



Insegnamento di Diritto internazionale

VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

49. Le norme internazionali sulle immunità. Cenni introduttivi

La struttura della società internazionale, composta da enti indipendenti e sovrani, ed i correlati interessi politici di quegli enti favoriscono l'accertamento e l'attuazione della responsabilità dello Stato (e, ove necessario, anche dei suoi organi individuali) sul piano del diritto internazionale secondo i modi e le forme possibili ed appropriati in quel contesto socio-giuridico interstatuale.

Sulla base del principio *par in parem non habet iurisdictionem* che da tempo immemore regola le relazioni interstatuali in funzione della sovrana eguaglianza degli Stati, a lungo si è dunque riconosciuta la tendenziale immunità assoluta dello Stato e dei suoi organi individuali dalla giurisdizione civile e amministrativa (per lo Stato), ed anche penale (per l'organo), dei tribunali stranieri (ossia di altri Stati) al fine di garantire interessi essenziali della società internazionale quali la continuità, certezza e stabilità dei rapporti interstatuali e la tutela della personalità dello Stato.

In altri termini, l'immunità dalla giurisdizione dei tribunali stranieri evita il rischio che le controversie attinenti alla condotta di uno Stato siano conosciute dagli organi giurisdizionali dello Stato straniero avente un collegamento con la controversia che potrebbero non garantire adeguata terzietà e imparzialità rispetto alle parti controvertenti (lo Stato straniero e quello territoriale oppure una sua persona fisica e giuridica), sufficiente competenza nell'interpretazione ed applicazione del diritto internazionale e/o la stessa applicazione del



pertinente regime giuridico (ad esempio risolvendo la controversia sulla base del diritto interno anche quando non applicabile).

Il riconoscimento dell'immunità allo Stato straniero assicura dunque che la risoluzione delle controversie che lo coinvolgono e la definizione della conseguente responsabilità si realizzino con i modi e le forme previsti dal diritto internazionale.

Lungi dal garantire l'impunità allo Stato o al suo organo che abbiano causato un pregiudizio ad un altro Stato o alle sue persone fisiche e giuridiche, il regime giuridico di natura procedurale sulle immunità si limita quindi a consentire l'individuazione del foro più adeguato, vale a dire quello internazionale (dove potranno utilizzarsi i molteplici mezzi pacifici, diplomatici e non diplomatici, contemplati dall'ordinamento) oppure quello dello Stato dell'organo. Solo in caso di mancata applicabilità delle norme sull'immunità i tribunali di uno Stato avranno giurisdizione nei confronti dello Stato straniero e/o del suo organo.

L'immunità costituisce dunque una significativa deroga al principio di territorialità secondo cui lo Stato ha il diritto di esercitare sul proprio territorio ogni funzione necessaria, inclusa quella giurisdizionale, al suo governo.

La rilevante delicatezza del tema delle immunità, e dei correlati interessi politici dello Stato straniero e di quello del foro, unita alla prevalente forma non scritta della disciplina giuridica internazionale di riferimento, contribuisce a spiegare l'interpretazione e l'applicazione talvolta incerta e non uniforme delle norme sulle immunità da parte dei Governi e dei tribunali interni ed internazionali.

In tale ottica, va poi segnalata la discutibile posizione di alcuni Stati, come India, Canada e Stati Uniti, che pur riconoscendo l'esistenza di una norma internazionale sull'immunità ne rimettono poi l'esatta determinazione del contenuto e delle modalità di applicazione allo Stato del foro, anche in funzione delle scelte politiche unilaterali di quest'ultimo.

Oltre che in punto di prassi (insufficiente, se non quando isolata rispetto a quella riconosciuta ed applicata dal resto degli Stati), la posizione è inaccettabile già per la teoria generale del diritto internazionale e dell'adattamento a questo del diritto interno.



Una cosa è, infatti, concorrere con i propri atti e comportamenti al consolidamento di una prassi che, una volta e se riconosciuta come giuridicamente doverosa ed applicata in modo generale ed uniforme dal resto della società internazionale, definisce poi sul piano internazionale forma e contenuto della norma. Altra cosa è, invece, pretendere che atti e comportamenti adottati sul piano interno integrino unilateralmente forma e contenuto della norma internazionale, così definendola anche in senso difforme da quello generalmente seguito dal resto della società internazionale.

Al di là di questo discutibile approccio al rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, e ferma restando la perdurante validità, ad oggi, delle indicate ragioni e finalità a fondamento dei diversi regimi sulle immunità, va comunque evidenziato che a partire dall'inizio del Novecento la coscienza giuridica collettiva della società internazionale si è orientata per il progressivo restringimento di tali regimi sulla base di esigenze sia commerciali che soprattutto di maggiore tutela dei diritti umani.

