto, si forma anche tramite le conoscenze artistiche e le espressioni creative. In tale ottica, sembrerebbe che la libertà di espressione artistica, tramite l'intimo processo creativo degli artisti e l'espressione pubblica delle loro opere contribuisca a rendere i singoli liberi di scegliere i propri riferimenti culturali e di crearne di nuovi, di formare, quindi, liberamente la propria identità culturale e di contribuire indirettamente a formare quella degli altri appartenenti a una società. Da qui il richiamato doppio profilo, individuale e collettivo, della tutela di tale libertà che consequenzialmente porta a uno sviluppo culturale che sia a beneficio delle generazioni presenti e future.

Emerge così la missione pubblica che viene affidata all'artista a beneficio della collettività presente e futura. Essa emergeva già tra i principi

---

altri diritti umani. In particolare, lo stesso *Special Rapporteur* evidenzia che «The right to freedom of opinion and expression, and the related rights of freedom of association and assembly, are fundamental human rights with far-reaching consequences for the enjoyment of all other rights. When freedom of opinion and expression is respected, Governments are held accountable, public policies are designed more effectively and people's voices are heard. Limiting the free circulation of ideals not diminishes plurality and diversity, but undermines democracy entirely». *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Ambeyi Ligabo*, UN Doc. A/HRC/7/14 del 28 Febbraio 2008, par. 67.) Lo *Special Rapporteur* si raccomanda, quindi, agli Stati di assicurare una particolare protezione alle categorie a rischio, inclusa quella degli artisti (par. 75).

<sup>13</sup> V. il *General comment*, cit. *supra* a nota 2, par. 49 (a).

guida della raccomandazione UNESCO del 1980 sullo *status* dell'artista<sup>14</sup>, in quanto si legge, tra le righe della stessa, che gli Stati Membri dovrebbero incoraggiare tutte le attività designate a valorizzare l'azione degli artisti per lo sviluppo culturale<sup>15</sup> e che gli Stati Membri, riconoscendo il ruolo essenziale dell'arte nella vita e nello sviluppo dell'individuo e della società, hanno il compito di proteggere, difendere e assistere gli artisti e la loro libertà di creazione e a tale scopo dovrebbero prendere tutte le misure necessarie a stimolare la creatività artistica e a far fiorire talenti<sup>16</sup>.

La stessa UNESCO ha rivolto, inoltre, un'ampia attenzione al tema con riferimento alla considerazione della libertà di espressione artistica come fondamento per lo sviluppo di un'economia che consideri ampiamente l'industria culturale. Tale questione emerge chiaramente nella Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali<sup>17</sup> che include nella sua tutela tutte le espressioni con un contenuto culturale, anche contemporanee, derivanti dalla creatività degli individui, gruppi e società.

In breve, tale Convenzione sembra avere come obiettivo principale quello di evitare gli effetti negativi della globalizzazione e, invece, di sviluppare il potenziale creativo dello stesso fenomeno promuovendo la circolazione delle espressioni culturali nella loro diversità. Più nello specifico, nel perseguire gli obiettivi di detta Convenzione, è richiesto agli Stati parti di adottare misure di promozione delle espressioni culturali tramite il sostegno alla creatività ed il consolidamento delle capacità di produzione, soprattutto a livello nazionale e con particolare attenzione per i Paesi in via di sviluppo, nel settore delle industrie culturali<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> 21 C/Resolution 40.1, raccomandazione UNESCO sullo *status* dell'artista, Belgrado 27 Ottobre 1980.

<sup>15</sup> *Idem*, par. III, comma 2.

<sup>16</sup> *Idem*, par. III, comma 3.

<sup>17</sup> Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, Parigi, 2005.

<sup>18</sup> *Idem*, articoli 6, 10 e 14. Sul tema si veda F. S. TENÓRIO DE AMORIM, *La diversité des cultures et l'unité du marché: les défis de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, in J.A.R. NAFZIGER, T. SCOVAZZI (a cura di), *Le patrimoine culturel de l'humanité / The Cultural Heritage of Mankind*, Boston-Leiden, 2008, 373, secondo cui una questione rilevante su cui la Convenzione UNESCO del 2005 prova a dare una risposta è la necessità del superamento della logica strettamente legata al commercio internazionale relativamente alle industrie culturali, per favorire un'economia culturale locale che valorizzi le espressioni culturali di ogni luogo. Ciò in quanto il liberalismo economico applicato alla produzione di beni e prodotti culturali potrebbe essere considerato una minaccia per la conservazione delle singole identità culturali. Sul tema si veda anche M. C. CICRIELLO, F. MUCCI, *Liberalizzazione dei mercati e protezione delle diversità di espressioni culturali: incontro o scontro tra Organizzazioni internazionali?*, in *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, 119-140.

L'importanza dello sviluppo delle industrie culturali è stata sottolineata dall'UNESCO anche in occasione dell'adozione della Dichiarazione di Firenze del 2014, in cui è stato sottolineato che il pieno potenziale delle industrie culturali nell'ambito dell'economia creativa deve essere sfruttato per stimolare l'innovazione per la crescita economica, la piena occupazione produttiva e la creazione di impieghi dignitosi per tutti.<sup>19</sup> Nel diritto internazionale viene così in rilievo il ruolo delle industrie culturali inteso sia come mezzo di sviluppo economico locale, che di circolazione di idee che portano, consequenzialmente, al fiorire della diversità culturale e alla moltiplicazione di riferimenti culturali utili per rendere possibile per gli individui e le comunità il processo di identificazione culturale.

A tale riguardo, e in considerazione della normativa sopra esposta, nonché delle summenzionate considerazioni dello *Special Rapporteur*, si potrebbe affermare che lo specifico diritto alla libertà di espressione artistica e alla creatività, nel diritto internazionale, possa essere considerato, unitamente agli altri diritti culturali, un diritto appartenente trasversalmente alle tre generazioni di diritti umani, in quanto considerato parte integrante sia dei diritti umani di prima generazione, sotto il profilo della più generica libertà di espressione, sia di quelli di seconda generazione, coinvolgendo il diritto di prendere parte alla vita culturale di una comunità, sia come diritto appartenente alla collettività in virtù del suo ruolo chiave nel processo di sviluppo culturale sostenibile<sup>20</sup>.

Lo specifico riconoscimento da parte della Comunità internazionale del diritto alla libertà di espressione artistica ed alla creatività è avvenuto successivamente rispetto al riconoscimento dei più generici diritti sopra

---

<sup>19</sup> Con tale Dichiarazione è stato affermato che quando le industrie culturali e creative sono diventate parte della crescita delle strategie di sviluppo globali, hanno dimostrato di contribuire alla rivitalizzazione delle economie nazionali, di creare occupazione sostenibile dal punto di vista ambientale, di stimolare lo sviluppo locale e promuovere la creatività. Pertanto, esse possono fornire nuovi percorsi di sviluppo locale che si basano sulle competenze e conoscenze esistenti (Dichiarazione di Firenze, 4 Ottobre 2014, "Terzo Forum Mondiale UNESCO sulla Cultura e sulle Industrie Culturali Cultura, Creatività e Sviluppo Sostenibile. Ricerca, Innovazione, Opportunità", Principio 6).

<sup>20</sup> Sui diritti di terza generazione si veda: K. VAŠÁK, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, (lezione inaugurale della decima sessione di studio (1979) presso l'International Institute of Human Rights), in C. SWINARSKI (a cura di), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, L'Aia, 1984, 837-850; P. DE STEFANI, *Diritti umani di terza generazione*, in *Aggiornamenti sociali*, I, Milano, 2009, 13; N. J. UDUMBANA, *The Right to a Peaceful World Order*, in M. SSENIONJO, M. A. BADERIN (a cura di), *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Abingdon-on-Thames, 2010, 120 e 142; F. MUCCI, *La diversità del patrimonio*, cit., 116-118.

menzionati, da cui questo deriva<sup>21</sup>. Infatti, nonostante i già esistenti strumenti dell'UNESCO al riguardo, viene fatto notare in dottrina come la vera pietra miliare nel riconoscimento del diritto della libertà di espressione artistica sia stato il documento redatto in occasione del Simposio di Cracovia sul retaggio culturale degli Stati partecipanti alla Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa, organizzato nel giugno 1991<sup>22</sup>. Tale documento è stato, infatti, il primo adottato in materia di libertà artistica nel contesto paneuropeo ed è stato un documento di rottura rispetto ai decenni di controllo ideologico e culturale perpetuato nel blocco sovietico<sup>23</sup>. Tale documento, nel primo titolo denominato "Cultura e libertà", identifica una serie di principi fondamentali volti ad evitare ingerenze statali nella creazione artistica<sup>24</sup>. È importante notare come, an-

<sup>21</sup> Secondo la dottrina, tale esplicitazione tardiva di un diritto esistente, fino agli anni '90, esclusivamente in via interpretativa, può ipotizzarsi nell'evoluzione di una coscienza storica degli Stati che, se già con i primi regimi totalitari del '900 avevano intravisto la pericolosità delle restrizioni alla libertà di espressione artistica, oltre che della negazione di tutti gli altri diritti umani riconosciuti a livello internazionale, negli anni immediatamente successivi al secondo dopoguerra hanno avuto, in Europa, con il regime sovietico, una netta conferma della devastante prassi della censura culturale (E. DECAUX, *op. cit.*, 51).

<sup>22</sup> Documento del Simposio di Cracovia sul retaggio culturale degli Stati partecipanti alla CSCE, tenutosi dal 28 maggio al 7 giugno 1991.

<sup>23</sup> E. DECAUX, *op. cit.*, 51.

<sup>24</sup> In particolare, tra i principi del Documento di Cracovia vi rientrano i seguenti: 1. Gli Stati partecipanti sottolineano che il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è essenziale per il pieno sviluppo della creatività culturale. 2. Lo Stato e le autorità pubbliche si asterranno dal violare la libertà della creazione artistica. 3. Gli Stati partecipanti si impegnano a promuovere e tutelare lo sviluppo libero e non ostacolato della creatività artistica; essi riconoscono l'importanza del ruolo dei singoli artisti nella società e rispetteranno e tuteleranno l'integrità dell'opera creativa. 4. Essi riconoscono la necessità dei governi di trovare un equilibrio tra la loro duplice responsabilità di agire a sostegno e di assicurare la libertà dell'attività culturale. 5. Essi inoltre riconoscono che, data la varietà dell'attività culturale negli Stati partecipanti, molti sono i modi in cui i governi possono scegliere di rispondere efficacemente ai problemi relativi al retaggio culturale. 6. Gli Stati partecipanti ribadiscono il proprio rispetto per la libertà di espressione e, in relazione all'esercizio di tale libertà nel campo artistico e culturale, dichiarano quanto segue: 6.1 La pubblicazione di opere scritte, la rappresentazione e la trasmissione di opere musicali, teatrali e audiovisive, e l'esposizione di opere di pittura e di scultura non saranno soggette a restrizioni o interferenze da parte dello Stato, salvo le restrizioni che siano previste dalle legislazioni nazionali e che siano pienamente compatibili con gli standard internazionali. 6.2 Essi esprimono la propria convinzione che l'esistenza, nel campo artistico e culturale, di una varietà di mezzi di diffusione indipendenti dallo Stato, quali le case editrici, le emittenti radiofoniche, le case cinematografiche e gli enti televisivi, i teatri e le gallerie, contribuisce ad assicurare il pluralismo e la libertà di espressione artistica e culturale. 7. Gli Stati partecipanti ricordano i propri impegni per il libero accesso alla cultura, e concordano quanto segue: 7.1 Pur rispettando debitamente i diritti di proprietà intellettuale, ogni persona od organizzazione indipendente ha il diritto di possedere privatamente, usare e riprodurre ogni genere di materiale culturale, quali libri, pubblicazioni e registrazioni audiovisive, nonché i mezzi per riprodurli. 8. Gli Stati partecipanti sono determinati a promuovere la conoscenza reciproca delle loro rispettive culture. Di conseguenza, essi incoraggeranno la cooperazione e gli scambi in tutti i campi della cultura e del lavoro creativo.

che nel suddetto documento, viene in rilievo il ruolo chiave della libertà di espressione artistica in un'ottica di consequenzialità storica, in quanto elemento essenziale per la formazione e prosecuzione dei singoli retaggi culturali degli Stati. Infatti, gli Stati partecipanti al Simposio hanno espresso la loro radicata convinzione che l'eredità culturale di ciascuno di essi costituisca una parte inalienabile della loro civiltà, della loro memoria e della loro storia comune da trasmettere alle generazioni future<sup>25</sup>.

Viene, quindi, messa in evidenza la stretta relazione esistente tra la cultura dei singoli e la possibilità di esprimerla liberamente, al fine di garantire una pluralità di idee e manifestazioni delle stesse, e lo sviluppo culturale della collettività presente e futura.

4. La stessa normativa internazionale che riconosce il diritto alla libertà di espressione artistica e alla creatività, allo stesso tempo detta alcuni parametri per identificarne possibili limitazioni<sup>26</sup>. Tali parametri emergono, come principio generale, dagli articoli 29 e 30 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, come tradotti in norme positive dagli Articoli 4 e 5 di entrambi i Patti del 1966. Inoltre, l'Articolo 19, comma 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici stabilisce che l'esercizio di tali diritti comporta doveri e responsabilità speciali e prevede, pertanto, che essi possano essere limitati da restrizioni stabilite dalla legge e necessarie al rispetto dei diritti o della reputazione altrui, alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche.

Inoltre, come ulteriore limitazione, l'articolo 20 dello stesso Patto stabilisce che qualsiasi propaganda a favore della guerra deve essere vietata dalla legge. Qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge.

Una questione rilevante rispetto a tali limiti genericamente individuati è l'identificazione della loro portata, ossia, per così dire, del loro "contro-limite". A tale riguardo si è espresso il Comitato per i diritti umani che, con il commento generale n. 34 del 2011 sull'Articolo 19 ha chiarito che quando uno Stato impone restrizioni all'esercizio della liber-

---

9. Gli Stati partecipanti sono convinti che le culture regionali e locali, incluse quelle relative alle minoranze nazionali, arricchiscono la vita culturale.

<sup>25</sup> Documento del Simposio di Cracovia sul retaggio culturale degli Stati partecipanti alla CSCE, tenutosi dal 28 maggio al 7 giugno 1991, Articolo 10.

<sup>26</sup> Sulla derogabilità del diritto alla libertà d'espressione (in un più ampio discorso sulle ipotesi di derogabilità dei diritti umani), si veda T. SCOVAZZI, *Considerazioni sull'inderogabilità di alcuni diritti tutelati dalla Convenzione Europea dei Diritti Umani*, in T. SCOVAZZI, I. PAPANICOLOPULU, S. URBINATI (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, Milano, 2009, 133.

tà di espressione, queste non possono mettere a rischio il diritto stesso, in quanto la relazione tra il diritto e la restrizione e tra la norma e l'eccezione non può essere invertita<sup>27</sup>. Pertanto, nonostante ciò possa sembrare tautologico, l'effettiva tutela del diritto alla libertà di espressione creativa, così come di ogni altro diritto garantito dai Patti (ai sensi degli articoli 5 degli stessi), costituisce il "contro-limite" alle restrizioni imposte allo stesso. Ogni limitazione, quindi, affinché possa considerarsi legittima, deve comunque lasciare spazio alla sopravvivenza del diritto per cui viene imposta, scontrandosi sempre con il parametro di effettività della tutela del diritto. Lo stesso Comitato sottolinea che le restrizioni alla libertà di espressione possono essere imposte solo in presenza delle condizioni previste dall'Articolo 19, comma 3, ossia solo nei casi in cui tali restrizioni siano previste dalla legge e siano necessarie e proporzionate a perseguire i fini tassativamente specificati nella norma (il rispetto dei diritti o della reputazione altrui, la salvaguardia della sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la morale pubbliche)<sup>28</sup>.

Anche la normativa regionale prevede specifici limiti alla libertà di espressione, ad esempio, il comma 2 dell'Articolo 10 della CEDU sottolinea come l'esercizio di tale libertà comporti doveri e responsabilità e come, pertanto, possa essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

4.1 Nel commento generale n. 34 è specificato che, se richiesto dal Comitato, spetta agli Stati dimostrare la legalità, le necessità e la proporzionalità della restrizione imposta e che comunque rimane riservata al Comitato la possibilità di valutare l'idoneità della restrizione con riguardo alle specifiche circostanze che l'hanno richiesta<sup>29</sup>. Pertanto, il controllo sulle restrizioni al diritto alla libertà di espressione artistica non solo

---

<sup>27</sup> Comitato dei diritti umani, *General comment No. 34, Article 19 (Freedoms of opinion and expression)*, CCPR/C/CG/34 del 12 settembre 2011, par. 21.

<sup>28</sup> *Idem*, par. 22.

<sup>29</sup> *Idem*, paragrafi 27 e 36. Una simile previsione interpretativa è stabilita anche nel *General comment No. 21/2009* del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, che stabilisce che qualsiasi misura deliberatamente restrittiva del diritto di prendere parte alla vita culturale richiede la più attenta valutazione e il bisogno di essere pienamente giustificata con riguardo alla totalità dei diritti stabiliti nel Patto e nell'ambito dell'utilizzo massimo delle risorse disponibili (cit. *supra* a nota 2, par. 65.)

può essere fatto sulla base delle finalità tassativamente elencate nell'articolo 19, comma 3, del Patto sui diritti civili e politici, ma anche, più genericamente, sulla base del rispetto di tutti i diritti umani previsti da entrambi i Patti del 1966, in virtù del principio dell'universalità dei diritti umani, nonché della caratteristica trasversalità del diritto alla libertà di espressione artistica ed alla creatività tra le diverse tipologie di diritti umani.

Viene così imposto un onere probatorio in capo agli Stati per dimostrare al Comitato che le azioni restrittive della libertà di espressione artistica e della creatività siano specificatamente giustificate. In mancanza di prova del soddisfacimento dei criteri limitativi, tali restrizioni sarebbero illegittime. Il giudizio del Comitato sembra, in ultima istanza, finalizzato a limitare azioni arbitrarie, o insufficientemente motivate, nella restrizione della libertà di espressione.

La sussistenza, in capo agli Stati, dell'onere di dimostrare la necessità, la legalità e la proporzionalità delle restrizioni imposte nei singoli casi al diritto alla libertà di espressione artistica è emersa, anche nella comunicazione 926/2000 del Comitato sui diritti umani, con cui esso si è espresso contro la Repubblica di Corea per aver condannato, ai sensi della legge sulla sicurezza nazionale l'artista Hak-Chul Shin alla reclusione personale e al sequestro di un'opera. L'opera era stata considerata dalle autorità nazionali come "enemy-benefiting expression" in quanto simboleggiante, dal punto di vista dell'artista, la serenità della vita rurale e tradizionale della Repubblica democratica popolare di Corea in contrapposizione alla vita della Repubblica di Corea assoggettata, sempre secondo l'artista, all'imperialismo americano e giapponese. In tale occasione il Comitato ha ritenuto che la necessità delle azioni restrittive imposte dalle corti nazionali non fosse stata sufficientemente giustificata ed ha ricordato che qualsiasi restrizione del diritto alla libertà di espressione artistica deve essere motivata in conformità agli scopi tassativamente enumerati all'articolo 19, comma 3, del Patto.

Ancora, contro restrizioni ingiustificate della libertà di espressione artistica si è espresso più recentemente il Consiglio per i diritti umani, tramite il Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria, con il parere 32/2011. In questo caso il Gruppo di lavoro si è espresso contro il Cameroon per aver questo arbitrariamente privato della libertà personale il cantante Pierre Roger (alias Lapiro), accusato, senza prove, di distruzione di beni pubblici, ostruzione di strade pubbliche e associazione illecita. Secondo la posizione del Governo del Cameroon, non accolta dal Consiglio per i diritti umani, l'artista avrebbe incitato il pubblico a commettere tali reati con la sua musica, tramite la canzone "Constipated

Constitution” con cui l’artista esprimeva il suo dissenso verso un emendamento alla Costituzione proposto dal governo<sup>30</sup>.

Un limite all’arbitrarietà nella limitazione della libertà di espressione artistica risulta essere essenziale per l’espletamento stesso di attività artistiche che potrebbero illegittimamente subire, in caso di assenza di controllo sulle restrizioni nazionali, un doppio pregiudizio, l’uno specifico causato dalle ripercussioni sanzionatorie corrispondenti alle singole attività artistiche, e l’altro, ben più grave, autoimposto dagli artisti stessi e dettato da un consequenziale sentimento di paura, che limita di fatto la creazione artistica e, indirettamente, lo sviluppo di dibattiti culturali intrinsecamente necessari al funzionamento di società democratiche.

A tale riguardo, infatti, lo *Special Rapporteur* per i diritti culturali evidenzia, a monito degli Stati, che «le restrizioni possono essere imposte a vari livelli della creazione artistica, dallo sviluppo dell’idea alla produzione, l’esecuzione, la pubblicazione e la distribuzione» e che «le restrizioni alla libertà artistica possono risultare da leggi e regolamenti oppressivi, ma possono anche derivare dalla paura di coercizioni fisiche o economiche»<sup>31</sup>.

Pertanto, alla luce di quanto sopra, emerge che limitazioni alla libertà di espressione artistica risultano essere nocive tanto per i singoli quanto per la collettività. Tuttavia, alcune limitazioni possono essere adottate dagli Stati, purchè queste non siano arbitrarie e venga in concreto provato dagli Stati che queste fossero necessarie e proporzionate per il bilanciamento della libertà di espressione artistica con i fini specificati dalle sopra citate norme sui diritti umani, ossia il rispetto dei diritti o della reputazione altrui, la salvaguardia della sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, la sanità o la morale pubbliche o il rispetto di altri diritti umani.

5. Con riferimento alla possibilità per gli Stati di limitare la libertà di espressione artistica secondo un margine di apprezzamento che risponda a criteri di proporzionalità e necessità rispetto ai fini perseguiti, dalla giurisprudenza internazionale sembra possibile ricavare che ciò che incide principalmente sulla valutazione della necessità di tali restrizioni sono le caratteristiche proprie delle singole opere d’arte, considerate congiuntamente all’impatto più o meno limitato che le diverse forme di espressione artistica hanno sul pubblico.

---

<sup>30</sup> UN Doc. A/HRC/WGAD/2011/32, *Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention at its sixty-first session*, 29 August-2 September 2011 – No. 32/2011 (Cameroon) del 29 febbraio 2012.

<sup>31</sup> V. il *Report* cit. *supra* a nota 1, par. 53.

5.1 Con riferimento alla valutazione dell'impatto sul pubblico di un'opera d'arte, a livello regionale, ad esempio, nel caso *Muller e altri c. Svizzera*<sup>32</sup>, la Corte EDU ha ritenuto legittime alcune restrizioni alla libertà di espressione artistica in quanto, pur nel sottolineare che l'Articolo 10 della CEDU, sulla libertà di espressione in generale, comprende anche la libertà d'espressione artistica e che sussiste in capo agli Stati un generico obbligo di non ingerenza sulla libertà di espressione degli artisti, ha considerato che la condanna del ricorrente per aver esposto alcune tele rappresentanti atti reputati osceni nell'ambito di una manifestazione aperta al grande pubblico, non infrangesse il dettato dell'Articolo 10 della CEDU. È rilevante evidenziare come in questo caso il fine perseguito con la restrizione alla libertà di espressione artistica, ossia la tutela della morale pubblica, sia stato preso in considerazione, al fine della valutazione della necessità e proporzionalità della restrizione, insieme alla capacità di incidenza sul pubblico dell'opera d'arte contestata. Infatti, essendo l'opera in questione accessibile al grande pubblico, la Corte ha ritenuto che la tutela della morale dovesse prevalere rispetto alla tutela della libertà di espressione artistica. Al contrario, nei casi in cui la diffusione di opere contestate dagli Stati è avvenuta tra un numero limitato di fruitori a causa dell'utilizzo di una forma espressiva accessibile a pochi, come sono state considerate, ad esempio, nei casi *Karatas c. Turchia*<sup>33</sup> e *Alinak c. Turchia*, le poesie e i romanzi, la Corte Europea si è espressa a favore degli artisti negando la legittimità delle azioni restrittive imposte dalla Turchia. In entrambi i casi citati, la Corte ha condannato la Turchia per aver violato la libertà di espressione degli scrittori, censurando le loro opere, in quanto, pur riconoscendo che queste contenevano, in alcuni passaggi, dei toni particolarmente forti ed aggressivi, ha comunque ritenuto che le restrizioni alla libertà di espressione fossero illegittime in quanto i mezzi scelti, un romanzo ed alcune poesie, devono ricevere un'elevata protezione sia per la loro natura artistica, sia perché la loro diffusione ha un impatto limitato sull'ordine pubblico, in quanto richiama l'attenzione di un numero di lettori limitato<sup>34</sup>.

Emerge in questo caso, che l'Articolo 10 protegge la sostanza delle idee e delle informazioni considerate congiuntamente al loro modo di espressione ed al contesto in cui queste circolano. Anche in questi casi, quindi, viene in rilievo il rapporto tra l'espressione d'arte e la sua accessibilità al pubblico. È, infatti, in virtù del grado di diffusione pubblica

---

<sup>32</sup> Cit. *supra* a nota 10.

<sup>33</sup> Corte europea dei diritti umani, *Karatas c. Turchia*, ricorso n. 23168/94, sentenza dell'8 luglio 1999.

<sup>34</sup> Corte europea dei diritti umani, *De Haes e Gijssels c. Belgio*, ricorso n. 19983/92, sentenza del 24 febbraio 1997, par. 48.

delle opere dei casi sopra descritti che la libertà degli artisti è stata di volta in volta ristretta o tutelata dalla Corte, nei casi in cui sussisteva un potenziale pericolo per la morale, l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale.

Le restrizioni al diritto alla libertà di espressione artistica sembrano assumere la natura di misure che, affinché siano considerate legittime, devono far fronte ad uno specifico *periculum* che le opere contestate siano in grado di provocare, valutate anche le forme della loro diffusione. Sembrerebbe, quindi, che il solo diritto individuale dell'autore non possa subire deroghe finalizzate al diritto stesso di esprimersi, se tale espressione non è idonea a raggiungere un determinato pubblico destinatario da proteggere, anche in base alle diverse caratteristiche di tale pubblico. Quindi, le interferenze al diritto alla libertà di espressione artistica devono essere confrontate con l'effettiva necessità di tutela collettiva della società, valutata sulla base del tipo di pubblico di riferimento e dello specifico mezzo utilizzato per diffondere le opere d'arte dai contenuti controversi.

5.2 L'analisi sull'idoneità dell'utilizzo dei mezzi di diffusione artistica a violare alcuni diritti umani o alcuni fini considerati legittimi in una società democratica, è svolta dalle corti congiuntamente alla valutazione dei contenuti delle opere d'arte.

Il principio alla base delle valutazioni delle corti può riscontrarsi nella circostanza sottolineata dallo *Special Rapporteur* per la libertà di espressione che evidenzia come la libertà di espressione artistica dovrebbe essere considerata con riguardo al valore ed al contesto delle specifiche opere d'arte<sup>35</sup>.

Tale principio emerge anche dal caso *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria* relativo ad una controversia che vedeva il soggetto ricorrente ritratto in modo oltraggioso in un'opera d'arte dal contenuto satirico. In tale caso, la Corte EDU ha sottolineato come la satira è una forma di espressione artistica e di commento sociale e, per i suoi caratteri intrinseci di esagerazione e distorsione della realtà, è finalizzata per sua natura a provocare ed a turbare; per questo, secondo la Corte, ogni interferenza ai diritti di libertà di espressione degli artisti deve essere esaminata con particolare attenzione. La Corte ha, quindi, evidenziato come la portata delle responsabilità degli artisti dipenda dalle situazioni in cui questi si esprimono e dai mezzi che utilizzano<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, UN Doc. A/67/357 del 7 settembre 2012, par. 46.

<sup>36</sup> Corte europea dei diritti umani, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, ricorso n. 68354/01, sentenza del 25 gennaio 2007, par. 26.

Sulla sostanza delle espressioni artistiche, possono venire in rilievo contrasti di tipo culturale che le corti e gli organi internazionali deputati alla tutela dei diritti umani hanno analizzato come segue.

Nel caso sopra citato *Muller*, la Corte EDU ha spiegato, con riferimento all'analisi dell'esistenza di una legge nazionale che vietasse determinati atti osceni che violassero la morale pubblica, che concetti così volubili come osceno o pubblica morale, o senso del pudore, non possono essere protetti da leggi troppo dettagliate e rigide, in quanto l'idea è di creare una legge valida sempre, in qualsiasi tempo, tenendo presente del mutare dei tempi e delle idee. Per tali motivi la Corte ha considerato che le leggi svizzere relative al tema dell'oscenità, considerate troppo generiche dal ricorrente, erano idonee ad ottemperare al principio di legalità richiesto per l'imposizione di restrizioni al diritto alla libertà di espressione artistica<sup>37</sup>.

Tale precisazione della Corte ha un ruolo essenziale ai fini della conclusione per cui la protezione della morale pubblica è un concetto del quale non vi è una concezione uniforme a livello europeo. Ne consegue che la Corte EDU, nel lasciare un margine di discrezionalità in materia agli Stati, intende tutelare le specificità nazionali<sup>38</sup>.

Tenuto conto che la morale pubblica potrebbe essere considerata come un riflesso diretto di una specifica cultura, la posizione della Corte EDU sembra essere in linea con l'attuale tutela prevista per le diversità culturali, che, come visto sopra, favorisce la crescita e lo sviluppo delle culture locali. La libertà di espressione artistica, considerata come facente parte dei diritti culturali, può, pertanto, trovarsi, in alcuni casi, in contrasto con altri diritti culturali, come è, ad esempio, stato nel caso appena citato *Muller*, in cui il conflitto è emerso verso un certo modo di intendere la morale pubblica, che non tollerava determinati atti osceni, e, pertanto, verso una determinata cultura che segue detta morale pubblica.

È evidente, come chiarito già dalla Corte, che il concetto di morale è molto ampio e può variare notevolmente in base al luogo e al tempo in cui è preso in considerazione. Infatti, se nel caso *Muller* ciò che fu considerato come un atto osceno era la rappresentazione di alcune pratiche sessuali di uomini con animali, in altre circostanze il concetto di atto osceno avrebbe potuto essere esaminato con maggior o minore rigidità.

Ad esempio, nel caso *I.A. c. Turchia*, esaminato nel prosieguo, in un contesto sociale e culturale prevalentemente islamico, in cui la Corte ha

---

<sup>37</sup> V. *supra* a nota 10, paragrafi 29 e 33.

<sup>38</sup> M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti: Il dinamismo dei diritti in società in continua trasformazione*, Torino, 2014, 59.

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti umani, *I.A. c. Turchia*, ricorso n. 42571/98, sentenza del 13 settembre 2005, par. 7.

considerato il tema religioso rispondente ad un bisogno imperioso, sono bastate alcune frasi di un romanzo filosofico che elogiassero l'ateismo<sup>39</sup> per giustificare la restrizione della libertà di espressione artistica.

Altri casi di contrasto tra la libertà di espressione artistica e determinate culture sono emersi in relazione ad opere d'arte che trattavano tematiche religiose in maniera controversa.

In tale ambito si ricorda il caso *Otto Preminger c. Austria*<sup>40</sup> in cui la Corte EDU, dovendosi esprimere in merito al divieto da parte del governo austriaco di proiettare un film che rappresentava le figure della religione cattolica (in particolare, Dio, Santa Maria e Gesù) in chiave grottesca e satirica, ha ritenuto che il rispetto per i sentimenti religiosi dei credenti cattolici fosse stato violato e, pertanto le autorità austriache avessero agito entro l'ambito legittimo delle restrizioni alla libertà di espressione artistica, cercando di salvaguardare la protezione dei diritti altrui ed il mantenimento dell'ordine pubblico, senza superare il margine di discrezionalità ammesso dalla CEDU. La Corte ha precisato che l'esercizio della libertà d'espressione si accompagna a doveri e responsabilità e, in virtù di tali doveri, può essere giustificato, nei casi in cui si trattino tematiche religiose, l'obbligo di astenersi dall'uso di un linguaggio e di toni offensivi e che non offrano un contributo al dibattito pubblico<sup>41</sup>.

In tale sentenza viene, quindi, affermato il principio secondo cui chiunque eserciti la libertà di espressione assume doveri, tra cui quello di evitare, per quanto possibile, l'uso di espressioni che costituiscano offese nei confronti di altri e una violazione dei loro diritti. Ne consegue, pertanto, che, in linea di principio, si possa ritenere necessario sanzionare gli oltraggi nei confronti di elementi culturali di determinate società, come, ad esempio, gli attacchi ingiuriosi nei confronti di oggetti di venerazione religiosa, sempre che ogni sanzione o restrizione risulti proporzionata allo scopo legittimo perseguito. Tale valutazione avviene sulla base dell'analisi del singolo contesto culturale del caso.

In un altro caso, *Wingrove c. Regno Unito*<sup>42</sup>, la Corte EDU si è pronunciata sul rifiuto delle autorità britanniche di certificare un video del

---

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti umani, *I.A. c. Turchia*, ricorso n. 42571/98, sentenza del 13 settembre 2005, par. 7.

<sup>40</sup> Corte europea dei diritti umani, *Otto Preminger c. Austria*, ricorso n. 13470/87, sentenza del 20 settembre 1994.

<sup>41</sup> Sulle sentenze in esame si vedano M. D. EVANS, *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Boston-Leiden, 2008, 49 ss.; A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2009; A. GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Milano, 2012, 136 ss.

<sup>42</sup> Corte europea dei diritti umani, *Wingrove c. Regno Unito*, ricorso n. 17419/90, sentenza del 25 novembre 1996.

ricorrente intitolato *Visions of Ecstasy*, il cui contenuto era stato ritenuto contrario alle norme interne per blasfemia, riconoscendo che il mancato rilascio del certificato di distribuzione del video era servito a proteggere il diritto altrui a non subire attacchi contro le proprie convinzioni religiose, nel rispetto del margine di apprezzamento nazionale in tema di morale. Uno dei giudici della Corte, dissentendo, ha sostenuto che la miglior arma dei credenti contro coloro che li deridono e contro i blasfemi è la forza della loro stessa fede<sup>43</sup>.

In entrambe tali sentenze, la Corte, pur riconoscendo, in conformità con la sua precedente giurisprudenza<sup>44</sup>, che la libertà di espressione si applica anche a quelle idee che scioccano, offendono o disturbano<sup>45</sup>, ha poi approvato le decisioni restrittive prese dagli Stati convenuti facendo particolare riferimento alla cospicua presenza di persone di fede cattolica tra la popolazione che risiedeva in tali Stati.

Ciò è coerente con quanto ribadito dalla stessa Corte circa il significato o l'impatto che determinati atti hanno in relazione all'espressione pubblica della fede religiosa, che sono diversi nei tempi e nei contesti dei vari Stati. La normativa sarà di conseguenza variabile da un Paese all'altro, a seconda delle tradizioni nazionali e delle esigenze imposte dalla tutela dei diritti e delle libertà altrui nonché in vista del mantenimento dell'ordine pubblico. In tali casi, quindi, il criterio guida della Corte sembra essere stato essenzialmente quello dell'ordine pubblico, che potrebbe essere inteso in un senso di "ordine culturale", ossia di quell'ordine pubblico che prenda in considerazione le specificità culturali e morali del pubblico destinatario delle specifiche espressioni artistiche<sup>46</sup>. Nei suddetti casi, la tutela di tale ordine pubblico culturale ha coinciso con la tutela di quell'ordine derivante dalla cultura maggioritaria, o comunque ben radicata, degli Stati in questione.

Anche in questi casi, quindi, l'astratta capacità di un'opera d'arte di violare altrui diritti o di interferire su alcuni fini ritenuti legittimi in una società democratica, è stata valutata congiuntamente alla concreta idoneità di tale opera di porre in essere tali violazioni o interferenze, avendo riguardo, nei casi specifici, alla diffusione dell'opera rispetto al

---

<sup>43</sup> *Idem*, opinione contrastante del Giudice De Meyer, par. 4.

<sup>44</sup> Si veda, primo fra tutti, Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976.

<sup>45</sup> Sul tema si veda O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI (a cura di), *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, 5 ss.

<sup>46</sup> Sul tema della considerazione delle specificità culturali nel diritto internazionale, si veda F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford, 2014, 213 ss.

pubblico di riferimento (che, in tali casi, comprendeva un grande numero di cattolici).

La Corte EDU si è nuovamente espressa in conformità con detto orientamento nel summenzionato caso *Ī.A. c. Turchia*<sup>47</sup>, in cui ha confermato le misure prese dal giudice nazionale che aveva condannato un editore per aver pubblicato un romanzo in cui l'autore riportava delle frasi che elogiavano l'ateismo, ritenute gratuitamente offensive e profanatrici nei confronti di Maometto e di tutta la religione islamica. La Corte ha confermato il principio giurisprudenziale per cui ciascuno Stato membro può usufruire di un margine di discrezionalità più ampio nel caso entrino in gioco interessi inerenti alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione altrui. In tale caso la Corte sembra implicitamente affermare che in Turchia la religiosità sia considerata un valore fondamentale, rispondente a un importante bisogno sociale e, pertanto, nel bilanciamento, la libertà di coscienza debba prevalere su quella d'espressione. Nelle *dissenting opinion* di alcuni giudici a questa sentenza si leggono, peraltro, forti critiche, nonché il timore del rischio di privare di senso il principio secondo cui la libertà di espressione non riguarda solo le informazioni ritenute inoffensive o indifferenti, ma soprattutto quelle che scioccano o inquietano l'opinione pubblica in modo da suscitare un dibattito<sup>48</sup>.

Anche in questo caso, la Corte ha dato un grande rilievo alla potenzialità concreta di una data opera d'arte di essere considerata lesiva di interessi altrui e, pertanto, ha tenuto in forte considerazione il contesto sociale e culturale in cui l'opera circolava, così implicitamente ribadendo la necessità di bilanciare il diritto alla libertà di espressione artistica con la necessità di tutelare un importante bisogno sociale riscontrato, nel caso della Turchia, nel grande legame della popolazione con la religione.

Da tali decisioni della Corte potrebbe anche emergere un criterio opposto e paradossale, secondo cui, nel caso in cui una certa espressione artistica sia considerata offensiva di una cultura appartenente ad una minoranza, questa non dovrebbe subire limitazioni in quanto le persone offese non rappresenterebbero una «consistente parte della popolazione»<sup>49</sup>.

Sullo stesso tema si è espressa, con conclusioni opposte rispetto a quelle della citata giurisprudenza della Corte EDU, anche la Corte inter-

---

<sup>47</sup> Cit. *supra* a nota 39.

<sup>48</sup> Sulla sentenza in esame si veda A. GIANFREDA, *op. cit.*, 136 ss.

<sup>49</sup> Sul tema si veda R. MEDDA-WINDISCHER, *Nuove minoranze. Immigrazione tra diversità culturale e coesione sociale*, Milano, 2010, 179 ss. Tale potenziale paradosso è ben messo in luce dalla Corte europea dei diritti umani, *Sekmadienis Ltd c. Lituania*, ricorso n. 69317/14, sentenza del 30 gennaio 2018 (paragrafo 82), in cui la Corte evidenzia come, valutare la possibile illegittimità della circolazione di una forma espressiva in base alla maggioranza o alla minoranza delle persone offese, sarebbe una circostanza incompatibile con i valori della Convenzione.

americana dei diritti dell'uomo, nel già ricordato caso *Olmedo Bustos e altri c. Cile*<sup>50</sup>, con cui ha condannato il Cile per aver vietato la produzione del film "The last temptation of Christ", nonostante questo potesse offendere la religione (cattolica) della maggior parte della popolazione<sup>51</sup>. In tale sentenza viene, infatti, affermato che la libertà di espressione è la base del pluralismo necessario per la coesistenza armonica in una società democratica, che, così come qualsiasi società, è formata da individui di diverse convinzioni e fedi<sup>52</sup>. La stessa Corte ricorda come il riconoscimento della libertà di coscienza si fonda nel riconoscimento stesso dell'essere umano come essere razionale ed autonomo<sup>53</sup>. In qualche modo, si può dire che, nella visione della Corte inter-americana dei diritti dell'uomo, l'offesa religiosa possa rappresentare un diritto anche per le stesse persone che subiscono l'offesa, in quanto questi per primi sono destinatari del diritto di conoscere il pensiero altrui, anche artistico e critico, sulla propria religione.

Neanche nel recentissimo caso *Sekmadienis Ltd c. Lituania*<sup>54</sup> l'appartenenza della maggioranza della popolazione alla religione asseritamente offesa dall'espressione artistica contestata (in particolare, si trattava di un'immagine pubblicitaria che ritraeva Gesù e Santa Maria come modelli di capi di abbigliamento) ha costituito un motivo per ritenere violata la morale pubblica ed i diritti di detta parte della popolazione a discapito della libertà di espressione. In questo caso, ciò che è venuto in rilievo è stata l'analisi concreta della capacità dell'espressione contestata di ledere la morale pubblica e, quindi, di fatto, valutate le circostanze culturali in cui la pubblicità circolava, di costituire – pur senza uno specifico riguardo al numero di persone potenzialmente offese – un problema di ordine pubblico (di tipo culturale), che, nel caso di specie, non è

---

<sup>50</sup> Cit. *supra* a nota 11.

<sup>51</sup> Sulla sentenza in analisi si vedano S. YEE, J.Y. MORIN, *Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney*, Boston-Leiden, 2009, 509 ss.; J. A. VAN DER VEN, H. G. ZIEBERTZ, *Tensions within and between Religions and Human Rights*, Boston-Leiden, 2012, 41 ss.

<sup>52</sup> Ciò viene affermato, in altri termini, anche nei summenzionati casi *Otto Preminger e I.A.* anche se in detti casi, nel bilanciamento concreto tra i diritti in contrasto, la Corte EDU, al contrario rispetto al caso *Olmedo Bustos* ed al caso *Sekmadienis Ltd*, ha deciso per la limitazione alla libertà di espressione in virtù della tutela, nel caso *Otto Preminger*, di una «pace religiosa nella regione» (par. 56). In particolare, nei casi *Otto Preminger* (par. 47), *I.A.* (par. 28) e *Sekmadienis Ltd* (par. 81), la Corte osserva che in una società democratica e pluralista coloro che decidono di esercitare la libertà di manifestare la propria religione non possono ragionevolmente aspettarsi di essere esenti da ogni critica. Questi devono tollerare ed accettare la negazione da parte di altri della loro fede religiosa e anche della diffusione da parte di altri di dottrine ostili alla loro religione.

<sup>53</sup> Cit. *supra* a nota 11, par. 74.

<sup>54</sup> Caso *Sekmadienis Ltd*, cit. *supra* a nota 49.

stato riscontrato dalla Corte. In particolare, la Corte ha notato che non è escluso che un'espressione non di per sé offensiva (come è stata considerata quella del caso di specie) possa avere un impatto offensivo in certe circostanze. Tuttavia, le corti nazionali non hanno indicato specifiche ragioni per considerare la pubblicità contestata come offensiva della morale pubblica<sup>55</sup>. Quindi, anche in questo caso, la Corte, nel ritenere che la pubblicità contestata potesse liberamente circolare, ha preso in considerazione il contesto culturale in cui la stessa veniva proposta. La Corte ha anche ricordato che tanto la normativa nazionale (in particolare, la Costituzione della Lituania) quanto il Comitato per i diritti umani<sup>56</sup>, impongono di considerare diverse visioni culturali nel valutare il contenuto della morale pubblica.<sup>57</sup>

Anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha specificatamente analizzato la questione, nell'ottica del crescente sviluppo di società sempre più multiculturali, con la risoluzione n. 1510/06, approvata il 28 giugno 2006. In tale risoluzione, intitolata "Libertà di espressione e il rispetto delle credenze religiose", si evidenzia nuovamente che in una società democratica l'aspetto principale è il diritto fondamentale alla libertà di espressione e questa libertà si applica non solo alle idee che sono ritenute innocue ma anche a quelle che possono urtare, offendere o turbare lo Stato o una qualsiasi parte della popolazione, conformemente all'articolo 10 della CEDU. In tal modo il Consiglio d'Europa fa riferimento a qualsiasi settore della popolazione e sembra superare il paradosso che emergeva con le sentenze citate degli anni '90, che, nei fatti, facevano riferimento principalmente a una consistente parte della popolazione potenzialmente offesa.

L'Assemblea si dice del parere che la libertà di espressione, come protetta dall'Articolo 10 della CEDU, non debba essere ulteriormente ristretta per andare incontro alla crescente sensibilità di certi gruppi religiosi. In seguito, con la raccomandazione 1805 (2007) dell'Assemblea parlamentare, in relazione a blasfemia, insulti religiosi e discorsi di odio contro le persone a motivo della loro religione, il Consiglio d'Europa ribadisce quanto già espresso con la risoluzione 1510 ed aggiunge di ritenere che la bestemmia, intesa come insulto alla religione, non dovrebbe essere considerata un reato penale.

Con tali atti, quindi, il Consiglio d'Europa punta l'attenzione sulla necessità della diffusione di un generale atteggiamento di accettazione e tolleranza delle critiche verso le proprie culture e religioni, forse in

---

<sup>55</sup> *Idem*, par. 78.

<sup>56</sup> V. il *General comment* cit. *supra* a nota 2, paragrafi 32, 35 e 48.

<sup>57</sup> Caso *Sekmadienis Ltd*, cit. *supra* a nota 49, par. 80.

quanto, in una società multiculturale, accettazione e tolleranza, di fatto, corrispondono alla tutela dell'ordine pubblico.

6. Allo stesso tempo, la stessa Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con la suddetta risoluzione n. 1510/06, evidenzia che i discorsi volti all'odio verso qualsiasi gruppo religioso non sono compatibili con i diritti fondamentali e le libertà garantite dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Già molti anni prima lo stesso Consiglio d'Europa, con la raccomandazione R(97)20, aveva preso posizione in materia di lotta ad ogni forma di *hate speech*, considerando tale termine come ogni forma di espressione che diffonda, inciti, promuova o giustifichi l'odio razziale, la xenofobia, l'anti-semitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, incluse l'intolleranza espressa tramite forme aggressive di nazionalismo ed etnocentrismo, nonché discriminazione ed ostilità verso minoranze, migranti e persone<sup>58</sup>. Infatti, con detta raccomandazione, il Consiglio d'Europa, riconoscendo la necessità di bilanciare la lotta contro il razzismo e l'intolleranza con il bisogno di proteggere la libertà di espressione per non minacciare la democraticità degli Stati membri, raccomandava agli stessi di prendere misure appropriate per combattere i discorsi d'odio, evidenziando, tra le altre cose, come i governi, le pubbliche autorità e le pubbliche istituzioni a livello nazionale, regionale e locale abbiano una speciale responsabilità nel dover evitare che vengano fatte affermazioni, in particolare diffuse sui media, che possano ragionevolmente essere ritenute *hate speech*<sup>59</sup>.

Il Consiglio d'Europa, quindi, pur riconoscendo la necessità di un'ampia tutela della libertà di espressione a garanzia della democrazia nonché di un'ampia tolleranza da parte della popolazione nell'accettare critiche ed anche offese alla propria cultura e religione, considerando ciò come tutela della libertà di espressione anche quando questa possa urtare la sensibilità degli appartenenti a gruppi religiosi, non ammette che dette critiche ed offese sfocino in discorsi d'odio, identificando in ciò un limite invalicabile della libertà d'espressione.

Sul tema si è espressa anche la Corte EDU nel caso *Diodonné*<sup>60</sup> con cui ha stabilito che vi fosse violazione dell'Art. 17 della stessa Convenzione, sull'abuso di diritto, per aver il ricorrente tentato di deviare l'Articolo 10 dalla sua vocazione, utilizzando il suo diritto alla libertà di e-

---

<sup>58</sup> Raccomandazione R(97)20 del Consiglio d'Europa, adottata dal Consiglio dei Ministri il 30 ottobre 1997, ambito.

<sup>59</sup> *Idem*, Principio 1.

<sup>60</sup> Corte europea dei diritti umani, *M'Bala M'Bala c. Francia*, ricorso n. 25239/13, sentenza del 20 ottobre 2015.

spressione per fini contrari al testo e allo spirito della Convenzione. La Corte ha qualificato uno spettacolo teatrale, considerato nei suoi caratteri complessivi, messo in scena dal ricorrente come una presa di «posizione d'odio antisemita, camuffata sotto l'aspetto di una produzione artistica e pericolosa al pari di un attacco diretto e frontale»<sup>61</sup>.

In un'altra sentenza, *Leroy c. Francia*, la Corte non ha riscontrato la violazione dell'Articolo 10 della CEDU nel caso in cui il ricorrente, un disegnatore, era stato condannato per apologia di terrorismo per aver raffigurato l'attentato al *World Trade Center* con la didascalia «L'abbiamo sognato tutti... Hamas l'ha fatto». La Corte, analizzando il disegno insieme alle circostanze della sua diffusione (in particolare la pubblicazione due giorni dopo l'attentato nonché la diffusione dello stesso tramite un giornale basco, regione ritenuta politicamente sensibile sul tema del terrorismo), ha constatato che detta pubblicazione potesse costituire un incitamento alla violenza ed avere un impatto sull'ordine pubblico dei Paesi Baschi<sup>62</sup>.

In questi casi, quindi, la Corte EDU ha ritenuto che la libertà di espressione artistica trovi un limite chiaro nell'incitamento all'odio ed alla violenza<sup>63</sup>.

La gravità dell'espressione e della diffusione, anche tramite forme d'arte, di discorsi rivolti all'odio, alla discriminazione e alla violenza verso un certo gruppo di persone, è ben messa in luce nella *dissenting*

---

<sup>61</sup> *Idem*, paragrafi 39 e 40.

<sup>62</sup> Corte europea dei diritti umani, *Leroy c. France*, ricorso n. 36109/03, sentenza del 2 ottobre 2008, par. 45.

<sup>63</sup> Lo stesso tema è stato affrontato, con riferimento a qualsiasi tipo di espressione, anche relativa ad un pensiero religioso o culturale, nel più recente caso Corte europea dei diritti umani, *Belkacem c. Belgio*, ricorso n. 34367/14, sentenza del 27 giugno 2017. Inoltre, sempre sul tema dell'*hate speech* come limite alla libertà di espressione in generale, si segnala Corte europea dei diritti umani, *Erbakan c. Turchia*, ricorso n. 59406/00, sentenza del 6 luglio 2006, con cui la Corte ha chiarito che «la tolleranza ed il rispetto per la pari dignità di tutti gli essere umani costituisce la base della società pluralistica e democratica. Ciò detto, in linea di principio può essere considerato necessario nelle società democratiche sanzionare o anche vietare tutte le forme di espressione che diffondano, incitino, promuovano o giustifichino l'odio basato sull'intolleranza [...]» (par. 56). Sono numerose le sentenze della Corte EDU in tema di *hate speech* come limite alla libertà di espressione in genere. A titolo di esempio, si segnalano: Corte europea dei diritti umani, *Glimmerveen e Haqenbeek c. Paesi Bassi*, ricorso n. 8348/78, sentenza dell'11 ottobre 1979; Corte europea dei diritti umani, *Jersild c. Danimarca*, ricorso n. 15890/89, sentenza del 23 settembre 1994; Corte europea dei diritti umani, *Garaudy c. Francia*, ricorso n. 65831/01, sentenza del 24 giugno 2003; Corte europea dei diritti umani, *Pavel Ivanon c. Russia*, ricorso n. 35222/04, sentenza del 20 febbraio 2007; Corte europea dei diritti umani, *Soulas ed altri c. Francia*, ricorso n.15948/03, sentenza del 10 luglio 2008; Corte europea dei diritti umani, *Smajić c. Bosnia e Herzegovina*, ricorso n. 48657/16, sentenza del 18 gennaio 2018. Sul tema dell'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte EDU, si veda M. SPATTI, '*Hate speech*' e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2014, n. 2, 341-358.

*opinion* del giudice Flavia Lattanzi relativa alla sentenza emessa dal Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia, nel caso contro Vojislav Šešelj. Il suddetto Tribunale, per mancanza di prove, ha assolto, nel 2016, l'imputato Vojislav Šešelj, accusato di aver commesso numerosi crimini contro l'umanità nell'ex-Jugoslavia. Secondo il giudice Lattanzi, alcuni discorsi pronunciati dall'imputato, anche considerati separatamente dagli altri fatti per cui questo era accusato, e analizzati nell'ambito del contesto di conflitto in cui erano stati espressi, potevano ben essere considerati come aventi un livello di gravità pari ai crimini contro l'umanità<sup>64</sup>. Nell'esporre detto parere, il giudice fa riferimento alla giurisprudenza precedente del Tribunale penale internazionale per il Ruanda. In particolare, ricorda il caso *Simon Bikindi v. The Prosecutor*, in cui, nel 2010, era stata confermata la sentenza della *Trial Chamber* con cui il cantante Simon Bikindi veniva condannato per diretto e pubblico incitamento al genocidio perpetrato in Ruanda nel 1994 per aver personalmente diffuso le sue canzoni con contenuti d'odio, canzoni che, nello specifico rivolgevano al pubblico inviti ad uccidere i Tutsi. In tale caso, il Tribunale aveva preso in considerazione la gravità dell'"*hate speech*" di per sé, non, quindi, associato ad altri crimini, ed aveva sostenuto che, facendo riferimento al messaggio espresso ed al contesto, non si potesse escludere la possibilità che la diffusione di dette canzoni costituisse un atto di persecuzione integrante un crimine contro l'umanità<sup>65</sup>.

Il Tribunale in detto caso evidenziava come i discorsi denigratori possono violare sia il diritto fondamentale del rispetto della dignità sia la sicurezza dei membri dei gruppi di persone presi di mira<sup>66</sup>.

Lo stesso concetto è stato espresso dallo stesso Tribunale penale internazionale per il Ruanda nel caso *Nahimana e altri c. The Prosecutor* (noto come il "Media case")<sup>67</sup>, richiamato anch'esso nella *dissenting opinion* del giudice Lattanzi. In tale caso, il Tribunale ha condannato i tre imputati, i signori Nahimana, Barayagwiza and Ngeze per il crimine di persecuzione per aver incitato, tramite una campagna mediatica, in particolare messa in atto per mezzo di trasmissioni radio, la popolazione Hutu ad uccidere la popolazione Tutsi in Ruanda nel 1994<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, *Prosecutor c. Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, sentenza del 31 marzo 2016, Partially Dissenting Opinion of Judge Flavia Lattanzi, D51-1/62793 BIS, 1 luglio 2016, par. 71.

<sup>65</sup> Tribunale penale internazionale per il Ruanda, *Prosecutor v. Bikindi*, ICTR-01-72-T, sentenza del 2 dicembre 2008, paragrafi 395 e 433.

<sup>66</sup> *Idem*, par. 392. V. anche l'opinione dissidente, cit. a nota 64, par. 65.

<sup>67</sup> Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Camera d'appello, *Nahimana et al. v. Prosecutor*, ICTR-99-2-A, sentenza del 28 novembre 2007.

<sup>68</sup> V. l'opinione dissidente cit. a nota 64, par. 53. Sul tema si veda M. CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2012, 150 ss.

Nonostante nei casi sopra richiamati, il Tribunale si sia espresso solo su casi in cui i discorsi discriminatori erano accompagnati anche dall'istigazione alla violenza e non ha potuto, in dette sedi, esprimersi chiaramente anche sulla gravità dei "meri" discorsi discriminatori, questo ha comunque affermato, nel caso *Nahimana*, di non essere convinto del fatto che i "meri" discorsi d'odio non possano costituire atti di persecuzione<sup>69</sup>. Lo stesso Tribunale evidenzia come, con riferimento ai discorsi d'odio come atti di persecuzione, questi non siano delle provocazioni volte a nuocere in quanto essi stessi di per sé nuocciono; pertanto, il Tribunale, nel caso *Nahimana*, ha sottolineato come, affinché una comunicazione costituisca un atto di persecuzione, non ci sia bisogno di incitare ad un'azione in quanto non è necessario trovare un legame tra la persecuzione e gli atti di violenza<sup>70</sup>. Da ciò il giudice Lattanzi nella sua *dissenting opinion*, rileva come il Tribunale non escluda la possibilità di considerare i discorsi d'odio di per sé, anche non accompagnati da istigazioni alla violenza, come atti di una gravità tale, in dipendenza del contenuto degli stessi e del contesto in cui questi vengono espressi, da rappresentare atti di persecuzione<sup>71</sup>. Del resto, come sottolineato in dottrina, un atto di persecuzione non richiede un elemento fisico o materiale in quanto ciò che lo caratterizza è la natura discriminatoria e non sono sempre atti diretti contro la persona<sup>72</sup>.

6.1. Il tema dell'incitamento all'odio come limite alla libertà di espressione, inclusa la libertà di espressione artistica e culturale, sta assumendo un'importanza sempre maggiore in considerazione del crescente utilizzo del *web* come spazio in cui l'*hate speech*, anche camuffato da contenuto artistico o culturale, è in grado diffondersi in modo capillare.

A riguardo, l'Unione europea, nel concreto, tramite il lavoro della Commissione, ha iniziato ad identificare procedure specifiche per contrastare il diffondersi dell'*hate speech* online. Nel maggio 2016, infatti, la Commissione ha firmato con alcuni dei maggiori attori del web (Facebook, Twitter, YouTube e Microsoft) un Codice di condotta con cui questi si impegnano, tra le varie cose, a monitorare la circolazione dei

---

<sup>69</sup> V. caso *Nahimana*, cit. *supra* a nota 67, nota 2264 della sentenza. Sul tema si vedano M. CASTELLANETA, *L'hate speech: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Droits individuels et justice internationale*, Milano, 2009, 167 ss.; C. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale: Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Torino, 2013, 302.

<sup>70</sup> V. caso *Nahimana*, cit. *supra* a nota 67, par. 1073.

<sup>71</sup> V. l'opinione dissidente cit. *supra* a nota 64.

<sup>72</sup> M. FRULLI, *Distruzione dei beni culturali e crimine di genocidio: l'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia*, in P. BENVENUTI (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Milano, 2007, 264.

contenuti sulle proprie piattaforme, tramite una procedura che prevede l'eliminazione rapida (teoricamente in meno di 24 ore) da parte delle piattaforme di contenuti che costituiscano discorsi d'incitamento all'odio, intendendo per odio quello basato sulla razza, il colore, la religione, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, secondo la definizione della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. Detta decisione impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché siano rese punibili, tra le altre cose, l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica e la perpetrazione di uno degli atti di cui sopra mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale (Articolo 1, comma 1, lettere a) e b)), quindi, di fatto, anche mediante la diffusione dei suddetti atti via internet. Obblighi analoghi sono sanciti anche dal Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica. Lo stesso prevede che ogni parte contraente debba adottare misure legislative o altre misure necessarie a stabilire come reato, quando commesse intenzionalmente e illecitamente, le condotte di distribuire o mettere altrimenti a disposizione del pubblico, materiale xenofobo e razzista attraverso un sistema informatico<sup>73</sup>.

Pertanto, pur se il sopra citato Codice di condotta non può essere ritenuto uno strumento vincolante per i suddetti operatori del *web*, rappresentando, piuttosto, una raccolta di linee guida per gli stessi, questo, comunque, costituisce un'azione concreta, a livello europeo, volta a rinforzare, nella pratica, la normativa esistente in materia di contrasto al diffuso fenomeno della circolazione di contenuti *web*, anche artistici, che incitano all'odio. I summenzionati operatori dovrebbero, quindi, integrare, con interventi immediati, le azioni delle corti nazionali ed internazionali per la punizione di chi diffonde contenuti d'odio. Recentemente, nel settembre 2017, la Commissione, inoltre, ha emesso una comunicazione<sup>74</sup> con cui dà generiche ed ulteriori linee guida a tutte le piattaforme che operano *online* sul modo in cui queste possono affrontare i contenuti illeciti che ospitano, richiamando la loro responsabilità sulla rimozione di contenuti d'odio.

---

<sup>73</sup> Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, Strasburgo, 2003, Articolo 3.

<sup>74</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 28 settembre 2017, COM(2017) 555 def.

Detta comunicazione evidenzia come l'incitamento al terrorismo, le esternazioni xenofobe e razziste che istigano pubblicamente all'odio e alla violenza siano illegali nell'UE. In tale materia, ad esempio, la Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo, all'articolo 21, impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie volte ad assicurare la tempestiva rimozione dei contenuti *online* che incitano a commettere atti di terrorismo.

Inoltre, la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, sul commercio elettronico considera responsabili alcuni tipi di piattaforme online (i prestatori di servizi di *hosting*) per le informazioni memorizzate su richiesta di terzi a meno che, tra le altre cose, ai sensi dell'articolo 14, il prestatore di servizi di *hosting* a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. Tuttavia, la stessa direttiva esclude, con l'articolo 15, che sui prestatori di servizi di *hosting* incomba un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano o un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.<sup>75</sup>

La comunicazione della Commissione invita le piattaforme *online* a fare del loro meglio al fine di individuare e rimuovere proattivamente i contenuti illegali *online*, rassicurando le stesse sul fatto che, se a seguito di tale individuazione queste agiscano immediatamente per rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni illecite in questione<sup>76</sup>, ciò soddisferebbe la condizione per continuare a beneficiare della deroga di responsabilità di cui al suddetto articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico.

Al fine di garantire la tutela della libertà di espressione, la comunicazione richiede che le tempistiche e le procedure di rimozione per diverse forme di contenuti illegali siano calibrate in base all'attendibilità delle segnalazioni dei contenuti ritenuti illeciti ed in base alla possibile gravità

---

<sup>75</sup> Sul tema si veda F. FALCONI, *La responsabilità dell'internet service provider tra libertà di espressione e tutela della reputazione altrui*, in questa *Rivista*, 2016, 235-254.

<sup>76</sup> Il considerando 46 della direttiva sul commercio elettronico prevede, infatti, tra le altre cose, che per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale.

delle conseguenze della circolazione degli stessi (ad esempio, in caso di incitamento alla commissione di atti terroristici, è richiesta una rimozione particolarmente rapida)<sup>77</sup>. Con la Comunicazione in analisi, infatti, la Commissione richiede che vengano prese solide garanzie al fine di limitare i rischi di rimozione di contenuti leciti (ad esempio, appunto, identificando diversi livelli di attendibilità dei segnalatori dei contenuti ritenuti illeciti o dando la possibilità agli utenti di contestare le decisioni di rimozione).

Nonostante l'invito della Commissione di adottare dette misure per raggiungere il livello più elevato possibile del rispetto della libertà di espressione, è indubbio che in alcuni casi l'analisi di alcuni contenuti possa richiedere una valutazione lunga e complessa del contesto e del modo in cui questi vengono espressi, che dovrebbe comprendere anche, ad esempio, una conoscenza accurata di alcuni linguaggi artistici e delle tematiche che vengono trattate, essendo, il linguaggio artistico, spesso volto proprio a scuotere o turbare il pubblico al fine di sensibilizzarlo verso tematiche più ampie spesso di attualità. Pertanto, essendo richiesto alle piattaforme *online* un intervento immediato di rimozione di contenuti illeciti per evitare di essere considerate direttamente responsabili per gli stessi, il rischio di valutazioni affrettate (e potenzialmente errate) nella

---

<sup>77</sup> Sul tema della necessità di una rapida rimozione di contenuti d'odio *online* si è espressa anche la Corte europea dei diritti umani, *Delfi AS c. Estonia*, ricorso n. 64569/09, sentenza del 16 giugno 2015. In tale caso la Corte ha posto l'attenzione sul conflitto tra i benefici di internet, che costituisce una piattaforma senza precedenti per la libertà di espressione, ed i suoi pericoli, in particolare derivanti dalla possibilità che i discorsi d'odio si diffondano in tutto il mondo in pochi secondi e talvolta rimangano disponibili *online* in modo persistente, par. 110 (sul tema si veda G. CASSANO, A. CONTALDO, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, 2009, 54 ss). La Corte ha ritenuto che, nel caso di specie, in cui alcuni commenti *online* – scritti da soggetti diversi dal titolare del portale web in cui gli stessi commenti venivano ospitati – costituivano chiaramente forme di *hate speech* e minacce verso l'integrità fisica di alcuni individui, i diritti e gli interessi dei soggetti diversi dagli autori dei commenti e dal titolare del portale web, nonché i diritti dell'intera società, autorizzano gli Stati membri a ritenere responsabili per tali commenti i titolari dei siti web, senza che ciò costituisca violazione dell'articolo 10 della CEDU. Ciò se i suddetti titolari dei siti web non prendono senza ritardo misure volte a rimuovere i commenti chiaramente illeciti, anche senza dover attendere di ricevere una contestazione da parte della presunta vittima dei commenti o di altri (par. 159). La stessa Corte EDU, nel successivo caso *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Hungary*, ricorso n. 22947/13, sentenza del 2 febbraio 2016, ha, invece, ritenuto che le autorità ungheresi – che avevano considerato responsabili i titolari di un portale web per il contenuto diffamatorio di commenti in esso ospitati – non avessero effettuato un appropriato bilanciamento tra i diritti coinvolti nel caso, ossia la libertà di espressione dei ricorrenti e il rispetto della reputazione commerciale della società vittima dei commenti diffamatori. La Corte, in detto caso, ha ritenuto, prendendo in considerazione diversi aspetti della fattispecie, che le Corti ungheresi avessero violato l'articolo 10 della CEDU ed ha sottolineato come, a differenza del precitato caso *Delfi AS c. Estonia*, nel presente caso, i contenuti dei commenti, seppur volgari ed offensivi, non consistevano in discorsi d'odio o incitamento alla violenza.

rimozione di contenuti è molto elevato. Ciò può costituire una forte e generalizzata limitazione alla libertà di espressione, nei casi in cui non siano adottate (o risultino inefficaci) le specifiche misure richieste dalla Commissione volte ad evitare errori di valutazione.

In altre parole, il fatto che la rimozione di contenuti *web* possa avvenire con estrema rapidità potrebbe non lasciare spazio ad un'attenta analisi dei contenuti e, ad esempio, si potrebbe rischiare che gli operatori del *web* scambino elementi di satira o di altre forme d'arte – che, come anticipato, per la loro intrinseca missione di stimolare il dibattito e la critica sociale e culturale, possono essere anche pungenti e dissacranti – con elementi di incitamento all'odio o alla violenza.

Quindi, di fatto, l'Unione europea ha ritenuto necessario accettare il rischio di rimozione di contenuti leciti, a discapito di una generalizzata ed ampia limitazione della libertà di espressione, piuttosto che rischiare di mantenere a lungo *online* discorsi realmente volti all'odio ed alla violenza.

Tale approccio sembra essere ben giustificato dalla gravità delle conseguenze a cui detti discorsi possono portare. Questi, infatti, come visto sopra, sono potenzialmente in grado di ledere gravemente la dignità delle vittime a cui sono rivolti e di costituire una seria minaccia alla sicurezza pubblica e la loro diffusione potrebbe anche essere considerata, in base al loro contenuto ed al contesto, di gravità tale da costituire atti di persecuzione integranti crimini contro l'umanità.

Appare di rilievo notare come anche in questa circostanza, come per i casi sottoposti alla Corte EDU in precedenza analizzati, la misura dell'intervento per la restrizione della libertà di espressione sia parametrata con la capacità di diffusione del contenuto ritenuto illecito. Nel caso di diffusione di contenuti d'odio tramite il *web*, quindi con una capacità di circolazione potenzialmente molto rapida ed estesa, la Commissione ha ritenuto opportuno raccomandare un intervento immediato e drastico, come quello della rimozione veloce del contenuto ritenuto *hate speech*, anche a discapito di un'accurata, ragionata e contestualizzata analisi dello stesso e della sua possibile identificazione come satira o altra forma d'arte.

In ogni caso, si evidenzia come il rapporto tra i gli operatori del *web* e i loro utenti sia di tipo privatistico, pertanto, il fatto che gli operatori *web* rimuovano contenuti a propria discrezione non dovrebbe sollevare questioni sulla violazione o meno da parte di uno Stato, della libertà di espressione degli utenti di dette piattaforme, in quanto detti utenti accettano espressamente tale possibilità a livello contrattuale, decidendo liberamente di fare uso o meno delle suddette piattaforme. Tuttavia, nonostante il Codice di condotta e la comunicazione della Commissione non

abbiano carattere vincolante, e, appunto, intervengano principalmente nella regolamentazione di rapporti di carattere privato, questi costituiscono pur sempre una chiara presa di posizione da parte dell'UE su quali siano le priorità da accordare nel bilanciamento tra libertà di espressione e protezione della collettività contro la diffusione di messaggi d'odio.

7. In sintesi, la libertà di espressione artistica viene considerata dalla normativa e dalla giurisprudenza internazionale nell'ambito della normativa sulla più generica libertà di espressione e di partecipazione alla vita culturale.

Poiché l'espressione artistica è principalmente volta a fornire al pubblico messaggi divergenti dal pensare comune, a beneficio dei singoli e della collettività, anche nell'ottica di uno sviluppo culturale ed economico, a questa è accordato un elevato livello di protezione e le limitazioni ad essa imposte dagli Stati devono essere dagli stessi ben giustificate, affinché possano essere ritenute ammissibili, anche con riguardo all'elevato ruolo di analisi e critica sociale che svolge, nonché di veicolo per la formazione delle identità degli individui e delle comunità.

La prassi e la giurisprudenza internazionali hanno spesso dovuto imporre limitazioni alla libertà di espressione artistica per far fronte a diverse esigenze collettive, come, ad esempio, la tutela di un ordine pubblico di tipo culturale, che prendesse, cioè, in considerazione le specificità culturali del pubblico di riferimento.

Per garantire un "ordine pubblico culturale", in alcuni casi, la giurisprudenza internazionale, in particolare quella della Corte EDU, è stata incentrata sulla limitazione alla libertà di espressione artistica quando talune espressioni potevano offendere la cultura di un numero consistente di persone (ad esempio nei sopra descritti casi *Otto Preminger* e *Wingrove*), mentre in altri casi, come nel caso *Olmedo Bustos* della Corte inter-americana dei diritti umani e nel caso *Sekmadienis* della Corte EDU, la giurisprudenza, nel valutare possibili pregiudizi all'ordine pubblico di tipo culturale, ha tenuto in considerazione la conformazione multiculturale della società di riferimento – senza riguardo al fatto che le persone potenzialmente offese rappresentassero la maggioranza o la minoranza della popolazione – ed ha preso decisioni principalmente volte all'accettazione ed alla tolleranza delle forme espressive contestate. In una società multiculturale, infatti, accettazione e tolleranza corrispondono, di fatto, alla tutela dell'ordine pubblico.

Ciò, però, trova un limite invalicabile nel divieto di diffusione di discorsi volti all'odio, alla discriminazione ed alla violenza, limite imposto sia a tutela della dignità delle persone offese, sia come protezione della sicurezza collettiva, considerando le drammatiche conseguenze che di-

scorsi d'odio possono provocare. Tale limite è talmente stringente che, al fine di garantirne la concreta efficacia, qualora discorsi d'odio circolino in modo particolarmente diffuso e incontrollato, come avviene, ad esempio, nel caso di inserimento degli stessi in piattaforme *online*, si rendono necessari interventi immediati di rimozione, anche sacrificando, a causa della richiesta rapidità di azione, l'accuratezza delle analisi che normalmente sarebbero doverose per stabilire la liceità o meno delle forme espressive e per evitare fraintendimenti dei loro messaggi.

#### ABSTRACT

*Freedom of Artistic Expression and Some of Its Limitations  
Under International and European Law:  
“Cultural” Exceptions and “Hate Speech”*

Freedom of artistic expression is protected, under international law, through rules on the rights to freedom of expression and to participation in cultural life. Its safeguard is guaranteed for the benefit of both individuals and the community. The international praxis and case law have identified, among the limitations to such freedom, those aimed to guarantee a “cultural public order”, whose meaning may change from time to time and from place to place, as it arises from the necessity to take into consideration cultural specificities in every place. Moreover, freedom of artistic expression finds a limitation, that cannot be overtaken, in hate speeches: such stringent limitation is justified by the extreme dangerousness of this kind of speeches, mainly if they circulate online, which may harm the dignity of people as well as threaten public security.



## NOTE E COMMENTI

### THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN *COMPENSATION OWED BY THE REPUBLIC OF NICARAGUA TO THE REPUBLIC OF COSTA RICA*: PRELIMINARY REMARKS WITH REGARD TO ENVIRONMENTAL DAMAGE

ELENA FASOLI

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The background of the case. – 3. Two categories of “compensable” damage. – 4. Valuing environmental damage. – 5. Consulting independent technical expertise. – 6. The reparation accorded: a “far too strict” reasoning from the Court? – 7. Concluding remarks.

1. The judgment of the International Court of Justice (ICJ or “the Court”) on 2 February 2018 (“the 2018 Judgment”) regarding compensation owed by Nicaragua to Costa Rica presents a unique opportunity to discuss the importance of the protection of the environment and human health in the contemporary international legal order<sup>1</sup>. This is the very first time the Court has pronounced on compensation for environmental damage<sup>2</sup>. This is also

---

<sup>1</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, available at [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org). This article is up-to-date as of 19 February 2018.

<sup>2</sup> On other occasions the ICJ has ruled on disputes that could be characterized as “environmental”. However, they never reached the stage of the assessment of the compensation. In the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, for example, even though the Court had stated that Hungary was entitled to compensation for the damage sustained as a result of the diversion of the Danube by Slovakia, it eventually recommended that the issue of compensation be resolved «in the framework of an overall settlement if each of the Parties were to renounce or cancel all financial claims and counter-claims» (*Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, in *International Court of Justice Reports*, 1997, 7, at paras 152-153). In the *Pulp Mills* case the Court did not deal either with the reparation of environmental damage, since it adjudged that no substantive obligation was breached by Uruguay and that no economic loss (for example, damages to economic sectors, such as tourism and agriculture) had been caused: only the violation of procedural obligations of information, notification and consultation when issuing authorizations, commissions, and orders for the construction of the mills as contained in the 1975 Statute of the River Uruguay was established (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, in *International Court of Justice*

one of the rare occasions on which the Court has decided on the amount of compensation for violations of international law<sup>3</sup>.

The 2018 Judgment deals with, *inter alia*<sup>4</sup>, the assessment of compensation for the impairment or loss of environmental goods and services and for the expenses incurred in monitoring or remedying the environment damaged by the unlawful activities of Nicaragua<sup>5</sup>. The latter activities include the excavation of some channels (*caños*)<sup>6</sup> in an area (the northern part of *Isla Portillos*) that the Court had already found to belong to Costa Rica. This area is situated in a freshwater wetland<sup>7</sup>, internationally protected under the 1971 Ramsar Convention on Wetlands<sup>8</sup>.

The present article will, first, present the background of the case and the facts and legal issues most pertinent to the compensation of environmental damage. After that it will focus on two aspects of the 2018 Judgment: the Court's valuation of the environmental damage caused by Nicaragua's unlawful activities, and the reparation awarded.

2. The 2018 Judgment has its origin in a dispute between Costa Rica and Nicaragua that arose out of the «incursion into, occupation of and use by

*Reports*, 2012, 14, at para. 276). In legal doctrine, in the early nineties, M. SPINEDI, *Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite causant un dommage à l'environnement*, in F. FRANCONI, T. SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London-Boston, 1991, 75, at 104, had already foreseen that «[c]e sera la tâche de la jurisprudence dans les années qui viennent que d'élaborer des critères pouvant servir de base pour l'évaluation en termes pécuniaires du dommage écologique».

<sup>3</sup> Amongst the very few instances, International Court of Justice, *The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment of 15 December, in *International Court of Justice Reports*, 1949, 244; and, more recently, *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Compensation*, Judgment of 19 June 2012, in *International Court of Justice Reports*, 2012, 324. See, particularly, D. AKANDE, *Award of Compensation by International Tribunals in Inter-State Cases: ICJ Decision in the Diallo Case*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 2012, available at [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

<sup>4</sup> It is not discussed in this article the issue of the costs and expenses incurred by Costa Rica as a result of the presence of Nicaraguan military personnel on its territory.

<sup>5</sup> *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Compensation*, fn. 1, at para. 36.

<sup>6</sup> One channel was excavated in 2010 and the other two (the eastern and western *caños*) in 2013.

<sup>7</sup> The area is «some 3 square kilometres between the right bank of the disputed *caño*, the right bank of the San Juan River up to its mouth at the Caribbean Sea and the Harbor Head Lagoon» (International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Provisional measures*, Order of 8 March 2011, in *International Court of Justice Reports*, 2011, 6, at para. 55).

<sup>8</sup> *Ramsar Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat*, adopted 2 February 1971, entered into force 21 December 1975 (UN Treaty Series, No. 14583, at 246). See ONG, *International Environmental Law Governing Threats to Biological Diversity*, in M. FITZMAURICE ET AL. (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, 2010, 519, at 530-532.

Nicaragua's army of Costa Rican territory» and of the «serious damage inflicted to its protected rainforests and wetlands». This dispute was resolved by the Court in 2015 (“the 2015 Judgment”)<sup>9</sup>.

In the 2015 Judgment the Court dealt with three issues that could be characterized as “environmental”. First, Costa Rica alleged that by dredging the San Juan River in order to improve navigability, Nicaragua had breached the procedural obligation to undertake an appropriate transboundary environmental impact assessment (EIA) and to notify and consult with Costa Rica as the potentially affected State<sup>10</sup>. The Court stated that, on the basis of the evidence in the case file, including the reports submitted and testimony given by the experts called by both Parties<sup>11</sup>, the planned dredging activity was not likely to give rise to a risk of significant transboundary harm<sup>12</sup>. Therefore, the Court found that Nicaragua was not required to carry out an EIA, nor to notify, or consult with, Costa Rica<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> The Court found: Costa Rica's sovereignty over the northern part of *Isla Portillos*; the breach of Costa Rica's sovereignty when Nicaragua excavated three channels and established a military presence in the northern part of *Isla Portillos*; that two of these channels were also in breach of the provisional measures previously issued by the Court; that Nicaragua breached Costa Rica's rights of navigation on the San Juan River; and finally that Nicaragua had the obligation to compensate to Costa Rica for material damages caused by its unlawful activities (*Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, in *International Court of Justice Reports*, 2015, 740-741, at para. 229). Even though this is not discussed in the present article, it is to be noted that the dispute *Costa Rica v. Nicaragua* was joined to a parallel proceeding instituted by Nicaragua against Costa Rica for «violations of Nicaraguan sovereignty and major environmental damages on its territory» resulting from the construction of a road in the border area along the San Juan River: *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, *ibidem*, 665.

<sup>10</sup> J. BENDEL, J. HARRISON, *Determining the Legal Nature and Content of EIAs in International Environmental Law: What Does the ICJ Decision in the Joined Costa Rica v. Nicaragua/Nicaragua v. Costa Rica Cases Tell Us?*, in *Questions of International Law*, 2017, 13-21.

<sup>11</sup> *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, fn. 9, 707, at para. 105.

<sup>12</sup> Under general international law, a State is prohibited from «using or permitting the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence» (*Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, Award of 1941, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. III [1941] at 1965). See also International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion of 8 July 1996, in *International Court of Justice Reports*, 1996, 226, at para. 29. This is also reflected in Principle 21 of the Stockholm Declaration and in Principle 2 of the Rio Declaration. In the legal doctrine see, amongst many, M. POLITI, *Miniere d'uranio nelle Alpi Marittime, inquinamento transfrontaliero e tutela internazionale dell'ambiente*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, 541, at 552-562; and R. PISILLO-MAZZESCHI, *Forms of International Responsibility for Environmental Harm*, in F. FRANCONI, T. SCOVAZZI (eds.), fn. 2, 15.

<sup>13</sup> *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, fn. 9, 707, at para. 105, and 708, at para. 108.

Second, Costa Rica alleged a breach of the no-harm rule because of the damage to its wetlands and to the Colorado River. In contrast, Nicaragua maintained that its dredging activity was «beneficial to the dredged section of the Lower San Juan River and to the wetlands of international importance lying downstream»<sup>14</sup>. The Court concluded that, on the basis of the evidence before it, there was not sufficient indication that the dredging programme «has brought about any changes in the ecological character of the wetland», nor that the programme affected the flows in the Colorado River<sup>15</sup>.

The third issue was related to Nicaragua's excavation of three channels<sup>16</sup>. The Court already found that this activity was in breach of the sovereignty of Costa Rica<sup>17</sup> and it stated that its declaration, as a form of reparation, was adequate satisfaction for the non-material injury suffered by Costa Rica<sup>18</sup>. Such an authoritative declaration served as reparation for the legal injury deriving from the mere violation of the obligation not to enter another State's territory<sup>19</sup>. At the same time, the Court held that Costa Rica was entitled to receive compensation for material damage and that the amount would be established by the Court in the event of failure by the Parties to reach an agreement<sup>20</sup>.

The 2018 Judgment was necessary because of the inability of the Parties to reach an agreement on the compensation due to Costa Rica. The Court was left with the difficult task of establishing the extent and value of

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, 710, at paras 113-115.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 709, at para. 109, and 712, at para. 119.

<sup>16</sup> Fn. 6.

<sup>17</sup> The Court found that the two channels excavated in 2013 were also in breach of the Court's Order of 2011 containing the provisional measures not to undertake such activities (International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional measures, Order of 8 March 2011, fn. 7, at para. 86). See M. LANDO, *The Road Along the San Juan River is Paved with Good Intentions: Provisional Measures and the Quest for Compliance in the Costa Rica/Nicaragua Joined Cases*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 179; and P. PALCHETTI, *Responsibility for Breach of Provisional Measures of the ICJ: Between Protection of the Rights of the Parties and Respect for the Judicial Function*, *ivi*, 2017, 5, at 19-20.

<sup>18</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, fn. 9, 717, at para. 139.

<sup>19</sup> For the argument that the declaratory judgment resists the potential undermining of the legal force of a given obligation due to its violation see, for example, B. BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, 1973, at 49; A. TANZI, *Is Damage a Distinct Condition for the Existence of an Internationally Wrongful Act?*, in M. SPINEDI, B. SIMMA (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, Dobbs Ferry-New York-Rome, 1987, at 22; and E. FASOLI, *La riparazione dei danni immateriali nei rapporti tra Stati*, Napoli, 2012, at 11 ff.

<sup>20</sup> Costa Rica claimed compensation for costs and expenses incurred with regard to the channel excavated in 2010 and the 2013 eastern channel. See International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, fn. 9, 717, at para. 142.

environmental damage deriving from the unlawful excavation of the channels in a legal context where the rules of international law relating to the reparation of environmental damage are highly underdeveloped<sup>21</sup>, given the very few legal precedents<sup>22</sup>.

3. In the 2018 Judgment the Court specified from the outset that a distinction should be made between the expenditure reasonably incurred for remediating or mitigating the damage (e.g. clean-up costs to respond to pollution), and the «damage caused to the environment in and of itself»<sup>23</sup>. The latter category was interpreted by the Court to mean the «impairment or loss of environmental goods and services in the period prior to recovery and payment for the restoration of the damaged environment»<sup>24</sup>. As to the

---

<sup>21</sup> See P. SANDS ET AL., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2012, at 715-716. By contrast, the civil liability regimes that apply in the relationship between private operators and the victims of environmental damage and that are available at the international, European and national levels are much more advanced. This is the case, for example, of the treaties establishing special regimes on compensation of damage resulting from activities, such as, marine pollution damage. On this issue see, amongst many, T. SCOVAZZI, *State Responsibility for Environmental Harm*, in *Yearbook of International Environmental Law*, 2001, 43 ff. at 57-71; and L. DE LA FAYETTE, *International Liability for Damage to the Environment*, in M. FITZMAURICE ET AL., fn. 8, at 320. For analysis more focused on the system of liability available at the national and European levels see, amongst many, M. FAURE, A. VERHEIJ (eds.), *Shifts in Compensation for Environmental Damage*, Wien, 2007; and M. FAURE, J. LIU, *New Models for the Compensation of Natural Resources Damage*, in *Kentucky Journal of Equine, Agriculture, and Natural Resources Law*, 2012, 261.

<sup>22</sup> Among the precedents in inter-State adjudication: *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, Awards of 1938 and of 1941, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. III [1938 and 1941] at 1911; Marshall Island Nuclear Claims Tribunal that awarded compensation in respect of damages to land arising out of the nuclear testing programme of the United States between 1946 and 1958; and the practice of United Nations Compensation Commission (UNCC) established in 1991 to process the claims and pay compensation for the damages suffered as a direct result of Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait (see P. SANDS ET AL., fn. 21, at 717-725).

<sup>23</sup> On the difficulties to find a definition of environmental damage see, amongst many, M. BOWMAN, *Biodiversity, Intrinsic Value, and the Definition and Valuation of Environmental Harm*, in M. BOWMAN, A. BOYLE (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law, Problems of Definition and Valuation*, Oxford, 2002, 41; T. SCOVAZZI, *Le norme di diritto internazionale in tema di valutazione del danno ambientale*, in P. FOIS (ed.), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, 370; D. IBRAHIMA, *Recovering Damage to the Environment per se Following Oil Spill: The Shadows and Lights of the Civil Liability and Fund Conventions of 1992*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2005, 63, at 65 f.; and E. FASOLI, *State Responsibility and the Reparation of Non-Economic Losses Related to Climate Change Under the Paris Agreement*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 90, at 117 ff.

<sup>24</sup> According to the Court «payment for restoration accounts for the fact that natural recovery may not always suffice to return an environment to the state in which it was before the damage occurred. In such instances, active restoration measures may be required in order to return the environment to its prior condition, in so far as that is possible» (International

specific categories of environmental good and services, the Court considered in particular (on the basis of the requests put forward by Costa Rica)<sup>25</sup> the loss of the ability of the area to mitigate natural hazards; soil formation/erosion control; the loss of trees and of other raw materials, such as fibre and energy; gas regulation and air quality; and loss of biodiversity with specific regard to habitat and nursery.

This second category of “compensable” damage referred to by the Court seems to correspond to “pure environmental damage” or “environmental damage *per se*” to reflect loss, including temporary loss, of environmental resources as a separate measure of damage<sup>26</sup>. In 1995 the Working Group on Liability and Compensation for Environmental Damage arising out of Military Activities<sup>27</sup> considered the concept of “pure environmental damage” included «(a) recoveries for permanent damage to the environment where clean-up or restoration would not be physically possible, reasonable or otherwise feasible, or where clean-up or restoration was not successful; and (b) recoveries for interim damage pending full clean-up or restoration»<sup>28</sup>. At the same time the Working Group highlighted that «[t]hese elements of recovery are well recognized in some national systems, although there is very considerable uncertainty and controversy over their precise scope and content, and appropriate means of valuation»<sup>29</sup>. Also, the codification work of the International Law Commission confirmed that: «environmental damage often extends beyond that which can be readily quantified in terms of clean-up costs and property devaluation. Damage to such environmental values (biodiversity, amenity, etc. – sometimes referred to as ‘non-use values’) is, as a matter of principle, no less real and compensable than damage to property, though it may be difficult to quantify»<sup>30</sup>.

Indeed, there has been some uncertainty as to whether pure environmental damage as opposed to, for example, clean-up costs, should be

---

Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, 14 at paras 41-43).

<sup>25</sup> *Ibidem*, at para. 55.

<sup>26</sup> See T. SCOVAZZI, fn. 23, at 370.

<sup>27</sup> The Working Group was operating within the framework of the UNEP long-term Programme the Development of Periodic Review of Environmental Law for the 1990s (Montevideo Programme II).

<sup>28</sup> *Conclusions on the Working Group of Experts on Liability and Compensation for Environmental Damage Arising from Military Activities*, in A. TIMOSHENKO (ed.), *Liability and Compensation for Environmental Damage – Compilation of Documents*, Nairobi, 1998, at 124.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Commentary to Art. 36 of the Draft Articles on State Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, 101, at para. 15. See also the Resolution of the Institut de droit international on *Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage* adopted during the session of Strasbourg on 4 September 1997: «[t]he fact that environmental damage is irreparable or unquantifiable shall not result in exemption from compensation» (Art. 25.1).

recoverable at all in international practice. In mid/early 20<sup>th</sup> century, in the *Trail Smelter* case, for example, the Arbitral Tribunal granted compensation only for a reduction in value of the affected land and did not take into account pure environmental damage<sup>31</sup>. By contrast, the United Nations Compensation Commission (UNCC) established to process the claims and pay compensation for the damages suffered as a direct result of Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait<sup>32</sup>, which is still one of the (if not the) most prominent source of practice relating to compensation for environmental damage, allowed compensation, essentially through compensatory restoration projects, for temporary loss of natural resources without commercial value (i.e. the loss during the period between the occurrence of the oil spill and the full restoration of, for example, intertidal shoreline resources)<sup>33</sup>. In a similar vein, the Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress<sup>34</sup> provides for "response measures" that include «replacing the loss of biological diversity with other components of biological diversity for the same, or for another type of use either at the same or, as appropriate, at an alternative location»<sup>35</sup>.

Bearing this in mind, it is arguable that the 2018 Judgment has advanced our understanding of compensation for environmental damage by eliminating some of the uncertainty related to pure environmental damage. Now it is clear that States can in principle claim compensation for the impairment or loss of environmental goods and services prior to recovery and payment for the restoration of the damaged environment. The Court stated that «it is consistent with the principles of international law governing the consequences of internationally wrongful acts, including the principle of full reparation, to hold that compensation is due for damage caused to the environment "in and of itself", in addition to expenses incurred by an injured State as a consequence of such damage. The Parties also agree on this point»<sup>36</sup>. At the same time, though, it is unfortunate that the Court

---

<sup>31</sup> *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, Award of 1938, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. III [1938] at 1926. See also P. SANDS ET AL., fn. 21, at 717.

<sup>32</sup> Security Council Resolution 687, 3 April 1991. In general, see A. KOLLIPOULOS, *La Commission d'indemnisation des Nations Unies et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, 1995; and M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Le régime de responsabilité internationale institué par le conseil d'administration de la Commission de compensation des Nations Unies*, in *Revue générale de droit international public*, 1997, 45.

<sup>33</sup> *Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners Concerning the Fifth Instalment of 'F4' Claims*, UN Doc. S/AC.26/2005/10, at paras 52, 55 and 56.