Tra le conseguenze più significative di questo mutato orientamento vanno dunque annoverate, da un canto, il regime di immunità *relativa* dello Stato dalla giurisdizione civile e amministrativa dello Stato straniero («relativa» perché circoscritta ai soli atti compiuti *iure imperii* e non anche a quelli *iure privatorum*) e, dall'altro, il (tendenziale) diniego dell'immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione penale dei tribunali internazionali nel caso in cui, pur agendo in qualità di organo, abbia commesso crimini internazionali.

In questo ultimo caso, come si dirà, è però controverso se tale diniego sia contenuto in una norma di diritto internazionale generale, come tale applicabile a tutti gli Stati, oppure nelle sole norme di diritto internazionale convenzionale (la maggior parte delle quali sono contenute negli Statuti dei tribunali penali internazionali), come tali applicabili solo agli Stati parte, che espressamente lo contemplano.

Ulteriori e ancor più controversi sviluppi, promossi in particolare dalla Corte di Strasburgo e dai tribunali britannici, riguardano poi il restringimento della *combatant immunity* del personale militare che, oltre a rispondere penalmente e personalmente per i crimini di guerra commessi, impegna in solido anche la responsabilità civile



extracontrattuale del proprio Stato in caso di morte o lesioni personali causate a commilitoni e civili nel corso di operazioni militari.

Altrettanto controverse sono infine alcune posizioni isolate assunte da tribunali nazionali quali:

1) la Corti italiane che, nell'ottica di favorire lo sviluppo progressivo del diritto internazionale, negano l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile dello Stato del foro qualora l'azione di risarcimento del danno origini dalla commissione di un crimine internazionale da parte dell'organo dello Stato straniero;

2) le Corti statunitensi che negano l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile (anche di esecuzione) nel caso in cui si applichi la *terrorism exception* prevista dalla normativa interna del FSIA (*Foreign Sovereign Immunities Act*) ed applicabile agli Stati designati dal Dipartimento di Stato americano quali sostenitori (*sponsors*) del terrorismo internazionale.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

LEZIONE 49

Le norme internazionali sulle immunità. Cenni introduttivi



La struttura della società internazionale, composta da enti indipendenti e sovrani, ed i correlati interessi politici di quegli enti favoriscono l'accertamento e l'attuazione della responsabilità dello Stato (e, ove necessario, anche dei suoi organi individuali) sul piano del diritto internazionale secondo i modi e le forme possibili ed appropriati in quel contesto socio-giuridico interstatuale.

Sulla base del principio *par in parem non habet iurisdictionem* che da tempo immemore regola le relazioni interstatuali in funzione della sovrana eguaglianza degli Stati, a lungo si è dunque riconosciuta la tendenziale immunità assoluta dello Stato e dei suoi organi individuali dalla giurisdizione civile e amministrativa (per lo Stato), ed anche penale (per l'organo), dei tribunali stranieri (ossia di altri Stati) al fine di garantire interessi essenziali della società internazionale quali la continuità, certezza e stabilità dei rapporti interstatuali e la tutela della personalità dello Stato.

In altri termini, l'immunità dalla giurisdizione dei tribunali stranieri evita il rischio che le controversie attinenti alla condotta di uno Stato siano conosciute dagli organi giurisdizionali dello Stato straniero avente un collegamento con la controversia che potrebbero non garantire adeguata terzietà e imparzialità rispetto alle parti controvertenti (lo Stato straniero e quello territoriale oppure una sua persona fisica e giuridica), sufficiente competenza nell'interpretazione ed applicazione del diritto internazionale e/o la stessa applicazione del pertinente regime giuridico



(ad esempio risolvendo la controversia sulla base del diritto interno anche quando non applicabile).

Il riconoscimento dell'immunità allo Stato straniero assicura dunque che la risoluzione delle controversie che lo coinvolgono e la definizione della conseguente responsabilità si realizzino con i modi e le forme previsti dal diritto internazionale.

Lungi dal garantire l'impunità allo Stato o al suo organo che abbiano causato un pregiudizio ad un altro Stato o alle sue persone fisiche e giuridiche, il regime giuridico di natura procedurale sulle immunità si limita quindi a consentire l'individuazione del foro più adeguato, vale a dire quello internazionale (dove potranno utilizzarsi i molteplici mezzi pacifici, diplomatici e non diplomatici, contemplati dall'ordinamento) oppure quello dello Stato dell'organo. Solo in caso di mancata applicabilità delle norme sull'immunità i tribunali di uno Stato avranno giurisdizione nei confronti dello Stato straniero e/o del suo organo.

L'immunità costituisce dunque una significativa deroga al principio di territorialità secondo cui lo Stato ha il diritto di esercitare sul proprio territorio ogni funzione necessaria, inclusa quella giurisdizionale, al suo governo.



La rilevante delicatezza del tema delle immunità, e dei correlati interessi politici dello Stato straniero e di quello del foro, unita alla prevalente forma non scritta della disciplina giuridica internazionale di riferimento, contribuisce a spiegare l'interpretazione e l'applicazione talvolta incerta e non uniforme delle norme sulle immunità da parte dei Governi e dei tribunali interni ed internazionali.