<sup>34</sup> *Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety*, adopted 15 October 2010, will enter into force 5 March 2018 (available at the United Nations Treaty Collection website).

<sup>35</sup> Art. 2.2.d.ii.b. See P. SANDS ET AL., fn. 21, at 725.

<sup>36</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, at para. 41.

intermingled pure environmental damage (typically referred to resources without commercial value, such as, biodiversity) with other type of damage to resources that can certainly be traded on the market, such as, for example, loss of raw materials (e.g. fibre and energy).

We shall now turn to analyze the methodology used by the Court for the valuation of environmental damage and the extent to which this analysis is adequate.

4. Before assigning a monetary value to the damage caused to the environmental goods and services, the Court had to determine the extent of such damage, including whether there exist a direct and certain causal nexus between the damage and Nicaragua's activities.

The ICJ after specifying that, as a general rule, the burden of proof falls on the applicant (unless the respondent is in a better position to establish certain facts)<sup>37</sup>, went on by saying that «in cases of alleged environmental damage, particular issues may arise with respect to the existence of damage and causation. The damage may be due to several concurrent causes, or the state of science regarding the causal link between the wrongful act and the damage may be uncertain. These are difficulties that must be addressed as and when they arise in light of the facts of the case at hand and the evidence presented to the Court. Ultimately, it is for the Court to decide whether there is a sufficient causal nexus between the wrongful act and the injury suffered»<sup>38</sup>.

Indeed, the Court stated that it would proceed with its own assessment to valuate environmental harm in the specific case, while taking into account the methodologies proposed by the Parties. This was explained by the Court on the basis of the fact that «international law does not prescribe any specific method of valuation for the purposes of compensation for environmental damage» and that «it is necessary, in the view of the Court to take into account the specific circumstances and characteristics of each case»<sup>39</sup>.

So both Parties presented to the Court their own methodology for the evaluation of the damage. Considering the methodology applied by the UNCC as obsolete, Costa Rica asked the Court to apply instead an

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, at para. 33. On this point Judge Gevorgian warned, though, that in the case at hand the burden of proof could only fall on Costa Rica as it was in the best position to evaluate the extent of the environmental damage, given the fact that it occurred in its own territory (*ibidem*, Declaration of Judge Gevorgian, at para. 4).

<sup>38</sup> *Ibidem*, at para. 34.

<sup>39</sup> Here the Court referred to a study conducted in 2014 by UNEP (*Guidance Manual on Valuation and Accounting of Ecosystem Services for Small Island Developing States*) in order to highlight the fact that the valuation methods proposed by the Parties could also be used outside the context of valuation of damage «to carry out cost/benefit analysis of environmental projects and programmes for the purpose of public policy setting» (*ibidem*, at para. 52).

“ecosystem services approach” on the basis of factors such as the «reduction or loss of the ability of the environment to provide goods and services»<sup>40</sup>. This request was based essentially on an expert report from a Costa Rican non-governmental organization (*Fundación Neotrópica*)<sup>41</sup>. Costa Rica maintained that the environmental damage might be calculated on the basis of the reduction of the ability of the environment to provide certain goods and services, including those that may be traded on the market (e.g. timber) having a “direct use value”, and those that may not be traded (e.g. gas regulation and natural hazards mitigation) having an “indirect use value”. For the compensation of both these items Costa Rica suggested the application of a “value transfer approach”, whereby the damage caused is assigned a monetary value by reference to a value drawn from studies of ecosystems considered to have similar conditions to the wetland concerned. In addition, Costa Rica argued that the losses sustained were to be calculated over a period of 50 years as the estimated time for the area to recover<sup>42</sup>. Costa Rica eventually claimed US\$ 6.711.685 in damages.

By contrast, Nicaragua favored an “ecosystem service replacement cost” approach and proposed to calculate the value of the environmental damage by reference to the price that would have been paid to farmers to preserve an equivalent area until the services provided by the impacted area have recovered<sup>43</sup>. In essence, the methodology proposed by Nicaragua corresponds to one of those that had been applied by UNCC in its valuation, namely, the “Habitat Equivalency Analysis” (HEA) used to evaluate temporary loss of natural resources<sup>44</sup>. In any event, Nicaragua estimated a period of maximum 20-30 years for the area to recover and finally considered that Costa Rica was not entitled to anything more than US\$ 188.504.

After considering the methodologies proposed by the Parties, the Court found (in relation to the impairment of environmental goods and services) that the loss of ability of the area to mitigate natural hazards was not demonstrated enough; that the claims for soil formation/erosion control were instead substantiated, although not with regard to the quality of the soil removed by Nicaragua; that the claims in relation to trees, raw materials, gas

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, at para. 46.

<sup>41</sup> According to Costa Rica this report found support, inter alia, in the *Guidelines for the Development of that, Domestic Legislation on Liability, Response Action and Compensation for Damage Caused by Activities Dangerous to the Environment*, adopted by the Governing Council of UNEP in decision SS.XI/5, part B of 26 February 2010.

<sup>42</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, at paras 44-48.

<sup>43</sup> *Ibidem*, paras 49-50.

<sup>44</sup> The HEA determines the nature and extent of compensatory restoration aimed at providing equivalent ecological services either in the same or other areas different from where the damage occurred (*Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners Concerning the Fifth Instalment of 'F4' Claims*, fn. 33, at para. 73).

regulation, air quality services and biodiversity were proved enough, but only with regard to the removal of almost 300 trees and the clearance of 6.19 hectares of vegetation. In addition, the Court found that there was no clear evidence of the baseline condition of the totality of the environmental goods and services existing before the damage and that, given that different components of the ecosystem require different periods of recovery, fixing a period of 50 years for recovery was not correct (the Court did not then indicate the correct recovery period, though). Finally, the Court found that the methodology of the price accorded to farmers to preserve an equivalent area until the services in the wetland had recovered was not necessarily appropriate to reflect the value of the environmental goods and services impaired or lost<sup>45</sup>.

The Court thus introduced the concept of “overall evaluation approach”, as opposed to a separate assessment of each category of goods and services, without elaborating much on it though. The Court simply stated that the approach is «dictated by the specific characteristics of the affected area by the activities of Nicaragua, which is situated in the Northeast Caribbean Wetland, a wetland protected under the Rasmussen Convention, where there are various environmental goods and services that are closely interlinked ... such an overall valuation will allow the Court to take into account the capacity of the damaged area for natural regeneration»<sup>46</sup>. The Court combined this approach with the analysis made by the experts of Nicaragua (which adjusted the amount of compensation asked for by Costa Rica on the basis of the NGO’s report), although with some alteration of the specific amount<sup>47</sup>. As it has been noted, this was a quite opaque and undiscussed choice of methodology and «it is surprising that the Court did not elaborate further on any evidence of scientific methodologies ... for damages assessment with specific respect to each of these categories»<sup>48</sup>.

Eventually, the Court awarded Costa Rica the sum of US\$ 2.708.39 for the costs incurred for restoration measures in respect of the wetland and, most importantly, the sum of US\$ 120.000 for the impairment or loss of the environmental goods and services of the impacted area in the period prior to recovery<sup>49</sup>. It is quite unclear, though, how the Court arrived at this amount.

---

<sup>45</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, at paras 72-77.

<sup>46</sup> *Ibidem*, at paras 80-81.

<sup>47</sup> *Ibidem*, at paras 78-85.

<sup>48</sup> D. DESIERTO, *Environmental Damages, Environmental Reparations, and the Right to a Healthy Environment: The ICJ Compensation Judgment in Costa Rica v. Nicaragua and the IACtHR Advisory Opinion on Marine Protection for the Greater Caribbean*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 2018, available at [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

<sup>49</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, at paras 86-87. The Court also awarded the sum of US\$ 185.414.56 for the expenses incurred

It declared to rely on the “principle of law” which was used by the Arbitral Tribunal in the *Trail Smelter* case, namely, that of “just and reasonable inference”<sup>50</sup>. The Court in fact stated that: «[i]n respect of the valuation of damage, the Court recalls that the absence of adequate evidence as to the extent of material damage will not, in all situations, preclude an award of compensation to that damage»<sup>51</sup>. Yet, there was not much elaboration on how the Court reached that amount, except for the reference to some shortcomings such as, for example, with regard to biodiversity services, the fact that they are «particularly important» and that «whatever regrowth may occur naturally is unlikely to match in the near future the pre-existing richness of biodiversity in this area»<sup>52</sup>.

It is thus not surprising that Judge *ad hoc* Dugard in his Dissenting opinion, described the approach followed by the Court as «unsatisfactory» and concluded that it made a «grossly inadequate valuation for environmental damage caused to an internationally protected wetland», without giving an indication, for example, of what the Court considers the appropriate recovery period for the goods and services in question or of the valuation that it attaches to the felling of trees<sup>53</sup>. In addition, with specific regard to the finding of the Court that Costa Rica failed to prove that soil formation and erosion control had been impaired by Nicaragua, Judge

---

in connection with the construction of a dyke in 2015 across the eastern channel so that to prevent further damage (*ibidem*, at paras 132-146) and an annual interest at 4% for the period from the 2015 Judgment and the 2018 Judgment to US\$ 20.150.04, together with an interest at 6% on these amounts (starting from 3 April 2018) in case of delay of the payment (*ibidem*, at para. 146).

<sup>50</sup> «Where the tort itself is of such a nature as to preclude the ascertainment of the amount of damages with certainty ... while the damages may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the result be only approximate» (*Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, Award of 1938, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. III [1938] at 1920, quoting Supreme Court (United States of America), *Story Parchment Company v. Paterson Parchment Paper Company*, in *United States Reports*, 1931, vol. 282, 555).

<sup>51</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, at para. 35. On the use of equity principles Judge Bhandari argued that: «the Court did not clearly state that it reached its decision on *quantum* based on equitable considerations» (International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, Separate opinion of Judge Bhandari, at para. 11). Judge Cañado Trindade added that: «[i]n the present judgment ... the ICJ has not gone as far as it did in its previous Judgment on reparations in the case of *A.S. Diallo* (2012), when it was far more assertive as to considerations of equity» (*ibidem*, Separate opinion of Judge Cañado Trindade, at paras 47-48). In the legal doctrine, see E. MILANO, *General Principles Infra, Praeter, Contra Legem? The Role of Equity in Determining Reparation*, in M. ANDENAS ET AL. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (forthcoming, 2018). See also *infra* section 6.

<sup>52</sup> *Ibidem*, at para. 85.

<sup>53</sup> *Ibidem*, Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Dugard, at paras 8-18.

Dugard also stated that this reasoning was opaque and it «provides a further example of unsatisfactory fact-finding»<sup>54</sup>. For his part, Judge Bhandari, when referring to the difficulties inherent in the quantification of the damages, highlighted that «[i]n a case such as this ... the evidence presented to the Court is inadequate to precisely quantify the compensation to be awarded»<sup>55</sup>. Judge Bhandari highlighted, for example, that it was still «unclear and uncertain how long it would take for the felled trees to regrow and for the environmental services lost to be restored as a result»<sup>56</sup>. Judge Donoghue, in her Separate opinion arrived also to undertake a recalculation of pure environmental damage totaling it in a range of US\$ 70.000 and US\$ 75.000<sup>57</sup>.

5. As showed in the previous section, the Court decided to use its own methodology, while taking into account those proposed by the Parties, for determining the extent of the damage caused to the environment attributable to Nicaragua and the amount of compensation due to Costa Rica. This assessment by the Court is closely related to the discussion as to whether the Court has the necessary capacity to deal with these complex and technical issues without the assistance of external expertise<sup>58</sup>.

This issue already arose in the context of the *Pulp Mills* case, where Judges Al-Khasawneh and Simma, in their Joint dissenting opinion, raised serious doubts as to whether the Court was «well-placed to tackle complex scientific questions»<sup>59</sup>. In essence, the Judges were advocating the need (even if their concerns were not shared by the majority of the other judges) to consult “outside expertise” every time the Court had to digest extremely sophisticated and highly technical evidence upon which to base its legal reasoning. The Judges were in effect suggesting that the Court could go beyond its traditional methods of fact-finding and that it resorted to expertise

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, at para. 22.

<sup>55</sup> *Ibidem*, Separate opinion of Judge Bhandari, at para. 11.

<sup>56</sup> *Ibidem*, at para. 10.

<sup>57</sup> *Ibidem*, Separate opinion of Judge Donoghue, at paras 31-32.

<sup>58</sup> See C. E. FOSTER, *New Clothes for the Emperor? Consultation of Experts by the International Court of Justice*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, 139; and F. ROMANIN JACUR, *Remarks on the Role of Ex Curia Scientific Experts in International Environmental Disputes*, in N. BOSCHIERO ET AL. (eds.), *International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, 2013, 441.

<sup>59</sup> International Court of Justice, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fn. 2, Joint dissenting opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, 113, at paras 5, 12. See the Authors there quoted, such as, S. ROSENNE and A. RIDDELL, B. PLANT). See also B. SIMMA, *The International Court of Justice and Scientific Expertise*, in *Proceedings of the 106<sup>th</sup> Annual Meeting (American Society of International Law)*, Washington DC, 2012, 230. The issue of the assessment of complex scientific evidence also arose in the context of the *Whaling in the Antarctic* case. See L. C. LIMA, *The Evidentiary Weight of Experts before the ICJ: Reflections on the Whaling in the Antarctic Case*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, 621.

additional to that already provided by the Parties. This is envisaged by Art. 50 of the Court's Statute under which «[t]he Court *may, at any time*, entrust any individual, body, bureau, commission, or other organization that it may select, with the task of carrying out an enquiry or giving an expert opinion»<sup>60</sup>. Judges Al-Kahasawneh and Simma seemed to agree with Judge Yusuf in *Pulp Mills* who, while appreciating that in the past the Court was able to resolve complex and contested factual issues without the assistance of external experts, considered that «in a case such as this one concerning the protection of the environment and the prevention of pollution, specialized scientific expertise can provide the Court with the insights necessary to make a thorough appraisal of the merits of the scientific and technical material submitted by the Parties»<sup>61</sup>.

The practice of other tribunals and international bodies is quite varied with respect to the use of supplementary technical expertise. By way of example, in mid/early 20<sup>th</sup> century the panel of arbiters in the *Trail Smelter* case did not seek external expertise and autonomously evaluated the evidence, *inter alia*, as to the effects of sulphur dioxide emissions upon trees<sup>62</sup>. More recently, the UNCC took a different stance. Faced with the complexity of the issues raised by the claims and the need to consider scientific, engineering and cost issues, the Panel of Commissioners decided to avail itself of the assistance of a multi-disciplinary team of independent experts, including experts in economics and in natural resource and economic damage assessment<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Emphasis added. Art. 50 then triggers Art. 67 of the Rules of the Court, which allows Parties to comment on this enquiry or opinion. As recalled in the Joint Dissenting Opinion of the Judges Al-Kahasawneh and Simma, in the *Corfu Channel* case the Court had already exercised its powers under Art. 50 in order to consult «three naval experts to evaluate visibility off the Albanian coast in order to substantiate the United Kingdom's claim, based on a finding of fact, that Albania could have seen various mine-lying operations occurring off its coasts» (International Court of Justice, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fn. 2, Joint dissenting opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, 112, at para. 10). In addition, as another option for resorting to expert opinions, Judges Al-Kahasawneh and Simma mention Art. 62 of the Rules of the Court that allows the Court to call upon the Parties at any time to arrange for an expert to give evidence. This would trigger Art. 65 of the Rules, whereby the expert can be examined by the parties and by the Court (*ibidem*, 111, at para. 7).

<sup>61</sup> International Court of Justice, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fn. 2, Declaration of Judge Yusuf, 220, at para. 14.

<sup>62</sup> *Trail Smelter Arbitration*, fn. 31, at 1921.

<sup>63</sup> The Panel's expert consultants were also in the fields of desert ecology and botany, biology, agriculture, forestry, plant pathology, soil fauna, landscape ecology, terrestrial and marine remediation techniques, marine biology, coastal ecology and geomorphology, geology, hydrogeology, water quality, chemistry, water treatment engineering, coastal and civil engineering, veterinary toxicology, ecological and health risk assessment, statistics, remote sensing, modelling of the transport of airborne pollutants (*Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners*, fn. 33, at para. 88).

It is difficult to understand fully the level of complexity of the evidence that the Court had to analyze in the *Costa Rica v. Nicaragua* (Compensation) case. One can presume, though, that the level of scientific uncertainty inherent in understanding the implications, for example, of certain substances for the health of the organisms present in a river or the parameters used for determining the existence of pollution (such as in the *Pulp Mills* case) is not so dissimilar, or actually lower, from that inherent in the quantification in economic terms of the damage caused to a protected wetland<sup>64</sup>, which necessarily involves resorting to abstract economics<sup>65</sup>.

Therefore, it is to be expected that the same criticism that was raised in the *Pulp Mills* case would be raised in the context of the 2018 Judgment in relation to the need of experts to help the Court to decide the causal nexus and to assess the amount of the damages<sup>66</sup>. Interestingly enough, though, none of the Judges suggested that the Court should have taken the opportunity to consult additional “outside expertise” in order to establish the extent of the damage<sup>67</sup> or to evaluate environmental damage in economic terms<sup>68</sup>. That opportunity was most certainly still open at the stage when considering compensation, given that Art. 50 of the Statue of the Court provides that the option is available *at any time*.

---

<sup>64</sup> As highlighted by N. HANLEY, *The Economic Value of Environmental Damage*, in M. BOWMAN, A. BOYLE (eds.), fn. 23, 28, at 30, «[w]etlands act as inputs to production by providing nursery areas for commercially caught fish and shellfish, by acting as natural flood defence mechanisms, and by acting as natural pollution treatment works. Losses of wetland reduce these productive inputs, and so incur economic costs in terms of fewer fish and shellfish being caught, higher instances of flooding, and lower levels of pollution treatment. These impacts can all be valued in monetary terms».

<sup>65</sup> Another method for valuing the environment, for example, is the so-called “contingent valuation”. In practice, it measures the willingness, usually taken from public opinion surveys, of individuals to pay for environmental goods such as clean air or water or the preservation of endangered species (N. HANLEY, fn. 64, at 32). See also A. KISS, *Present Limits of the Enforcement of State Responsibility for Environmental Damage*, in F. FRANCONI, T. SCOVAZZI (eds.), fn. 2, 3; M. GETZNER ET AL., *Alternatives for Environmental Evaluation*, Abingdon-New York, 2005; and C. BULLOCK, R. O’ SHEA, *Valuing Environmental Damage Remediation and Liability Using Value Estimates for Ecosystem Services*, in *Journal of Environmental Planning and Management*, 2016, 1711. Although specifically focus on the European Union level, see also K. MERTENS, *Ecosystem Services, The Real Value of Nature*, in C. H. BORN ET AL. (eds.), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature’s Best Hope?*, New York, 2015, 471.

<sup>66</sup> In the 2018 Judgment there is no reference to consultations with independent experts by the Court.

<sup>67</sup> For example, scientists to assess the baseline condition of the totality of the environmental goods and services existing before the damage, especially considering that the Court had stated that it did not have “clear evidence” before it (International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, at para. 76).

<sup>68</sup> For example, economists, expert in loss of natural resources, such as those who engage with *The Economics of Ecosystems and Biodiversity* (TEEB)’s work of the 1993 *Convention on Biological Diversity*. Available at [www.cbd.int](http://www.cbd.int).

In this regard it should be noted that the discretion that Art. 50 leaves to the Court to decide whether or not to avail itself of additional expertise should not be simply offset by the application of equitable considerations in the determination of the *quantum* of compensation. One thing is to apply equitable principles in order to decide the *quantum* after having appreciated all the available valuation methods and determined the one considered more appropriate in the specific case. Quite another thing is to resort to equitable principles after considering only the methodologies presented by the Parties.

Precisely because the Court had an incredibly difficult task, it could have proved probably useful to it to make use of all the tools at its disposal. Therefore, it seems that the Court missed another opportunity to avail itself of the procedures in Art. 50 of its Statute and Art. 67 of its Rules<sup>69</sup>.

6. In the 2018 Judgment the Court awarded compensation through the application of equity principles<sup>70</sup>. The Court narrowed down its analysis exclusively to compensation because in its previous decision in 2015, in light of the different claims put forward by Costa Rica<sup>71</sup>, the Court had already found that the declaration that Nicaragua had breached Costa Rica's territorial sovereignty provided adequate satisfaction for the non-material damage suffered<sup>72</sup>. In addition, the Court had already considered that there was no need to order Nicaragua to offer assurances and guarantees of non-repetition because it was expecting Nicaragua to comply with its 2015 Judgment, especially given that the issue of sovereignty had been resolved<sup>73</sup>. The Court thus completely ruled out that pure environmental damage could also require non-monetary reparation next to compensation.

This aspect did not go unnoticed. Judge Cançado Trindade, in his Separate opinion, argued that the reasoning of the Court on reparation was too strict and that «the ICJ seems obsessed with compensation only, losing sight of this latter's close relationship with other forms of reparation. Its view of reparations is largely and unduly focused on, or limited to, compensation, pecuniary reparation only. This latter is, however, insufficient in case of breaches with aggravating circumstances; in my understanding,

---

<sup>69</sup> The point is also made by D. DESIERTO, fn. 48.

<sup>70</sup> See *supra* fn. 51.

<sup>71</sup> In essence, Costa Rica asked: compensation for the material damage; satisfaction «so as to achieve full reparation of the injuries caused to Costa Rica in a manner to be determined by the Court»; and assurances and guarantees of non-repetition of Nicaragua's unlawful conduct «in such a form as the Court may order» (International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, fn. 9, at para. 137).

<sup>72</sup> See *supra* section 2.

<sup>73</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, fn. 9, at paras 137-142.

when addressing environmental damages, we should widen our horizon for the purpose of determining reparations»<sup>74</sup>.

Had the Court not narrowed down its subsequent proceeding exclusively to compensation, it could have taken also into account assurances and guarantees of non-repetition, restoration measures, including rehabilitation and satisfaction «in pursuance of obligations of doing»<sup>75</sup>, such as, for example, «planting trees to restore biodiversity, so as to achieve the remediation of the environmental harms»<sup>76</sup>. Here, it is not fully clear what the Judge meant, in particular if that involved that Nicaraguans should be invited to plant trees in Costa Rica's territory. Be that as it may, the fact that the Court did not go that far in the 2018 Judgment made Judge Cançado Trindade conclude that «the application of the [duty of reparation] in contemporary international law seems to be still in its infancy. ... There thus remains nowadays a long way to go, so as to ensure, within the wide framework of restoration, the progressive development of international law in the domain of reparations»<sup>77</sup>.

7. In nearly five decades since the emergence of international environmental law as an area of interest within public international law, the recent cases before the ICJ between Costa Rica and Nicaragua have given the ICJ the opportunity to adjudicate on compensation of environmental damage.

The 2018 Judgment offered a unique chance for the judges to develop their views on the matter. However, whilst advancing our understanding of compensation for environmental damage by eliminating some (not all) of the uncertainty related to pure environmental damage, the recent pronouncement constitutes a missed opportunity in relation to three other aspects.

First, the Court did not elaborate much on the concept of “overall evaluation approach”, as opposed to a separate assessment of each category of environmental goods and services, in order to arrive at the *quantum* of compensation due to Costa Rica.

Second, faced with the complex task of establishing the extent of the damage attributable to the activities of Nicaragua and the amount of compensation due, the Court did not avail itself of the procedures in Art. 50 of its Statute and Art. 67 of its Rules in order to enlist additional external expertise. Instead, the Court considered that this could be simply offset by resorting to equitable principles. As noted by Judge Dugard in his Dissenting opinion, the Court made a «grossly inadequate valuation for environmental

---

<sup>74</sup> International Court of Justice, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment of 2 February 2018, fn. 1, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, at para. 50.

<sup>75</sup> *Ibidem*, at paras 59-65.

<sup>76</sup> *Ibidem*, at para. 92.

<sup>77</sup> *Ibidem*, at para. 93.

damage caused to an internationally protected wetland, having regard to the context of the harm caused»<sup>78</sup>.

Third, the Court made findings only with respect to compensation because it had previously ruled out that the damage to the environment could also require non-monetary reparation in order to be fully repaired. As noted by Judge Cançado Trindade in his Separate Opinion, the reparation should have been extended to assurances and guarantees of non-repetition, restoration measures, including rehabilitation and satisfaction.

Nevertheless the 2018 Judgment has made substantial progress in developing the rules of international law relating to reparation for environmental damage. The Court engaged for the first time (and with very few earlier legal precedents that could provide useful analogies) in the difficult balancing of economic and environmental values thus breaking new ground on *quantum* of compensation.

Through the significant efforts of the Court to develop and apply an environmental valuation method to the specific case, this Judgment is set to become a leading case and a point of reference for those to come.

#### ABSTRACT

*The Judgment of the International Court of Justice in Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica: Preliminary Remarks with Regard to Environmental Damage*

The article addresses the content of the Judgment of the International Court of Justice on 2 February 2018 regarding *Compensation Owed by Nicaragua to Costa Rica*. It shows that this Judgment, whilst advancing our understanding of compensation for environmental damage by eliminating some (not all) of the uncertainty related to pure environmental damage, including breaking new ground as to its quantification, it constitutes a missed opportunity in relation to three other aspects. The Court did not elaborate much on the concept of “overall evaluation approach” in order to arrive at the *quantum* of compensation due to Costa Rica; it did not avail itself of the procedures in Art. 50 of its Statute and Art. 67 of its Rules in order to enlist additional external expertise; and it did not consider forms of reparations other than compensation.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Dugard, paras 8-18, at 18.



# RASSEGNE

## ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

### NAZIONI UNITE

#### ASSEMBLEA GENERALE

#### CONSIGLIO DEI DIRITTI UMANI

#### L'ATTIVITÀ NEL 2017

1. *Premessa.* – Il Consiglio dei diritti umani, organo composto da 47 Stati membri delle Nazioni Unite, eletti direttamente e individualmente, con voto segreto, dalla maggioranza dei membri dell'Assemblea generale secondo il criterio dell'equa ripartizione geografica<sup>1</sup>, è attualmente costituito (anche in seguito alla più recente elezione, avvenuta il 16 ottobre 2017)<sup>2</sup> dai seguenti Stati: per l'Africa, Angola (con scadenza del mandato nel 2020), Burundi (2018), Costa d'Avorio (2018), Egitto (2019), Etiopia (2018), Kenya (2018), Nigeria (2020), Repubblica Democratica del Congo (2020), Ruanda (2019), Senegal (2020), Sud Africa (2019), Togo (2018), Tunisia (2019); per l'Asia, Afghanistan (2020), Arabia Saudita (2019), Cina (2019), Emirati Arabi Uniti (2018), Filippine (2018), Iraq (2019), Giappone (2019), Kirghizistan (2018), Mongolia (2018), Nepal (2020), Pakistan (2020), Repubblica di Korea (2018), Qatar (2020); per l'Europa occidentale e altri Stati, Austria (2020), Belgio (2018), Germania (2018), Regno Unito (2019), Spagna (2020), Stati Uniti d'America (2019), Svizzera (2018); per l'Europa orientale, Croazia (2019), Georgia (2018), Slovacchia (2020), Slovenia (2018), Ucraina (2020), Ungheria (2019); per l'America Latina, Brasile (2019), Cile (2020), Cuba (2019), Ecuador (2018), Messico (2020), Panama (2018), Perù (2020), Venezuela (2018).

Il Consiglio, con sede a Ginevra, si riunisce regolarmente durante tutto l'anno, tenendo almeno tre sessioni annuali e potendo convocare sessioni straordinarie (aventi ad oggetto un determinato argomento) quando sia necessario. La presente rassegna mira a fornire una panoramica generale delle principali attività svolte dal Consiglio nell'anno appena trascorso e quindi nelle sue sessioni ordinarie 34<sup>a</sup> (27 febbraio-24 marzo 2017), 35<sup>a</sup> (6-23 giugno 2017), 36<sup>a</sup> (11-29 settembre 2017) e nella sua 27<sup>a</sup> sessione speciale (5 dicembre 2017). In tali sessioni il Consiglio ha affrontato numerose problematiche concernenti i diritti umani, adottando un numero

---

<sup>1</sup> Tale criterio è realizzato attribuendo 13 seggi agli Stati africani, il medesimo numero a quelli asiatici, 8 agli Stati Latino-americani, 6 a quelli dell'Europa orientale e 7 agli Stati dell'Europa occidentale ed altri Stati (par. 7, risoluzione 60/251 del 15 marzo 2006).

<sup>2</sup> Gli ultimi 15 Stati eletti, con scadenza del mandato nel 2020, si sono insediati il 1° gennaio 2018.

molto elevato di documenti (fra risoluzioni, decisioni e *Presidential Statements*). L'ampiezza dell'attività del Consiglio ha portato a limitare il campo di analisi ad alcuni temi particolarmente interessanti, attuali e controversi<sup>3</sup>.

2. *Diritto all'alimentazione*. – Tale diritto può essere definito, secondo le parole di Jean Ziegler, primo relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto all'alimentazione, come «the right to have regular, permanent and free access, either directly or by means of financial purchases, to quantitatively and qualitatively adequate and sufficient food corresponding to the cultural traditions of the people to which the consumer belongs, and which ensures a physical and mental, individual and collective, fulfilling and dignified life free of fear»<sup>4</sup>. Dunque, come il diritto ad avere un accesso – “regolare”, “permanente” e “libero” – ad un'alimentazione che sia non solo quantitativamente ma anche qualitativamente “adeguata” e “sufficiente”. Tale alimentazione dovrebbe essere in grado di assicurare una vita psichica e fisica, individuale e collettiva, priva di angoscia, soddisfacente e degna<sup>5</sup>. Sono molteplici i riferimenti normativi internazionali, sia universali sia regionali, concernenti il diritto all'alimentazione. Innanzitutto è stata la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), pur senza efficacia vincolante, a riconoscere (art. 25, par. 1) che «ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari». Dotato di forza giuridica vincolante, nonché più articolato, è il riconoscimento assicurato dall'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966)<sup>6</sup>.

Molto importante ai fini della precisazione del contenuto del diritto in esame è senza dubbio il Commento generale n. 12 del 1999 (intitolato *Right to adequate food*) del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali. Questo Commento, che costituisce l'interpretazione ufficiale dell'art. 11 del Patto, è completamente dedicato all'analisi ed alla specificazione del concetto di diritto all'alimentazione. Il Comitato identifica le componenti essenziali di tale diritto in tre elementi: “adeguatezza”, “disponibilità” e “accessibilità”. Il primo elemento consiste nell'idoneità del cibo, in termini sia di quantità che di qualità, a soddisfare i bisogni alimentari degli indi-

<sup>3</sup> Si è fatto dunque riferimento soltanto ai documenti, emanati nel 2017, relativi ai temi trattati (diritto all'alimentazione, diritti dell'infanzia, diritti dei disabili, discriminazione per motivi di religione, crisi economica e finanziaria, Israele e Territori palestinesi, Siria, Myanmar). Riferimenti a documenti del Consiglio su altri temi o emanati in anni diversi da quello in esame, oppure a documenti di altri organismi, sono stati compiuti solo se strettamente connessi alle problematiche individuate. Gli atti e i documenti del Consiglio richiamati nella presente rassegna sono consultabili sul sito [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>4</sup> UN Doc. E/CN.4/2001/53, Par. 1, *Definition and History of the Right to Food*.

<sup>5</sup> Si tratta di una definizione differente rispetto a quella fornita, il 12 maggio 1999, dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite nel *General Comment No. 12. The right to adequate food* (su cui v. di seguito, nel testo).

<sup>6</sup> Tale articolo, al par. 1, recita: «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita». Al par. 2 è poi proclamato «il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame», nonché l'obbligo per gli Stati, per realizzare tale diritto, di adottare, individualmente e attraverso la cooperazione internazionale, tutte le misure (fra cui programmi concreti), che siano necessarie: «a) per migliorare i metodi di produzione, di conservazione e di distribuzione delle derrate alimentari [...]; b) per assicurare un'equa distribuzione delle risorse alimentari mondiali in relazione ai bisogni [...]». Successivamente ai Patti del 1966, il diritto al cibo è stato oggetto di riconoscimento e tutela in molteplici strumenti internazionali sia vincolanti che non vincolanti, sia universali che regionali.

vidui<sup>7</sup>. Il concetto di adeguatezza si affianca a quelli di disponibilità e accessibilità<sup>8</sup>. L'adeguatezza è anche collegata al concetto di "sostenibilità", cioè all'obbligo di preservare la possibilità di nutrirsi anche da parte delle future generazioni. Tale concetto sta diventando sempre più centrale nel dibattito concernente il diritto all'alimentazione. Una delle maggiori sfide dell'umanità è, infatti, quella di nutrire una popolazione in costante aumento senza danneggiare l'ambiente, così da preservare le risorse naturali anche per le generazioni future.

Ciò premesso è opportuno precisare che il Consiglio dei diritti umani, fin dalla sua istituzione, ha adottato molteplici decisioni concernenti il fondamentale diritto all'alimentazione. Già la 7<sup>a</sup> sessione speciale (*The negative impact on the realization of the right to food of the worsening of the world food crisis, caused inter alia by the soaring food prices*), svoltasi il 22 maggio 2008, è stata dedicata all'analisi della crisi alimentare mondiale, causata in particolare dall'aumento dei prezzi degli alimenti. La più recente risoluzione in cui il Consiglio ha ripreso in considerazione il tema in esame è la 34/12, adottata il 23 marzo 2017<sup>9</sup>.

In questa risoluzione il Consiglio sottolinea che la situazione attuale è ancora molto grave, in quanto un'elevata percentuale della popolazione mondiale (circa 795 milioni di persone) soffre la fame, nonostante ciò costituisca «*an outrage and a violation of human dignity*» (par. 1). Nonostante gli sforzi compiuti, infatti, il problema dell'insicurezza alimentare ha assunto una dimensione globale e i progressi realizzati per ridurre la fame nel mondo sono stati sicuramente insufficienti (15° *considerando*). È intollerabile, prosegue il Consiglio, che ogni anno più di 1/3 dei decessi dei bambini al di sotto dei 5 anni siano causati da malattie legate alla mancata nutrizione (stima dell'UNICEF) e che in tutto il mondo ci siano moltissime persone denutrite, quando, secondo uno studio della FAO, il pianeta potrebbe produrre cibo sufficiente a sfamare l'intera popolazione mondiale (par. 3). Il Consiglio, inoltre, riconosce che la crisi alimentare attuale è il frutto della combinazione di diversi fattori (tra cui la crisi economica globale, i disastri ambientali e i cambiamenti climatici) ed è preoccupato dal fatto che gli effetti di tale crisi continuino ad avere gravi conseguenze sulle persone più vulnerabili e in particolare nei Paesi in via di sviluppo (16° e 17° *considerando*), come sottolineato anche dalla FAO nel rapporto intitolato *The State of Food Insecurity in the World 2015* (par. 4). Sollecita, dunque, gli Stati – che comunque mantengono la responsabilità principale della

---

<sup>7</sup> Il cibo, inoltre, deve essere sano – ossia privo di sostanze che possano comportare danni alla salute – e deve rispondere alle necessità alimentari di tutte le persone. Dunque, non è sufficiente che sia fornito un determinato quantitativo di sostanze nutritive, essendo anche necessario che tali sostanze siano conformi ai bisogni fisiologici degli individui, secondo i vari stadi del ciclo di vita e siano accettabili secondo la cultura e la religione di appartenenza.

<sup>8</sup> Per quanto riguarda il primo, il par. 12 del Commento generale specifica: «*Availability* refers to the possibilities either for feeding oneself directly from productive land or other natural resources, or for well functioning distribution, processing and market systems that can move food from the site of production to where it is needed in accordance with demand». Il secondo concetto è invece precisato nel par. 13 del medesimo Commento: «*Accessibility* encompasses both economic and physical accessibility. Economic accessibility implies that personal or household financial costs associated with the acquisition of food for an adequate diet should be at a level such that the attainment and satisfaction of other basic needs are not threatened or compromised. [...] Physical accessibility implies that adequate food must be accessible to everyone, including physically vulnerable individuals, such as infants and young children, elderly people, the physically disabled, the terminally ill and persons with persistent medical problems, including the mentally ill [...]».

<sup>9</sup> UN Doc. A/HRC/RES/34/12, *The right to food*.

promozione e protezione del diritto in esame (par. 15) – ad assicurare che le loro politiche internazionali, soprattutto con riferimento agli accordi commerciali, non abbiano effetti negativi sul diritto al cibo negli altri Paesi (par. 29); invita tutte le rilevanti organizzazioni internazionali, incluse la Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale, a promuovere politiche e progetti che possano rivelarsi positivi per il diritto all'alimentazione e a supportare le strategie degli Stati membri volte a realizzare questo diritto (par. 37).

Nella risoluzione 34/12, inoltre, il Consiglio esprime la sua preoccupazione per il fatto che siano soprattutto le donne e le bambine ad essere colpite dall'insicurezza alimentare e dalla povertà, in parte a causa delle discriminazioni di genere (par. 6). Per questo motivo esorta gli Stati ad adottare le misure necessarie per combattere le disuguaglianze nei confronti delle donne e delle bambine, che contribuiscono alla loro malnutrizione (par. 8). Tra le altre categorie particolarmente vulnerabili, si stima che il 70% delle persone che soffrono la fame vivano nelle zone rurali, il 50% delle quali sono piccoli agricoltori. Si tratta di persone particolarmente esposte al rischio di malnutrizione a causa del costo sempre più alto dell'acqua e delle sementi e del parallelo calo dei redditi agricoli. È per questo che l'appoggio degli Stati ai piccoli agricoltori, alle comunità di pescatori e alle imprese locali è un elemento chiave per la sicurezza alimentare e per la realizzazione del diritto al cibo (par. 18).

Le iniziative volte a dare particolare rilevanza a questo diritto sono state negli anni molteplici, ma il Consiglio è ben cosciente del fatto che non siano stati mantenuti gli impegni presi fin dal *World Food Summit* – tenutosi presso il quartier generale della FAO, a Roma, dal 13 al 17 novembre 1996<sup>10</sup> – che miravano alla riduzione del numero delle persone denutrite (par. 32)<sup>11</sup>. La FAO, agenzia specializzata dell'ONU che ha il mandato di aiutare ad accrescere i livelli di nutrizione, di aumentare la produttività agricola, di migliorare la vita delle popolazioni rurali e di contribuire alla crescita economica mondiale, è costantemente impegnata a guidare gli sforzi internazionali per garantire a tutte le persone il diritto al cibo ed è stata dunque più volte la sede di importanti vertici e conferenze internazionali in materia. Oltre al *World Food Summit*, è opportuno ricordare il seguito di tale Vertice, ossia il *World Food Summit: Five Years Later* (giugno 2002)<sup>12</sup>, nonché il *World Summit on Food Security* (novembre 2009). In ambito FAO vanno anche menzionate la prima

<sup>10</sup> Per i documenti del *Summit* v. [www.un.fao.org](http://www.un.fao.org).

<sup>11</sup> In tale Vertice i rappresentanti di oltre 180 Paesi dichiararono la loro volontà politica di rendere effettivo il diritto al cibo: «We pledge our political will and our common and national commitment to achieving food security for all and to an ongoing effort to eradicate hunger in all countries, with an immediate view to reducing the number of undernourished people to half their present level no later than 2015». Questo impegno globale fu enunciato, a conclusione del *Summit*, nella *Rome Declaration on World Food Security*; oltre a tale documento venne adottato anche il *World Food Summit Plan of action*, composto da 7 impegni fondamentali finalizzati a eliminare la fame nel mondo e che dovevano servire da linee guida delle azioni degli attori coinvolti, a livello nazionale e internazionale, in tale problematica.

<sup>12</sup> Il documento finale di tale Vertice – *Declaration of the World Food Summit: five years later* – conteneva l'invito (par. 10) al Consiglio della FAO di costituire un Gruppo di lavoro intergovernativo «to elaborate, in a period of two years, a set of voluntary guidelines to support Member States' efforts to achieve the progressive realisation of the right to adequate food in the context of national food security». Sulla scorta di tale invito fu costituito il Gruppo di lavoro il quale ha elaborato le *Voluntary Guidelines to support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security*, in seguito approvate dal Consiglio della FAO nel novembre 2004 (127ª sessione). Ciò ha costituito l'occasione per una notevole riaffermazione del diritto al cibo nell'ambito dell'agenda politica internazionale, diritto ritenuto non solo un imperativo morale e un investimento con un enorme ritorno economico, ma soprattutto un diritto umano fondamentale.

*International Conference on Nutrition* (dicembre 1992) e il seguito di tale conferenza, ossia la seconda *International Conference on Nutrition* (novembre 2014) che ha prodotto due documenti: la *Declaration on Nutrition* e il *Framework for Action*<sup>13</sup>.

La risoluzione 34/12 del Consiglio dei diritti umani, sempre nel par. 32, effettua anche un forte richiamo alla realizzazione degli obiettivi previsti dai *Sustainable Development Goals*, fissati dalle Nazioni Unite nel 2015, in particolare dell'obiettivo 2, ossia quello relativo alla "fame zero". Il Consiglio, dunque, invita ripetutamente tutti gli Stati, le istituzioni finanziarie internazionali, gli organismi competenti delle Nazioni Unite a dare priorità all'obiettivo di realizzare il pieno godimento del diritto al cibo. Esprime, inoltre, apprezzamento per il rapporto 34/48, del 24 gennaio 2017, dello *Special Rapporteur on the right to food* (dedicato agli effetti dei pesticidi sul diritto al cibo) e ne raccomanda la considerazione, nell'ambito delle rispettive politiche, da parte degli Stati (paragrafi 41 e 43). Tra gli organismi delle Nazioni Unite competenti in tema di diritto al cibo, dunque, particolare rilievo assume una "procedura speciale"<sup>14</sup>, ossia l'appena citato *Special Rapporteur*, istituito con risoluzione 2000/10 del 17 aprile 2000 (UN Doc. E/CN.4/RES/2000/10) dell'allora Commissione sui diritti umani e confermato dal Consiglio dei diritti umani con risoluzione 6/2 del 27 settembre 2007 (UN Doc. A/HRC/RES/6/2)<sup>15</sup>.

Il mandato del Relatore speciale è molto ampio. Esso consiste, fra l'altro, nel procedere ad un monitoraggio costante del rispetto e del godimento del diritto all'alimentazione in tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite, tenendo in considerazione le tradizioni culturali e le dinamiche produttive alimentari nazionali. Il Relatore, per adempiere al suo mandato, effettua visite periodiche *in loco*, se lo Stato ricevente ha acconsentito alla procedura della c.d. *standing invitation*<sup>16</sup>.

Per tale motivo il Consiglio invita gli Stati a cooperare col Relatore fornendo ogni informazione necessaria e favorendo le visite richieste nel proprio Paese (par. 47). Il Consiglio supporta l'adempimento del mandato del Relatore (prorogato per un periodo di ulteriori 3 anni con la risoluzione 32/8 del 30 giugno 2016), prende atto con apprezzamento del lavoro svolto e gli chiede di continuare a monitorare l'evoluzione della crisi alimentare mondiale e, nell'ambito dei suoi rapporti periodici, di mantenere informato il Consiglio sull'impatto della crisi economica sul godimento del diritto al cibo (par. 45). Gli chiede, infine, di presentare un rapporto sull'attuazione della risoluzione 34/12 alla 37<sup>a</sup> sessione ordinaria del Consiglio (par. 49).

<sup>13</sup> Quest'ultimo propone una serie di opzioni politiche e strategie che i governi, in collaborazione con altre parti interessate, possono sia integrare, all'occorrenza, nei rispettivi piani nazionali riguardanti nutrizione, sanità, agricoltura, sviluppo e investimento, che tenere in considerazione nel negoziare accordi internazionali finalizzati a realizzare una nutrizione migliore per tutti.

<sup>14</sup> Le "procedure speciali" sono specifici meccanismi di controllo (di natura politica) che sono istituiti – in seno al Consiglio – per esaminare situazioni di un determinato Paese oppure tematiche di peculiare rilievo relative ai diritti umani. Possono essere dunque basate su mandati "tematici" oppure "geografici" e sono caratterizzate dalla creazione di organismi *ad hoc* (individuali o collegiali): *Special Rapporteur*, *Independent Expert*, *Working Group*.

<sup>15</sup> L'attuale Relatore è la turca Hilal Elver. Dal 2008 al 2014 la carica è stata ricoperta dal belga Olivier De Schutter, mentre il primo Relatore speciale sul diritto al cibo (2000-2008) è stato – come già detto – lo svizzero Ziegler.

<sup>16</sup> Il Relatore partecipa, inoltre, in qualità di conferenziere, a numerosi incontri e dibattiti promossi negli Stati membri, in prevalenza di carattere accademico e scientifico sul tema oggetto del suo incarico. È tenuto, infine, a presentare annualmente un rapporto sulla sua attività sia all'Assemblea generale che al Consiglio dei diritti umani, dedicando specifica attenzione a tematiche che ritenga di peculiare rilievo.

3. *Diritti dell'infanzia (realizzazione dell'Agenda 2030, diritto alla registrazione, matrimoni precoci e forzati, minori migranti non accompagnati)*. – I diritti umani delle persone appartenenti alle categorie più vulnerabili, quali ad esempio i fanciulli e i disabili, hanno sempre costituito temi di rilevante interesse per il Consiglio dei diritti umani. Con riferimento alla tutela dei diritti del fanciullo, le risoluzioni adottate dal Consiglio fin dalla sua istituzione sono molteplici e comprendono una serie di tematiche specifiche come, ad esempio, la situazione dei bambini che si trovano in condizioni di estrema povertà e sono costretti a vivere e/o lavorare in strada, il traffico e lo sfruttamento sessuale dei bambini, il diritto alla registrazione, il diritto alla salute, la mortalità infantile, i matrimoni forzati.

La risoluzione 34/16, adottata il 24 marzo 2017<sup>17</sup>, si occupa invece di un tema più generale, ossia quello della protezione dei diritti dell'infanzia in relazione all'implementazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. A tal proposito è opportuno ricordare che nel settembre 2000 si riunirono a New York i Capi di Stato e di governo di tutti gli Stati membri dell'ONU nel *Millennium Summit*, la più ampia riunione di *leader* della storia. In tale occasione essi firmarono la *United Nations Millennium Declaration*, affermando così la loro responsabilità non soltanto nei confronti dei rispettivi popoli, ma anche verso l'intero genere umano e definendo una serie di ambiziosi propositi da conseguire entro il 2015 (art. 19 ss. della Dichiarazione). Da tali propositi e attraverso successivi incontri diplomatici con la partecipazione delle principali agenzie delle Nazioni Unite, presero corpo gli otto *Millennium Development Goals* (MDGs), ossia otto traguardi misurabili e inequivocabili, che affidavano all'ONU un ruolo centrale nella gestione dei processi della globalizzazione<sup>18</sup>. Oltre a essere diventati il principale quadro di riferimento per politiche e programmi di cooperazione, gli Obiettivi sono stati il primo tentativo di riassumere in un documento unitario le molteplici componenti dello sviluppo umano, coniugando istruzione e salute, tutela dell'ambiente e parità di genere, trasferimento delle tecnologie e commercio internazionale. Tali Obiettivi, in tutti questi anni, hanno contribuito a tenere alta l'attenzione su temi cruciali e, nonostante la drammatica battuta d'arresto negli sforzi per combattere fame e povertà causata dalla crisi economica iniziata nel 2008, essi hanno anche prodotto effetti positivi. Tuttavia, il termine fissato per il loro raggiungimento è passato e, per evitare un vuoto di iniziative in questioni così importanti, le Nazioni Unite hanno promosso il processo *Beyond2015*: il Segretario generale ha così istituito (nel 2012) la *UN System Task Team on the Post-2015 UN Development Agenda* e l'*High-level Panel of Eminent Persons*. Dopo un laborioso processo, nel settembre 2015 gli Stati membri hanno ufficialmente adottato *The 2030 Agenda for Sustainable Development*. La nuova agenda è composta da 17 *Sustainable Development Goals* (SDGs) e 169 *targets* che dovranno essere raggiunti entro il 2030. L'Agenda sostituisce i *Millennium Development Goals* del 2000 e si propone di completarne il lavoro<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> UN Doc. A/HRC/RES/34/16, *Rights of the child: protection of the rights of the child in the implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development*.

<sup>18</sup> Fra tali Obiettivi, ad esempio, figura (al primo posto) quello di «dimezzare, entro l'anno 2015, la percentuale della popolazione mondiale il cui reddito è inferiore a un dollaro al giorno e la percentuale di persone che soffrono la fame e, entro la stessa data, di dimezzare la percentuale di persone che non sono in condizione di raggiungere o non possono permettersi di bere acqua potabile».

<sup>19</sup> Gli SDGs dovrebbero essere anche più efficaci perché, mentre i MDGs erano stati imposti dall'alto (da un'intesa raggiunta dal FMI, dall'OCSE, dalla Banca mondiale e dal Segretario generale dell'ONU), i SDGs sono nati da negoziati portati avanti dagli stessi Stati membri, con il contributo della società civile.

Il Consiglio dei diritti umani, nella risoluzione in esame, dopo aver richiamato tutti i pertinenti strumenti di diritto internazionale in materia, riconosce che il raggiungimento di tutti gli obiettivi dell'Agenda 2030 può contribuire alla effettiva realizzazione dei diritti dell'infanzia (10° *considerando*). Il Consiglio si dichiara profondamente preoccupato da una serie di situazioni che purtroppo sono ancora oggi molto diffuse nel mondo: a livello globale, 18.000 bambini muoiono ogni giorno per cause legate alla povertà, un bambino su quattro sotto i 5 anni, su un totale stimato di 159 milioni, ha una crescita ridotta, in particolare nei Paesi in via di sviluppo (11° *considerando*); ogni 5 minuti, un bambino muore a causa di violenze e, a livello globale, nell'ultimo anno, 1 miliardo di bambini tra i 2 e i 17 anni hanno subito violenze fisiche, sessuali, emotive o multiple (14° *considerando*); oltre 200 milioni di ragazze e donne della presente generazione hanno subito mutilazioni genitali femminili e 3 milioni di ragazze sono a rischio di subire tali mutilazioni ogni anno (15° *considerando*); 168 milioni di bambini sono sfruttati in varie forme di lavoro minorile, e fra questi 5,5 milioni sono sottoposti a lavoro forzato (16° *considerando*); in tutto il mondo, quasi 50 milioni di bambini sono emigrati oltre i confini del loro Paese o sono stati sfollati con la forza, e di questi circa 10 milioni sono rifugiati (18° *considerando*). Per tutti questi motivi – e in considerazione del fatto che l'impegno principale assunto dagli Stati nell'Agenda 2030 è quello di “non lasciare nessuno dietro”, soprattutto coloro che sono particolarmente vulnerabili – il Consiglio invita gli Stati ad adottare tutte le misure necessarie per garantire il godimento da parte dei bambini dei loro diritti umani (senza discriminazioni di alcun tipo), comprese quelle relative al raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda 2030 (par. 2). Ribadisce, inoltre, che il bambino, per lo sviluppo pieno e armonioso della sua personalità, dovrebbe crescere in un ambiente familiare e che l'interesse superiore del fanciullo dovrebbe essere il principio guida per ogni persona che è responsabile della sua educazione e protezione (par. 3). Tale principio può essere considerato il più importante fra quelli statuiti dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia delle Nazioni Unite del 1989, essendo il cardine di tale Convenzione e la linea lungo la quale le sue singole norme si snodano<sup>20</sup>.

La risoluzione 34/16 del Consiglio è una risoluzione abbastanza lunga e articolata rispetto a quelle solitamente assunte da tale organo. Essa è suddivisa in 5 parti che trattano rispettivamente dei seguenti temi: I. *A child rights based approach to implementing the 2030 Agenda*; II. *Promotion and protection of the rights of the child in the 2030 Agenda*; III. *Mainstreaming the rights of the child in the implementation of the Agenda 2030*; IV. *Follow-up*; V. *Mandate of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*. Il Consiglio, nella I parte della risoluzione, richiama l'attenzione degli Stati soprattutto sull'importanza di promuovere e adottare un approccio basato sui diritti del fanciullo nell'implementazione dell'Agenda 2030. A tal proposito, sottolinea la rilevanza di tali diritti come parte integrante delle strategie per lo sviluppo sostenibile (par. 7) e invita di conseguenza gli Stati «to promote, protect, respect and fulfil the rights of

---

<sup>20</sup> Esso è oggetto di un'esplicita affermazione già nell'art. 3 della Convenzione, sia nel primo che nel secondo comma. Nel primo si legge che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente»; nel secondo, in un contesto legislativo analogo, la locuzione usata è: «la protezione e le cure necessarie al suo benessere».

the child and to mainstream them into all legislation, policies, programmes and budgets, as appropriate, aimed at implementing the 2030 Agenda» (par. 4). Nella II parte li sollecita a prendere tutte le misure necessarie per realizzare pienamente gli obiettivi dell'Agenda al fine di contribuire alla realizzazione dei diritti dell'infanzia, attraverso, inter alia: «(a) Eradicating extreme poverty and reducing the number of children living in poverty [...]; (b) Sustaining efforts to ensure that the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health is promoted and protected, including by attaining all goals and targets related to Goal 3; (c) Continuing to take measures to ensure that all girls and boys [...] complete free, equitable and quality primary and secondary education [...]; (d) Protecting children from all forms of discrimination and eliminating all forms of violence against children in all settings [...]; (e) Achieving gender equality and the empowerment of all young women and girls by ending all forms of discrimination and violence against them in the public and private spheres [...], including by attaining all Goals and targets related to Goal 5» (par. 22).

Con particolare riferimento ai bambini vittime di sfruttamento sessuale, il Consiglio esprime apprezzamento per l'operato dello *Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography* e decide di estenderne il mandato per un periodo di ulteriori 3 anni (par. 31). Gli richiede, inoltre, di partecipare ai più importanti forum e ai maggiori eventi relativi all'Agenda 2030 e di intraprendere, in cooperazione con le pertinenti procedure speciali e gli attori del sistema delle Nazioni Unite, ricerche tematiche sull'attuazione effettiva dei *Goals* 16, 8 e 5, con particolare attenzione ai *targets* 16.2, 8.7 e 5.3, conformemente al suo mandato (par. 32)<sup>21</sup>. Relativamente al *follow-up* della risoluzione in esame, il Consiglio decide di continuare a tenere nella dovuta considerazione la questione dei diritti dell'infanzia conformemente al suo programma di lavoro e alle sue risoluzioni 7/29 del 28 marzo 2008 e 19/37 del 23 marzo 2012; stabilisce di focalizzare il *full-day meeting* del 2018 sul tema *Protecting the rights of the child in humanitarian situations* e chiede all'Alto commissario ONU per i diritti umani di preparare un rapporto su tale *focus* e di presentarlo alla 37ª sessione del Consiglio (par. 29).

Nella stessa sessione, la 34, il Consiglio dei diritti umani adotta la risoluzione 15, datata 24 marzo 2017<sup>22</sup>. Essa è intitolata *Birth registration and the right of everyone to recognition everywhere as a person before the law*. Se il principio che ispira l'intera Convenzione del 1989 sui diritti dell'infanzia è quello, già sopra citato, dell'interesse superiore del fanciullo, il diritto che potremmo definire il "prerequisito" essenziale per il godimento di tutti gli altri è proprio quello alla registrazione. Previsto dall'art. 7 della Convenzione<sup>23</sup>, tale diritto sancisce l'obbligo per gli Stati parti di sottoporre, immediatamente dopo la nascita, qualsiasi bambino a

<sup>21</sup> Tali *targets* sono relativi a: violenze nei confronti dei bambini (16.2); lavoro minorile e fenomeno dei bambini-soldato (8.7); matrimoni forzati e mutilazioni genitali femminili (5.3).

<sup>22</sup> UN Doc. A/HRC/RES/34/15, *Birth registration and the right of everyone to recognition everywhere as a person before the law*.

<sup>23</sup> Si tratta di garanzie che non costituiscono una novità, in quanto trovano enunciazione in molti altri documenti, sia nazionali che internazionali, sia relativi specificamente ai diritti del minore che ai diritti dell'uomo in generale: la Dichiarazione universale del 1948 (art. 15); la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 (principio 3); il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 24); la Convenzione americana sui diritti umani del 1969 (art. 20).

registrazione<sup>24</sup>. La particolare pregnanza di tale diritto e del connesso diritto al nome scaturisce, dunque, dal fatto che essi sono la condizione fondamentale per l'acquisizione della cittadinanza, ma anche di tutta una serie di diritti sia attuali (come quelli sociali) che potenziali (come quelli politici). Inoltre, la loro effettiva attuazione è indispensabile per eliminare quella "invisibilità", che favorisce qualsiasi forma di sfruttamento. È opportuno sottolineare che il diritto alla registrazione non è un diritto universalmente acquisito perché, ancora oggi, esistono molti Paesi in cui la registrazione anagrafica comporta costi eccessivi per le classi più povere (come ad es. in America Latina), oppure che sono del tutto privi di sistemi di registrazione (come ad es. in Africa).

Nella risoluzione 34/15 in esame, il Consiglio, dopo aver ricordato che gli Stati sono obbligati a registrare tutti i bambini, senza discriminazioni di alcun tipo, subito dopo la nascita e che tale obbligo è strettamente legato alla realizzazione di tutti gli altri diritti umani (2° *considerando*), sottolinea l'importanza di un approccio basato sui diritti umani nel processo di registrazione delle nascite, che deve essere basato sugli obblighi internazionali in materia. Ricorda le più recenti risoluzioni adottate sia dall'Assemblea generale (71/177 del 19 dicembre 2016) che dallo stesso Consiglio (28/13 del 23 marzo 2015) che prevedono tale obbligo (7° *considerando*) ed esprime la propria preoccupazione per il fatto che le persone non registrate possano avere difficoltà di accesso al godimento di una serie di diritti, compresi quelli al nome e ad acquisire una nazionalità, quelli relativi alla salute, all'istruzione, al benessere sociale, al lavoro e alla partecipazione politica; tali persone, inoltre, sono più vulnerabili all'emarginazione, all'esclusione, alla discriminazione, alla violenza, allo sfruttamento e all'abuso, anche nelle forme più gravi quali il lavoro minorile, la tratta di esseri umani, i matrimoni precoci e forzati e il reclutamento quali soldati (10° *considerando*).

Il Consiglio, nella risoluzione in esame, manifesta profonda preoccupazione anche perché, nonostante gli sforzi internazionali in atto per aumentare il tasso globale di registrazione delle nascite, secondo studi dell'UNICEF (come risulta nel rapporto dell'Alto commissario ONU per i diritti umani, UN Doc. A/HRC/33/22) quasi un quarto delle nascite della popolazione mondiale di bambini al di sotto dei 5 anni non è mai stato registrato (par. 1). Per questo motivo, invita gli Stati a garantire la registrazione gratuita delle nascite (così come la registrazione tardiva gratuita o comunque a basso costo), mediante procedure di registrazione universali, accessibili, semplici, rapide ed efficaci, senza discriminazioni di alcun tipo (par. 9). Li sollecita, inoltre, a considerare lo sviluppo di sistemi completi di registrazione civile, nonché la conservazione e la sicurezza di tali registri, attraverso una formazione adeguata dei funzionari addetti e lo stanziamento delle necessarie risorse tecniche e finanziarie (par. 5); ad adottare tutte le misure appropriate per archiviare e proteggere in modo permanente i registri di nascita e per prevenire la perdita o la distruzione dei documenti, anche in caso di situazioni di emergenza o di conflitto armato (par. 6); a valutare il potenziale rischio di discriminazioni derivanti da informazioni incluse in

---

<sup>24</sup> L'art. 7 sancisce anche che il fanciullo ha diritto, «nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi». Lo Stato, inoltre, secondo la previsione dell'art. 8 della Convenzione, deve proteggere (par. 1) e, all'occorrenza, ristabilire (par. 2) gli elementi costitutivi dell'identità di un fanciullo, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari. Esso, dunque, è obbligato a non alterare gli elementi costitutivi dell'identità di un fanciullo, ad esempio interrompendo i legami familiari di appartenenza.

un certificato di nascita, in particolare dai dettagli riguardanti l'etnia e la religione (par. 7).

Il Consiglio, infine, chiede all'Alto commissario ONU per i diritti umani di preparare, in consultazione con gli Stati, con le agenzie delle Nazioni Unite, con la società civile e con qualsiasi altra parte interessata, una relazione sulle *best practices*, per garantire l'accesso universale alla registrazione delle nascite, in particolare per i bambini più vulnerabili, emarginati e che vivono in situazioni di conflitto, povertà, emergenza, compresi quelli appartenenti a minoranze, quelli con disabilità, i figli dei migranti, dei richiedenti asilo, dei rifugiati e degli apolidi (par. 19); tale relazione dovrà essere presentata alla 39<sup>a</sup> sessione del Consiglio.

La risoluzione 35/16, *Child, early and forced marriage in humanitarian settings*, adottata dal Consiglio dei diritti umani il 22 giugno 2017<sup>25</sup>, costituisce un rilevante tassello del complesso mosaico concernente la lotta della Comunità internazionale contro il diffuso fenomeno dei matrimoni precoci e forzati, riconosciuti nel preambolo come una «*harmful practice that violates, abuses and impairs human rights*» (11° *considerando*); è una risoluzione che, come altre precedenti sul medesimo tema, si inserisce nel progetto di sviluppo individuato dai nuovi *Sustainable Development Goals*, in particolare dall'obiettivo 5 («*achieve gender equality and empower all women and girls*») e dal *target* 5.3 («*eliminate all harmful practices, such as child, early and forced marriage and female genital mutilation*»). La Comunità internazionale è dunque ormai pienamente consapevole della necessità di intervenire in maniera più efficace per contrastare un fenomeno che continua ad avere una portata rilevante. Secondo i dati presentati da UNICEF e Save the Children l'11 ottobre 2016, in occasione della Giornata mondiale delle bambine e delle ragazze, 700 milioni di bambine e ragazze nel mondo sono state obbligate a sposarsi prima dei 18 anni (tra loro, 250 milioni addirittura prima dei 15 anni) e ogni 7 secondi si sposa una bambina con meno di 15 anni. Secondo un'altra ricerca, questa volta italiana (promossa dal Gruppo parlamentare Salute globale e diritti delle donne e dall'Associazione italiana donne per lo sviluppo), sono circa 60 milioni i matrimoni forzati ogni anno, 146 i Paesi dove le ragazze possono sposarsi al di sotto dei 18 anni e 52 quelli in cui il matrimonio è consentito prima di compiere i 15 anni; ma, anche dove la legge lo impedisce, si verificano casi limite di matrimoni combinati con bambine di 8 o 10 anni. Le minori di 15 anni che partoriscono sono ogni anno 2 milioni su un totale di 7,3 milioni di madri adolescenti; se la tendenza attuale si confermerà, il numero di nascite da ragazze con meno di 15 anni potrebbe salire a 3 milioni l'anno nel 2030.

Si tratta di un fenomeno che riguarda soprattutto i Paesi più poveri, ma ormai anche i Paesi industrializzati, in conseguenza delle migrazioni: dunque, pur essendovi la tendenza a identificare la presenza di tale fenomeno in specifiche aree del mondo, quali Medio Oriente, Est Europa, Africa e Asia, in realtà esso ha rivelato in più occasioni una natura globale. Benché il matrimonio precoce e forzato coinvolga anche bambini e ragazzi, il numero delle bambine e delle ragazze risulta decisamente superiore e, soprattutto, il fenomeno le colpisce con maggiore intensità in quanto frutto di discriminazione. Una delle principali cause di tali matrimoni è la povertà. In alcuni Paesi il matrimonio precoce è visto come una strategia di sopravvivenza economica per le famiglie in condizioni di estrema povertà e a volte

---

<sup>25</sup> UN Doc. A/HRC/RES/35/16, *Child, early and forced marriage in humanitarian settings*.

può celare una condizione di effettivo sfruttamento sessuale. Ovviamente anche il contesto socio-culturale gioca un ruolo preponderante. Le situazioni di conflitto bellico e post-bellico contribuiscono poi a incrementare il numero dei matrimoni forzati: le ragazze vengono reclutate o rapite dai gruppi armati e obbligate a sposarsi con i capi militari. Un ulteriore fattore di tali matrimoni può essere individuato nella mancanza o nell'inadeguatezza delle leggi di contrasto al fenomeno.

Il Consiglio dei diritti umani, nella risoluzione 35/16 in esame, dopo aver richiamato le sue risoluzioni 24/23 del 27 settembre 2013 e 29/8 del 2 luglio 2015, nonché le risoluzioni dell'Assemblea generale 69/156 del 18 dicembre 2014 e 71/175 del 19 dicembre 2016 (2° *considerando*), accoglie con favore l'adozione della già citata Agenda 2030, in particolare del *target* 5.3 (6° *considerando*) e la presentazione del rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite sul tema dei matrimoni precoci e forzati (UN Doc. A/71/253; 9° *considerando*). Ricordando, come già accennato in premessa, che tale tipologia di matrimonio «is a harmful practice that violates, abuses and impairs human rights and is linked to and perpetuates other harmful practices, including female genital mutilation, and human rights violations, and that such violations have a disproportionately negative impact on women and girls» (11° *considerando*) e che esso incide su ogni aspetto della vita della vittima (istruzione, formazione, salute fisica e mentale, attività lavorativa, partecipazione alla vita sociale, ecc.), il Consiglio invita gli Stati, con la partecipazione delle parti interessate, a sviluppare e attuare risposte globali, esaustive e coordinate, per prevenire e contrastare il matrimonio precoce e forzato, nel rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani (par. 2). Li esorta, inoltre, a rimuovere qualsiasi disposizione che possa consentire, giustificare o condurre a matrimoni precoci o forzati di minori, comprese le disposizioni che consentano agli autori di stupri, abusi sessuali, sfruttamento sessuale, rapimento, traffico di persone o schiavitù di sfuggire ai procedimenti penali sposando la loro vittima (par. 4). Li invita, infine, a promuovere il dialogo attivo con i minori che sono potenziali vittime di tale abuso, in particolare con le bambine, su ogni questione che li riguarda, con l'obiettivo di sensibilizzarli sui loro diritti (par. 10). Il Consiglio si rivolge poi all'Ufficio dell'Alto commissario ONU per i diritti umani chiedendogli di creare un portale web per raccogliere e organizzare le informazioni relative ai matrimoni precoci e forzati di bambini e invitandolo ad elaborare un rapporto scritto sull'argomento da presentare alla 41ª sessione del Consiglio (par. 19); decide, infine, di continuare a prendere in considerazione la questione del rafforzamento degli sforzi per prevenire ed eliminare tale fenomeno (par. 20).

Quello dei "minori stranieri non accompagnati" (spesso indicati, in Italia, con l'acronimo MISNA) costituisce un fenomeno di estrema attualità e rilevanza, tanto che la Giornata mondiale del migrante e del rifugiato quest'anno (15 gennaio 2017) è stata dedicata proprio a loro, ossia ai "Migranti minorenni, vulnerabili e senza voce" (come recita il titolo dell'iniziativa). La generale definizione di MISNA è di derivazione comunitaria (art. 2 della direttiva europea 2001/55) ed indica «i cittadini di paesi terzi o gli apolidi di età inferiore ai 18 anni che entrano nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnati da una persona adulta responsabile per essi in base alla legge o agli usi, finché non ne assuma effettivamente la custodia una persona per essi responsabile, ovvero i minori che sono lasciati senza accompagnamento una volta entrati nel territorio degli Stati membri». Nel contesto nazionale italiano il legislatore aveva già precedentemente fornito la seguente accurata definizione-

ne: «quel minore non avente cittadinanza italiana o di altro Paese dell'Unione europea e che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova in Italia privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano» (D.P.C.M. 1999, n. 535, *Regolamento concernente i compiti del Comitato per i Minori Stranieri*). A livello globale, ovviamente va eliminato qualsiasi riferimento agli Stati membri o alla Unione Europea, rilevando esclusivamente il fatto che il bambino o l'adolescente sia "migrante" e sia "non accompagnato", secondo la classica definizione utilizzata nei documenti redatti in ambito ONU: «*Unaccompanied migrant children and adolescent*». A tal proposito è utile ricordare le esplicitazioni fornite dal Comitato sui diritti del fanciullo, nel *General Comment* n. 6 (2005), intitolato *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*: «7. Unaccompanied children (also called unaccompanied minors) are children, as defined in article 1 of the Convention, who have been separated from both parents and other relatives and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible for doing so; 8. Separated children are children, as defined in article 1 of the Convention, who have been separated from both parents, or from their previous legal or customary primary care-giver, but not necessarily from other relatives. These may, therefore, include children accompanied by other adult family members; 9. A "child as defined in article 1 of the Convention", means "every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier." This means that any instruments governing children in the territory of the State, cannot define a child in any way that deviates from the norms determining the age of majority in that State; 11. Country of origin is the country of nationality, or, in the case of a stateless child, the country of habitual residence».

Il fenomeno in esame è in costante aumento. Nel corso degli ultimi anni, infatti, la configurazione dei flussi migratori in generale è andata profondamente modificandosi a causa della presenza costante di minori stranieri migranti, molti dei quali – appunto – non accompagnati. Ciò ha finito dunque con il rappresentare un fenomeno specifico all'interno del fenomeno migratorio. Facendo riferimento al contesto nazionale, secondo i dati dell'UNHCR (riportati nel "rapporto sperduti", di maggio 2017, redatto dall'UNICEF in collaborazione col CNR-Irpps), sono 181.436 le persone sbarcate in Italia nel 2016, e tra queste i minorenni sono 28.223; tra i minori il 92% (25.846) non sono accompagnati<sup>26</sup>. Andando al più ampio contesto europeo, stando ai dati di *Missing Children Europe, network* europeo a tutela dei bambini scomparsi e vittime di sfruttamento (di cui fa parte Telefono Azzurro), solo nel 2015 sono arrivati in Europa circa 90.000 minori non accompagnati e ogni due minuti viene segnalato un caso di sparizione; nello stesso anno, secondo l'Europol, circa 10 mila sono scomparsi dopo poche ore dalla registrazione e solo una minima parte è stata in seguito ritrovata. A livello globale i numeri sono enormi, allarmanti e difficilmente quantificabili.

<sup>26</sup> A proposito dell'Italia è opportuno ricordare che il 6 maggio 2017 è entrata in vigore la legge 7 aprile 2017, n. 47 (approvata dalla Camera con 375 voti favorevoli, 13 contrari e 41 astenuti) recante *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*: si tratta del primo testo di tal genere nel territorio europeo.

Nella risoluzione 36/5, adottata il 28 settembre 2017<sup>27</sup>, il Consiglio, dopo aver richiamato i più rilevanti strumenti internazionali in materia (comprese le risoluzioni dell'Assemblea generale e dello stesso Consiglio), nonché i rapporti dello *Special Rapporteur on the human rights of migrants*, in particolare quelli relativi ai diritti dei minori migranti non accompagnati, si dichiara profondamente preoccupato dal numero crescente di tali minori, che sono particolarmente vulnerabili quando tentano di attraversare i confini dei loro Paesi su pericolose rotte migratorie (15° *considerando*): questi bambini possono essere esposti a gravi violazioni dei diritti umani che possono minacciare il loro benessere fisico, emotivo e psicologico, potendo subire ad opera di organizzazioni e gruppi criminali transnazionali abusi e sfruttamento sessuali, tratta, violenza, lavoro forzato, ed altre gravi violazioni dei loro più elementari diritti fondamentali (16° *considerando*). Il Consiglio invita gli Stati a garantire cure e servizi adeguati, integrati e attenti alle questioni di genere per tutti i minori migranti non accompagnati e separati, fin dal momento del loro arrivo o transito, per proteggerli da ogni forma di abuso, negligenza, sfruttamento e violenza e li esorta a provvedere alla loro salute, educazione e sviluppo in modo adeguato all'età e al genere, cercando di garantire un *continuum* di protezione lungo tutto il ciclo migratorio (par. 3).

Il Consiglio invita, inoltre, gli Stati a promuovere e proteggere efficacemente i diritti umani e le libertà fondamentali di tutti i migranti, in particolare dei bambini e degli adolescenti non accompagnati, a prescindere dal loro *status* migratorio, e ad affrontare il fenomeno delle migrazioni attraverso la cooperazione internazionale, regionale o bilaterale e con un approccio globale ed equilibrato, riconoscendo i ruoli e le responsabilità dei Paesi di origine, di transito e di destinazione (par. 4). Li incoraggia a prevenire la separazione dei bambini e degli adolescenti migranti dalle loro famiglie e a dare priorità al ricongiungimento familiare, tranne quando questo sia in contrasto con il superiore interesse del minore, tenendo pienamente conto del suo diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni in merito a qualsiasi questione che lo riguardi (par. 5).

Nella parte finale della risoluzione il Consiglio richiede all'Alto commissario ONU per i diritti umani, nell'ambito dei preparativi per la realizzazione del *Global compact for safe, orderly and regular migration* e in conformità alle risoluzioni 71/1 e 71/280 dell'Assemblea generale del 6 aprile 2017, di coordinarsi con gli Stati e con lo *Special Representative of the SG for International Migration* per contribuire a identificare, attraverso un approccio basato sui diritti umani, misure concrete e *best practices* per migliorare la condizione dei minori migranti non accompagnati (par. 11); invita, infine, le "procedure speciali" del Consiglio, conformemente ai rispettivi mandati, a continuare a tenere in debita considerazione la situazione di questi minori e l'impatto di tale fenomeno sul pieno godimento dei loro diritti umani (par. 12).

4. *Diritti umani delle persone con disabilità*. – Con riferimento ai diritti delle persone con disabilità il Consiglio ha adottato negli anni varie risoluzioni, alcune di carattere generale, altre relative a questioni specifiche, occupandosi, ad esempio, del sostegno internazionale a favore dei singoli Stati che s'impegnano per la realizzazione dei diritti delle persone con disabilità, della partecipazione alla vita politica e pubblica da parte dei disabili, del lavoro e dell'occupazione delle persone

---

<sup>27</sup> UN Doc. A/HRC/RES/36/5, *Unaccompanied migrant children and adolescent and human rights*.

disabili. Il 22 giugno 2017 il Consiglio ha adottato la risoluzione 35, dedicata in maniera specifica alle attività e al mandato dello *Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*<sup>28</sup>. L'attuale Relatore è la costaricana Catalina Devandas-Aguilar, che è anche la prima a ricoprire tale carica (la cui istituzione è abbastanza recente risalendo alla risoluzione 26/20 del 2014). La risoluzione del 2017 in esame ha l'obiettivo di estenderne e specificarne il mandato. In essa il Consiglio richiama innanzitutto la Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili del 13 dicembre 2006, entrata in vigore il 3 maggio 2008 (1° *considerando*)<sup>29</sup>, e chiede agli Stati che non abbiano ancora aderito ad essa e al suo Protocollo opzionale di considerare la questione in maniera prioritaria (par. 6). Il Consiglio, profondamente preoccupato per il fatto che, in tutte le parti del mondo, le persone con disabilità continuano a incontrare ostacoli alla loro piena partecipazione alla società e a subire violazioni dei loro diritti umani (3° *considerando*), riafferma l'obbligo prioritario degli Stati di adottare tutte le misure appropriate per eliminare la discriminazione nei confronti delle persone disabili e promuovere, proteggere e rispettare i loro diritti e la loro dignità (par. 1).

Il Consiglio esprime apprezzamento per il lavoro fin qui svolto dal Relatore speciale e decide di estenderne il mandato per un periodo di 3 anni. Decide, inoltre, di specificarne i compiti modificando in parte quanto già previsto dalla precedente risoluzione 26/20 (par. 3). In conseguenza di tali novità il mandato dello *Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities* risulta così articolato: «(a) To develop a regular dialogue and to consult with States and other relevant stakeholders [...] to identify, exchange and promote good practices relating to the realization of the rights of persons with disabilities and their participation as equal members of society; (b) To gather, request, receive and exchange information and communications from and with States and other relevant sources [...] on violations of the rights of persons with disabilities; (c) To make concrete recommendations on how to better promote and protect the human rights of persons with disabilities [...] and how to promote their role as both agents for and beneficiaries of development; (d) To conduct, facilitate and support the provision of advisory services, technical assistance, capacity-building and international cooperation in support of national efforts for the effective realization of the rights of persons with disabilities; (e) To raise awareness of the rights of persons with disabilities, to combat stigma, stereotypes, prejudices, segregation and all harmful practices that hinder their opportunity to fully enjoy their human rights to participate in society on an equal basis with others [...]; (f) To work closely with the special procedures and other human rights mechanisms of the Human Rights Council, the treaty bodies [...] and other relevant United Nations agencies, programmes and funds [...]; (g) To cooperate closely with the Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities [...]; (h) To integrate a gender perspective throughout the work of the mandate and to address multiple, intersecting and aggravated forms of discrimination faced by persons with disabilities; (i) To report annually to the Human Rights Council [...] and to the General Assembly [...] in accordance with their respective programmes of work» (par. 3). Alcune modifiche sono state necessarie per adeguare

---

<sup>28</sup> UN Doc. A/HRC/RES/35/6, *Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*.

<sup>29</sup> V. [www.un.org](http://www.un.org). A dicembre 2017 sono 175 gli Stati che hanno ratificato la Convenzione e 92 il Protocollo.

il mandato del Relatore all'adozione (2015) dei *Sustainable Development Goals*, altre invece riguardano un più puntuale riferimento alle pratiche di discriminazione e segregazione oppure la specificazione che i rapporti al Consiglio e all'Assemblea generale, i quali devono essere redatti in formati accessibili, devono includere il sistema *Braille*.

Il Consiglio, infine, invita tutti gli Stati a cooperare con il Relatore speciale nell'esecuzione del suo mandato, fornendogli tutte le informazioni necessarie, accettando le richieste di visita dei propri Paesi e dando attuazione ed appropriato seguito alle sue raccomandazioni (par. 4); richiede al Segretario Generale e all'Alto commissario ONU per i diritti umani di fornire al Relatore speciale tutte le risorse umane, tecniche e finanziarie necessarie per l'effettivo adempimento del suo mandato (par. 8).

5. *Discriminazione per motivi di religione.* – Il Consiglio dei diritti umani, nella sua 34<sup>a</sup> sessione ordinaria, affronta, tra gli altri, il tema della discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali, adottando due risoluzioni in materia: la 34/10 e la 34/32, del 23 e 24 marzo 2017. Nella risoluzione 34/10<sup>30</sup> sono innanzitutto richiamati (nei *considerando*) importanti documenti internazionali in materia, quali la risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 36/55 del 25 novembre 1981 (*Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme d'intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o il credo*), l'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il Consiglio – dopo aver espresso profonda preoccupazione per gli ostacoli emergenti al godimento del diritto alla libertà di religione o di credo (par. 3) – sottolinea l'importanza di un dialogo continuo e rafforzato in tutte le sue forme e con la più ampia partecipazione e prende atto con apprezzamento delle diverse iniziative in tal senso (par. 10), tra cui l'Alleanza delle Civiltà (*United Nations Alliance of Civilizations*) – un'iniziativa lanciata il 21 settembre 2004, durante la 59<sup>a</sup> sessione dell'Assemblea generale, con l'obiettivo di riunire Stati e organizzazioni internazionali al fine di promuovere la cooperazione globale su questioni interculturali e incoraggiare il dialogo e il confronto fra “civiltà” differenti<sup>31</sup> – e alcuni programmi condotti dell'UNESCO (come ad es. il programma MOST, *Management of Social Transformation*)<sup>32</sup>.

Il Consiglio, inoltre, relativamente al lavoro dello *Special Rapporteur* in materia<sup>33</sup>, accoglie con favore il rapporto tematico (in cui viene presentata una panoramica delle attività rientranti nel mandato) presentato il 17 gennaio 2017<sup>34</sup> e prende atto delle raccomandazioni in esso contenute (par. 13); inoltre, dopo aver sollecitato i Governi a cooperare pienamente con tale Relatore, ad esempio accogliendo le sue richieste di visita dei loro Paesi (par. 15), lo invita a relazionare annualmente al Consiglio e all'Assemblea generale in conformità ai rispettivi programmi di lavoro (par. 17). Con riferimento al ruolo degli Stati, li invita a esercitare le opportune azioni per prevenire e punire gli atti di violenza contro le persone appartenenti a minoranze religiose (par. 7), a sfruttare il potenziale

<sup>30</sup> UN Doc. A/HRC/RES/34/10, *Freedom of religion or belief*.

<sup>31</sup> Per approfondimenti v. [www.unaoc.org](http://www.unaoc.org).

<sup>32</sup> Per approfondimenti v. [www.unesco.org](http://www.unesco.org).

<sup>33</sup> Lo *Special Rapporteur on freedom of religion or belief* dal 1° novembre 2016 è Ahmed Shaheed.

<sup>34</sup> UN Doc. A/HRC/34/50, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*.

dell'istruzione per l'eliminazione dei pregiudizi basati sulla religione (par. 12) e a intensificare i loro sforzi per promuovere e proteggere la libertà di pensiero, coscienza, religione o credo (par. 9)

Con la successiva risoluzione, la 34/32<sup>35</sup>, il Consiglio – riaffermando l'obbligo degli Stati di eliminare tutte le forme di discriminazione basate sulla religione e di adottare le misure necessarie che garantiscano una protezione eguale ed effettiva dinanzi alla legge – esprime profonda preoccupazione per l'esistenza di orientamenti e di programmi difesi da organizzazioni estremiste che mirano a creare o perpetuare e mantenere stereotipi negativi nei confronti di alcuni gruppi religiosi, in particolar modo quando tali situazioni sono tollerate dai governi (par. 1). La risoluzione accoglie la Dichiarazione del Segretario generale dell'Organizzazione della conferenza islamica, resa durante la 15<sup>a</sup> sessione del Consiglio, soprattutto con riferimento a una serie di aspetti che possono favorire un clima di tolleranza religiosa, pace e rispetto (par. 7), come la creazione di un *network* di collaborazione che promuova il dialogo (lett. a); la messa in opera di meccanismi che identifichino le aree di potenziale conflitto (lett. b); l'adozione e la concreta attuazione di misure volte a criminalizzare l'incitamento alla violenza basato sulla differenza di religione o di credo (lett. f). Invita, dunque, gli Stati (par. 8) ad adottare misure efficaci per garantire che i funzionari pubblici, nello svolgimento dei loro compiti, non compiano alcuna discriminazione sulla base della religione o del credo (lett. a); a incoraggiare la partecipazione e la rappresentanza degli individui, indipendentemente dalla loro religione, in tutti i settori della società (lett. c); a contrastare l'uso della religione come criterio nella conduzione di interrogatori, perquisizioni e altre procedure investigative delle forze dell'ordine (lett. d). Chiede, infine, un rafforzamento degli sforzi internazionali volti a promuovere un dialogo globale per la diffusione della cultura della tolleranza a tutti i livelli, basata sul rispetto delle diversità di religioni e credenze (par. 14), e si rivolge all'Alto commissario ONU per i diritti umani invitandolo a preparare e presentare alla 37<sup>a</sup> sessione del Consiglio un rapporto di *follow-up*, con conclusioni elaborate sulla base delle informazioni fornite dagli Stati, in merito alle misure da essi adottate per l'attuazione del piano d'azione delineato nei paragrafi 7 e 8 della risoluzione in esame (par. 13).

#### 6. *Crisi economica e finanziaria e suo impatto sul godimento dei diritti umani.*

– L'attuale crisi economica e finanziaria mondiale ha aggravato le violazioni dei diritti umani: la crisi ha, infatti, comportato la mancanza di cibo, di acqua potabile, di lavoro, ma anche l'aumento di xenofobia, razzismo e repressione. Il tema in esame è stato più volte oggetto dei lavori sia della Commissione sui diritti umani (ris. 1998/24 del 17 aprile 1998; 199/22 del 23 aprile 1999; 2000/82 del 26 aprile 2000; 2004/18 del 16 aprile 2004 e 2005/19 del 14 aprile 2005), sia del Consiglio, che ha trattato il tema, oltre che in numerose sessioni ordinarie (la più recente è la 31<sup>a</sup>), anche durante la 10<sup>a</sup> sessione speciale (dedicata, a testimonianza dell'importanza e della gravità del fenomeno, proprio all'impatto della crisi economica e finanziaria mondiale sulla realizzazione universale e sull'effettivo godimento dei diritti umani).

---

<sup>35</sup> UN Doc. A/HRC/RES/34/32, *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief.*

Nel 2017 il Consiglio si sofferma su tale tema in una sola risoluzione, la 34/3, adottata il 23 marzo<sup>36</sup>, nella quale viene affrontato specificamente il tema relativo agli effetti che il debito estero e gli altri obblighi finanziari internazionali degli Stati hanno sul pieno godimento dei diritti umani, con particolare riferimento a quelli economici, sociali e culturali. Il Consiglio, nei *considerando* della risoluzione, sottolinea innanzitutto come già la *World Conference on Human Rights* (Vienna, 1993) abbia invitato la Comunità internazionale a compiere ogni sforzo per contribuire ad alleggerire l'onere del debito estero dei Paesi in via di sviluppo, che limita enormemente la capacità di promuovere lo sviluppo sociale e di conseguire l'effettiva realizzazione dei diritti umani. Ricordiamo che varie sono state le iniziative internazionali di riduzione del debito, come ad esempio la HIPC *Initiative* (*Heavily Indebted Poor Countries*) e la MDRI (*Multilateral Debt Relief Initiative*). La prima fu creata nel 1996 con l'obiettivo di ridurre a "livelli" sostenibili l'onere del debito dei Paesi più poveri del mondo; questa venne poi affiancata nel 2005 dalla MDRI, con lo scopo della cancellazione totale del debito da parte di 4 principali istituzioni multilaterali (FMI, IDA, African Development Fund e Inter-American Development Bank)<sup>37</sup>.

Nel testo del documento il Consiglio accoglie con favore (par. 8) il rapporto del 27 dicembre 2016<sup>38</sup> dell'*Independent Expert on the effect of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*<sup>39</sup>, focalizzato sui diritti dei lavoratori in relazione alle riforme economiche e alle misure di austerità (dovute alla crisi) e si invitano i Governi, le organizzazioni internazionali, le istituzioni finanziarie internazionali e le Ong a cooperare pienamente con l'Esperto indipendente per facilitare lo svolgimento del suo mandato (parr. 10-11).

Il Consiglio, inoltre, esprime grande apprezzamento (par. 7) per il rapporto del 20 luglio 2016 dell'*Advisory Committee* focalizzato su *The activities of vulture funds and the impact on human rights* (UN Doc. A/HRC/33/54). Tale rapporto è dedicato al problema dei *vulture funds*, ossia dei "predatori di fondi", espressione che indica quegli enti privati commerciali che acquisiscono (comprando, per cessione o per altre forme di transazione) debiti statali non rimborsati con l'obiettivo di raggiungere un alto profitto. I predatori di fondi, infatti, solitamente acquisiscono – sul mercato secondario, ad un prezzo di gran lunga inferiore al loro valore nominale – i debiti dei c.d. Paesi HIPC, per poi tentare, attraverso vie giudiziarie, sequestro di beni o anche tramite pressione politica, di ottenere il rimborso dell'intero valore nominale del debito, oltre agli interessi e alle penali. È facilmente comprensibile, dunque, quanti e quali danni arrechino questi enti al già debole apparato di

<sup>36</sup> UN Doc. A/HRC/RES/34/3, *Mandate of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*.

<sup>37</sup> Sui risultati di tali iniziative si veda il documento *Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative and Multilateral Debt Relief Initiative (MDRI) - Statistical Update*, del 1° settembre 2017, disponibile sul sito del FMI ([www.imf.org](http://www.imf.org)).

<sup>38</sup> UN Doc. A/HRC/34/57, *Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*.

<sup>39</sup> L'*Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights* da giugno 2014 è l'argentino Juan Pablo Bohoslavsky.

risanamento del debito estero degli HIPC, nonché dei Paesi che non sono ancora in condizioni economiche critiche<sup>40</sup>. Il rapporto, articolato in 10 capitoli, nel terzo prende in considerazione alcuni *case studies* di Paesi che sono stati oggetto di “attacchi” da parte di *vulture funds*: si tratta dello Zambia (*Donegal International v. Zambia*), della Repubblica Democratica del Congo (*FG Hemisphere v. Democratic Republic of the Congo*) e dell’Argentina (*NML Capital Limited v. Argentina*).

Il Consiglio, decidendo di tenere la materia in alta considerazione (par. 17), estende il mandato dell’Esperto indipendente per un periodo di ulteriori 3 anni (par. 9) e gli chiede di partecipare ai *forum* politici internazionali relativi all’attuazione dell’Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile (con particolare attenzione agli obiettivi 10 e 17); gli chiede, altresì, di elaborare Linee guida concernenti l’impatto delle politiche di riforma economica sui diritti umani (par. 13); lo invita, infine, a riferire regolarmente sullo svolgimento del suo mandato al Consiglio e all’Assemblea generale conformemente ai rispettivi programmi di lavoro (par. 16).

7. *La situazione in Medio Oriente.* – Il tema concernente i rapporti tra lo Stato di Israele ed i Territori palestinesi è stato affrontato dal Consiglio dei diritti umani più volte, in sessioni sia ordinarie che speciali, e costituisce indubbiamente uno dei temi “politicamente” più spinosi con cui esso deve confrontarsi. A tal proposito è opportuno ricordare che recentemente (giugno 2017), l’Ambasciatrice statunitense alle Nazioni Unite, Nikki Haley, ha paventato un’uscita degli USA dal Consiglio proprio a causa di un atteggiamento “sbilanciato” di quest’ultimo contro Israele.

Nel 2017 il tema è stato oggetto di analisi in varie risoluzioni, tutte adottate nella 34<sup>a</sup> sessione: 34/27, 34/28, 34/29, 34/30, 34/31. Esse trattano sostanzialmente delle seguenti questioni: 1) rispetto dei diritti umani nel Golan siriano; 2) diritto del popolo palestinese all’autodeterminazione; 3) situazione dei diritti umani nei Territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est; 4) insediamenti israeliani nei Territori palestinesi occupati, inclusa Gerusalemme Est, e nel territorio del Golan siriano.

In tali risoluzioni il Consiglio esprime profonda preoccupazione per le sofferenze a cui sono sottoposti i cittadini delle zone del Golan siriano a causa delle continue e sistematiche violazioni dei loro fondamentali diritti umani da parte di Israele. Esorta, quindi, Israele a desistere dall’imporre la propria legislazione, giurisdizione e amministrazione a tali territori e invita gli Stati membri delle Nazioni Unite a non riconoscere queste misure. Il Consiglio riafferma il diritto «inalienabile, permanente e incondizionato» del popolo palestinese ad autodeterminarsi. Con riferimento alla costruzione di insediamenti israeliani nei Territori palestinesi, inclusa Gerusalemme Est, e nel territorio del Golan siriano, il Consiglio contesta ad Israele l’espansione degli insediamenti, la demolizione di case, la confisca e la distruzione di proprietà, l’espulsione di palestinesi. Sollecita, dunque, Israele a cambiare rotta nella politica degli insediamenti, come primo passo verso un loro smantellamento, e gli chiede di adempiere agli obblighi giuridici menzionati nel parere consultivo emesso, su richiesta dell’Assemblea generale dell’ONU, dalla Corte internazionale di giustizia in data 9 luglio 2004 e concernente le conseguenze giuridiche della costruzione del “muro”.

---

<sup>40</sup> Infatti, secondo uno studio dell’EMTA (Trade Association for Emerging Markets) almeno 9 Paesi non-HICP (tra cui, in Europa, Bulgaria e Polonia) sono stati oggetto di acquisizioni da parte di *vulture funds*.

Analizzando brevemente le votazioni finali delle risoluzioni prese in esame, fra gli Stati che hanno dissentito dalle posizioni del Consiglio una costante risulta essere l'atteggiamento degli Stati Uniti d'America. Ancora una volta è da sottolineare la frattura all'interno di questo organo in ragione di specificità geopolitiche rispetto ad alcune decisioni "critiche" che esso è chiamato a prendere.

In Medio Oriente anche la situazione della Siria è altrettanto drammatica. Fin dall'inizio della guerra civile il Consiglio dei diritti umani ha lavorato attivamente e ha dedicato numerose risoluzioni (adottate durante sessioni sia ordinarie che speciali) alla questione siriana. Il Consiglio, in questi documenti, ha più volte dichiarato la sua preoccupazione per il continuo deterioramento della situazione in Siria, a causa – in particolare – della persistente violazione dei diritti umani e del ricorso alla violenza da parte delle autorità nei confronti della popolazione civile. Il Governo siriano, infatti, ha ripetutamente e sistematicamente violato numerosi diritti dell'uomo e libertà fondamentali sanciti dai più importanti documenti internazionali in materia; ha commesso azioni disumane, come la tortura o la proibizione dell'accesso alle cure mediche; ha utilizzato la forza contro la popolazione (compresi i bambini); ha provocato la morte di migliaia di civili. Ha, in sostanza, causato una vera e propria crisi umanitaria.

Nel 2017 il Consiglio ha approvato, in tutte le sessioni tenute, alcune risoluzioni che trattano della situazione dei diritti umani nella Repubblica araba siriana: 34/26, 35/26, 36/20 (*The human rights situation in the Syrian Arab Republic*). In esse il Consiglio – dopo aver richiamato tutte le risoluzioni precedentemente adottate – condanna le continue violenze che il governo siriano infligge ai propri cittadini, non adempiendo così al fondamentale dovere di proteggere la popolazione, e lo esorta a sospendere tutti gli atti di violenza e a rispettare gli obblighi previsti dal diritto internazionale. Condanna fermamente l'assedio e il bombardamento della zona est di Aleppo della seconda metà del 2016, che ha sottoposto la popolazione civile della città a sofferenze indicibili e ha causato centinaia di vittime, nonché l'attacco a un convoglio di aiuti umanitari avvenuto il 19 settembre 2016, in cui hanno perso la vita almeno 14 persone. Infine, condanna con la massima fermezza l'uso di armi chimiche, nonché l'uso indiscriminato da parte delle autorità siriane di armi pesanti e bombardamenti aerei, comprese le munizioni a grappolo, le armi incendiarie e i missili balistici, e chiede a tali autorità e a tutte le altre parti in conflitto di garantire l'effettiva attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza 2139 (2014) e 2254 (2015) e della risoluzione 2199 (2015), quest'ultima relativa alla distruzione del patrimonio culturale siriano.

Il Consiglio invita tutti gli Stati delle Nazioni Unite, in particolare quelli membri dell'*International Syria Support Group*, a creare le condizioni che promuovano i negoziati per una soluzione politica del conflitto; si compiace del lavoro svolto dalla *Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, istituita con risoluzione S-17/1 per indagare su tutte le violazioni dei diritti umani commesse dal marzo 2011 nel Paese, e ne estende il mandato per un altro anno; chiede alla Commissione d'inchiesta di fornire un aggiornamento orale al Consiglio e poi un rapporto scritto nelle prossime sessioni. Chiede alle autorità siriane di collaborare pienamente con il Consiglio e con la Commissione d'inchiesta (accordandole un accesso immediato, completo e senza restrizioni in tutto il territorio della Siria) e, ribadendo che l'unica soluzione al conflitto potrà essere di carattere politico, rinnova l'invito a tutti i membri della comunità internazionale di mantenere

federe agli impegni presi durante la Conferenza di Londra tenutasi il 4 febbraio 2016. Il Consiglio, infine, accoglie con favore l'istituzione, da parte dell'Assemblea generale (ris. 71/240 del 21 dicembre 2016), dell'*International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011* e invita gli Stati membri delle Nazioni Unite a sostenere attivamente tale meccanismo.

8. *La situazione dei diritti umani in Myanmar.* – Un altro Paese che è frequentemente oggetto delle risoluzioni del Consiglio dei diritti umani è il Myanmar. Negli scorsi anni tali risoluzioni hanno riguardato soprattutto il fenomeno delle detenzioni arbitrarie. La legislazione internazionale non fornisce una definizione chiara e precisa di detenzione arbitraria, sicché spetta ai singoli Stati elaborare leggi nazionali che definiscano i parametri di legalità delle detenzioni, rispettando i canoni internazionali in materia (ad es. l'art. 9 della Dichiarazione universale dei diritti umani). Il *Working Group on Arbitrary Detention*<sup>41</sup>, nei suoi vari documenti, l'ha definita come «una detenzione che è contraria alle disposizioni dei maggiori strumenti internazionali in difesa dei diritti umani». La detenzione arbitraria, dunque, si verifica quando non ci siano fondamenti giuridici per la limitazione della libertà o laddove una persona sia privata della sua libertà nel momento in cui abbia esercitato le libertà e i diritti garantiti dalla Dichiarazione universale e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Negli Stati dove esistono regimi dittatoriali o militari il fenomeno delle detenzioni arbitrarie colpisce soprattutto quelle persone (sia figure politiche ed istituzionali che semplici cittadini) che lottano contro il regime e che combattono per porre fine alle gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani da esso poste in essere. È questo il caso del Myanmar, ex Birmania, Paese del sud-est asiatico, un tempo una delle nazioni più ricche dell'Asia e oggi una delle meno sviluppate, che dal 1988 è stato governato da una giunta militare (SPDC, Consiglio di Stato per la pace e lo sviluppo) a capo di un regime dittatoriale. Regime che, per impedire l'esercizio delle libertà fondamentali sancite da molteplici strumenti internazionali, ha posto in essere, oltre a violenze fisiche e massacri, anche detenzioni e arresti arbitrari nei confronti di qualsiasi oppositore<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Il Presidente del *Working Group on Arbitrary Detention* dal 2014 è il messicano José Guevara.

<sup>42</sup> Tra le persone che sono state oggetto di tali arresti v'è innanzitutto la *leader* politica e pacifista birmana Aung San Suu Kyi, guida di un movimento non-violento, la Lega nazionale per la democrazia (LND), nonché premio Nobel per la pace del 1991 grazie al suo impegno nella difesa dei diritti umani. Fra alterne vicende, Aung San Suu Kyi, perseguitata dal regime, ha passato circa 15 anni in stato di arresto, diventando un vero e proprio "caso" internazionale. Il 7 novembre 2010 ci sono state le elezioni (dalle quali è stata esclusa la LND) in cui il partito della giunta militare (USDP, Unione per la solidarietà e lo sviluppo) ha ottenuto l'80% dei voti, e dopo pochi giorni (il 13 novembre) le autorità hanno rilasciato San Suu Kyi. Le elezioni sono state però pesantemente "condizionate" dal regime. Come Presidente è stato eletto (gennaio 2011) Thein Sein, ex primo ministro, che per oltre 10 anni ha fatto parte della giunta militare alla guida del Paese. Dal 2016 (in seguito alle elezioni del novembre 2015) il nuovo Presidente è Htin Kyaw, stretto collaboratore di San Suu Kyi, primo civile a ricoprire l'incarico dopo più di 50 anni di presidenti legati ai militari. La transizione da un regime militare a una democrazia parlamentare ha condotto ad alcuni risultati positivi: ufficialmente, dal 1° gennaio 2014, il Paese non ha più prigionieri politici o di coscienza, in quanto un "perdono presidenziale" ha liberato coloro che erano detenuti a causa di una serie di reati sanzionati dalla legge d'emergenza utilizzata negli anni del regime militare, ma le cui conseguenze si sono prolungate sotto il nuovo percorso democratico avviato nel 2011.

Dal 2011 in Myanmar è in atto una transizione “democratica” da un regime militare a una democrazia parlamentare; con le elezioni del 2015 (e la Presidenza ricoperta da un civile dopo più di 50 anni di presidenti legati alla giunta militare) sembrava che il Paese potesse cambiare volto e che Aung San Suu Kyi potesse provare a limitare il potere conservato dall’esercito e a imporre, col tempo, un governo fatto completamente da civili. Ma, a due anni di distanza da quelle elezioni, la situazione nel Paese è ancora molto delicata. Tra le altre cose, il Governo del Myanmar è considerato responsabile di una delle crisi umanitarie più gravi degli ultimi anni – quella che coinvolge i *rohingya* (minoranza etnica di religione islamica presente nello Stato di Rakhine)<sup>43</sup> – e l’esercito ha raggiunto un livello di popolarità tra la popolazione birmana che non si vedeva da decenni. Tale minoranza è oggetto di discriminazioni (come ad esempio le leggi che negano ai *rohingya* i diritti di registrazione alla nascita, di sposarsi, di muoversi liberamente) e di persecuzioni (per le quali l’ONU ha denunciato una vera e propria “pulizia etnica”), che hanno costretto centinaia di migliaia di persone a lasciare le loro case e rifugiarsi nei campi profughi in Bangladesh<sup>44</sup>.

Per tali motivi l’attenzione del Consiglio si è spostata dal fenomeno delle detenzioni arbitrarie ad altre grave forme di violazioni dei diritti umani, inclusi tortura e trattamenti inumani, rapimenti, violenze sessuali, sparizioni forzate, esecuzioni sommarie, spostamenti forzati di persone e distruzioni illegali di proprietà. Il Consiglio si è occupato di queste questioni nella risoluzione 34/22<sup>45</sup>, adottata il 24 marzo 2017 – nella quale decide di inviare urgentemente una *Independent international fact-finding mission* per stabilire i fatti e le circostanze delle presunte recenti violazioni dei diritti umani da parte di forze militari e di sicurezza in Myanmar, in particolare nello Stato di Rakhine (par. 11) – e nella decisione 36/115<sup>46</sup>, del 29 settembre 2017, con cui decide di estendere il mandato di tale missione di inchiesta (par. 1).

Da ultimo, il 5 dicembre 2017, il Consiglio ha deciso di dedicare un’apposita sessione speciale (*Human rights situation of the minority Rohingya Muslim population and other minorities in the Rakhine State of Myanmar*) alla questione ed ha adottato la risoluzione S-27/1<sup>47</sup>. In tale risoluzione, il Consiglio, profondamente allarmato dallo scoppio delle violenze nello Stato di Rakhine nell’ottobre 2016 e nell’agosto 2017, che ha causato lo spostamento forzato di altre centinaia di migliaia di civili *rohingya* verso il Bangladesh (12° *considerando*) e notando con estrema preoccupazione che quasi il 60 per cento di tali civili sono bambini, molti dei quali non accompagnati, separati o orfani (13° *considerando*), condanna fermamente tali sistematiche violazioni dei diritti umani commesse in Myanmar (par. 1).

---

<sup>43</sup> Si tratta di un territorio della Birmania, inaccessibile a turisti e giornalisti, che si trova ad ovest del Paese.

<sup>44</sup> Numerose organizzazioni umanitarie e *leader* di Paesi occidentali hanno, dunque, criticato Aung San Suu Kyi per quella che è stata definita una “pulizia etnica” ai danni dell’etnia *rohingya*. In realtà, come sostenuto da diversi analisti ed esperti, la persona che ha pianificato e ordinato le violenze non è stata San Suu Kyi, ma il capo dell’esercito birmano, il generale Min Aung Hlaing, cioè l’uomo più potente e influente del Myanmar, che potrebbe anche candidarsi a diventare il prossimo Presidente (nelle elezioni del 2020).

<sup>45</sup> UN Doc. A/HRC/RES/34/22, *Situation of human rights in Myanmar*.

<sup>46</sup> UN Doc. A/HRC/DEC/36/115, *Extension of the mandate of the independent international fact-finding mission in Myanmar*.

<sup>47</sup> UN Doc. A/HRC/RES/S-27/1, *Situation of human rights of Rohingya Muslim and other minorities in Myanmar*.

Il Consiglio accoglie con favore la formazione da parte del Governo del Myanmar della *Advisory Commission on Rakhine State*, presieduta da Kofi Annan (che ha presentato la sua relazione finale nell'agosto 2017), nonché l'adozione dello strumento bilaterale intitolato *Arrangement on return of displaced persons from Rakhine State*, recentemente concluso tra il Bangladesh e il Myanmar (19° *considerando*). Invita, dunque, il Governo del Myanmar a garantire la protezione dei diritti umani di tutte le persone, comprese le appartenenti alla comunità musulmana dei *rohingya* e alle altre minoranze (par. 3); lo esorta a prendere tutte le misure necessarie per garantire giustizia alle vittime (par. 5) e a cooperare pienamente con la missione di accertamento dei fatti istituita dal Consiglio con la risoluzione 34/22 (par. 7). Incoraggia, infine, ulteriori sforzi internazionali per promuovere il dialogo interreligioso, al fine di allentare la tensione e promuovere la coesistenza pacifica tra tutti i gruppi etnici e religiosi in Myanmar (par. 19) e chiede all'Alto commissario ONU per i diritti umani di preparare un rapporto scritto sulla situazione (compreso il livello di cooperazione con la missione d'inchiesta e con gli altri meccanismi di tutela dei diritti umani delle Nazioni Unite) e sull'attuazione della presente risoluzione (par. 22).

GIUSEPPE GIOFFREDI

## CONSIGLIO DI SICUREZZA

(ottobre-dicembre 2017)

1. *Considerazioni introduttive.* – Oltre al rinnovo dei mandati dei vari meccanismi istituiti o meno ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite (tra cui diverse *peace-keeping operations*), il trimestre in parola si segnala anche per la presidenza italiana del Consiglio di sicurezza del mese di novembre nella figura dell'ambasciatore Sebastiano Cardi, l'inasprimento del regime sanzionatorio nei confronti della Repubblica popolare democratica di Corea e il sostegno garantito dal Consiglio di sicurezza e dall'intera Organizzazione al processo di cooperazione strutturata avviato dal Burkina Faso, Ciad, Mali, Mauritania e Niger per fronteggiare alcune sfide transnazionali e transfrontaliere.

2. *Il rinnovo dei mandati delle peace-keeping operations, di missioni di osservazione e di altri meccanismi.* – Continua a destare preoccupazione e sconcerto la situazione umanitaria in Siria, sempre più grave nonostante gli sviluppi positivi del conflitto armato contro l'ISIL e il Fronte al-Nuṣra: più di 13 milioni di persone hanno bisogno di urgente assistenza umanitaria e medica, tra cui 6,1 milioni sono sfollati, 2,9 milioni vivono in zone difficili da raggiungere e centinaia di migliaia di civili sono intrappolati in aree assediate dai combattimenti. Alla luce di questo quadro drammatico il Consiglio di sicurezza continua a portare avanti i suoi sforzi, seppur con punti di vista discordanti e alcuni distinguo. All'interno di tale impegno rientra la risoluzione 2393, approvata il 19 dicembre con dodici voti favorevoli e tre astensioni<sup>1</sup>, che ha rinnovato fino al 10 gennaio 2019 le decisioni prese con risoluzione 2165 (2014), ossia: (a) l'autorizzazione data alle agenzie umanitarie delle Nazioni Unite e ai loro *partner* di utilizzare i tragitti che passano attraverso le linee di conflitto e gli incroci di confine di Bab al-Salam, Bab al-Hawa, Al Yarubiyah e Al-Ramtha al fine di garantire che l'assistenza umanitaria (comprese le forniture mediche e chirurgiche) raggiunga le persone che ne hanno bisogno in tutta la Siria previa notifica alle autorità siriane; (b) il mandato del meccanismo di monitoraggio incaricato di visionare e verificare il carico di tutti gli aiuti umanitari delle agenzie umanitarie delle Nazioni Unite per il loro passaggio in Siria attraverso i valichi di frontiera di Bab al-Salam, Bab al-Hawa, Al Yarubiyah e Al-Ramtha, con la notifica

---

<sup>1</sup> Sulla risoluzione, messa a punto da Egitto, Giappone e Svezia, si sono astenuti Cina, Federazione Russa e Bolivia, per tre motivi principali: essa non ha tenuto in considerazione i cambiamenti verificatisi in Siria dal 2014, anno in cui fu adottato il meccanismo transfrontaliero per la fornitura di aiuti umanitari, e da meccanismo temporaneo e transitorio si sta trasformando in meccanismo stabile e permanente; le agenzie delle Nazioni Unite non sono riuscite a garantire l'effettivo controllo dei carichi di aiuti umanitari e l'intero piano di assistenza è gestito di fatto dalle ONG, le quali come, cosa e a chi stanno fornendo aiuto «continues to be a mystery wrapped in an enigma» (Vladimir Safronkov, ambasciatore russo); gli estensori della bozza di risoluzione non hanno preso in considerazione i contributi di tutti i membri del Consiglio e, pur di accelerare l'adozione della risoluzione, hanno svolto consultazioni troppo rapide.

delle Nazioni Unite alle autorità siriane al fine di confermare la natura umanitaria di dette spedizioni. Nel trimestre in parola, inoltre, il Consiglio di sicurezza ha adottato all'unanimità, il 21 dicembre, la risoluzione 2394, con cui ha rinnovato il mandato della *Forza di disimpegno degli osservatori delle Nazioni Unite* (UNDOF) fino al 30 giugno 2018 e ha chiesto al Segretario generale di relazionare ogni 90 giorni in merito agli sviluppi della situazione e alle misure prese per attuare la risoluzione 338 (1973).

3. *Il rinnovo dei mandati dei meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, delle autorizzazioni alle forze multinazionali e delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti ed individui.* – Nel periodo considerato il Consiglio di sicurezza ha provveduto a rinnovare i mandati di meccanismi e operazioni di *peacekeeping* istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Le risoluzioni di riferimento, adottate tutte all'unanimità, sono: (a) la 2386 del 15 novembre, con cui ha prorogato fino al 15 maggio 2018 il mandato della *Forza di sicurezza provvisoria delle Nazioni Unite per Abyei* (UNISFA)<sup>2</sup>; (b) la 2387, del 15 novembre, che ha esteso fino al 15 novembre 2018 il mandato della *Missione multidimensionale integrata di stabilizzazione delle Nazioni Unite nella Repubblica Centrafricana* (MINUSCA) e ne ha aumentato di 900 unità la componente militare, con lo scopo di aumentare la flessibilità e la mobilità dell'operazione e quindi aumentare l'efficacia dell'attuazione del suo mandato<sup>3</sup>; (c) la 2392, del 14 dicembre, che ha prolungato fino al 15 marzo 2018 il mandato della *Missione delle Nazioni Unite nella Repubblica del Sudan del Sud* (UNMISS), autorizzandola a utilizzare «all necessary means» per svolgere i suoi compiti.

4. *Situazione in Colombia.* – Il Consiglio di sicurezza è tornato sulla situazione in Colombia in continua e rapida evoluzione dopo gli accordi di pace tra Governo e Forze armate rivoluzionarie di Colombia-Esercito popolare (FARC-EP) e, con la risoluzione 2381, adottata all'unanimità il 5 ottobre, ha deciso che la *Missione di verifica delle Nazioni Unite*, istituita con risoluzione 2366 (2017), parteciperà e coordinerà fino al 9 gennaio 2018 i lavori del meccanismo di monitoraggio e verifica composto dai rappresentanti del Governo colombiano, dell'Esercito di liberazione nazionale (ELN), delle Nazioni Unite e della Santa Sede. Lo scopo è

---

<sup>2</sup> I compiti della missione consistono nel: proteggere il personale, le strutture, le installazioni e l'equipaggiamento di UNISFA e delle Nazioni Unite; garantire la sicurezza e la libertà di movimento del personale delle Nazioni Unite, del personale impegnato nell'assistenza umanitaria e dei membri del Comitato congiunto di osservatori militari e delle squadre congiunte di osservatori militari; proteggere i civili nell'area di Abyei esposti a imminente violenza fisica senza pregiudicare però le responsabilità in capo alle autorità competenti; tutelare l'area di Abyei dalle incursioni degli elementi non autorizzati; assicurare la sicurezza dell'area di Abyei.

<sup>3</sup> La risoluzione prevede i seguenti compiti: proteggere i civili; fornire buoni uffici e sostenere il processo di pace, compreso la riconciliazione nazionale e la coesione sociale; facilitare la creazione di un ambiente sicuro per una immediata, completa, sicura e libera fornitura di assistenza umanitaria; proteggere il personale, l'equipaggiamento e i beni delle Nazioni Unite; sostenere l'estensione dell'autorità dello Stato, il dispiegamento delle forze di sicurezza e la preservazione dell'integrità territoriale; fornire consulenza tecnica e strategica per attuare la riforma del settore della sicurezza; supportare le autorità centrafricane nello sviluppo e nell'attuazione di un programma graduale e inclusivo di disarmo, smobilitazione e reinserimento dei combattenti; promuovere e proteggere i diritti umani; sostenere la giustizia nazionale e internazionale, la lotta contro l'impunità e lo Stato di diritto; sostenere le autorità centrafricane nella lotta contro lo sfruttamento e il traffico illecito delle risorse naturali.

quello di verificare il rispetto del cessate il fuoco temporaneo con l'ELN a livello locale, regionale e nazionale, sforzarsi di prevenire gli incidenti migliorando il coordinamento tra le parti e la risoluzione delle controversie, consentire una risposta tempestiva delle parti a eventuali incidenti e verificare e relazionare al pubblico e alle parti circa la conformità con il cessate il fuoco.

5. *Situazione in Iraq.* – Con la risoluzione 2390, approvata all'unanimità l'8 dicembre, i Quindici hanno concluso che tutte le disposizioni decise con le risoluzioni 1958 (2010) e 2335 (2016) a norma del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite sono state pienamente attuate. Nello specifico, come previsto dal par. 7 della risoluzione 1958, il Segretario generale ha stipulato gli accordi necessari con il Governo iracheno (a) per fornire un'adeguata indennità alle Nazioni Unite, ai suoi rappresentanti, agenti e *contractors* indipendenti per quanto riguarda tutte le attività connesse al Programma *Oil-for-food* sin dal suo inizio (ossia il 1995) e (b) per fare in modo che il Governo iracheno rinunci a qualsiasi rivendicazione futura nei confronti delle Nazioni Unite, dei suoi rappresentanti, agenti e *contractors* indipendenti per ciò che concerne tutte le attività connesse a tale programma sin dal suo inizio. E infine i fondi rimanenti nei conti di garanzia previsti dai paragrafi 3-5 della risoluzione 1958 (2010) sono stati trasferiti al governo iracheno come stabilito dal par. 2 della risoluzione 2335 (2016) del Consiglio di sicurezza.

6. *Situazione in Bosnia-Erzegovina.* – Nel trimestre in esame si registra il nuovo intervento dei Quindici sulla situazione della Bosnia-Erzegovina. Il 7 novembre 2017, all'unanimità e sulla base del capitolo VII dello Statuto delle Nazioni Unite, è stata adottata la risoluzione 2384 la quale, riconoscendo che la situazione nella regione continua ad essere una minaccia per la pace e la sicurezza internazionali, ha rinnovato di altri dodici mesi l'autorizzazione data agli Stati membri che agiscono mediante o in cooperazione con l'operazione militare dell'Unione europea (EUFOR ALTHEA) e con la NATO di mantenere il Quartier generale dell'Organizzazione nordatlantica per continuare a portare avanti, con tutti i mezzi necessari, i compiti previsti dall'Accordo di pace in collaborazione con EUFOR ALTHEA. A tal proposito il Consiglio dell'Unione europea si era da poco detto disponibile a riconfermare la missione, la cui autorizzazione sarebbe scaduta l'8 novembre 2017 e appunto è stata rinnovata con la risoluzione in parola<sup>4</sup>.

7. *Misure contro il traffico di migranti e la tratta di esseri umani nel Mediterraneo.* – Il Consiglio di sicurezza, dato il perdurare di fenomeni criminali gravi quali il traffico di migranti e la tratta di esseri umani nel Mar Mediterraneo al largo delle coste libiche, ha adottato all'unanimità, il 5 ottobre, ai sensi del capitolo VII della Carta la risoluzione 2380, con cui ha rinnovato per dodici mesi l'autorizzazione data agli Stati membri, singolarmente o nel quadro di organizzazioni regionali<sup>5</sup>, di

---

<sup>4</sup> Nelle conclusioni del 16 ottobre 2017 il Consiglio ha stabilito: «In this context, as part of the overall EU strategy for Bosnia and Herzegovina, the Council confirms the EU's readiness to continue at this stage the executive military role of Operation Althea to support Bosnia and Herzegovina's authorities to maintain the safe and secure environment, under a renewed UN mandate».

<sup>5</sup> Il riferimento è evidentemente all'Unione europea, che nel Mediterraneo ha dispiegato da tempo l'operazione *EUNAVFOR Med* (Operazione Sophia), rinnovata fino al 31 dicembre 2018 con decisione del Consiglio (PESC) 2017/1385 del 25 luglio 2017. Inoltre l'UE assiste il Governo di accordo nazionale

ispezionare nelle acque internazionali al largo delle coste libiche le imbarcazioni verso cui si hanno fondati motivi che siano utilizzate per il traffico di migranti e la tratta di esseri umani dalla Libia e, nel caso in cui questo sospetto sia confermato, procedere al loro sequestro. Inoltre, nello svolgimento di tali attività, gli Stati sono autorizzati «to use all measures commensurate to the specific circumstances» per fronteggiare i trafficanti di migranti e di esseri umani.

8. *L'importanza della componente di polizia nelle operazioni di peace-keeping.* – La risoluzione 2382 (2017), approvata all'unanimità il 6 novembre, è integralmente dedicata all'importante ruolo ricoperto dalle unità di polizia nel contesto delle *peace-keeping operations* e nelle missioni politiche speciali alle quali contribuiscono a realizzare compiti quali, ad esempio, la protezione dei civili e l'assistenza agli Stati nei programmi di *capacity-building*. Questo riconoscimento si inserisce nel processo di riforma delle operazioni di sostegno alla pace delle Nazioni Unite, in cui i contingenti di polizia messi a disposizione dagli Stati membri dovranno assumere un compito ancora più rilevante. Per questo il Consiglio di sicurezza continuerà a promuovere la messa a punto e l'operatività dello *Strategic Guidance Framework for International Police Peacekeeping* e ha chiesto ai Paesi contributori di unità di polizia di collaborare ulteriormente nel mettere a disposizione personale ben addestrato, equipaggiato e rapidamente dispiegabile, ufficiali di polizia individuali altamente qualificati, esperti civili con elevate competenze specialistiche e squadre di polizia specializzate con un supporto adeguato. Inoltre, in futuro dovrà crescere la quota di agenti di polizia donna per puntare a un raddoppio del loro numero entro il 2020.

9. *La problematica situazione in Somalia.* – I Quindici nel trimestre in parola sono tornati sulla situazione sempre precaria e deteriorata della Somalia. La prima risoluzione adottata ha riguardato i persistenti atti di pirateria e rapina al largo delle coste del Paese africano, che continuano a costituire una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali. Per questo il 7 novembre il Consiglio ha adottato all'unanimità e ai termini del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite la risoluzione 2383, con cui ha innanzitutto condannato tali azioni, evidenziando come esse aggravino l'instabilità in Somalia introducendo ingenti quantità di denaro illecito che, a sua volta, alimenta ulteriormente il crimine, la corruzione e il terrorismo. Dopo aver sollecitato le autorità somale a lottare contro la pirateria e la Comunità internazionale a fornire loro il supporto necessario, il Consiglio ha accolto con favore la decisione del Governo delle Seychelles di istituire un tribunale *ad hoc* per la pirateria e la criminalità marittima e i primi casi di pirateria sottoposti a procedimento penale. Ma, soprattutto, ha deciso di estendere per altri dodici mesi dalla data di questa risoluzione l'autorizzazione concessa agli Stati membri e alle organizzazioni regionali<sup>6</sup> a entrare nelle acque territoriali somale e a utilizzare tutti i mezzi

---

della Libia attraverso l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (più nota come Frontex) e l'operazione *EU Border Assistance Mission in Libya* (EUBAM), dispiegata nel 2013 nel quadro della Politica di sicurezza e difesa comune (decisione del Consiglio n. 2013/233/PSDC del 22 maggio 2013).

<sup>6</sup> Il riferimento è soprattutto all'Unione europea, che sostiene gli sforzi anti-pirateria della Somalia attraverso due operazioni, l'*EUNAVFOR Somalia* (Operazione Atalanta), missione diplomatico-militare iniziata nel dicembre 2008 (azione comune del Consiglio 2008/851/PESC del 10 novembre 2008) e la *EU*

necessari (quindi anche ricorrere alla forza) per reprimere gli atti di pirateria e di rapina a mano armata<sup>7</sup>.

La seconda risoluzione, la 2385 (2017), anch'essa approvata in base al capitolo VII della Carta (14 novembre), ha fatto registrare una votazione piuttosto contrastata, visto che la bozza di documento, preparata dal Regno Unito, ha ottenuto undici voti a favore e ben quattro astensioni, tra cui Cina e Federazione Russa (oltre che Bolivia ed Egitto). Il documento ha ribadito il pacchetto di sanzioni nei confronti della Somalia e dell'Eritrea, confermando per entrambi i Paesi l'embargo sulle armi e il divieto di *import/export* del carbone somalo e ha prorogato fino al 15 dicembre 2018 il mandato del *Gruppo di monitoraggio sulla Somalia e l'Eritrea*<sup>8</sup>.

10. *La situazione nella regione dei Grandi Laghi*. – L'8 dicembre il Consiglio di sicurezza ha adottato all'unanimità la risoluzione 2389 con cui è tornato ad occuparsi della situazione alquanto deteriorata della regione dei Grandi Laghi. Il coacervo di problemi degli ultimi anni ha finito per creare un contesto ancora più a rischio per la pace e la sicurezza regionale e internazionale. Sette milioni di sfollati interni, 3,5 milioni di rifugiati, attività destabilizzanti di gruppi armati nazionali e esteri, sfruttamento e mercato illecito delle risorse naturali, flussi illegali di armi, in particolare nella Repubblica democratica del Congo (RDC): sono solo i maggiori tra i molti problemi che tormentano l'area. Data, appunto, la gravità della situazione la risoluzione in parola non sembra essere all'altezza, poiché ha un tenore meramente esortativo verso i governi della regione, la Comunità internazionale e finanche i gruppi armati che minacciano la stabilità dei Paesi considerati e l'incolumità dei civili. Infatti, il documento si limita a richiamare tutti gli attori in campo al rispetto dei loro obblighi, assunti anche mediante accordi internazionali multilaterali, come il *Peace, Security and Cooperation Framework* per la RDC e la regione, al cui fine è importante anche il sostegno fattivo dei garanti come l'Unione africana, la Conferenza internazionale sulla regione dei Grandi Laghi, la Comunità per lo sviluppo dell'Africa meridionale e le Nazioni unite. Per adempiere a tali obiettivi, i firmatari dell'Accordo devono prima di tutto non interferire negli affari interni dei Paesi vicini, non devono fornire assistenza o supporto di alcun tipo ai gruppi armati e non devono ospitare criminali di guerra. Il Consiglio, inoltre, li incoraggia ad affrontare il crescente bisogno di aiuti umanitari e a sostenere, insieme alla MONUSCO, il Governo congolese nella neutralizzazione di tutti i gruppi armati attivi nella parte orientale del Paese. Infine, esso invita l'inviato speciale dell'ONU per la regione dei Grandi Laghi a continuare il suo impegno a livello regionale e internazionale nel

---

*Capacity Building Mission in Somalia* (EUCAP Somalia), missione civile lanciata nel luglio 2012 (decisione del Consiglio 2012/389/PESC del 16 luglio 2012).

<sup>7</sup> A tal proposito, gli Stati membri e le organizzazioni regionali che collaborano con le autorità somale sono tenuti a informare entro nove mesi il Consiglio di sicurezza e il Segretario generale circa lo stato di avanzamento delle azioni intraprese nell'esercizio di queste autorizzazioni. Entro lo stesso termine temporale, gli Stati aderenti al Gruppo di contatto sulla pirateria al largo delle coste della Somalia (*Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia* – CGPCS) devono presentare un rapporto riguardante l'istituzione della giurisdizione e della cooperazione nelle indagini e nelle azioni penali relative alla pirateria.

<sup>8</sup> Le delegazioni che si sono astenute hanno motivato la loro decisione sottolineando da una parte come le sanzioni debbano essere considerate un mezzo e non un fine per raggiungere una pace duratura e stabile, dall'altra parte come ormai da quattro anni il *Gruppo di monitoraggio sulla Somalia e l'Eritrea* evidenzia l'assoluta mancanza di prove dell'appoggio dell'Eritrea al gruppo terrorista Al-Shabaab, cioè il motivo che nel 2009 fece scattare le sanzioni contro Asmara.

perseguire la pace e la stabilità della RDC e dell'area attraverso, ad esempio, il dialogo regionale e la promozione di elezioni nazionali tempestive, credibili e inclusive.

11. *La questione della pace e della sicurezza nell'area nevralgica del Sahel.* – Anche nell'ultimo trimestre del 2017 i fari del Consiglio di sicurezza si sono accessi verso la regione centro-africana del Sahel, tanto importante quanto attraversata da sfide e minacce transnazionali di tutti i tipi, in primo luogo terrorismo e criminalità organizzata, ma anche tratta di esseri umani e traffico di migranti, armi, droga e risorse naturali.

Proprio per fronteggiare questa situazione altamente deteriorata, nel febbraio del 2014 cinque Paesi saheliani – Burkina Faso, Ciad, Mali, Mauritania e Niger – hanno costituito il *Gruppo dei Cinque per il Sahel (G5 Sahel)*<sup>9</sup>, un quadro istituzionale per il coordinamento e il monitoraggio della cooperazione regionale, il cui scopo è fronteggiare più efficacemente le problematiche transnazionali impossibili da gestire singolarmente. Tale collaborazione ha portato alla creazione della *Forza congiunta del G5 del Sahel (FC-G5S)*, incaricata di svolgere operazioni militari antiterrorismo a carattere transfrontaliero e il cui dispiegamento è stato autorizzato il 13 aprile 2017, per un iniziale periodo di dodici mesi, dal Consiglio per la pace e la sicurezza dell'Unione africana e accolto con favore dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con risoluzione 2359 (2017). Ora i Quindici, approvando l'8 dicembre all'unanimità la risoluzione 2391, provano a supportare tale processo sub-regionale che ha risvolti regionali e internazionali vasti e significativi. Per questo esso si compiace del sostegno che il G5 Sahel e la sua Forza congiunta hanno da subito saputo catalizzare, ad esempio con riferimento all'Unione europea e ai suoi Stati membri, all'Unione Africana e ai donatori internazionali, che hanno messo a disposizione più di 177 milioni di euro.

Ovviamente, anche l'ONU è in prima linea nel contribuire a puntellare questa assistenza mediante, ad esempio, la strategia integrata per il Sahel (*United Nations integrated strategy for the Sahel – UNISS*), la *Missione multidimensionale integrata di stabilizzazione delle Nazioni Unite in Mali (MINUSMA)* e la richiesta formulata al Segretario generale di concludere un accordo tecnico tra Organizzazione, UE e Stati del G5 Sahel, per fare in modo che MINUSMA fornisca sostegno operativo e logistico alla Forza congiunta del G5 Sahel<sup>10</sup>.

La risoluzione dedica anche un importante spazio alla dimensione dei diritti umani, ricordando che la Forza congiunta dovrà condurre le sue operazioni nel pieno rispetto del diritto internazionale umanitario, del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale sui rifugiati; prevedere una prospettiva di genere nel suo concetto strategico; proteggere i bambini e reintegrare quelli che per un periodo sono stati associati a gruppi armati; prevenire e combattere l'impunità legata agli abusi e allo sfruttamento sessuale.

<sup>9</sup> Communiqué final du Sommet des Chefs d'État du G5 du Sahel, *Création d'un cadre institutionnel de coordination et de suivi de la coopération régionale dénommé G5 du Sahel*, Nouakchott, 16 febbraio 2014. Il 19 dicembre dello stesso anno, inoltre, i Paesi del G5 Sahel hanno firmato a Nouakchott (Mauritania) la *Convention portant création du G5 Sahel*, che ha istituito ufficialmente l'organizzazione.

<sup>10</sup> Tale sostegno potrebbe esplicitarsi nel pieno rimborso delle spese sostenute dalle Nazioni Unite e erogato attraverso il meccanismo di finanziamento dell'UE istituito per coordinare i contributi volontari internazionali messi a disposizione della FC-G5S.

Inoltre, il Consiglio esprime una profonda preoccupazione per i continui ritardi nella piena attuazione delle disposizioni fondamentali dell'Accordo sulla pace e la riconciliazione in Mali e rinnova l'invito al Governo maliano e ai gruppi armati firmatari di prendere immediatamente le azioni concrete per rendere operativa l'amministrazione transitoria nel Nord del Paese, istituire un meccanismo di coordinamento operativo a Kidal e Timbuktu, progredire nel processo di decentramento, assicurare la partecipazione piena e paritaria delle donne alla vita politica e pubblica e, infine, fare progressi nel processo di disarmo, smobilitazione e reintegro. Per concludere, la risoluzione chiede al Segretario generale, in stretto coordinamento con gli Stati del G5 Sahel e l'Unione africana, di presentare una relazione al Consiglio di sicurezza sulle attività svolte dalla Forza congiunta del G5 Sahel, cinque mesi dopo l'adozione di questa risoluzione e successivamente ogni sei mesi, incentrandosi soprattutto sui progressi nella messa in opera del FC-G5S, sul supporto internazionale fornito alla stessa, sull'attuazione dell'accordo tecnico tra ONU, MINUSMA e FC-G5S, sulle sfide affrontate dalla Forza e, infine, sull'attuazione e il rispetto da parte degli Stati del G5 del Sahel del quadro di conformità del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani e dello *Human Rights Due Diligence Policy on United Nations support to Non-United Nations security forces* (HRDDP).

12. *Traffico di migranti e tratta di esseri umani come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali.* – Il Consiglio di sicurezza, il 21 novembre, ha adottato all'unanimità la risoluzione 2388, con cui ha ribadito una posizione ormai consolidata dell'Organizzazione e della Comunità internazionale tutta, ossia che il traffico di migranti e la tratta di esseri umani rappresentano attività illecite già gravi di per sé, in quanto lesive dei più elementari diritti umani, ma ancora più intollerabili in quanto minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali. Per questo il Consiglio ha prima di tutto sollecitato gli Stati membri a ratificare o ad aderire alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale e il relativo Protocollo addizionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini. Ha poi invitato gli Stati a rivedere, modificare e attuare la loro legislazione riguardante la lotta alla tratta degli esseri umani e a combattere i reati che potrebbero essere connessi ad essa nelle zone colpite da conflitti armati (riciclaggio del denaro, corruzione). Inoltre, ha condannato la vendita e il commercio delle persone praticato dall'ISIL, tra cui quello riguardante gli Yazidi e le persone appartenenti a minoranze etniche e religiose, e altri tipi di crimini quali la schiavitù sessuale, lo sfruttamento sessuale e il lavoro forzato commessi da altre organizzazioni terroristiche, come Boko Haram, Al-Shabaab e l'Esercito di resistenza del Signore. Infine, il documento si focalizza sulla protezione dei bambini vittime di tratta e invita gli Stati membri a fare il possibile per identificare i minori non accompagnati o separati dai loro familiari al fine di garantire loro una tempestiva registrazione e il soddisfacimento delle loro particolari esigenze di protezione.

13. *Nuove sanzioni per la Corea del Nord.* – Il 28 novembre la Repubblica popolare democratica di Corea (RPDC) ha effettuato un nuovo, ennesimo test missilistico, che ha spinto il Consiglio di sicurezza a inasprire il regime sanzionatorio verso Pyongyang adottando all'unanimità e ai sensi del capitolo VII della Carta la risoluzione 2397 (l'ultima del 2017). Con essa i Quindici hanno esteso il congelamento dei beni al Ministero delle forze armate del popolo e a 16 individui aventi

ruoli apicali nel regime e ai quali si applica anche il divieto di viaggio<sup>11</sup>. Inoltre, essi hanno deciso delle sanzioni mirate settore per settore, sia per l'*export* che per l'*import* nordcoreano. In tal senso hanno posto dei severi vincoli all'importazione di greggio (4 milioni di barili o 525.000 tonnellate nell'arco di dodici mesi) e di prodotti petroliferi raffinati, tra cui diesel e cherosene (500.000 barili in dodici mesi a partire dal 1° gennaio 2018).

Per Pyongyang, invece, sarà vietato esportare prodotti alimentari e agricoli, macchinari, materiale elettrico, terra, pietre (incluse magnesite e magnesite), legno e navi. Inoltre dovranno essere rimpatriati immediatamente, e comunque non oltre i 24 mesi dall'adozione della risoluzione in parola, tutti i cittadini nordcoreani all'estero i cui guadagni, derivanti dal loro lavoro in un altro Stato, servono a sostenere i programmi missilistici e nucleari in patria.

Ancora, dato che la RPDC continua in maniera illegale a esportare carbone e altri materiali proibiti e a importare petrolio mediante il trasferimento da nave a nave, gli Stati membri sono tenuti a sequestrare quelle navi nordcoreane stanziare nei loro porti o sottoposte alla loro giurisdizione di cui si hanno ragionevoli motivi per ritenere che siano implicate in attività o nel trasporto di beni vietati dalle risoluzioni finora adottate.

Per quanto riguarda l'attuazione delle sanzioni, gli Stati membri devono relazionare al Consiglio di sicurezza, entro novanta giorni dall'adozione della risoluzione, e sono autorizzati a sequestrare e distruggere tutti i beni la cui fornitura, vendita, trasferimento e esportazione sono proibiti dalle risoluzioni.

Infine, con riguardo alla dimensione politica, il Consiglio ha condannato la condotta di Pyongyang che, per sviluppare i programmi missilistici e nucleari, sottrae risorse fondamentali per il benessere del suo popolo il quale, secondo l'Ufficio delle Nazioni Unite per il coordinamento dell'assistenza umanitaria, per oltre la metà soffre per lo scarso approvvigionamento dei prodotti alimentari e medici e per il 41% è composto da persone denutrite.

La risoluzione auspica una ripresa dei colloqui a sei (*Six Party Talks*) tra Corea del Nord, Corea del Sud, USA, Russia, Cina e Giappone e ribadisce l'impegno del Consiglio per sostenere gli impegni stabiliti dalla dichiarazione congiunta del 19 settembre 2005, tra cui gli obiettivi di una denuclearizzazione pacifica e verificabile della penisola coreana, dell'adesione della RPDC al Trattato di non proliferazione e della conclusione degli accordi di salvaguardia con l'Agenzia internazionale per l'energia atomica.

14. *Minacce alla pace e alla sicurezza internazionali causate dagli atti terroristici.* – Il Consiglio di Sicurezza nel trimestre considerato si è occupato anche delle sfide e delle minacce alla pace e alla sicurezza internazionali rappresentate dagli atti di terrorismo che vengono compiuti in più parti del mondo. In tal senso ha

---

<sup>11</sup> Ch'oe So'k Min, Chu Hyo'k, Kim Kyong Il, Kim Tong Chol, Ko Chol Man, Ku Ja Hyong, Ri Chun Hwan, Ri Chun Song sono rappresentanti della Foreign Trade Bank all'estero, Kim Jong Sik ha un ruolo di primissimo piano nello sviluppo delle armi di distruzione di massa della Corea del Nord, Mun Kyong Hwan è un rappresentante all'estero della Bank of East Land, Pae Won Uk è un esponente della Daesong Bank, Pak Bong Nam è un rappresentante della Iltim International Bank, Pak Mun Il è un funzionario all'estero della Korea Daesong Bank, Ri Pyong Chul è membro supplente dell'ufficio politico del Partito dei lavoratori di Corea e primo vice direttore del Munitions Industry Department, Ri Song Hyok è un rappresentante all'estero della Koryo Bank e della Koryo Credit Development Bank e, per finire, Ri U'n So'ng rappresentante all'estero della Korea Unification Development Bank.

adottato il 21 dicembre due risoluzioni all'unanimità. Con la prima, la 2395, ha riconosciuto e ribadito il ruolo svolto dalla Direzione esecutiva del Comitato contro il terrorismo delle Nazioni Unite (CTED), soprattutto nella valutazione dell'attuazione delle risoluzioni 1373 (2001), 1624 (2005), 2178 (2014) e ha deciso che continuerà a operare fino al 31 dicembre 2021 come missione politica speciale sotto la guida politica del Comitato stesso. Inoltre, nel quadro della Strategia globale delle Nazioni Unite contro il terrorismo, ha riaffermato l'importanza cruciale della collaborazione tra tutti gli attori, tra cui l'Ufficio delle Nazioni Unite per l'antiterrorismo (UNOCT), l'Organizzazione internazionale per l'aviazione civile (ICAO), l'Ufficio delle Nazioni Unite sulla droga e il crimine (UNODC), l'Istituto interregionale delle Nazioni Unite per la ricerca sul crimine e la giustizia (UNICRI), l'Interpol, le organizzazioni internazionali, regionali e subregionali, i think tanks, la società civile e il settore privato, oltre che, ovviamente, gli Stati membri.

La seconda risoluzione, la 2396, si concentra invece sui c.d. *foreign terrorist fighters* che pone una seria minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali, ma anche alla sicurezza interna dei Paesi di origine e transito. La questione prioritaria per arginare il fenomeno riguarda il controllo di questi individui e dei loro spostamenti e quindi chiama in causa la capacità degli Stati di dotarsi di sistemi di identificazione efficaci e la volontà politica degli Stati di cooperare tra loro e con tutti gli altri attori rilevanti per controllare meglio le frontiere e condividere informazioni al fine di fornire una risposta adeguata a una sfida transnazionale. Per contribuire al raggiungimento di questo obiettivo il Consiglio ha deciso innanzitutto che gli Stati membri sono tenuti a istituire i sistemi relativi alle informazioni anticipate sui passeggeri (API) e a esigere che le compagnie aeree operanti nei loro territori forniscano questo tipo di informazioni alle autorità nazionali competenti con lo scopo di rilevare la partenza dai loro territori o il tentativo di ingresso o transito, per mezzo di aeromobili civili, di *foreign terrorist fighters* e individui designati dal comitato delle sanzioni istituito ai sensi del paragrafo 6 della risoluzione 1267 (1999). Inoltre ha deciso che gli Stati membri debbano sviluppare la capacità di raccogliere, elaborare e analizzare i dati del registro dei nomi dei passeggeri (*Passenger Name Record-PNR*) e di garantire al contempo che tali informazioni siano utilizzate e condivise con tutte le loro autorità nazionali competenti per prevenire, individuare e indagare sui reati di terrorismo e sui viaggi intrapresi per compierli<sup>12</sup>. Gli Stati, inoltre, devono predisporre elenchi o banche dati di terroristi noti o sospetti da utilizzare per sorvegliare i viaggiatori e condurre valutazioni e indagini sui possibili rischi, sempre nel rispetto del diritto internazionale e interno e della normativa sui diritti umani. Infine, la risoluzione chiede agli Stati membri di mettere a punto dei sistemi di raccolta dei dati biometrici (impronte digitali, fotografie, riconoscimento facciale, ecc.) per poter identificare più agevolmente i terroristi, compresi i *foreign terrorist fighters*, conformemente al diritto interno e al diritto internazionale dei diritti umani.

LUIGI D'ETTORRE

---

<sup>12</sup> Per sviluppare tale capacità è sollecitata la cooperazione degli altri Stati membri, delle Nazioni Unite e delle altre entità internazionali, regionali e subregionali in grado di mettere a disposizione l'assistenza tecnica, la *capacity building* e le risorse necessarie.



## ISTITUTI SPECIALIZZATI DELLE NAZIONI UNITE E ALTRE ORGANIZZAZIONI E ISTITUZIONI INTERNAZIONALI

### ORGANIZZAZIONI REGIONALI IN AMERICA LATINA E NEI CARAIBI

#### L'ATTIVITÀ NEL 2016-2017

1. *Il quadro generale delle organizzazioni operanti in America Latina e nei Caraibi.*- L'attività delle diverse forme associative operanti in America Latina e nei Caraibi nel periodo da giugno 2016 a novembre 2017 è stata non particolarmente intensa e alquanto contraddittoria. Come sempre, ci si muove fra dichiarazioni retoriche relative alla volontà di cooperazione e poche realizzazioni concrete. Così, mentre alcune organizzazioni sembrano quasi sopravvivere a se stesse (SELA, ALADI, UNASUR, Comunità andina, ALBA), in altre (SICA, CARICOM, OECS) si è operato con relativo vigore nel conseguimento degli obiettivi istituzionali. Solo in alcuni casi (Alleanza del Pacifico) le attività continuano con regolarità, mentre nel MERCOSUR, in diretto collegamento con la sospensione dallo *status* di membro del Venezuela, la cooperazione fra i quattro Paesi originari sembra aver ritrovato nel corso del 2017 una certa vitalità.

Di sicuro interesse appare il graduale rafforzamento del ruolo della giurisprudenza espressa dalle Corti di giustizia esistenti in alcune organizzazioni di dimensione sub-regionale e ispirate al modello comunitario europeo. In tal senso, si farà riferimento all'amplessima produzione giurisprudenziale del Tribunale andino e a quella, ridotta ma crescente, espressa dalle Corti del SICA e del CARICOM<sup>1</sup>. Peraltro, si segnala un numero elevato di ricorsi su istanza di soggetti privati, che appare indicativo del crescente grado di conoscenza e consapevolezza del diritto dell'organizzazione regionale e dei diritti da esso scaturenti.

2. *La Comunità degli Stati Latinoamericani e Caraibici (CELAC).*- Per quanto riguarda le attività della CELAC, nel gennaio 2017 si è tenuto il *V Cumbre* nella Repubblica Dominicana, ove si è proceduto all'approvazione della tradizionale *Declaración política*<sup>2</sup> e del connesso *Plan de acción 2017*<sup>3</sup>. Come sempre, nella *Declaración* si sono definite posizioni comuni, soprattutto per quanto riguarda problematiche globali relative a *paz y seguridad internacionales* (mezzi coercitivi, basi USA, lotta alla corruzione, sicurezza dei cittadini e delinquenza transnazionale, sicurezza alimentare e sradicamento della fame, finanziamento allo sviluppo, etc.). Viceversa, alle problematiche relative all'area dell'America Latina e dei Caraibi è attribuita un'importanza limitata, sia nella prospettiva delle relazioni con soci

---

<sup>1</sup> Sul tema, cfr. S. CASERTA, *Regional Integration through Law and International Courts – the Interplay between De Jure and De Facto Supranationality in Central America and the Caribbean*, in *Leiden Journal of International Law*, 2017, 579.

<sup>2</sup> *Declaración política de Punta Cana*, Punta Cana, 25.1.2017, che si articola in 71 punti.

<sup>3</sup> *Plan de acción de la CELAC 2017*, Punta Cana, 25.1.2017.

extraregionali (punti 55-62), sia, ed ancor di più, in riferimento alla concreta cooperazione realizzata fra gli Stati membri, onde (punto 66) il richiamo alle sole sei riunioni tenute a livello ministeriale. Tuttavia, seguendo una prassi ormai consolidata, oltre che nella *Declaración*, gli aspetti più direttamente collegati alle problematiche interne della CELAC sono state analizzate nel *Plan de acción 2017*. Vi si trattano, in primo luogo, le politiche relative a sicurezza alimentare, agricoltura familiare, uguaglianza di genere, popolazione e sviluppo, lotta alla corruzione, etc.. Corre comunque l'obbligo di osservare come si tratti di auspici e *desiderata* e come, anche al *Summit* del 2017, solo alcuni dei Capi di Stato e di governo fossero presenti.

Per quanto riguarda i livelli ministeriali, le riunioni sono state abbastanza rare e i Ministri degli esteri sono soliti riunirsi in occasione dell'Assemblea generale delle NU e immediatamente prima del *Summit*. Egualmente non frequenti sono state le riunioni dei ministri competenti per materia<sup>4</sup> e dei coordinatori nazionali<sup>5</sup>. In tal senso, si sta procedendo a definire i contenuti concreti dell'*Agenda de Planificación CELAC 2020*, di cui si è detto nella precedente rassegna<sup>6</sup>.

Nell'ambito della CELAC, una indubbia rilevanza assumono le articolate relazioni esterne, in parte già realizzate in una fase iniziale, con Stati terzi o con altre organizzazioni. Di tali aspetti si dà conto nel *Plan de acción 2017* in relazione ai rapporti con UE, Russia, Cina, India, Corea e Turchia<sup>7</sup>. Per quanto riguarda l'UE, con cui da tempo esistono rapporti privilegiati, si è tenuta la prima riunione dei Ministri degli esteri conclusa con la sottoscrizione della Dichiarazione di Santo Domingo<sup>8</sup>, ove si è valutato lo stato dell'arte della cooperazione bi-continentale. Nella medesima occasione si è sottoscritto l'Accordo che istituisce la Fondazione internazionale UE-ALC<sup>9</sup>, intesa come «organizzazione internazionale di natura intergovernativa istituita a norma del diritto pubblico internazionale» (art. 2, par. 1)<sup>10</sup> e il cui principale obiettivo è «contribuire a potenziare il processo di partenariato bi-regionale CELAC-UE coinvolgendo la società civile e altri soggetti sociali [...]»<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. *IV Reunión de Ministras y Ministros de Cultura de la CELAC*, Santa Cruz, 6-7.10.2016, ma anche *V Reunión de Ministros de Energía de CELAC*, Quito, 25.11.2016.

<sup>5</sup> Le ridotte attività della CELAC sono di regola preparate da una attività istruttoria svolta a livello più basso da organi come gruppi di lavoro *ad hoc*.

<sup>6</sup> V. il fasc. 3/2016 di questa *Rivista*.

<sup>7</sup> *Plan de acción de la CELAC 2017*, 13-16.

<sup>8</sup> *Dichiarazione di Santo Domingo*, 26.10.2016 - comunicato stampa 618/16.

<sup>9</sup> *Accordo che istituisce la Fondazione internazionale UE-ALC*, in *GUUE*, n. 288 del 22.10.2016, 3.

<sup>10</sup> Di un certo rilievo è la *membership* della Fondazione attribuita secondo l'art. 3, par. 1, agli Stati dell'America latina e dei Caraibi, agli Stati membri dell'UE e all'UE. Tuttavia, il par. 2 specifica come la Fondazione sia «aperta anche alla partecipazione della CELAC». Risulta pertanto evidente come, al momento, la CELAC sia intesa quale forma associativa a base non pattizia, priva di personalità giuridica, onde la partecipazione alla Fondazione è riservata solo degli Stati ALC. La previsione del citato par. 2 non esclude, però, la possibilità che la CELAC assuma natura pattizia e, successivamente, personalità giuridica internazionale, si da poter aderire alla Fondazione al pari dell'UE. Ulteriore particolarità può cogliersi all'art. 29, ove si consente la possibilità di apporre riserve «non incompatibili con l'oggetto e con le finalità dell'accordo stesso». Si tratta di una previsione assolutamente eccezionale nella prassi dell'organizzazione internazionale, ove di regola non si contempla tale possibilità, invece presente – più di frequente – in accordi internazionali multilaterali.

<sup>11</sup> Il III *Summit* dei Capi di Stato e di governo, previsto per il secondo semestre del 2017, è stato rinviato al 2018.

Sempre con riguardo alle relazioni esterne, in occasione della 71ª sessione dell'Assemblea generale delle NU, si è stabilito con l'India il *Mecanismo Permanente de Diálogo Político y Cooperación*<sup>12</sup>, che si affianca al già esistente *Mecanismo Permanente de Diálogo Político y Cooperación CELAC-Rusia*<sup>13</sup> e alla cooperazione ormai consolidata con la Cina realizzata nell'ambito del *Foro CELAC-China*<sup>14</sup>. Nel periodo considerato si sono infine rafforzati anche i rapporti con la Corea<sup>15</sup> e la Turchia<sup>16</sup>.

3. *Il Sistema Economico Latino Americano (SELA) e l'Associazione Latinoamericana di Integrazione (ALADI)*.- Nell'ambito del SELA, fra giugno 2016 e novembre 2017 sono state tenute le tradizionali riunioni del *Consejo Latinoamericano* (XLII e XLIII), nonché una riunione straordinaria finalizzata alla nomina del nuovo Segretario permanente<sup>17</sup>. In occasione della prima (2016)<sup>18</sup> ci si è limitati all'approvazione di alcune decisioni di non particolare rilievo, fra cui il programma di lavoro (n. 559) e il connesso bilancio (n. 565)<sup>19</sup>. Per le altre attività, ci si è mossi nella prospettiva di studio e ricerca ormai propria del SELA, mirando alla organizzazione di gruppi di lavoro, ovvero di seminari di studi, relativi a tematiche prevalentemente tecniche in materia di commercio, produttività, logistica, politiche pubbliche, etc.<sup>20</sup>. Sembra manifestarsi nelle attività di studio il rafforzamento di un approccio pragmatico, realizzato anche in collaborazione con altre organizzazioni attive nell'area<sup>21</sup> e alcuni studi sono stati realizzati in cooperazione con organizzazioni sub-regionali (MERCOSUR, AP, SICA e CARICOM).

In occasione della XLIII riunione del *Consejo Latinoamericano* (2017) il Segretariato ha sottoposto ai Ministri il 41° rapporto annuale<sup>22</sup> e il Programma di lavoro per il 2018, che sembrano confermare la citata prospettiva pragmatica. Si

<sup>12</sup> Per i rapporti con l'India cfr. *Declaración política de Punta Cana*, punto 56, e *Plan de acción de la la CELAC 2017*, 15.

<sup>13</sup> Per i rapporti con la Russia, cfr. *Declaración política de Punta Cana*, punto 57, e *Plan de acción de la la CELAC 2017*, 15.

<sup>14</sup> Per i rapporti con la Cina, cfr. *Declaración política de Punta Cana*, punto 60, e *Plan de acción de la la CELAC 2017*, 14-15. Si ipotizza addirittura la creazione di una zona di libero scambio fra CELAC e Cina, che potrebbe essere oggetto del prossimo Summit CELAC-Cina previsto per il 2018.

<sup>15</sup> Per i rapporti con la Corea, cfr. *Declaración política de Punta Cana*, punto 59, e *Plan de acción de la la CELAC 2017*, 15-16.

<sup>16</sup> Per i rapporti con la Turchia, cfr. *Plan de acción de la la CELAC 2017*, 16.

<sup>17</sup> *Reunión Extraordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 13.6.2017.

<sup>18</sup> Cfr. *Informe Final, XLII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 26-27.10.2016 e 12.12.2016, SP/CL/XLII.O/IF-15. Le altre decisioni erano relative alle nomine degli auditori e di un membro del Tribunale amministrativo, mentre per la nomina del Segretario permanente si è deciso il rinvio ad una riunione straordinaria. Cfr. altresì *Índice de Integración de América Latina y el Caribe, XLII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 26-28.10.2016, SP/CL/XLII. O/Di N° 1-16.

<sup>19</sup> Sul programma si è svolto un vivace dibattito, collegato ad una ipotizzata politicizzazione delle tematiche trattate, che ha portato ad un prolungamento del dibattito e, alla fine, al rinvio del punto al *Grupo informal de trabajo*.

<sup>20</sup> Sulle singole attività realizzate nell'ambito del SELA, cfr. *Cuadregésimo Informe Anual de la Secretaría Permanente, XLII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 26-28.10.2016, SP/CL/XLII.O/DT N° 3-16.

<sup>21</sup> Da ultimo, si vedano le intese dell'ottobre 2017 con ALADI e CEPAL, rispettivamente in materia di facilitazioni al commercio e di cooperazione tecnica e istituzionale.

<sup>22</sup> *Cuadragésimo Primer Informe Anual de la Secretaría Permanente XLIII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, SP/CL/LXIII,O/DT N° 3-17.

attribuisce priorità all'articolazione produttiva (sviluppo delle catene di valore), promozione economica in materia di commercio, investimento e turismo sostenibile nonché in materia di promozione delle micro, piccole e medie imprese. Come osservato, costituisce una relativa novità l'apertura a singole specifiche forme di collaborazione con altre forme associative, sia universali (NU, nella specie UNISDR e UNCTAD) che regionali (OCDE, MERCOSUR, CAF, ALADI). Ovviamente, come sempre, le iniziative del SELA sono sottoposte all'attenzione degli Stati che dovrebbero realizzarle<sup>23</sup>.

Anche le attività dell'ALADI, nel periodo considerato, sono state abbastanza ridotte e, in particolare in occasione di una riunione dei Ministri (sembra per iscritto), si è proceduto alla nomina del nuovo Segretario generale<sup>24</sup>. Per quanto riguarda le attività degli organi intergovernativi (Coordinatori nazionali, Funzionari responsabili, Gruppo tecnici, etc.), sono state tenute le consuete riunioni prevalentemente tecniche, che non hanno prodotto risultati significativi. In relazione agli accordi parziali conclusi fra alcuni degli Stati membri, si è proceduto alla sottoscrizione di intese convenzionali specifiche, soprattutto nell'ambito del MERCOSUR (com'è noto denominato *Acuerdo de Complementación Económica n. 18*). Si tratta, in primo luogo, dell'Accordo commerciale fra i Paesi del MERCOSUR e la Colombia<sup>25</sup>, ma più spesso si è dato conto di Protocolli addizionali ad accordi preesistenti, sia di carattere bilaterale<sup>26</sup>, che fra gli Stati del MERCOSUR e la Bolivia<sup>27</sup>. In alcuni casi si tratta di atti interni dello stesso MERCOSUR (*directives della Comisión de Comercio*), di cui si dà informazione all'ALADI<sup>28</sup>.

4. *Unione delle Nazioni Sudamericane (UNASUR)*.- Nel periodo in esame, non è stato tenuto alcuno dei *Summit* presidenziali annuali previsti, in quanto quello programmato per l'aprile 2016 è stato rinviato per via del terremoto in Ecuador e non si hanno notizie di ulteriori riunioni. Egualmente nessuna informazione è stata fornita circa il negoziato (in realtà mai aperto) per la sottoscrizione del Protocollo istitutivo del Parlamento previsto all'art. 17 del Trattato istitutivo. In sostanza, l'attività dell'UNASUR appare alquanto ridotta e pare opportuno ricordare come,

<sup>23</sup> L'*Informe final* della XLIII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano non è stato ancora reso noto.

<sup>24</sup> *Resolución 81, Designación del Secretario general de la ALADI*, ALADI/RCM/Resolución 81. Montevideo, 3.8.2017.

<sup>25</sup> *Acuerdo de complementación económica N° 72 entre los gobiernos de la República de Argentina, de la República Federativa de Brasil, de la República del Paraguay, de la República Oriental del Uruguay, estados partes del Mercosur que subscriben este acuerdo, y el gobierno de Colombia*, Mendoza, 21.7.2017. Com'è evidente, tale Accordo è stato sottoscritto da 4 Paesi membri del Mercosur, per la sospensione del Venezuela (di cui si dirà al par. 5). Il Trattato entrerà formalmente in vigore quando ratificato dalla Colombia e da un solo Stato del MERCOSUR, ma va sottolineata l'entrata in vigore provvisoria di una sua parte.

<sup>26</sup> Si tratta de 42° *Protocolo adicional* all'ACE n. 14 fra Argentina e Brasile (ALADI/AAP.CE/14.42, 1.7.2016), 3° *Protocolo adicional* all'ACE n. 46 fra e Cuba ed Ecuador (ALADI/AAP.CE/46.3, 7.11.2016), 3° *Protocolo adicional* all'ACE n. 42 fra Cile e Cuba (ALADI/AAP.CE/42.3, 18.5.2017), 77° *Protocolo adicional* all'ACE n. 2 fra Brasile e Uruguay (ALADI/AAP.CE/2.77, 9.12.2016), 3° *Protocolo adicional* all'ACE n. 49 fra Colombia e Cuba (ALADI/AAP.CE/49.3, 22.11.2017).

<sup>27</sup> Si tratta de 28° *Protocolo adicional* all'ACE n. 36 fra Stati parte del MERCOSUR e Bolivia (ALADI/AAP.CE/36.28, 26.1.2017 e 29° *Protocolo adicional* all'ACE n. 36 fra Stati parte del MERCOSUR e Bolivia (ALADI/AAP.CE/36.29, 26.1.2017).

<sup>28</sup> Si tratta dei *Protocolos adicionales* all'ACE n. 18, dal n. 122 al n. 142, approvati fra il 15.7.2016 e il 14.11.2017, relativi a *Directivas* approvate dalla *Comisión de Comercio* in materia doganale.

per la sua natura prevalentemente politica, l'Organizzazione soffre, più di altre, dell'instabilità politica di alcuni Paesi membri e dei mutamenti politici realizzati in altri. In proposito, corre l'obbligo di osservare come alle riunioni ministeriali *ratione materiae* vi sono sempre state delle assenze (anche significative)<sup>29</sup> e solo alla riunione annuale del Consiglio dei delegati hanno partecipato i rappresentanti di tutti i Paesi membri<sup>30</sup>.

Per quanto riguarda l'attività del Consiglio dei Ministri degli affari esteri, non vi sono state riunioni concluse con un Comunicato finale, ma si è proceduto solo all'approvazione di alcune *Resoluciones* specifiche (11 nel periodo considerato) relative a missioni elettorali<sup>31</sup>, a problemi di bilancio<sup>32</sup> o a questioni relative al Segretariato<sup>33</sup>.

Con riguardo ai Consigli dei Ministri settoriali, sono state tenute riunioni in materia di cultura<sup>34</sup>, salute<sup>35</sup>, sicurezza<sup>36</sup>, scienza e tecnologia<sup>37</sup>, difesa<sup>38</sup>, energia<sup>39</sup>, peraltro precedute e seguite da riunioni dai corrispondenti organi sussidiari variamente denominati (Gruppi, Comitati, *Instancias ejecutivas*, etc.). I contenuti degli atti conclusivi dei diversi Consigli dei Ministri settoriali hanno carattere raccomandatorio e si riferiscono ad iniziative da realizzare nel tempo e dal contenuto, di regola, assai vago.

Come previsto dal Trattato istitutivo, un ruolo significativo in materia di preparazione e attuazione dei lavori ministeriali è volto dal Consiglio dei delegati. Tuttavia, dalla lettura dell'*Informe* conclusivo emergono più i punti di disaccordo che quelli in cui gli Stati hanno raggiunto il consenso. In particolare, ai nostri fini, emerge il disaccordo sulle modalità di convergenza fra l'UNASUR e i diversi processi di integrazione sub-regionale<sup>40</sup>.

<sup>29</sup> A nessuna delle riunioni ministeriali hanno partecipato tutti gli Stati membri e, talora, le assenze sono da attribuire anche a Stati *leader* dell'area, come Argentina e Brasile. Fra il 30.11 e l'1.12 del 2017 è tenuto a Quito il *III Foro de Participación Ciudadana de UNASUR* con la partecipazione di sole nove delegazioni.

<sup>30</sup> *Informe de la LIV Reunión ordinaria del Consejo de delegadas y delegados de UNASUR*, Quito, 29-30.9.2016.

<sup>31</sup> Su questioni elettorali, cfr. *Unasur/CMRE/Resolución/N° 00112017 Misión electoral de UNASUR con motivo de las elecciones generales en la Republica del Ecuador el 19 de Febrero de 2017*, Quito, 19.1.2017; *Unasur/CMRE/Resolución/N° 00312017 Aprobación del Plan de Acción Bienal 2016-2018 del Consejo Electoral de la UNASUR*, Caracas, 7.4.2017, nonché la risoluzione 11-2016 del 27.9.2016.

<sup>32</sup> In materia di bilancio, cfr. le risoluzioni 14-2016 del 18.11.2016, 13-2016 del 23.10.2016, 12-2016 del 28.10.2016, 10-2016 del 17.8.2016, 9-2016 del 16.8.2016, 3-2017 del 7.4.2017, 2-2017 del 15.9.2017.

<sup>33</sup> In relazione al Segretariato, che vede dal febbraio 2017 vacante la carica di Segretario dell'UNASUR, cfr. la *Resolución/N° 1-2016* del 25.8.2016 e la *Resolución/N° 2-2017* del 23.3.2017.

<sup>34</sup> *Cuarta Reunión del Consejo suramericano de cultura*, Quito, 31.3.2017

<sup>35</sup> *Cuarta Reunión del Consejo suramericano de salud*, Quito, 31.3.2017, con varie dichiarazioni specifiche.

<sup>36</sup> *Cuarta Reunión del Consejo suramericano de seguridad ciudadana, justicia y coordinación de acciones contra la delincuencia organizada transnacional*, Caracas, 29.3.2017, con una dichiarazione.

<sup>37</sup> *Reunión informal por videoconferencia del Consejo sudamericano de ciencia, tecnología e innovación*, 15.12.2016, e *Tercera Reunión de videoconferencia de ciencia, tecnología e innovación*, 27.10.2016.

<sup>38</sup> *Septima Reunión ordinaria del Consejo suramericano de defensa*, Caracas, 24.11.2016.

<sup>39</sup> *Quinta Reunión del Consejo energetico de Suramerica*, Quito, 1.7.2016, e *Sexta Reunión del Consejo energetico de Suramerica*, Quito, 11.11.2016.

<sup>40</sup> *Informe de la LIV Reunión ordinaria*, cit., 5.

5. *Il Mercato Comune del Sud (MERCOSUR)*.- Nel periodo considerato, il MERCOSUR, storicamente la più attiva fra le organizzazioni dell'area, ha vissuto un momento di profonda difficoltà direttamente collegato alla crisi economico-sociale e ai mutamenti politici realizzati nei singoli Paesi (in primo luogo, Brasile e Argentina). Inoltre, e significativamente, rileva la crisi in corso ormai da tempo in Venezuela, che ha lasciato segni profondi di carattere istituzionale, sì che nel MERCOSUR da un momento di sostanziale appoggio al presidente Maduro<sup>41</sup> si è giunti, dopo la dichiarazione congiunta del settembre del 2016<sup>42</sup> e l'annullamento del previsto *Summit* presidenziale, alla sospensione del Paese caraibico dallo *status* di membro<sup>43</sup>.

Pertanto, al *Summit* di Mendoza del 2017 (così come a tutte le ulteriori attività istituzionali) hanno partecipato solo i quattro Stati fondatori (Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay)<sup>44</sup>. Dalla lettura del Comunicato finale emerge in maniera evidente la rinnovata prospettiva d'azione del MERCOSUR che, in qualche modo, recupera le sue originarie caratteristiche di organizzazione di cooperazione ispirata al c.d. *regionalismo aperto*<sup>45</sup>. Si riafferma l'equilibrio fra gli interessi degli Stati (più sviluppati) in materia economico-commerciale e le istanze sociali dei Paesi meno sviluppati, rappresentati dall'attenzione per le attività del FOCEM<sup>46</sup>. Inoltre, il ritorno al *regionalismo aperto* si manifesta nella ripresa delle attività comuni in materia di relazioni esterne, soprattutto in ambito commerciale<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> V. la rassegna pubblicata sul n. 3/2016 di questa *Rivista*. Ancora nel Marzo del 2016 è stato approvato, in appoggio al governo venezuelano, un *Comunicado especial –Mercosur- Prórroga del Decreto ejecutivo de EEUU declarando a Venezuela como amenaza para su seguridad*, Montevideo, 30.3.2016.

<sup>42</sup> Dopo la *Declaración conjunta relativa al funcionamiento del MERCOSUR y al Protocolo de adhesión de la República Bolivariana de Venezuela* al MERCOSUR, del 13.9.2016, si è avuto un primo documento dei Ministri degli esteri dei quattro Stati membri originari espresso nella *Declaración de los Estados Partes del MERCOSUR sobre la República Bolivariana de Venezuela*, dell'1.4.2017. Peraltro, la procedura seguita appare assai contorta (e giuridicamente discutibile), in quanto la *Declaración conjunta* del 2016 si riferisce solo a violazioni da parte del Venezuela del Trattato di adesione, in particolare in relazione alla non adozione dell'*acervo normativo vigente del MERCOSUR* da parte del Venezuela e come questo possa comportare difficoltà di funzionamento del mercato comune. Nella *Declaración conjunta*, approvata per *consensus* per l'astensione dell'Uruguay, non si compie alcun riferimento a violazioni dei diritti umani, dello stato di diritto, della democrazia e del *Protocolo di Ushuaia sobre compromiso democrático*. Viceversa, tali riferimenti costituiscono parte essenziale della successiva decisione di sospensione del Venezuela dell'agosto 2017, di cui alla nota successiva.

<sup>43</sup> *Decisión sobre la suspensión de la República Bolivariana de Venezuela en el Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur*, São Paulo, 5.8.2017. Tale sospensione è stata considerata illegale dallo Stato caraibico sulla base del *Comunicado de Venezuela en rechazo al pronunciamiento de cancilleres en Mercosur*, Caracas, 5.8.2017.

<sup>44</sup> In tal senso, le attività realizzate nell'Organizzazione sono attribuibili solo agli originari quattro Paesi fondatori, anche per la non avvenuta ratifica del Trattato di adesione della Bolivia, peraltro assente al *Summit* presidenziale del 2017.

<sup>45</sup> *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR*, Mendoza, 21.7.2017. Nella medesima occasione sono state altresì approvate altre Dichiarazioni, talora comuni ai Paesi associati, relative al Progetto di corridoio bioceanico di integrazione, nonché relative a clima, sviluppo sostenibile, pesca illegale e commercio internazionale.

<sup>46</sup> *Comunicado conjunto*, cit., 2. Com'è noto, il FOCEM svolge la sua azione soprattutto in favore dei due Stati, Uruguay e Paraguay, di ridotte dimensioni e caratterizzate da un minor sviluppo economico rispetto a Brasile e Argentina.

<sup>47</sup> Cfr. *Comunicado conjunto*, cit., 1, ove i Presidenti fanno esplicito riferimento al rafforzamento de «el intercambio comercial como eje del crecimiento económico y del desarrollo productivo y social [...]».

Com'è tradizione, in occasione del *Summit* del 2017, è stato tenuto anche il *Summit* con i Paesi associati, ma il contenuto del *Comunicado conjunto* conclusivo appare di carattere programmatico e sostanzialmente privo di rilevanza concreta, se non per i riferimenti ad un Piano d'azione 2017/2018 in materia sociale<sup>48</sup> e per una Dichiarazione, peraltro assai generica, relativa alla crisi venezuelana<sup>49</sup>.

Nella mutata prospettiva è ripresa l'attività dei diversi organi e, in particolare, del *Consejo Mercado Común* che aveva avuto, nel 2016, un momento di pausa, se non di sostanziale inattività<sup>50</sup>. Nell'ambito della rinnovata apertura in materia economico-commerciale, di sicuro interesse è la decisione dell'avvio dei negoziati per l'instaurazione di una zona di libero scambio con l'EFTA<sup>51</sup> e la sottoscrizione di un Trattato in materia di protezione degli investimenti intra-Mercosur<sup>52</sup>, mentre continua il negoziato per la sottoscrizione dell'*Acuerdo sobre contrataciones públicas*<sup>53</sup>. Lo strumento pattizio è stato altresì utilizzato per disciplinare, anche con Paesi associati, lo scambio di documentazione in materia di violazioni dei diritti umani e quello di informazioni in materia di fabbricazione e traffico illecito di armi da fuoco e simili<sup>54</sup>.

La produzione normativa degli altri organi intergovernativi, nello specifico del GMC e della Commissione di commercio, ha avuto ad oggetto la disciplina di aspetti tecnici secondari relativi, per lo più, alla materia doganale<sup>55</sup> e, in misura minore, a questioni fitosanitarie e farmaceutiche<sup>56</sup>, nonché in tema di trasporti<sup>57</sup> e sicurezza alimentare<sup>58</sup>, etc.

Per quanto riguarda il Parlasur (e gli altri organi consultivi) le difficoltà del suo funzionamento appaiono evidenti, com'è peraltro evidenziato dal brevissimo cenno cui fa riferimento il CMC nella sua riunione del luglio 2017<sup>59</sup>. In merito agli altri

<sup>48</sup> *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados del MERCOSUR*, Mendoza, 21.7.2017.

<sup>49</sup> *Declaración sobre la situación en la República Bolivariana de Venezuela*, Mendoza, 21.7.2017. La Dichiarazione è firmata, oltre che dai quattro Stati del MERCOSUR, anche da Cile, Colombia, Guyana e Messico. In tale occasione è stato altresì concluso l'accordo con la Colombia, di cui alla nota 24.

<sup>50</sup> Nel 2016 l'attività del CMC è stata limitata all'approvazione di sole dieci decisioni, mentre nel 2015 erano state 58.

<sup>51</sup> *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 08/16 Negociaciones con la Asociación Europea de Libre Comercio*, XI CMC EXT., Buenos Aires, 14.12.2016.

<sup>52</sup> *Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-Mercosur*, 7.4.2017.

<sup>53</sup> *MERCOSUR/CMC/ACTA N° 01/17 L Reunión Ordinaria del Consejo Mercado Común*, Mendoza, 20.7.2017, 2.

<sup>54</sup> *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 19/17 Memorando de entendimiento sobre el intercambio de documentación para el esclarecimiento de graves violaciones de los derechos humanos*, 20.7.2017, Mendoza, e *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 22/17 Acuerdo entre los Estados partes del MERCOSUR y los Estados Asociados para el intercambio de información sobre la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados*, 20.7.2017, Mendoza. Ai due Trattati hanno aderito, oltre ai quattro Stati attualmente membri, anche Bolivia, Cile ed Ecuador.

<sup>55</sup> Cfr. *MERCOSUR/GMC/RES. N.26/16 e N.27/16 del 5.12.2016 e MERCOSUR/GMC/RES. N. 1/17, N. 2/17, N.3/17 del 6.4.2017, N.13/17, N.14/17, N.15/17 del 8.6.2017; N.17/17 e N.23/17 del 19.7.2017*. Con riguardo alla *Comisión de Comercio*, cfr. da *MERCOSUR/CCM/DIR. N° 22/16 a N° 40/16* e da *MERCOSUR/CCM/DIR. N° 1/17 a N° 60/17*.

<sup>56</sup> Cfr. *MERCOSUR/GMC/RES. N.17/16, N.18/16, N.19/16, N.20/16, N. 21/16, N. 22/16, N.23/16 e N. 24/16 del 15.6.2016*.

<sup>57</sup> Cfr. *MERCOSUR/GMC/RES. N.5/17 e N.6/17 del 6.4.2017*

<sup>58</sup> Cfr. *MERCOSUR/GMC/RES. N.7/17 e N.8/17 del 6.4.2017; MERCOSUR/GMC/RES. N.19/17 del 19.7.2017; MERCOSUR/GMC/RES. N.25/17 e N.26/17 del 13/9/2017*.

<sup>59</sup> *MERCOSUR/CMC/ACTA N° 01/17*, cit., sub 4. per il Parlasur e sub 12.1-4 per gli altri organi consultivi.

organi non-governativi, di scarso rilievo appare l'attività condotta dal *Foro consultivo económico y social* e dal *Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos*, che non risultano aver approvato alcuna raccomandazione nel periodo in esame. La società civile, riunita nella XX e nella XXI *Cumbre Social*, ha invece ribadito l'importanza della democrazia e della autodeterminazione dei popoli quali principi cardine della cooperazione regionale, peraltro messi in discussione dalle vicende politiche di Brasile e Venezuela, ed ha approvato un *Plan de Acción* volto a rafforzare l'organizzazione dei movimenti sociali della regione per un migliore sviluppo dei popoli<sup>60</sup>.

Nel periodo considerato non vi è stata alcuna pronuncia arbitrale, mentre sono stati nominati gli arbitri sia del Tribunale ad Hoc che del Tribunale Permanente di Revisione e, in relazione a precedenti difficoltà nella designazione, è stata approvata una decisione mirante a garantire la continuità di funzionamento del TPR<sup>61</sup>.

Come detto, è soprattutto nell'area delle relazioni esterne che il MERCOSUR (limitato a 4 Stati) sembra riprendere vigore. Infatti, continua l'avvicinamento con l'Alleanza del Pacifico<sup>62</sup>, mentre l'ormai storico negoziato con l'Unione Europea, che esclude il Venezuela, sembra giunto nella fase conclusiva e nel dicembre 2017 si dovrebbe realizzare un ulteriore e finale scambio di offerte. Inoltre, il MERCOSUR sembra aver aperto nuovi negoziati miranti alla conclusione di accordi di carattere commerciale con il Marocco (novembre 2017), Tunisia, Libano. Infine, in prospettiva, si prevede l'apertura di un negoziato con l'UEEA e la Repubblica di Corea<sup>63</sup>.

6. *Comunità andina (CAN)*.- Per quanto riguarda la Comunità andina e le sue croniche difficoltà, sembra che la cooperazione intergovernativa si sia realizzata, pur se limitatamente ad alcuni specifici settori. Peraltro, il *Consejo Presidencial*, organo di vertice dell'Organizzazione, continua a non riunirsi dal novembre 2011.

Nel periodo in esame, sono state così tenute due riunioni del *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores* allargato ai rappresentanti della Commissione. In occasione della 40° riunione ci si è limitati all'approvazione (oltre che del tradizionale piano d'azione) di una decisione in materia di gestione del rischio di disastri e di alcuni atti minori<sup>64</sup>. Inoltre, si è preso atto della discussione in corso per definire un Protocollo addizionale all'Accordo di dialogo politico fra CAN e UE<sup>65</sup>. Di relativo rilievo è stata la 41° riunione, ove non è stata approvata alcuna decisione e si è preso atto della presentazione del Piano d'azione 2017-18 presentato dall'Ecuador<sup>66</sup>. Significativo risulta il riferimento allo stato dell'arte del c.d. *Proceso de*

<sup>60</sup> Cfr. *Declaración XX Cumbre Social del Mercosur*, Montevideo, 30.6.-1.7.2016; *Declaración XXI Cumbre Social del Mercosur* e *Plan de Acción*, Caracas 28.11.2016.

<sup>61</sup> MERCOSUR/CMC/DEC. N° 57/15 *Mecanismo para asegurar la integración plena del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, 20.12.2015. La mancata designazione degli arbitri comportava di fatto l'impossibilità di funzionamento dei due Tribunali.

<sup>62</sup> Cfr. par. 12.

<sup>63</sup> Appare opportuno segnalare l'entrata in vigore, rispettivamente in data 1.4.2016 e 1.9.2017, del *Acuerdo preferencial de comercio entre el Mercosur y la SACU* e del *Tratado de libre comercio entre el Mercosur y la República Árabe de Egipto*.

<sup>64</sup> *Cuadragésima reunión del CAMRE en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina*, CAMRE Ampliado/XL/Acta, 9.5.2017, 2-4 e 10-37.

<sup>65</sup> *Cuadragésima reunión del CAMRE*, cit., 4, sub 6.1.

<sup>66</sup> *Cuadragésima Primera reunión del CAMRE en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina*, CAMRE Ampliado/XLI/Acta, 13.7.2017, 2-4 e 10-37.

*reingeniería* dell'apparato istituzionale deciso dal *Consejo Presidencial* nella citata riunione del 2011. Da quanto può leggersi, il *Grupo de Alto Nivel* istituito *ad hoc* non sembra aver trovato il consenso per quanto riguarda i punti più rilevanti, quali la riforma del meccanismo di soluzione delle controversie, lo Statuto dell'Università andina Simón Bolívar e la riforma del Parlamento andino<sup>67</sup>.

Per quanto concerne i diversi organi intergovernativi, le *decisiones* e le *resoluciones* approvate hanno riguardato sostanzialmente materie minori, quali quella doganale, sanitaria e fitosanitaria o, ancora le infrastrutture<sup>68</sup>.

Come osservato, particolarmente intensa è la giurisprudenza del Tribunale andino che, nel periodo in esame, ha reso circa 750 pronunce<sup>69</sup>. Si è trattato prevalentemente di sentenze a seguito di rinvii pregiudiziali, che nel 90% dei casi hanno riguardato questioni relative a diritti industriali (disciplinati dal diritto andino). Con riguardo ad altre materie, un discreto numero di pronunce ha avuto ad oggetto questioni relative alla disciplina doganale (transito delle merci<sup>70</sup>, pagamento indebito di tributi<sup>71</sup>, certificato di origine delle merci<sup>72</sup>, determinare il valore delle merci in dogana<sup>73</sup>, applicazione dell'istituto della *duda razonable*<sup>74</sup>), che hanno reso necessaria l'interpretazione da parte del Tribunale non solo della normativa andina, ma anche delle norme dell'OMC, peraltro oggetto di *comunitarizzazione*<sup>75</sup>. In misura minore le sentenze pregiudiziali hanno riguardato l'interpretazione delle norme andine sulla liberalizzazione dei servizi pubblici di telecomunicazioni<sup>76</sup>, sul diritto

<sup>67</sup> *Cuadragésima Primera reunión del CAMRE*, cit., 13-14. Nella stessa occasione si sottolinea la difficoltà di trovare una soluzione condivisa che assicuri il coordinamento fra le attività della CAn con quelle dell'UNASUR e del MERCOSUR in vista di una futura convergenza auspicata sempre dal *Consejo Presidencial* nel 2011.

<sup>68</sup> Accanto alla sostanziale inattività del livello intergovernativo, altrettanto ridotta risulta l'attività degli organi secondari e sussidiari. Le *decisiones* e le *resoluciones* approvate sono consultabili sulla gazzetta ufficiale [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org).

<sup>69</sup> Un numero di pronunce così elevato si giustifica per il fatto che il Tribunale andino ha escluso l'applicabilità della teoria dell'atto chiaro, sicché i giudici interni di ultima istanza sono sottoposti all'obbligo di operare il rinvio pregiudiziale ogniqualvolta venga in rilievo l'applicazione di una norma andina, anche in presenza di una giurisprudenza costante. Come conseguenza, si assiste al moltiplicarsi di sentenze "fotocopia" e, complessivamente, all'emanazione nel periodo considerato di oltre una sentenza e mezza per ogni giorno lavorativo.

<sup>70</sup> Cfr. *Proceso 97-IP-2016*, 6.3.2017; *Proceso 158-IP-2015*, 9.9.2016; *Proceso 393-IP-2015*, 9.9.2016.

<sup>71</sup> Cfr. *Proceso 614-IP-2016*, 27.7.2017.

<sup>72</sup> Cfr. *Proceso 41-IP-2016*, 21.4.2017.

<sup>73</sup> Cfr. *Proceso 192-IP-2016*, 24.4.2017; *Proceso 360-IP-2016*, 27.7.2017; *Proceso 488-IP-2016*, 20.10.2017.

<sup>74</sup> L'istituto della *Duda razonable* trova applicazione allorché le autorità doganali di un Paese membro hanno motivo di dubitare della dichiarazione del valore della merce oggetto di transazione, presentata dall'importatore con riguardo alla veridicità e all'integrità degli elementi in essa indicati. Cfr. *Proceso 125-IP-2015*, 19.8.2016; *Proceso 38-IP-2016*, 5.9.2016; *Proceso 457-IP-2016*, 7.7.2016; *Proceso 469-IP-2015*, 14.7.2016; *Proceso 451-IP-2016*, 22.5.2017; *Proceso 229-IP-2016*, 22.5.2017; *Proceso 330-IP-2016*, 22.5.2017; *Proceso 73-IP-2016*, 22.5.2017; *Proceso 537-IP-2016*, 26.6.2017; *Proceso 113-IP-2016*, 6.7.2017; *Proceso 364-IP-2017* .....; *Proceso 40-IP-2016*, 4.8.2017; *Proceso 466-IP-2016*, 7.9.2017; *Proceso 150-IP-2016*, 7.9.2017; *Proceso 39-IP-2016*, 20.9.2017; *Proceso 515-IP-2016*, 20.9.2017; *Proceso 516-IP-2017*, 20.9.2017; *Proceso 518-IP-2017*, 20.9.2017; *Proceso 167-IP-2016*, 20.9.2017; *Proceso 170-IP-2016*, 20.9.2017; *Proceso 123-IP-2017*, 21.9.2017; *Proceso 86-IP-2016*, 20.10.2017; *Proceso 88-IP-2016*, 20.10.2017.

<sup>75</sup> Nei casi sottoposti all'attenzione del Tribunale andino è venuto costantemente in rilievo l'Accordo sulla implementazione dell'art. VII del GATT 1994, la cui disciplina è stata incorporata nell'ordinamento andino mediante la *Decisión 571* della *Comisión*, Lima, 12.12.2003.

<sup>76</sup> Cfr. *Proceso 560-IP-2016*, 21.9.2017.

d'autore<sup>77</sup>, sull'armonizzazione dei diritti e obblighi degli utenti e degli operatori dei servizi di trasporto aereo<sup>78</sup> e sulla protezione dei diritti dei coltivatori<sup>79</sup>. Di un certo rilievo risulta la pronuncia pregiudiziale in cui il Tribunale andino, chiamato ad interpretare l'Accordo di sede fra l'*Universidad andina Simón Bolívar* e il Governo boliviano con riguardo al regime delle immunità e dei privilegi, ha chiarito la qualificazione di detta Università come organismo andino e ribadito la propria competenza a conoscere di controversie in tema di funzione pubblica, escludendo invece quelle in ambito penale<sup>80</sup>.

In linea generale, nelle varie pronunce il Tribunale ha avuto modo di reiterare i principi fondanti della CAN, quali il primato del diritto andino sul diritto interno e il principio del *complemento indispensable*<sup>81</sup>, nonché l'efficacia diretta e la diretta applicabilità<sup>82</sup>. Per quanto riguarda il rapporto fra diritto andino e diritto internazionale, si è affermato il principio del primato del primo sul secondo, sicché le norme del diritto internazionale possono trovare applicazione solo in via residuale, qualora la materia non sia già disciplinata dal diritto andino, e purché non risulti in contrasto con quest'ultimo<sup>83</sup>.

Oltre alle numerose interpretazioni pregiudiziali, nel periodo in esame il Tribunale andino è stato altresì investito di due azioni in annullamento<sup>84</sup> e sei azioni per infrazione<sup>85</sup>, quest'ultime tutte attivate da privati *ex art.25* del Trattato istitutivo del Tribunale e aventi ad oggetto per lo più la presunta violazione, da parte di alcuni Stati membri, degli obblighi in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi. Fra queste, significativo è il *Proceso 01-AI-2015*, in cui, chiamato ad accertare la violazione da parte del Consiglio di Stato colombiano, e conseguentemente, della Colombia, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, il Tribunale andino ne ha chiarito la portata, ribadendo che «los organos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno [...] están obligados, en todos los procesos en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida o sobre casos similares o análogos»<sup>86</sup>. Occorre peraltro sottolineare come gli aspetti relativi alla richiesta e alla emanazione di una interpretazione pregiudiziale sono stati oggetto di puntuale regolamentazione da parte dello stesso Tribunale, che ha approvato un regolamento *ad hoc*<sup>87</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. *Proceso 225-IP-2015*, 12.7.2016; *Proceso 154-IP-2015*, 26.6.2017.

<sup>78</sup> Cfr. *Proceso 150-IP-2015*, 28.3.2017.

<sup>79</sup> Cfr. *Proceso 253-IP-2016*, 4.8.2017.

<sup>80</sup> Cfr. *Proceso 661-IP-2015*, 31.1.2017.

<sup>81</sup> Cfr. *Proceso 150-IP-201*, cit.; *Proceso 41-IP-2016*, cit.; *Proceso 414-IP-2016*, 7.7.2017; *Proceso 432-IP-2016*, 21.9.2017; *Proceso 560-IP-2016*, cit.; *Proceso 158-IP-2015*, cit.; *Proceso 393-IP-2015*, cit.

<sup>82</sup> Cfr. *Proceso 225-IP-2015*, cit.; *Proceso 610-IP-2016*, 27.7.2017.

<sup>83</sup> Cfr. *Proceso 369-IP-2015*, 19.8.2016; *Proceso 490-IP-2016*, 27.7.2017.

<sup>84</sup> Cfr. *Proceso 01-AN-2014*, 19.1.2017; *Proceso 05-AN-2015*, 9.3.2017. In relazione a questa seconda sentenza, il Tribunale, chiamato a sindacare la legittimità di alcune comunicazioni della Segreteria generale in materia di concorrenza, ha chiarito (par. 4) la nozione di "effetti reali transfrontalieri".

<sup>85</sup> Cfr. *Dictamen 04-2016*, 20.6.2016; *Dictamen 05-2016*, 8.8.2016; *Dictamen 01-2017*, 16.1.2017; *Proceso 01-AI-2015*, 7.7.2017; *Proceso 03-AI-2017*, 3.10.2017; *Dictamen 02-2017*, 27.10.2017.

<sup>86</sup> Cfr. *Proceso 01-AI-2015*, cit., 23.

<sup>87</sup> Cfr. *Acuerdo 08/2017, Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales*, San Francisco de Quito, 24.11.2017. Appare significativo come, all'art.

7. *Il Sistema di Integrazione Centroamericano (SICA) ed il Sistema di Integrazione Economica Centroamericana (SIECA).*- Anche per quanto riguarda il SICA, il processo di integrazione economica procede con relativa fatica. Nel giugno 2016 si è tenuta la XLVII Riunione ordinaria dei Presidenti, conclusa con la *Declaración de Roatán*<sup>88</sup>, cui hanno fatto seguito i *Summit* di Managua<sup>89</sup> e di San José<sup>90</sup>. Va sottolineato come, a partire dal *Summit* di Roatán, è ripresa la partecipazione costaricense, anche se solo nel *Summit* del giugno 2017 ha partecipato il Presidente (peraltro, titolare della presidenza di turno dell'organizzazione). Nelle dichiarazioni finali, si ribadisce la volontà di cooperazione articolata nei diversi settori di particolare interesse (*fortalecimiento institucional, seguridad democrática, integración social, integración económica e gestión del riesgo y cambio climático*). Tuttavia, occorre riconoscere come spesso si tratti di sollecitazioni all'azione, di carattere esortativo, rivolte alle diverse istituzioni, piuttosto che di previsioni normative obbligatorie.

Nel periodo considerato, la Repubblica Dominicana, ultimo Stato aderente al SICA, ha proceduto alla ratifica di alcuni trattati conclusi in precedenza, confermando la tecnica normativa della *geometria variabile* propria del SICA e di molte organizzazioni dell'area.

Inoltre, sono state tenute riunioni ministeriali, sia a livello di Ministri degli esteri che dei ministri *ratione materiae*, in primo luogo del COMIECO, competente in ambito economico. Va detto come tali riunioni abbiano prodotto un numero limitato di atti normativi, relativi soprattutto a materie di libera circolazione dei fattori della produzione<sup>91</sup>. Si ricorda, in particolare, come la realizzazione dell'unione doganale sia realizzata per gradi e come, al momento, sia in vigore solo per i tre Paesi del c.d. *Triángulo del Norte* (El Salvador, Guatemala ed Honduras).

Per quanto riguarda gli altri organi nell'ambito della composita istituzionale centroamericana, il *Comité Consultivo* (CC-SICA) nel giugno 2017 ha tenuto la *Asamblea Plenaria* ove, fra l'altro, si è ribadito il ruolo della società civile nel processo di integrazione dell'area. Per quanto riguarda il Parlamento centroamericano (Parlacen) la sua attività risulta alquanto contraddittoria, risultando talora di un certo

11, si precisa: «Sin embargo, cuando se trate de una consulta facultativa o la solicitud verse sobre la misma norma andina y los mismos o similares hechos de una interpretación prejudicial ya emitida, dicha solicitud podrá ser atendida de manera celerе». Questo spiega l'emanazione di un numero considerevole di sentenze in un lasso di tempo ravvicinato o, addirittura, di più pronunce nello stesso giorno. Nel periodo in esame il Tribunale andino ha altresì approvato l'*Acuerdo 09/2017, Nota informativa que promueve la transparencia y acceso al contenido de las deliberaciones, decisiones jurisdiccionales e información pública del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, San Francisco de Quito, 24.11.2017.

<sup>88</sup> *XLVII Reunión ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana, Declaración de Roatán*, Honduras, 30.6.2016. In tale occasione è stata approvata anche la *Declaración especial sobre la ampliación del Canal de Panamá*.

<sup>89</sup> *XLVIII Reunión ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana, Declaración de Managua*, Nicaragua, 20.12.2016.

<sup>90</sup> *XLIX Reunión ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana, Declaración de San José*, Costa Rica, 29.6.2017.

<sup>91</sup> Cfr. a titolo di esempio *Resolución N° 390-2017 (COMIECO – LXXVIII)*, Managua, 24.11.2016, in materia di regole di origine delle merci, *Resolución N° 377-2016 (COMIECO – LXXXII)*, Costa Rica, 28.6.2017, in materia di ostacoli tecnici alla libera circolazione delle merci, *Resolución N° 393-2017 (COMIECO – LXXXII)*, Panamá, 24.11.2017, in materia di statuto personale del viaggiatore.

significato ai fini del processo di integrazione e, talora, assolutamente secondaria<sup>92</sup>. Inoltre, per quanto riguarda i rapporti fra i due Segretariati (SICA e SIECA) è stato sottoscritto un Memorandum d'intesa mirante a rafforzarne l'efficienza<sup>93</sup>.

Con riguardo alla Corte di giustizia, di scarso rilievo risultano le pronunce rese in sede contenziosa. Infatti, la Corte è stata investita, su istanza di soggetti privati, di 5 ricorsi per inadempimento, tutti rigettati perché non correttamente presentati, ovvero perché l'oggetto degli stessi esulava dalla competenza della stessa Corte<sup>94</sup>. Relativamente più interessanti appaiono, invece, i due pareri resi su richiesta del Parlamen e concernenti l'interpretazione della disciplina sui privilegi e le immunità applicabili a questa istituzione e al suo personale amministrativo<sup>95</sup>. In primo luogo, i giudici centroamericani hanno ricordato che tale disciplina è contenuta negli accordi di sede che ciascun organo del SICA, in virtù del principio dell'autonomia funzionale, ha legittimamente concluso con il Paese che ne ospita la sede. Di conseguenza, il regime dei privilegi e delle immunità accordato al personale dei vari organi può essere differente. In secondo luogo, la Corte ha precisato che il Parlamen gode in Guatemala (ove ha sede) dell'immunità dalla giurisdizione, che ha carattere funzionale e alla quale – su espressa decisione del suo Presidente – l'istituzione può legittimamente rinunciare. La Corte centroamericana ha altresì ribadito la propria competenza a conoscere delle controversie in materia di funzione pubblica, ossia fra gli organi del SICA e il proprio personale.

8. *L'Associazione degli Stati dei Caraibi (AEC)*.- Secondo il calendario delle attività pubblicato sul sito dell'organizzazione ([www.acs-aec.org](http://www.acs-aec.org)), nel periodo in esame si sarebbero svolte con regolarità le riunioni degli organi ministeriali e dei vari comitati speciali (turismo, trasporti, bilancio, ecc.) e gruppi tecnici; tuttavia, non è possibile ad oggi esprimere giudizi di merito con riguardo agli atti approvati e ai risultati conseguiti, in quanto la documentazione ufficiale risulta inaccessibile<sup>96</sup>.

9. *La Comunità Caraibica (CARICOM)*.- Nel CARICOM, dopo il giugno 2016, le attività sono proseguite con continuità e sono stati tenuti, a livello apicale<sup>97</sup>, due *Summit* ordinari (37°<sup>98</sup> e 38°<sup>99</sup>), nonché il 28° *Summit* inter-sessionale<sup>100</sup>. Un

<sup>92</sup> Si veda *Memoria de Labores 2016-2017*, Parlamento Centroamericano, novembre 2017, 11-12, con l'elenco degli atti approvati.

<sup>93</sup> *Memorando de entendimiento entre la Secretaría del SICA y la Secretaría del SIECA*, San Salvador, 17.10.2017.

<sup>94</sup> Cfr. *Expediente No. 2-09-05-2016*, 13.7.2016; *Expediente No. 4-29-11-2016*, 2.12.2016; *Expediente No. 7-28-10-2015*, 9.2.2017; *Expediente No. 3-12-09-2016*, 10.2.2017; *Expediente No. 1-03-02-2016*, 19.2.2017.

<sup>95</sup> Cfr. *Expediente No. 6-20-12-2016*, 17.3.2017; *Expediente No. 5-20-12-2016*, 23.5.2017.

<sup>96</sup> Così, non si hanno notizie della XLI riunione della *Mesa Directiva* e del XXII incontro annuale del Consiglio dei Ministri che, da calendario, dovrebbero essersi svolti rispettivamente il 27 settembre 2016 ed il 10 marzo 2017. Da fonti giornalistiche risulta, invece, la realizzazione – su iniziativa cubana – della prima conferenza di cooperazione (L'Avana, 8.3.2017), che intende essere un meccanismo utile alla gestione di progetti regionali di cooperazione in aree di interesse comune (come potenziamento delle reti di trasporto aereo e marittimo fra gli Stati caraibici).

<sup>97</sup> Va osservato come alle diverse *Conferences* (cui possono partecipare anche gli Stati associati o, eccezionalmente ospiti) non sempre risultino presenti tutti gli Stati membri e come, sovente, la rappresentanza sia a livello ministeriale (affari esteri o altro) o, talora, di ambasciatore.

<sup>98</sup> *Communiqué Issued at the Conclusion of the 37<sup>th</sup> Regular Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community (CARICOM)*, Georgetown, 4-6.7.2016.

ulteriore *Summit* di emergenza è stato tenuto in diretto collegamento con il passaggio nella regione di diversi uragani<sup>101</sup>, mentre nell'ambito delle relazioni esterne i Capi di governo degli Stati membri del CARICOM hanno tenuto un ulteriore *Summit* comune con il Messico<sup>102</sup>.

Nei diversi comunicati finali appare prevalente la dimensione politica della cooperazione e si specificano alcune aree prioritarie, cui naturalmente gli Stati caraibici sono interessati: sicurezza regionale, trasporti, settore bancario e finanziario, sanità, mercato unico, tecnologia dell'informazione e comunicazione. Rileva altresì la conferma della tradizionale metodologia della cooperazione interstatale a geometria variabile, con la firma e la ratifica da parte dei singoli Stati di singoli protocolli che, pertanto, obbligano solo gli Stati per cui sono in vigore<sup>103</sup>. Com'è ormai consuetudine, nelle dichiarazioni finali dei Capi di Stato e di governo si reiterano anche prese di posizione su questioni di carattere bilaterale per problemi di confine<sup>104</sup> e si sottolineano altresì le potenziali difficoltà collegate con la Brexit e con il futuro negoziato con l'UE, in seguito alla scadenza (2020) dell'Accordo di Cotonou<sup>105</sup>.

Per il livello ministeriale e le sue articolazioni (COFCOR, CONSLE, COFAP, COHSOD, COTED) le riunioni sono state poco frequenti e, in genere, hanno carattere istruttorio rispetto alle decisioni apicali dei Capi di governo. In particolare, per quanto riguarda gli affari esteri (COFCOR) in occasione del *20th Meeting* si è approvato uno *Statement*, peraltro alquanto anonimo, sulla crisi venezuelana<sup>106</sup>.

L'attività degli organi "informali" del *Quasi-Cabinet* e del *Bureau of Conference*<sup>107</sup> continua in maniera discreta e contribuisce al funzionamento del

<sup>99</sup> *Communiqué Issued at the Conclusion of the 38<sup>th</sup> Regular Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community (CARICOM)*, Grand Anse, 4-6.7.2017.

<sup>100</sup> *Communiqué Issued at the Conclusion of the 28<sup>th</sup> Inter-sessional Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community (CARICOM)*, Georgetown, 16-17.2.2017.

<sup>101</sup> *Emergency Session of the Heads of Government of the CARICOM*, 10.9.2017, di cui si ha notizia da un comunicato stampa e relativo, in particolare, all'attività della *Caribbean Disaster Management Agency*.

<sup>102</sup> *CARICOM – Mexico Summit: Joint Declaration*, Belize City, 26.10.2017, ove sono trattate problematiche di comune interesse, come la gestione dei disastri naturali, lo sviluppo sostenibile, il turismo, la cooperazione tecnica, etc.

<sup>103</sup> *Communiqué Issued at the Conclusion of the 37<sup>th</sup> Regular Meeting*, 3-4, *Communiqué Issued at the Conclusion of the 38<sup>th</sup> Regular Meeting*, 3, *Communiqué Issued at the Conclusion of the 28<sup>th</sup> Inter-sessional*, 2.

<sup>104</sup> *Communiqué Issued at the Conclusion of the 37<sup>th</sup> Regular Meeting*, 5-6, *Communiqué Issued at the Conclusion of the 38<sup>th</sup> Regular Meeting*, 7-8, *Communiqué Issued at the Conclusion of the 28<sup>th</sup> Inter-sessional* in relazione alle controversie Belize-Guatemala e Guyana-Venezuela.

<sup>105</sup> *Communiqué Issued at the Conclusion of the 37<sup>th</sup> Regular Meeting*, 8-9; *Communiqué Issued at the Conclusion of the 38<sup>th</sup> Regular Meeting*, 8-9, *Communiqué Issued at the Conclusion of the 28<sup>th</sup> Inter-sessional*, 8.

<sup>106</sup> *Communiqué – 20<sup>th</sup> Meeting of the COFCOR*, Bridgetown, 18-19.5.2017, ove *COFCOR Statement on the situation in Venezuela*.

<sup>107</sup> Il *Quasi-Cabinet*, istituito nel 1999, comporta l'attribuzione a singoli Stati di specifiche competenze al fine di elaborare studi e proposte settoriali da sottoporre a tutti gli Stati membri. Il *Bureau of the Conference* è un *Sub-Committee of the Conference of Heads of Government, comprising Incoming, Incumbent and Outgoing Chairpersons of the Conference* e svolge, in via preliminare rispetto alle riunioni ufficiali, una attività di elaborazione di proposte e di ricerca del consenso.

CARICOM offrendo il supporto degli Stati (o di alcuni di essi considerati più qualificati)<sup>108</sup>.

Infine, relativamente attiva è stata della Corte di giustizia caraibica, che ha emanato due sentenze nell'ambito della propria giurisdizione regionale (c.d. *original jurisdiction*), mentre numerose sono le sentenze emanate quale ultimo grado di giudizio per gli Stati che hanno accettato tale giurisdizione (c.d. *appellate jurisdiction*). Per quanto riguarda la *original jurisdiction*, il primo caso (*Douglas v. Dominica*) è relativo ad una applicazione del principio di non discriminazione in materia di libera circolazione delle persone e di servizi (nella specie artisti giamaicani)<sup>109</sup>. Tuttavia, perché si possa ricorrere a titolo individuale davanti alla Corte di Giustizia è necessaria l'autorizzazione da parte della stessa Corte ex art. 222 (a) del *Revised Treaty of Chaguaramas*. Nel caso di specie, l'autorizzazione non è stata concessa in quanto l'attore era l'organizzatore del concerto e non gli artisti cui è stato direttamente vietato l'ingresso nello Stato<sup>110</sup>. La seconda pronuncia nell'ambito della *original jurisdiction* (*Jaleel v. Guyana*) è relativo ad un caso di discriminazione in materia di imposte indirette<sup>111</sup>. La Corte caraibica, attraverso una ricostruzione relativa anche alla giurisprudenza comunitaria europea<sup>112</sup>, riconosce in primo luogo la legittimazione a ricorrere e, successivamente, in applicazione del principio di non discriminazione, l'illiceità della disciplina fiscale della Guyana in quanto incompatibile con il Trattato<sup>113</sup>. La Corte, inoltre, stabilendo il principio del ritardo nell'azione (*laches*), limita il rimborso da parte dello Stato al ricorrente alle imposte illecitamente percepite per un periodo di 5 anni<sup>114</sup>.

10. *L'Organizzazione degli Stati Caraibici Orientali (OECS)*.- Per quanto riguarda l'attività della OECS, organizzazione con una ridotta partecipazione soggettiva operante nell'ambito del CARICOM, dopo il giugno 2016 le attività si sono svolte con regolarità, ma con risultati non significativi. Nel periodo considerato si sono tenuti due *Meeting* dell'*Authority*<sup>115</sup>, ma dalla lettura dei comunicati finali non sembra che gli obiettivi previsti nel *Revised Treaty of Basseterre* siano in corso di realizzazione. L'attività degli organi intergovernativi e della Commissione si

<sup>108</sup> Per le attività del *Quasi-Cabinet* e del *Bureau of the Conference* nel periodo considerato vedi [caricom.org](http://caricom.org), sub *quasi.cabinet* e *bureau of the conference*. Assai ridotta appare altresì l'attività delle diverse *Institutions* e delle *Associate Institutions* of the CARICOM. Singolare è l'inattività dell'Assemblea parlamentare, mentre ovviamente più attive sono le istituzioni caratterizzate da specifiche competenze tecniche.

<sup>109</sup> *CCJ Application N° DMOJ2016/001 Cabral Douglas v. The Commonwealth of Dominica*.

<sup>110</sup> *CCJ Application N° DMOJ2016/001 Cabral Douglas*, cit., secondo la sentenza «mr Douglas had not shown an arguable case under Article 222 (a) that a right conferred by the RTC enured to the benefit to him directly».

<sup>111</sup> *CCJ Application N° TTOJ2016/001 SM Jaleel & Co Ltd & Guyana Beverags Inc v. The Co-operative Republic of Guyana*.

<sup>112</sup> *CCJ Application N° TTOJ2016/001 SM Jaleel*, cit., sub 14-28.

<sup>113</sup> *CCJ Application N° TTOJ2016/001 SM Jaleel*, cit., sub 29-38.

<sup>114</sup> *CCJ Application N° TTOJ2016/001 SM Jaleel*, cit., sub 39-59. Nella ricostruzione di tale principio la Corte caraibica fa riferimento ai precedenti giurisprudenziali espressi sia in ambito internazionale che comunitario europeo.

<sup>115</sup> Cfr. 63<sup>rd</sup> *Meeting of the OECS Authority Communiqué*, Saint Lucia, 14.7.2016 (in video conferenza) e il 64<sup>th</sup> *Meeting of the OECS Authority Communiqué*, Frigate Bay, 3.3.2017.

concentra su poche materie di particolare interesse, come i cambiamenti climatici e la sanità, nel cui ambito è stata tenuta una riunione dei ministri competenti<sup>116</sup>.

Non si hanno notizie delle attività degli altri organi istituzionali.

11. *L'Alleanza bolivariana per i popoli della Nostra America (ALBA)*.- L'ALBA appare nel periodo considerato come una cassa di risonanza, evidentemente di parte, dei dolorosi contrasti interni che si realizzano in Venezuela, Stato *leader* (con Cuba) dell'Organizzazione. Così, in assenza di attività in materia economica (il Consiglio economico non si riunisce dal 2014), rileva la valenza politica della cooperazione. Questa si è espressa in una pluralità di dichiarazioni in favore del Governo rivoluzionario venezuelano, espresse in occasione del 14° *Summit* dei Capi di Stato e di governo del 5.3.2017<sup>117</sup> e del 6° Incontro straordinario dei Ministri degli esteri dell'8.8.2017<sup>118</sup>. L'Organizzazione ha inoltre reso alcuni comunicati speciali in cui ha espresso la propria posizione in relazione a vicende politiche che hanno interessato alcuni Stati membri<sup>119</sup>.

12. *L'Alleanza del Pacifico*.- Per quanto riguarda tale attiva forma di cooperazione, dopo il giugno 2016 sono stati tenuti due *Summit* annuali dei Presidenti. L'XI *Summit* si è svolto a Puerto Varas nel luglio 2016 e vi ha partecipato il nuovo Presidente peruviano<sup>120</sup>, mentre il successivo XII è stato tenuto a Cali a distanza di un anno, confermando la solidità di tale atipica forma di cooperazione fra quattro Paesi del Pacifico<sup>121</sup>. Nelle due dichiarazioni si prende atto dei risultati conseguiti in ambito economico, in particolare in materia commerciale e di disciplina degli investimenti<sup>122</sup>, mentre, negli allegati, i Presidenti indicano una serie di ulteriori attività da realizzare nel processo di integrazione<sup>123</sup>. Di un certo rilievo, secondo un approccio prettamente liberale mirante in prospettiva alla creazione di un mercato comune, è la previsione di un fondo dedicato al finanziamento delle infrastrutture<sup>124</sup>.

Nel periodo considerato, oltre alle riunioni degli organi subordinati sub-ministeriali (gruppi tecnici, ormai assai numerosi) vi sono stati alcuni incontri ministeriali di cui, tuttavia, è evidente il ruolo subordinato rispetto ai Presidenti.

<sup>116</sup> 4<sup>th</sup> Meeting of the OECS Authority Council of Ministers-Health Theme "Equity and Access", Fort de France, 9-10.11.2017.

<sup>117</sup> Declaration of the 14<sup>th</sup> ALBA-TCP Summit of Heads of State and Government, Caracas, 5.3.2017.

<sup>118</sup> 6<sup>th</sup> Extraordinary Meeting of the Political Council of ALBA-TCP, Caracas, 8.8.2017, mentre in occasione del 15° Meeting erano state approvate Special Declaration on the results of the second electoral round in the Republic of Ecuador, Declaration on solidarity with the Caribbean, Special Declaration on Nicaragua, Havana, 10.4.2017.

<sup>119</sup> Cfr. Special Communiqué of ALBA-TCP condemning approval of nica act by the United States congress, Caracas, 6.10.2017; Special Communiqué of ALBA-TCP rejecting the expulsion of Cuban diplomats by the United States Government, Caracas, 6.10.2017; Special Communiqué 2017 concerning regional election in the Bolivarian Republic of Venezuela, Caracas, 17.10.2017.

<sup>120</sup> Declaración de Puerto Varas (Chile), XI Cumbre, 1.7.2016.

<sup>121</sup> Declaración de Cali (Colombia), XII Cumbre, 30.6.2017.

<sup>122</sup> Declaración de Puerto Varas, nn. 2-5, e Declaración de Cali, nn. 2-9.

<sup>123</sup> Declaración de Puerto Varas, Anexo 1 Mandatos Presidenciales para instituir tareas a los grupos y subgrupos, e Declaración de Cali, Anexo 1 Mandatos Presidenciales

<sup>124</sup> Nella Declaración de Puerto Varas, il fondo per le infrastrutture è previsto all'Anexo 2: Logos y agenda de l Consejo de Ministros de Finanzas sub B, mentre nella Declaración de Cali, vi è un riferimento anche al n. 7, oltre che nell'Anexo 2: Declaración de Ministros de Finanzas sub B.

Rilevano così gli incontri fra i Ministri degli esteri<sup>125</sup> e, con minor rilievo, quelli competenti per specifiche materie, in particolare dei Ministri delle finanze.

Sempre in ambito istituzionale, nel periodo considerato, sono state tenute tre sessioni della *Comisión Interparlamentaria de Seguimiento*, peraltro concluse da brevi *Declaraciones*, di cui è evidente il carattere esortativo<sup>126</sup>, mentre le due riunioni del *Cumbre empresarial* sono coincise con i *Summit* presidenziali<sup>127</sup>.

Il significativo dinamismo dell'AP si manifesta anche nella sue relazioni esterne, caratterizzate dall'interesse degli osservatori che sono giunti a ben 52 Stati, mentre è in via di elaborazione lo status di *Stato associato* da attribuire a Australia, Canada, Nuova Zelanda e Singapore<sup>128</sup>. Nel merito, è stato già tenuto un primo *round* negoziale e si ipotizza la conclusione di accordi di libero scambio fra i singoli Paesi dell'Alleanza del Pacifico ed i Paesi associati. Viceversa, le possibilità di nuove adesioni all'*Acuerdo Marco* si riducono soggettivamente al solo Costa Rica di cui, tuttavia, si parla vagamente solo in occasione del *Summit* del 2016.

Sempre per le prospettive di cooperazione con altre forme associative parziali, evidente è il mutamento in positivo dei rapporti con il MERCOSUR e, a tal fine, è stata tenuta una riunione ministeriale dell'aprile 2017<sup>129</sup>.

Infine, ancora nell'area del Pacifico, un significativo approfondimento hanno avuto i rapporti con l'ASEAN<sup>130</sup> e con l'APEC<sup>131</sup>.

PIERO PENNETTA

<sup>125</sup> Le riunioni dei Ministri degli esteri sono naturalmente funzionali e precedono i *Summit* presidenziali.

<sup>126</sup> *Declaración de la Cuarta Sesión de la Comisión Interparlamentaria de Seguimiento*, 27-30.6.2016, Puerto Varas, nonché la *Quinta Sesión*, Valparaiso, 10-11.11.2016, e *Sexta Sesión*, Cali, 27.6.2017.

<sup>127</sup> *III Cumbre empresarial*, 27-30.6.2016, e *IV Cumbre empresarial* 29.6.2017.

<sup>128</sup> *Declaración de Cali*, sub 3.

<sup>129</sup> *Reunión Ministerial Mercosur-Alianza del Pacífico, Comunicado Conjunto*, Buenos Aires, 7.4.2017.

<sup>130</sup> *Declaración de Puerto Varas*, n. 13; *Declaración de Cali*, n. 13 e in particolare *III Reunión Ministerial entre AP y ASEAN*, settembre 2016. Tale approccio di cooperazione si è materializzato, fra l'altro, con la tenuta di specifici seminari di cooperazione.

<sup>131</sup> *Declaración de Puerto Varas*, n. 14; *Declaración de Cali*, n. 13, e in particolare *Segundo Dialogo entre los Presidentes de la AP y los Líderes de l'APEC*, novembre 2016.

## COMITATO CONTRO LA TORTURA

### LE OSSERVAZIONI CONCLUSIVE DEL COMITATO CONTRO LA TORTURA AI RAPPORTI PERIODICI CONGIUNTI QUINTO E SESTO DELL'ITALIA

#### 1. *Il sistema ONU contro la tortura: la Convenzione e il Protocollo opzionale.*

La Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, o CAT) fu adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 (con risoluzione A/RES/39/46) ed entrò in vigore il 26 giugno 1987. Centosessantadue Stati sono parti della CAT, otto hanno solo firmato la Convenzione (Angola, Bahamas, Brunei Darussalam, Gambia, Haiti, India, Palau, Sudan), mentre altri ventisette non hanno intrapreso alcuna azione (ossia non hanno firmato né ratificato la CAT): si tratta di Barbados, Bhutan, Isole Cook, Corea del Nord, Dominica, Grenada, Iran, Jamaica, Kiribati, Malesia, Isole Marshall, Micronesia, Myanmar, Niue, Oman, Papua Nuova Guinea, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucia, Samoa, Singapore, Isole Salomone, Suriname, Tonga, Trinidad e Tobago, Tuvalu, Tanzania, Zimbabwe<sup>1</sup>. Dei nove trattati fondamentali (*core treaties*) ONU in materia di tutela dei diritti umani, solo le più recenti Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (adottata nel 1990) e Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (2006) presentano un numero inferiore di ratifiche, cinquantuno e cinquantotto rispettivamente. Per converso, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, adottata nel 2006, è già stata ratificata da centosettantacinque Stati.

Fulcro della CAT è l'obbligo per gli Stati parti di prevenire e criminalizzare la tortura, così come definita all'art. 1 della Convenzione, nonché di impedire ulteriori pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (articoli 2, 4 e 16 CAT). Altre previsioni di particolare rilievo includono il divieto di *refoulement* verso uno Stato in cui la persona rischi di essere soggetta ad atti di tortura (art. 3); l'obbligo di perseguire il responsabile di atti di tortura che si trovi sul territorio dello Stato (a meno che lo Stato non lo estradi verso altro Paese dove sarà perseguito: articoli 5 e 8); l'obbligo di formazione del personale rilevante (forze dell'ordine, medici) relativamente al divieto di tortura (art. 10); l'obbligo di procedere speditamente a indagini imparziali quando vi sia ragione di ritenere che un atto di tortura sia stato commesso, o quando una denuncia sia presentata in tal senso (articoli 12 e 13)<sup>2</sup>; il diritto della vittima di tortura di ottenere riparazione e un adeguato risarcimento (art. 14); il divieto assoluto di ammettere come prova in un procedimento qualsivoglia dichiarazione estorta con la tortura (art. 15). Il contenuto di questi e altri obblighi

---

<sup>1</sup> Per una mappa aggiornata di firme e ratifiche, cfr. [indicators.ohchr.org](http://indicators.ohchr.org).

<sup>2</sup> Gli articoli da 10 a 13 si applicano altresì, in base all'art. 16, ad altri trattamenti e pene crudeli, inumani o degradanti.

previsti dalla CAT verrà ad ogni modo esaminato più approfonditamente nel prosieguo in relazione alle Osservazioni conclusive del Comitato.

Gli articoli 17 e ss. della Convenzione definiscono invece la composizione e le funzioni del Comitato CAT che, analogamente ad altri Comitati di controllo ONU in materia di diritti umani (*treaty bodies*), è deputato sia a ricevere rapporti periodici da parte degli Stati in merito all'adempimento dei loro obblighi convenzionali, sia a esaminare ricorsi presentati contro uno Stato parte da altri Stati parti o da individui, nonché a iniziare inchieste laddove sussistano fondate indicazioni che la tortura è praticata sistematicamente nel territorio di uno Stato parte<sup>3</sup>. Il Comitato è composto da dieci esperti indipendenti.

La CAT è stata successivamente integrata da un Protocollo opzionale (c.d. OPCAT), adottato dall'Assemblea generale il 18 dicembre 2002 (con risoluzione A/RES/57/199) ed entrato in vigore il 22 giugno 2006<sup>4</sup>. Il Protocollo presenta diverse peculiarità rispetto ai trattati promossi dall'ONU in materia di protezione dei diritti umani. Anzitutto, il Protocollo accentua la dimensione preventiva, già presente nella Convenzione, e istituisce un particolare organo internazionale di controllo, il Sottocomitato sulla prevenzione della tortura (*Subcommittee on Prevention of Torture*, o SPT), con il compito precipuo di visitare i luoghi di detenzione all'interno degli Stati parti e di «formulare raccomandazioni agli Stati parti in merito alla protezione delle persone private della libertà nei confronti della tortura e delle altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti»<sup>5</sup>. Ulteriore particolarità del Protocollo consiste nell'obbligo per gli Stati parti di istituire uno o più organismi nazionali (*national preventive mechanisms*, o NPM) con compiti preventivi e poteri di visita analoghi al Sottocomitato ONU: il fine è quello di creare una rete integrata di meccanismi di controllo, nazionali e internazionali, che coordinatamente monitorino le azioni degli Stati e raccomandino loro misure per prevenire più efficacemente atti di tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Il sistema di controllo creato dall'OPCAT è dunque complementare rispetto al monitoraggio assicurato dal Comitato CAT.

Quanto all'Italia, essa ha ratificato la CAT con l. 3 novembre 1988, n. 489. Il nostro Paese ha però introdotto il reato di tortura solo nel 2017, seppure la criminalizzazione della tortura sia elemento centrale della Convenzione. Anche l'esecuzione dell'OPCAT non è stata propriamente tempestiva: ratificato il Protocollo con l. 9 novembre 2012, n. 195, il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà personale (ossia il meccanismo di prevenzione italiano) è stato istituito alla fine del 2013<sup>6</sup>; struttura e composizione dell'ufficio sono state definite nel marzo 2015<sup>7</sup>, e solo agli inizi del 2016 sono stati nominati i membri del collegio ed è stato assegnato il personale dell'ufficio.

---

<sup>3</sup> Cfr. gli articoli da 19 a 22 della Convenzione per le citate competenze del Comitato CAT.

<sup>4</sup> Il Protocollo è stato ratificato da ottantasette Stati e firmato da altri quattordici.

<sup>5</sup> OPCAT, art. 11. La traduzione utilizzata è reperibile all'indirizzo [unipd-centrodirittiumani.it](http://unipd-centrodirittiumani.it).

<sup>6</sup> Con d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, in materia di "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria". Il d.l. è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n.10.

<sup>7</sup> V. d.m. 11 marzo 2015, n. 36, in materia di "Regolamento recante la struttura e la composizione dell'ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale".

## 2. I rapporti periodici congiunti quinto e sesto dell'Italia al Comitato CAT.

La presentazione dei rapporti periodici al Comitato CAT da parte del nostro Paese è stata piuttosto irregolare: l'Italia ha sostanzialmente rispettato le scadenze prescritte (normalmente quadriennali) per i primi tre rapporti, mentre ha inviato il quarto rapporto con due anni di ritardo, nel 2004 anziché nel 2002. I rapporti quinto e sesto sono stati inoltrati unitamente: inizialmente attesi nel 2011, sono stati posticipati al luglio 2015 ed effettivamente ricevuti dal Comitato in ottobre. In quest'ultima occasione l'Italia ha aderito a una particolare procedura semplificata di *reporting*, sperimentata dal Comitato CAT a partire dal 2007 e ora regolarmente proposta agli Stati. In base ad essa, il Comitato sottopone allo Stato interessato una "lista delle questioni" prima che lo Stato presenti il suo rapporto periodico: quest'ultimo finirà così per consistere nelle risposte alle specifiche questioni formulate dal Comitato. Si parla in proposito di *list of issues prior to reporting*, o LOIPR, il cui fine è rendere il rapporto governativo più mirato ed efficace, oltre che più agevole per lo Stato da preparare e per il Comitato CAT da esaminare<sup>8</sup>. Tale procedura semplificata è promossa da vari comitati ONU, anche se con modalità parzialmente diverse<sup>9</sup>.

La lista delle questioni per l'Italia è stata pubblicata nel gennaio 2010: come accennato, la risposta del nostro Paese (ossia il rapporto periodico) era originariamente prevista per il 2011, ma è stata successivamente richiesta per il luglio 2015. Il rapporto è stato inviato dal nostro Paese il 21 ottobre di quell'anno e reso pubblico il 10 aprile 2016. Sono stati quindi inoltrati al Comitato CAT sette rapporti indipendenti – anche detti *shadow reports*, o rapporti ombra – da organizzazioni non governative (Ong)<sup>10</sup>; inoltre, il Garante nazionale dei diritti dei detenuti ha presentato il proprio rapporto in quanto meccanismo nazionale di prevenzione. Il 14 novembre 2017 si è svolto a Ginevra il dialogo costruttivo tra la delegazione italiana e il Comitato CAT; le Osservazioni conclusive del Comitato sono state adottate il successivo 30 novembre e pubblicate il 18 dicembre.

Ringraziato lo Stato italiano per aver accettato la procedura semplificata di esame e per aver intrapreso un dialogo costruttivo, il Comitato CAT sottolinea anzitutto i passi avanti dell'Italia rispetto al ciclo d'esame precedente. Questi consistono, secondo il Comitato, nella ratifica di alcuni trattati internazionali, tra cui l'OPCAT; nell'approvazione di talune riforme legislative, quali la l. 21 febbraio 2014, n. 10, che ha istituito il sopracitato Garante dei diritti delle persone detenute, e la l. 15 ottobre 2013, n. 119, in materia di lotta alla violenza di genere; e nell'adozione di alcuni piani d'azione nazionali (contro la tratta e il grave sfruttamento e contro la violenza sulle donne), nonché nella creazione della Direzione generale della formazione presso il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria<sup>11</sup>. Il Comi-

---

<sup>8</sup> Per una descrizione della procedura semplificata così come applicata dal Comitato CAT, si veda: [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>9</sup> Per l'applicazione di tale procedura da parte del Comitato CEDAW, v. questa *Rivista*, 2017, 491 ss.

<sup>10</sup> Le seguenti Ong hanno trasmesso al Comitato CAT rapporti alternativi: *Amnesty International*; Associazione Antigone e *World Organisation Against Torture*; Associazione Radicale Certi Diritti, OII Italia, Associazione Luca Coscioni e Radicali Italiani; *Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children*; *International Federation of Action by Christians for the Abolition of Torture* (FIACAT) e Azione dei Cristiani per l'abolizione della tortura – Italia (ACAT Italia); *Legal Team Italia*; Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito.

<sup>11</sup> Comitato CAT, *Concluding observations on the fifth and sixth combined periodic reports of Italy*, adottate alla 62<sup>a</sup> sessione (6 novembre-6 dicembre 2017), CAT/C/ITA/CO/5-6, paragrafi 4-6. Di seguito denominate *Osservazioni conclusive*.

tato riconosce altresì gli “sforzi significativi” del nostro Paese nella gestione degli arrivi di numerosi richiedenti asilo<sup>12</sup>.

2.1. *L'introduzione del reato di tortura.*- È rilevante che l'adozione della l. 14 luglio 2017, n. 110, che ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di tortura con un ritardo di trent'anni, non sia riportata tra gli “aspetti positivi”, ma rientri nella sezione delle Osservazioni conclusive dedicata ai “motivi di preoccupazione” (*subjects of concern*)<sup>13</sup>. Nel “constatare” l'adozione della legge, infatti, il Comitato CAT definisce la nuova previsione da essa introdotta nel codice penale – art. 613-*bis* – “incompleta” sotto vari aspetti<sup>14</sup>. Si consideri la definizione (minima) di tortura così come delineata dall'art. 1 CAT: «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, *al fine segnatamente di* ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte *da un agente della funzione pubblica* o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito» (corsivi aggiunti)<sup>15</sup>. Si consideri ora il novello art. 613-*bis* c.p., così come formulato dall'art. 1 della legge citata: «*Chiunque*, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso *mediante più condotte ovvero* se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona» (corsivi aggiunti).

Il reato di tortura così come introdotto nell'ordinamento italiano è anzitutto un reato comune, non cioè proprio dei soli agenti della funzione pubblica o di persone che agiscano su istigazione o con il consenso di questi. La qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio costituisce unicamente una circostanza aggravante del nuovo reato, che diventa punibile con la reclusione da cinque a dodici anni (art. 613-*bis*, comma 2), laddove per il reato semplice la pena prevista è della reclusione da quattro a dieci anni. Inoltre, la norma italiana non specifica le possibili finalità degli atti di tortura – altro elemento centrale della definizione contenuta nella CAT. Infine, il Comitato critica l'aggiunta di elementi estranei alla definizione della Convenzione, il cui effetto è di restringere la portata della norma incriminatrice: il riferimento appare in particolare al requisito che il fatto sia «commesso mediante più condotte» ovvero «comport[i] un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona». Nonostante la natura non cumulativa dei due elementi, il Comitato censura egualmente la norma, ritenendo che l'ordinamento italiano istituisca una soglia più elevata per la realizzazione del reato di tortura

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, par. 7.

<sup>13</sup> Per un primo commento alla legge in questione v. F. GRAZIANI, *L'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, ovvero del funambolismo e altri equilibrismi*, in questa *Rivista*, 2017, 421 ss.

<sup>14</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 10.

<sup>15</sup> La traduzione utilizzata è reperibile all'indirizzo [unipd-centrodirittumani.it](http://unipd-centrodirittumani.it).

rispetto all'art. 1 CAT. Come fatto notare da diverse ONG<sup>16</sup>, peraltro, la pluralità di atti appare comunque presupposta dalla norma alla luce del riferimento a «violenze o minacce gravi» affinché il reato si configuri.

Il Comitato chiede quindi allo Stato italiano di rendere la nuova norma conforme alla CAT, eliminando ogni elemento ulteriore rispetto alla definizione della Convenzione, specificando la qualità dell'autore del reato e inserendo i motivi che determinano il ricorso alla tortura. Il Comitato esprime altresì preoccupazione per l'assoggettamento del reato di tortura ai termini di prescrizione ordinari e chiede allo Stato di assicurare che il reato di tortura sia imprescrittibile, in linea con il suo Commento generale n. 3<sup>17</sup>. Ulteriori difetti della legge sono messi in luce dalle Ong che hanno presentato i propri rapporti al Comitato CAT: tra questi, il requisito del «verificabile trauma psichico», che sembra potersi riferire unicamente a malattie o disturbi psichici diagnosticabili e non transitori<sup>18</sup>; il fatto che la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, costituendo una semplice aggravante, possa entrare nel bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti consentito al giudice dall'art. 69 c.p. ed essere quindi sostanzialmente elisa<sup>19</sup>; la specificazione delle condotte necessarie a integrare il reato («con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà»), in contrapposizione alla fattispecie di reato a forma libera prevista dalla CAT<sup>20</sup>; la confusione creata dal riferimento a «trattamenti inumani o degradanti» nella definizione di tortura<sup>21</sup>; il fatto che non sia stanziato alcun finanziamento ulteriore per l'attuazione della legge<sup>22</sup>. Molte di queste osservazioni sono state fatte proprie anche dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, che in giugno aveva indirizzato una lettera ai presidenti delle due Camere e delle commissioni parlamentari competenti per sollecitare modifiche al testo in discussione<sup>23</sup>.

Sotto altri profili, la nuova legge rispecchia invece i requisiti della CAT: il nuovo art. 613-ter c.p. punisce l'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura; è inserito, nell'art. 191 del codice di procedura penale, un comma 2-bis che sancisce l'inutilizzabilità delle informazioni ottenute con la tortura; è espressamente previsto il divieto di *refoulement* ed estradizione verso un Paese nel quale la persona rischi di essere sottoposta a tortura (nuovo comma 1.1 dell'art. 19 t.u. immigrazione); è disposta l'esclusione dell'immunità per stranieri sottoposti a

<sup>16</sup> Cfr. Associazione Antigone (con il supporto della *World Organisation Against Torture*), *Submission to the UN Committee Against Torture Concerning Italy – 62th Session*, 3; *Legal Team Italia, Observations on the Crime of Torture in the Italian Criminal Code*, 1 e 2; e Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito, *Report Submission to the United Nations on Italy. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – 62nd Session*, par. B (i).

<sup>17</sup> Comitato CAT, *General Comment No. 3 (2012): Implementation of Article 14 by States Parties*, 13 dicembre 2012, CAT/C/GC/3, par. 38.

<sup>18</sup> *Legal Team Italia*, cit., 2, e Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito, cit., par. B(iii).

<sup>19</sup> *Legal Team Italia*, cit., 3, e Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito, cit., par. A.

<sup>20</sup> *Legal Team Italia*, cit., 1.

<sup>21</sup> Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito, cit., par. B(ii), e *Amnesty International, Italy: Submission to the United Nations Committee Against Torture, 62nd Session, 6 November - 6 December 2017*, 5.

<sup>22</sup> *Amnesty International*, cit., 6, e Antigone, cit., 26.

<sup>23</sup> La lettera è disponibile all'indirizzo [www.coe.int/en/web/commissioner](http://www.coe.int/en/web/commissioner).

procedimento penale o condannati per il reato di tortura<sup>24</sup>. In definitiva, nonostante la l. 110/2017 costituisca un innegabile progresso (si veda in questo senso anche la posizione del Garante nazionale)<sup>25</sup>, essa rimedia solo parzialmente al vuoto legislativo precedente, rendendo lo Stato italiano ancora non pienamente adempiente rispetto agli obblighi contratti con la ratifica della CAT.

2.2. *Istituzioni e procedure.*- Le osservazioni del Comitato si appuntano quindi su alcuni aspetti istituzionali e procedurali. Il Comitato saluta con favore la creazione del Garante nazionale, nonché l'istituzione di uffici simili a livello regionale e locale<sup>26</sup>. Nota tuttavia che l'indipendenza di tali organismi sub-nazionali è stata talvolta messa in discussione<sup>27</sup>; osserva altresì che il governo non ha fornito informazioni rispetto alle misure adottate per dare seguito alle raccomandazioni rivoltegli dal Garante nazionale<sup>28</sup>.

Ulteriore struttura nazionale ritenuta essenziale dal Comitato per la piena attuazione della CAT, così come dagli altri Comitati di controllo ONU per l'attuazione delle rispettive convenzioni, è l'istituzione nazionale per i diritti umani (*national human rights institution*, o NHRI): in breve, un ente pubblico indipendente investito di un ampio mandato in materia di promozione e tutela dei diritti umani a livello nazionale. Nonostante raccomandazioni per la creazione di un tale organismo siano state rivolte all'Italia da tutti i *treaty bodies* nonché nel corso di entrambi i cicli della Revisione periodica universale, ad oggi il nostro Paese è ancora privo di una NHRI conforme ai relativi *standard* internazionali (i c.d. Principi di Parigi, approvati dall'Assemblea generale ONU nel 1993)<sup>29</sup>. Il rapporto tra istituzioni nazionali per i diritti umani e meccanismi nazionali di prevenzione creati in attuazione dell'OPCAT varia da Stato a Stato: in diversi Paesi l'istituzione nazionale preesistente è stata investita degli ulteriori specifici compiti e poteri previsti dal Protocollo opzionale, divenendo così anche NPM del Paese in questione<sup>30</sup>. In altri casi sono stati creati o mantenuti due organismi distinti, con funzioni complementari<sup>31</sup>. Ad ogni modo, alla luce delle funzioni specifiche attribuite agli NPM, la creazione di un'istituzione nazionale con più ampio mandato è ritenuta essenziale dal Comitato CAT<sup>32</sup>.

Il Comitato passa poi a considerare le “tutele giuridiche fondamentali”, in particolare in favore dei detenuti, e osserva in proposito come l'esistenza di tali

<sup>24</sup> Cfr. gli articoli da 1 a 4 della l. 110/2017.

<sup>25</sup> Il giudizio del Garante rispetto alla nuova legge appare meno negativo di quello espresso dalle Ong: pur ammettendo la non completa coincidenza tra l'art. 1 CAT e l'art. 613-*bis* c.p., il Garante considera la nuova normativa “un passo avanti” e ritiene le difficoltà segnalate perlopiù superabili in via interpretativa dalla giurisprudenza (Garante nazionale, *Info from NPM*, par. 13).

<sup>26</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 14.

<sup>27</sup> Il riferimento è probabilmente al rapporto del Garante nazionale, cit., che osserva come diversi garanti regionali e locali siano stati nominati rispettivamente dai presidenti di regione o dai sindaci, e non dalle relative assemblee elettive (7 e 8).

<sup>28</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 14.

<sup>29</sup> I “Principi relativi allo status delle istituzioni nazionali” o “Principi di Parigi”, elaborati durante un *workshop* tenutosi a Parigi nell'ottobre del 1991, furono sostenuti dall'Assemblea generale e annessi alla sua risoluzione 48/134, *National institutions for the promotion and protection of human rights*, adottata il 20 dicembre 1993 per *consensus*.

<sup>30</sup> È il caso, tra gli altri, di Austria, Croazia, Lituania, Polonia, Portogallo, Serbia, Spagna e Ungheria.

<sup>31</sup> Così ad esempio in Francia e Germania.

<sup>32</sup> *Osservazioni conclusive*, paragrafi 16 e 17.

tutele a livello normativo spesso non trovi riscontro a livello pratico: così ad esempio i detenuti frequentemente non sono informati dei loro diritti o autorizzati a mettersi in contatto con i propri parenti, ovvero non sono prontamente registrati<sup>33</sup>. Il Comitato critica anche le difficoltà nell'accedere al gratuito patrocinio (in particolare per coloro che non hanno cittadinanza italiana) e il limite – giudicato eccessivamente elevato – di cinque giorni di detenzione prima che la persona possa conferire con il proprio difensore e sia portata davanti a un giudice, seppure in casi eccezionali<sup>34</sup>.

Altri temi per così dire procedurali e trasversali includono la formazione degli ufficiali di polizia, del personale dell'amministrazione penitenziaria, dei funzionari dell'immigrazione nonché di giudici e medici; la pronta conduzione di indagini accurate e imparziali a fronte di denunce di torture e maltrattamenti; la riparazione in favore delle vittime di atti di tortura e dei loro familiari. Quanto alla formazione del personale, pur riconoscendo gli sforzi compiuti dall'Italia in materia, il Comitato chiede di estendere i programmi di *training* obbligatori relativi alla CAT e ai diritti umani in genere, nonché di addestrare il personale rilevante a identificare casi di tortura e trattamenti inumani e degradanti in conformità al c.d. Protocollo di Istanbul<sup>35</sup>. Il Comitato chiede altresì al Governo italiano di valutare l'efficacia di tali programmi di formazione<sup>36</sup>. In materia di denunce di tortura e provvedimenti conseguenti, il Comitato lamenta una grave carenza di informazioni: relativamente al numero di denunce, indagini, incriminazioni, condanne e sanzioni disciplinari<sup>37</sup>. Il Comitato chiede quindi di assicurare che tutte le denunce siano adeguatamente esaminate, che si proceda alla sospensione dal servizio dei sospetti autori dei maltrattamenti o delle torture per la durata delle indagini, e che – una volta accertata la loro colpevolezza – questi ricevano pene adeguate<sup>38</sup>. Il Comitato chiede altresì che dati disaggregati in merito siano raccolti e forniti al Comitato<sup>39</sup>. Una raccomandazione simile riguarda anche i dati relativi alle misure di riparazione ordinate dalle corti interne o da altri organi nazionali, nonché ai programmi pubblici di riparazione o al sostegno fornito dallo Stato a Ong che si occupano di riabilitazione delle vittime<sup>40</sup>. Il Comitato ricorda che il nostro Paese è tenuto a garantire che le vittime di tortura e maltrattamenti ottengano la riparazione del danno subito, anche nella forma di un adeguato risarcimento e di strumenti per la riabilitazione, conformemente a quanto stabilito dallo stesso Comitato nel suo Commento generale n. 3<sup>41</sup>.

2.3. *Il trattamento di migranti e richiedenti asilo.*- Quanto agli aspetti più prettamente sostanziali, le Osservazioni conclusive si concentrano anzitutto sul

<sup>33</sup> *Ibidem*, par. 18. Cfr., sul mancato rispetto di tali diritti dei detenuti, il rapporto di Antigone, cit., 5.

<sup>34</sup> Cfr. fonti della nota precedente. Il riferimento è all'art. 104 del c.p.p.

<sup>35</sup> *Osservazioni conclusive*, paragrafi 30 e 31(a) e (b). Il *Manuale per l'efficace indagine e documentazione della tortura e di altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti* (c.d. Protocollo di Istanbul) è stato redatto da numerose Ong e trasmesso all'Ufficio dell'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani il 9 agosto 1999. Il *Manuale* costituisce documento ufficiale delle Nazioni Unite, pur non essendo di per sé vincolante.

<sup>36</sup> *Ibidem*, par. 31(c).

<sup>37</sup> *Ibidem*, par. 40.

<sup>38</sup> *Ibidem*, par. 41(a), (b) e (c).

<sup>39</sup> *Ibidem*, par. 41(d).

<sup>40</sup> *Ibidem*, paragrafi 42 e 43.

<sup>41</sup> *Ibidem*, par. 43. Cfr. anche Comitato CAT, *Commento generale n. 3*, cit.

trattamento dei migranti, a partire dal rispetto, da parte dell'Italia, del divieto di respingere persone nei Paesi d'origine o transito laddove vi siano seri motivi di ritenere che queste rischiano di essere ivi torturate – c.d. principio di *non-refoulement*<sup>42</sup>. In proposito il Comitato fa riferimento a varie denunce di violazione di tale principio da parte dello Stato italiano, in particolare attraverso rimpatri forzati di gruppo in esecuzione di accordi bilaterali di riammissione, quale quello stipulato tra i corpi di polizia italiano e sudanese. A conferma delle perplessità del Comitato CAT sul punto, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha dichiarato ammissibili, nel gennaio 2018, i ricorsi di cinque cittadini sudanesi respinti – insieme a un'altra trentina di connazionali – sulla base di tale accordo<sup>43</sup>. Anche la procedura di espulsione prevista per ragioni di sicurezza nazionale suscita la preoccupazione del Comitato, che la ritiene priva delle necessarie garanzie per prevenire il rischio di tortura nel Paese di rimpatrio<sup>44</sup>: al riguardo sono citate varie sentenze della Corte EDU che stabiliscono la violazione dell'art. 3 della Convenzione da parte del nostro Paese nell'ambito di tale procedura<sup>45</sup>.

Il Comitato prende altresì in considerazione due iniziative che hanno recentemente animato il dibattito pubblico italiano in materia di immigrazione: il c.d. decreto Minniti-Orlando<sup>46</sup> e il *memorandum of understanding* concluso tra il Governo italiano e il Governo libico di unità nazionale in materia *inter alia* di contrasto all'immigrazione illegale e al traffico di esseri umani. Il Comitato si mostra critico verso uno dei punti chiave del decreto sopracitato – quell'accelerazione delle procedure di asilo che prevede l'eliminazione di un grado di appello e l'espulsione più rapida di coloro la cui richiesta d'asilo è stata rigettata. Vi è infatti il rischio, secondo il Comitato, che il principio di *non-refoulement* sia violato, in mancanza di una ponderata valutazione caso per caso dei pericoli per il richiedente nel Paese d'origine<sup>47</sup>. Per quanto riguarda il *memorandum* italo-libico, nel richiamare precedenti accordi tra i due Paesi (tra i quali il discusso Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione del 2008), esso prevede rinnovati sforzi da parte libica per limitare «i flussi di migranti illegali» e, da parte italiana, il sostegno finanziario e l'assistenza tecnica in materia di lotta all'immigrazione, in particolare in favore della guardia di frontiera e della guardia costiera libiche, nonché il finanziamento di programmi per lo sviluppo economico e sociale in Libia<sup>48</sup>. Nonostante le rassicurazioni dello Stato italiano, il Comitato critica il fatto che il *memorandum* non faccia alcuna menzione del rispetto dei diritti umani fondamentali, incluso il divieto di tortura, e non condizioni a esso il sostegno italiano<sup>49</sup>. Il Comitato fa riferimento ai numerosi resoconti di violenze perpetrate dalla guardia costiera libica nei confronti dei migranti e di maltrattamenti

<sup>42</sup> Sul (mancato) rispetto da parte dell'Italia dei suoi obblighi in materia di *non-refoulement*, cfr. il rapporto di *Amnesty International*, cit., 7 ss.

<sup>43</sup> L'episodio di rimpatrio è riportato nei dettagli nel rapporto di *Amnesty International*, cit., 8-10.

<sup>44</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 20.

<sup>45</sup> *Ibidem*. Il Comitato CAT cita le sentenze *Saadi c. Italia* (Grande Camera), 28 febbraio 2008; *CBZ c. Italia* (decisione), 24 marzo 2009; *O. c. Italia* (decisione), 24 marzo 2009; *Trabelsi c. Italia*, 13 aprile 2010.

<sup>46</sup> V. d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, in materia di “Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale”. Il d.l. è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 13 aprile 2017, n. 46.

<sup>47</sup> *Osservazioni conclusive*, paragrafi 20 e 21.

<sup>48</sup> Il testo del *memorandum* è consultabile all'indirizzo [www.governo.it](http://www.governo.it).

<sup>49</sup> *Ibidem*, par. 22.

subiti dagli stessi nei centri di detenzione libici, e cita in particolare i recenti rapporti del Segretario generale sulle attività della Missione di supporto ONU in Libia<sup>50</sup> e di un gruppo di esperti inviati dall'Organizzazione<sup>51</sup>; altra documentazione in questo senso è stata fornita da Ong<sup>52</sup> e da inchieste giornalistiche<sup>53</sup>. Si noti peraltro incidentalmente che la Libia non ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati e non accetta richieste d'asilo. Il Comitato CAT raccomanda allo Stato italiano di assicurare che la cooperazione con i *partner* libici rispetti gli obblighi internazionali contratti dall'Italia, inclusi quelli derivanti dalla CAT; di verificare le condizioni sul campo in Libia; e di aggiornare il Comitato circa l'esecuzione del *memorandum*<sup>54</sup>.

In relazione ai centri di accoglienza ed espulsione siti in Italia (inclusi gli *hotspot*), il Comitato fa riferimento ai ripetuti rapporti sulle precarie condizioni di vita dei centri, nonché sull'uso eccessivo della forza da parte dei membri dei corpi di polizia incaricati di rilevare le impronte digitali di migranti e richiedenti asilo<sup>55</sup>. Il Comitato chiede dunque al nostro Paese di garantire condizioni adeguate all'interno dei centri; e rivolge varie raccomandazioni in tema di uso eccessivo della forza, nel senso di chiarire la base normativa per la detenzione e l'uso della forza nei confronti di migranti e richiedenti asilo che si rifiutino di fornire le proprie impronte digitali, di dare seguito alle denunce di eccessivo uso della forza in tali circostanze e di formare adeguatamente le forze di polizia incaricate di procedere all'identificazione dei migranti<sup>56</sup>. Il Comitato condanna altresì la mancanza di linee guida e procedure apposite per l'identificazione di persone in situazione di vulnerabilità, incluse persone vittime di tortura o di tratta, e chiede all'Italia di rimediare a tale carenza<sup>57</sup>.

Infine, sempre in tema di trattamento di migranti e richiedenti asilo, il Comitato chiede che l'accesso ai centri di accoglienza e di espulsione sia garantito in ogni circostanza al Garante nazionale dei diritti dei detenuti e ai suoi omologhi regionali, in conformità all'OPCAT; invita inoltre il Governo italiano a consentire l'accesso a tali centri anche a Ong e membri della società civile<sup>58</sup>. Da ultimo, pur mostrando apprezzamento per la riduzione della durata massima della detenzione nei centri di identificazione ed espulsione (da 18 mesi a 90 giorni), il Comitato

---

<sup>50</sup> *Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya*, 22 agosto 2017, UN Doc. S/2017/726.

<sup>51</sup> OHCHR, *UN human rights chief: Suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*, comunicato stampa, disponibile all'indirizzo [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>52</sup> *Amnesty International*, cit., 12 ss. Cfr. anche, tra gli altri, *Human Rights Watch, Ue/NATO: il piano dell'Europa mette in pericolo gli stranieri in Libia. Migranti e richiedenti asilo si misurano con uccisioni, tortura, e stupro*, *News*, 12 luglio 2016, disponibile all'indirizzo [www.hrw.org](http://www.hrw.org). A questi *report* si aggiungono le testimonianze delle Ong impegnate nelle attività di soccorso in mare relativamente al comportamento della guardia costiera libica.

<sup>53</sup> N. ELBAGIR, R. RAZEK, A. PLATT, B. JONES, *People for sale: Where lives are auctioned for \$400*, *CNN*, 14 novembre 2017, disponibile all'indirizzo [edition.cnn.com](http://edition.cnn.com).

<sup>54</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 23.

<sup>55</sup> *Ibidem*, par. 24. Aveva suscitato un certo clamore la denuncia di *Amnesty International*, contenuta nel rapporto *Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, pubblicata il 3 novembre 2016 e disponibile all'indirizzo [www.amnesty.it](http://www.amnesty.it). Informazioni sulle condizioni di alcuni *hotspot*, centri di accoglienza e di espulsione sono contenute anche nel rapporto FIACAT e ACAT Italia, cit., 22 e ss.

<sup>56</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 25(a)-(d).

<sup>57</sup> *Ibidem*, paragrafi 24 e 25(e).

<sup>58</sup> *Ibidem*, par. 27.

esorta l'Italia a ricorrere alla detenzione solo eccezionalmente, in assenza di soluzioni alternative, e a ridurne in ogni caso al minimo la durata<sup>59</sup>.

2.4. *Condizioni di detenzione e uso eccessivo della forza. Violenza di genere e tratta di esseri umani.*- Rispetto più in generale alle condizioni dei luoghi di detenzione, il Comitato dà atto al nostro Paese dei progressi compiuti in materia di riduzione della sovrappopolazione carceraria e del ricorso alla custodia cautelare in carcere<sup>60</sup>, ma chiede di fare di più. Riferimento è fatto anche alle condizioni inadeguate di alcuni centri detentivi (la Questura di Firenze è citata esplicitamente a titolo di esempio) e alle denunce di abusi nella conduzione delle perquisizioni fisiche<sup>61</sup>. Lamenta altresì il Comitato la mancanza di dati sui casi di sospette torture o maltrattamenti segnalati dal personale medico operante nei centri di detenzione, nonché sul numero di suicidi e di altre morti improvvise in carcere, e chiede che tali dati siano forniti dal Governo italiano<sup>62</sup>. L'esistenza di sezioni riservate alle donne con figli minori e di unità sanitarie specializzate all'interno dei centri di detenzione è d'altro canto riconosciuta<sup>63</sup>.

Come già accaduto in altri fori internazionali<sup>64</sup>, il c.d. regime carcerario duro o 41-*bis* è considerato eccessivamente restrittivo dei diritti di coloro che vi sono sottoposti: il Comitato CAT mostra apprezzamento per la sentenza della Corte costituzionale n. 143 del 17 giugno 2013 che ha dichiarato l'incostituzionalità dei limiti posti dal regime del 41-*bis* ai colloqui dei detenuti con i propri difensori, ma considera tale regime speciale ancora in contrasto con gli *standard* internazionali in materia<sup>65</sup>, con particolare riferimento ai rapporti con gli altri detenuti, ai contatti con

<sup>59</sup> *Ibidem*, paragrafi 28 e 29.

<sup>60</sup> *Ibidem*, paragrafi 32 e 33(a). Particolare rilievo assumono il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con l. 11 agosto 2014, n. 117 e la l. 16 aprile 2015, n. 47. Il primo provvedimento – in applicazione della sentenza della Corte EDU in *Torreggiani c. Italia* – ha previsto la riduzione della pena e il risarcimento del danno per i detenuti che si trovino/si siano trovati in condizioni che violano l'art. 3 CEDU, nonché limitato il ricorso alla custodia cautelare in carcere. Il secondo ha modificato in senso ulteriormente restrittivo i presupposti per l'applicazione della custodia cautelare in carcere. L'efficacia di tale misure è stata riconosciuta anche da diverse Ong: cfr. il rapporto di Antigone, cit., 4 e 5.

<sup>61</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 32.

<sup>62</sup> *Ibidem*, paragrafi 32, 33(e), 36 e 37. Per alcuni numeri sui casi di suicidio e autolesionismo in carcere, cfr. il rapporto di FIACAT e ACAT Italia, cit., 15-16.

<sup>63</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 32.

<sup>64</sup> Critiche alle eccessive restrizioni imposte ai detenuti soggetti al regime di 41-*bis* sono state espresse, tra gli altri, dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT; cfr. il rapporto facente seguito l'ultima visita in Italia da parte del Comitato, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, 8 settembre 2017, CPT/Inf(2017)23); e dal Gruppo di lavoro ONU sulla detenzione arbitraria (Consiglio per i diritti umani, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Follow-up mission to Italy*, 10 giugno 2015, annesso, paragrafi 21-28). La Corte EDU ha invece affermato l'astratta compatibilità del regime di 41-*bis* con la Convenzione, censurandone tuttavia taluni aspetti e ribadendo la necessità di una verifica caso per caso degli effetti delle misure restrittive sui singoli detenuti.

<sup>65</sup> *Osservazioni conclusive*, paragrafi 34 e 35. Il Comitato cita in particolare, in questo passaggio, le c.d. Regole minime per il trattamento dei prigionieri, adottate nel 1957 dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite; successivamente emendate, esse sono state avallate nella loro nuova forma dall'Assemblea generale nel 2015 (con la risoluzione A/RES/70/175) e ribattezzate "Regole Mandela".

il mondo esterno e all'esteso ricorso alla videosorveglianza, nonché con riferimento alle difficoltà nel chiedere e ottenere il riesame delle misure restrittive<sup>66</sup>.

In una sezione dedicata all'uso eccessivo della forza, il Comitato CAT fa riferimento ai numerosi feriti all'esito di scontri tra manifestanti e forze dell'ordine<sup>67</sup>. Nelle precedenti Osservazioni conclusive, risalenti al 2007, il Comitato faceva esplicita menzione delle violenze dei funzionari di polizia in occasione del G8 di Genova e nei confronti dei manifestanti in Val di Susa<sup>68</sup>; altri episodi sono riportati nei rapporti trasmessi al Comitato dalle Ong intervenute nel corso dell'ultimo esame<sup>69</sup>. Il Comitato chiede quindi al nostro Paese di dotarsi di chiare regole concernenti l'uso della forza da parte degli organi di polizia e di formare i membri delle forze dell'ordine su tali regole (tenendo in considerazione i c.d. Principi fondamentali delle Nazioni Unite sull'uso della forza e delle armi da fuoco da parte dei funzionari di polizia)<sup>70</sup>, di assicurare che le denunce di uso eccessivo della forza siano prontamente esaminate in modo imparziale; di consentire l'identificazione dei membri delle forze dell'ordine quando esercitano le loro funzioni<sup>71</sup>. Tale ultima raccomandazione specifica era già stata emanata nell'ambito delle precedenti Osservazioni conclusive<sup>72</sup> ma, nonostante il tema entri ciclicamente nel dibattito pubblico, l'opposizione dei corpi di polizia alla possibilità di identificare i singoli agenti ha sinora prevalso<sup>73</sup>. Il Comitato lamenta altresì l'insufficienza dei dati forniti dal Governo italiano circa il numero di denunce, indagini, incriminazioni e condanne relative all'uso eccessivo della forza da parte di agenti di polizia<sup>74</sup>.

Ulteriori temi trattati dal Comitato sono la violenza di genere e la tratta di esseri umani, che a sua volta spesso affligge donne e ragazze (il Comitato fa specifico riferimento alla tratta di donne e minori nigeriane). Il Comitato CAT si mostra preoccupato per l'estensione del fenomeno della violenza di genere, cui tuttavia corrisponde uno scarso numero di incriminazioni e condanne<sup>75</sup>; invita quindi il nostro Paese a impegnarsi maggiormente nella lotta a tale forma di violenza, assicurando che tutte le denunce siano attentamente esaminate, che i responsabili

---

<sup>66</sup> Preoccupazioni simili trovano spazio nei rapporti presentati al Comitato CAT da Antigone, cit., 5-6, e da FIACAT e ACAT Italia, cit., 5-7.

<sup>67</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 38.

<sup>68</sup> Comitato CAT, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention. Conclusions and recommendations of the Committee against Torture – Italy*, 38° sessione (30 aprile-18 maggio 2007), pubblicato il 16 luglio 2007, CAT/C/ITA/CO/4, par. 17. Di seguito, *Osservazioni conclusive 2007*.

<sup>69</sup> Cfr. ad esempio il rapporto di Antigone, cit., 21 ss., che descrive i fatti e gli sviluppi processuali (nazionali e internazionali) di diversi scontri tra manifestanti e forze dell'ordine nonché di altri episodi di uso eccessivo della forza da parte di agenti di polizia, in particolare nei confronti di detenuti.

<sup>70</sup> Adottati all'ottavo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale, tenutosi tra il 27 agosto e il 7 settembre 1990 a L'Avana.

<sup>71</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 39.

<sup>72</sup> Comitato CAT, *Osservazioni conclusive 2007*, cit., par. 18.

<sup>73</sup> In Senato, quattro ddl "in materia di identificazione degli appartenenti alle Forze dell'ordine" sono stati presentati tra il 2013 e il 2014 ma sono rimasti fermi in Commissione Affari costituzionali: si tratta dei ddl S.1412, presentato dal Sen. Luigi Manconi (PD) e altri; S.1337, Sen. Lorenzo Battista (M5S) e altri; S.1307, Sen. Marco Scibona (M5S) e altri; e S.803, Sen. Peppe De Cristofaro (Misto, Sinistra Ecologia e Libertà) e altri. L'introduzione della misura è stata recentemente annunciata in relazione al d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città", ma in ultima istanza esclusa dal provvedimento.

<sup>74</sup> *Osservazioni conclusive*, par. 39(d).

<sup>75</sup> *Ibidem*, par. 44.

ricevano condanne adeguate al crimine commesso, che le vittime ricevano piena riparazione del danno subito, che i membri dei corpi di polizia e della magistratura siano formati in materia, che campagne di sensibilizzazione siano condotte a fini di prevenzione<sup>76</sup>. Anche rispetto al contrasto alla tratta di esseri umani ulteriori misure si impongono: nonostante la lodevole istituzione di speciali permessi di soggiorno per le vittime di tratta (previsti dall'art. 18 t.u. immigrazione), il numero di strutture di accoglienza dedicate specificamente alle vittime risulta ancora troppo ridotto, e le denunce non sembrano sempre avere il seguito necessario in termini di indagini, condanne, riparazione ed effettiva protezione delle vittime<sup>77</sup>.

Come nell'uso dei *treaty bodies*, il Comitato CAT indica – in aggiunta alla data del prossimo rapporto periodico dello Stato, il 6 dicembre 2021 – una scadenza intermedia per l'invio da parte dello Stato sotto esame di informazioni di *follow-up* rispetto ad alcuni punti evidenziati nelle Osservazioni conclusive<sup>78</sup>. In particolare l'Italia dovrà fornire, entro il 6 dicembre 2018, informazioni relative all'esecuzione del *memorandum* italo-libico, all'accesso ai centri di accoglienza da parte dei garanti dei diritti dei detenuti e delle Ong, e alle indagini e incriminazioni relative a casi di eccessivo uso della forza da parte degli agenti di polizia. Informazioni su come l'Italia intende dare attuazione ad ulteriori raccomandazioni contenute nelle Osservazioni conclusive sono altresì auspiccate entro lo stesso termine.

3. *Conclusioni.* Progressi sono stati compiuti dal nostro Paese nella prevenzione e nel contrasto di atti di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Spicca in questo senso il (lungamente atteso) reato di tortura, al centro della Convenzione ma rimasto inattuato fino al 2017. Tuttavia, diverse cruciali carenze evidenziate dal Comitato rendono la nuova norma incriminatrice non del tutto conforme ai requisiti della CAT. Rispetto al precedente ciclo d'esame, svoltosi nel 2007, si registrano alcuni altri sviluppi positivi, quali l'istituzione del Garante nazionale dei diritti dei detenuti; la riduzione del periodo massimo di permanenza nei centri di espulsione; progressi (non però decisivi) nella riduzione della popolazione carceraria, anche grazie al diminuito ricorso alla detenzione preventiva.

Persistono, per contro, diversi problemi: la mancanza di un'istituzione nazionale conforme ai Principi di Parigi; la carente applicazione, nella pratica, delle tutele giuridiche in favore dei detenuti; il *refoulement* di persone a rischio di tortura nel Paese d'origine o di transito (fenomeno già evidenziato nei precedenti cicli d'esame e recentemente aggravato dal decreto Minniti-Orlando e dal *memorandum* Italia-Libia, nonché da nuovi accordi bilaterali); l'uso eccessivo della forza da parte di membri dei corpi di polizia; la diffusione della violenza di genere e della tratta di esseri umani e l'insufficiente protezione garantita alle vittime; i ridotti tassi di incriminazione e condanna dei responsabili di atti di tortura e maltrattamenti. Si consideri poi che la particolare procedura adottata, quella della "lista delle questioni" che precede il rapporto governativo, nel rendere l'esame più mirato inevitabilmente esclude alcune questioni: per limitarsi a quelle sollevate dalle Ong intervenute nella procedura, l'annoso tema della mancata proibizione, a livello legislativo, delle

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, par. 45.

<sup>77</sup> *Ibidem*, paragrafi 46 e 47.

<sup>78</sup> *Ibidem*, paragrafi 48 e 50.

punizioni corporali contro i minori<sup>79</sup>; i trattamenti crudeli, inumani o degradanti nei confronti delle persone LGBTI<sup>80</sup>; i problemi legati alla detenzione in isolamento<sup>81</sup>; la mancata applicazione del principio di giurisdizione universale rispetto al reato di tortura e i limiti all'extradizione in relazione allo stesso reato<sup>82</sup>; gli atti di discriminazione contro Rom, Sinti e Camminanti<sup>83</sup>.

Rimane poi la questione di fondo della mancata raccolta a livello nazionale e/o della mancata trasmissione al Comitato di dati complessivi e disaggregati relativi a una serie di punti sollevati nelle Osservazioni conclusive: tale carenza, già evidenziata in termini generali in occasione del precedente esame<sup>84</sup>, emerge a più riprese nelle ultime Osservazioni. Il Comitato CAT lamenta informazioni e numeri insufficienti *inter alia* relativamente ai seguenti aspetti: il seguito dato dalle autorità statali alle raccomandazioni emanate dal Garante dei diritti dei detenuti (par. 14 delle Osservazioni); le procedure per l'identificazione delle vittime di tortura e tratta (par. 24); l'impatto dei programmi di formazione rivolti a membri delle forze di polizia e dell'amministrazione penitenziaria e l'estensione e articolazione dei programmi di formazione rivolti a professionisti (par. 30); i casi di potenziali torture o maltrattamenti riferiti dal personale medico operante nei centri di detenzione (par. 32); suicidi e altre morti improvvise in carcere (par. 36); denunce, indagini, incriminazioni e condanne per uso eccessivo della forza da parte degli agenti di polizia (par. 38); denunce, indagini, incriminazioni e condanne per tortura o maltrattamenti, nonché sanzioni disciplinari e provvedimenti di sospensione dal servizio (par. 40); misure di compensazione per le vittime di tortura e maltrattamenti e i loro familiari, così come stabilite da corti o altri organismi pubblici e assicurate in pratica (par. 42); programmi di riparazione e misure di supporto a Ong impegnate nella riabilitazione delle vittime (*ibidem*). È chiaro che la mancanza di tali dati rende difficoltoso non solo e non tanto un esame completo della situazione da parte dell'organo internazionale di monitoraggio (nel caso di specie, il Comitato CAT), quanto la valutazione da parte dello stesso Stato italiano dell'efficacia delle norme e delle politiche adottate per la prevenzione e il contrasto della tortura e di altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

CHIARA TEA ANTONIAZZI

---

<sup>79</sup> Al tema è dedicato il rapporto alternativo della *Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, Briefing on Italy for the Committee Against Torture – 62nd Session November/December 2017*.

<sup>80</sup> Il rapporto dell'Associazione Radicale Certi Diritti e altri, *Torture and ill-treatment: considerations on the LGBTI's condition in Italy. Submission to the United Nations Committee Against Torture – 62nd session*, si concentra su vari aspetti della condizione delle persone LGBTI in Italia, quali la violazione dell'integrità fisica dei minori intersessuali, la sottoposizione alle c.d. "terapie di conversione", maltrattamenti contro detenuti LGBTI e l'inadeguato sostegno offerto agli stessi.

<sup>81</sup> Rapporto di Antigone, cit., 15 e 16.

<sup>82</sup> Rapporto di Antigone, cit., 10.

<sup>83</sup> Rapporto di Antigone, cit., 30-32.

<sup>84</sup> Comitato CAT, *Osservazioni conclusive 2007*, cit., par. 24.



## RECENSIONI

STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI, *Diplomatici – 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 382.

Stefano Baldi, diplomatico in servizio, e Giuseppe Nesi, docente a Trento, curano questa raccolta di brevi saggi, che ha il pregio di spingere i diplomatici a confrontarsi con estranei al loro mondo.

La raccolta, con enfasi intitolata agli aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea, mette in evidenza la capacità di riflettere e la voglia di esprimersi dei giovani funzionari. Gli autori sono consiglieri di legazione (il secondo grado della carriera), assegnati temporaneamente all'Istituto Diplomatico dopo dieci anni di servizio ed almeno due sedi all'estero oltre all'iniziale passaggio alla Farnesina. Sono la leva del futuro gruppo dirigente, le loro esternazioni vanno valutate non solo per quello che essi sono ma per quello che saranno. Ci offrono una linea d'indirizzo.

Si tratta di interventi istituzionali e impregnati di ufficialità. Fra le righe è difficile trovare accenni critici su questo o quell'aspetto della diplomazia italiana. E d'altronde il pubblico degli studenti cui si rivolgono (quelli dell'Università di Trento) è poco interessato ai profili critici. Alcuni di loro aspirano ad entrare in carriera e si appassionano al percorso pratico per accedervi più che alle asperità nel restarci.

Baldi è stato l'ultimo direttore dell'Istituto Diplomatico. L'Istituto, ospitato nel Casale di Villa Madama, un sito di grande bellezza sulle pendici di Monte Mario a Roma, non funziona più, quanto meno non con quel nome glorioso. L'ennesima riforma del settore pubblico all'insegna della *spending review* ha preteso di trasferire la formazione dei diplomatici alla scuola generalista della pubblica amministrazione. L'Istituto è stato declassato a Unità in seno alla Direzione Generale delle Risorse Umane e ha perduto, col nome, buona parte del fascino.

Quando seguì il corso di superiore informazione, all'epoca coetaneo dei consiglieri di legazione qui presenti, la lezione di storia fu tenuta da Renzo De Felice, la lezione di fisica da Tullio Regge presso la Fondazione Cini a Venezia. Quell'epoca è finita per sempre. Ora non si spende più il denaro pubblico in gite fuori porta. La conclusione è che i diplomatici cessino di essere una casta (se mai lo sono stati), tornino fra i funzionari normali, normalmente poco pagati e poco formati.

La diplomazia rischia di perdere battute sotto i colpi delle restrizioni finanziarie. E non solo perché l'Istituto Diplomatico non esiste più. Sono in bilico i gioielli della corona: la rete estera di ambasciate, consolati, istituti di cultura. Ecco allora le domande che alcuni saggisti si pongono. La diplomazia serve ancora nel mondo digitalizzato? La facilità delle comunicazioni e degli scambi personali fra i dirigenti politici la rende obsoleta, un vecchio armamentario da *bric-à-brac*?

Le risposte dei diplomatici mirano a rassicurare gli studenti aspiranti diplomatici: la diplomazia ha ragione d'essere. La gamma delle attività si allarga a campi poco praticati fino a qualche tempo fa.

Si pensi alla dimensione internazionale della sicurezza. Il terrorismo è fenomeno endemico, colpisce senza frontiere, esige una reazione senza frontiere. Certo, sono gli apparati di sicurezza e di *intelligence* a dare la reazione adeguata, la diplomazia può coadiuvarli creando le condizioni per la collaborazione su scala internazionale. Non tutti gli attori al mondo hanno la stessa sensibilità riguardo al fenomeno. Conoscere i singoli atteggiamenti aiuta nella sfida.

Si pensi al settore energetico. L'Italia vanta una multinazionale dell'energia che dalla fondazione pratica una certa politica estera. A questo colosso la diplomazia tradizionale ha qualcosa da dire: in termini di presenza sul territorio, di analisi dei flussi commerciali, di ascolto delle pulsioni profonde in seno ai Paesi produttori. Le relazioni internazionali restano una specialità per specialisti e l'Italia, come qualsiasi Paese, ha bisogno di un corpo di professionisti della materia.

Conosco i saggi, con alcuni ho avuto rapporti di collaborazione, non vorrei fare loro torto citando solo certi contributi. Apprezzo lo sforzo generale di fare chiarezza su un mondo al riparo della pubblica attenzione. Un mondo che invece beneficerebbe dalla minore reticenza con la comunicazione. Parlare agli studenti, affidare loro il pensiero per iscritto, è divulgazione. Auguro a tutti i giovani diplomatici di continuare a esternare, sulla scia del lavoro di Baldi e Nesi.

*Cosimo Risi*

ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI, ROBERTO VIRZO (a cura di), *A scuola di cittadinanza europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 240.

*Status* soggettivi e diritti individuali interagiscono in modi particolarmente complessi nello spazio giuridico europeo. L'istituto della cittadinanza europea, che i Trattati UE affiancano alla cittadinanza nazionale, ha giustapposto una nuova dimensione normativa alla tradizionale bipartizione tra cittadini e non cittadini che persiste negli ordinamenti interni. La posizione soggettiva di coloro che non sono titolari di diritti di cittadinanza (in senso sia nazionale sia sovranazionale) è a sua volta differenziata in ragione di fattori quali la regolarità del soggiorno o l'essere o meno in cerca di protezione internazionale. D'altra parte, a queste articolate distinzioni non corrispondono necessariamente delle disparità nel godimento dei diritti: la prassi giurisprudenziale nazionale ed europea, infatti, tende stabilmente a riconoscere a ogni persona i diritti qualificati come fondamentali. Anche al di fuori del campo dei diritti inviolabili, peraltro, gli individui possono essere ritenuti titolari di diritti economici, sociali e – in qualche misura – perfino politici in modi che trascendono le distinzioni basate sulla cittadinanza.

Il volume curato da Antonella Tartaglia Polcini e Roberto Virzo è un utile contributo alla ricostruzione e all'analisi di un così intricato quadro giuridico. Esso costituisce uno degli esiti del progetto formativo dell'Università del Sannio *La cittadinanza dell'Unione europea nel suo ventesimo anniversario*, selezionato dall'*Education, Audiovisual and Culture Executive Agency* dell'UE come meritevole di finanziamento da parte della Commissione europea. L'opera raccoglie sei saggi di altrettanti giovani studiosi di diritto costituzionale, diritto dell'Unione europea, diritto internazionale e diritto privato. Sebbene influenzati dalle diverse sensibilità e

specializzazioni degli autori, i sei contributi, in continuità con il progetto formativo da cui sono scaturiti, condividono l'obiettivo, descritto nell'Introduzione dai due curatori, di «coniugare la cittadinanza europea [...] ai valori normativi comuni alla maggioranza dei Paesi membri: primo fra tutti il valore inviolabile della persona umana» (p. 6). Seguendo questa traccia, gli autori esplorano alcune delle questioni di maggiore attualità collegate ai diritti di cittadinanza e, in parallelo, alla tutela dei diritti fondamentali.

Ponendosi nella prospettiva dell'ordinamento italiano, il primo saggio, di Antonello lo Calzo, traccia un quadro generale delle differenze tra cittadini italiani, cittadini europei non italiani e cittadini di Paesi terzi nel godimento dei diritti sociali e politici. Lo studio evidenzia come la giurisprudenza costituzionale distingua tra un contenuto «essenziale e intangibile» dei diritti sociali, il cui godimento è necessariamente universale, e un contenuto «pieno», riservato a categorie più ristrette di soggetti (p. 25). In tal modo, la Consulta ha inteso operare una ragionevole salvaguardia sia dei diritti fondamentali, sia, dall'altro lato, di esigenze di controllo dell'immigrazione e di bilancio. Notando che la cittadinanza continua invece a rivestire un ruolo centrale nel godimento dei diritti politici, l'autore auspica che, anche in questo ambito, si sviluppi un approccio giurisprudenziale più progressista, che riconosca a coloro i quali, risiedendo nel territorio italiano, sono tenuti al rispetto dei doveri costituzionali, anche la titolarità dei corrispondenti diritti.

I saggi successivi sono dedicati a temi più specifici. Antonio Lacatena riflette sul rapporto tra norme UE a tutela della libertà di circolazione dei lavoratori e norme interne che richiedono la cittadinanza nazionale come requisito per l'accesso al pubblico impiego. L'autore individua con precisione i casi in cui una simile limitazione può considerarsi ammissibile, giungendo alla conclusione che tali sbarramenti siano in larga misura inattuati, perché, «nell'odierno mercato del lavoro globale ed altamente competitivo», le pubbliche amministrazioni devono poter «contare sulle migliori professionalità» (p. 110).

La possibilità per i cittadini europei di accedere al *welfare* di un altro Paese membro è oggetto dell'analisi di Salvatore Custureri, che dimostra l'esistenza di un regime a doppio binario in cui solo i cittadini attivi, cioè lavoratori o in cerca di lavoro, hanno diritto a godere in modo pieno dei sistemi di sicurezza sociale. L'autore rilegge criticamente la sentenza *Dano* dell'11 novembre 2014 (causa C-313/13), in cui la Corte di giustizia ha avallato limiti alle prestazioni sociali per cittadini UE economicamente inattivi, suggerendo che l'approccio non solidaristico adottato dalla Corte tradisca le «origini mercantili» del quadro normativo dell'UE (p. 128).

Sempre in tema di diritti sociali, Luca Ettore Perriello delinea i limiti entro cui la giurisprudenza italiana considera inviolabile il diritto all'abitazione e, di conseguenza, ne estende il godimento a ogni persona umana. L'analisi conduce l'autore a riflessioni di più ampio respiro intorno al progressivo superamento della condizione di reciprocità nel trattamento giuridico dello straniero, la quale, benché ancora formalmente in vigore nell'ordinamento italiano per tramite dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, risulta non applicabile nei confronti dei cittadini dell'Unione, né nel campo dei diritti fondamentali della persona umana.

Gli ultimi due scritti, rispettivamente di Michele Gradoli e Giorgio Briozzo, sono dedicati a temi di particolare attualità. Il primo si sofferma sulle problematiche poste dal fenomeno dei combattenti europei che si recano in zone di conflitto per unirsi a organizzazioni islamiste (c.d. *foreign fighters*). Il lavoro analizza, in

particolare, le misure adottate a livello sia sovranazionale che nazionale per contrastare questo fenomeno, evidenziando come esse sollevino delicati problemi in relazione alla compressione della libertà di circolazione tra Paesi dell'area Schengen. L'ultimo saggio, infine, analizza la legittimità di provvedimenti di chiusura all'ingresso di migranti, posti in essere, tra gli altri, dal Governo ungherese, alla luce delle rilevanti norme di diritto UE e di diritto internazionale. L'autore rileva con chiarezza le debolezze dell'attuale regime europeo di gestione dei flussi migratori e le persistenti difficoltà ad adottare soluzioni improntate a un reale principio di solidarietà.

Il volume, in conclusione, fornisce molteplici spunti di riflessione e costituisce uno strumento di sicura utilità per accademici e professionisti del diritto interessati ai problemi sottesi all'istituto della cittadinanza europea e alla tutela dei diritti fondamentali nei Paesi dell'Unione. Un profilo di particolare interesse del volume, peraltro, risiede nel fatto che l'analisi sia stata condotta nella prospettiva, oltre che del diritto UE e del diritto internazionale, anche di altre discipline giuridiche. Tale scelta è quanto mai apprezzabile per approdare a una reale comprensione di fenomeni normativi in cui le dimensioni nazionale, sovranazionale e internazionale sono collegate indissolubilmente.

*Pierfrancesco Rossi*

## COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

### Per la sezione *Articoli e Saggi*:

PIA ACCONCI – Professoressa associata di Diritto internazionale – Università degli Studi di Teramo.  
SILVIA SCARPA – Professoressa a contratto di *International Law* – LUISS “Guido Carli” di Roma.  
VALENTINA ZAMBRANO – Ricercatrice di Diritto internazionale – Università “Niccolò Cusano”.

### Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

LUIGIA BERSANI – Dottoressa di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

### Per la sezione *Note e Commenti*:

ELENA FASOLI – Ricercatrice di Diritto internazionale – Università degli Studi di Trento.

### Per la sezione *Rassegne*:

LUIGI D’ETTORRE – Dottore di Ricerca in *Multilevel Governance* – Università degli Studi di Teramo.  
GIUSEPPE GIOFFREDI – Ricercatore di Diritto internazionale – Università degli Studi del Salento.  
PIERO PENNETTA – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Salerno.  
CHIARA T. ANTONIAZZI – Dottoranda presso la Scuola di Studi Internazionali – Università degli Studi di Trento.

### Per la sezione *Recensioni*:

COSIMO RISI – Già Ambasciatore d’Italia – Ministero degli Affari Esteri.  
PIERFRANCESCO ROSSI – Dottore di ricerca in Diritto dell’economia – Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