In tale ottica, va poi segnalata la discutibile posizione di alcuni Stati, come India, Canada e Stati Uniti, che pur riconoscendo l'esistenza di una norma internazionale sull'immunità ne rimettono poi l'esatta determinazione del contenuto e delle modalità di applicazione allo Stato del foro, anche in funzione delle scelte politiche unilaterali di quest'ultimo.

Oltre che in punto di prassi (insufficiente, se non quando isolata rispetto a quella riconosciuta ed applicata dal resto degli Stati), la posizione è inaccettabile già per la teoria generale del diritto internazionale e dell'adattamento a questo del diritto interno.

Una cosa è, infatti, concorrere con i propri atti e comportamenti al consolidamento di una prassi che, una volta e se riconosciuta come giuridicamente doverosa ed applicata in modo generale ed uniforme dal resto della società internazionale, definisce poi sul piano internazionale forma e contenuto della norma. Altra cosa è, invece, pretendere che atti e comportamenti adottati sul piano interno integrino unilateralmente forma e contenuto della norma internazionale, così definendola anche in senso difforme da quello generalmente seguito dal resto della società internazionale.



Al di là di questo discutibile approccio al rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, e ferma restando la perdurante validità, ad oggi, delle indicate ragioni e finalità a fondamento dei diversi regimi sulle immunità, va comunque evidenziato che a partire dall'inizio del Novecento la coscienza giuridica collettiva della società internazionale si è orientata per il progressivo restringimento di tali regimi sulla base di esigenze sia commerciali che soprattutto di maggiore tutela dei diritti umani.

Tra le conseguenze più significative di questo mutato orientamento vanno dunque annoverate, da un canto, il regime di immunità *relativa* dello Stato dalla giurisdizione civile e amministrativa dello Stato straniero («relativa» perché circoscritta ai soli atti compiuti *iure imperii* e non anche a quelli *iure privatorum*) e, dall'altro, il (tendenziale) diniego dell'immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione penale dei tribunali internazionali nel caso in cui, pur agendo in qualità di organo, abbia commesso crimini internazionali.

In questo ultimo caso, come si dirà, è però controverso se tale diniego sia contenuto in una norma di diritto internazionale generale, come tale applicabile a tutti gli Stati, oppure nelle sole norme di diritto internazionale convenzionale (la maggior parte delle quali sono contenute negli Statuti dei tribunali penali internazionali), come tali applicabili solo agli Stati parte, che espressamente lo contemplano.



Ulteriori e ancor più controversi sviluppi, promossi in particolare dalla Corte di Strasburgo e dai tribunali britannici, riguardano poi il restringimento della *combatant immunity* del personale militare che, oltre a rispondere penalmente e personalmente per i crimini di guerra commessi, impegna in solido anche la responsabilità civile extracontrattuale del proprio Stato in caso di morte o lesioni personali causate a commilitoni e civili nel corso di operazioni militari.

Altrettanto controverse sono infine alcune posizioni isolate assunte da tribunali nazionali quali:

1) la Corti italiane che, nell'ottica di favorire lo sviluppo progressivo del diritto internazionale, negano l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile dello Stato del foro qualora l'azione di risarcimento del danno origini dalla commissione di un crimine internazionale da parte dell'organo dello Stato straniero;

2) le Corti statunitensi che negano l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile (anche di esecuzione) nel caso in cui si applichi la *terrorism exception* prevista dalla normativa interna del FSIA (*Foreign Sovereign Immunities Act*) ed applicabile agli Stati designati dal Dipartimento di Stato americano quali sostenitori (*sponsors*) del terrorismo internazionale.



Insegnamento di Diritto internazionale

VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

50. L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione di cognizione, di esecuzione e cautelare dello Stato del foro

Lo Stato è sempre responsabile sul piano internazionale per gli atti illeciti che, attraverso il comportamento omissivo o commissivo dei propri organi individuali, commette. La riparazione del pregiudizio causato grava sullo Stato e non sull'organo che, come si dirà, è protetto dall'immunità funzionale.

Le norme sull'immunità funzionale impediscono quindi di procedere contro gli organi stranieri per i comportamenti, anche illeciti, compiuti nell'esercizio delle loro funzioni, rimettendo ogni correlata questione al diritto internazionale e nei confronti dello Stato.

Del resto, in ragione della immedesimazione dell'organo nello Stato, l'esercizio della giurisdizione straniera verso l'organo equivarrebbe all'esercizio della stessa verso lo Stato (perché l'organo è lo Stato) con violazione del principio *par in parem non habet iurisdictionem*. A tal fine dunque operano le norme sull'immunità funzionale.

La tutela degli organi statali è quindi un corollario della più ampia tutela della personalità dello Stato. Come si proteggono i simboli e i diritti fondamentali dello Stato per evitare ogni interferenza, indebita limitazione e lesione della sua integrità territoriale ed indipendenza politica, così si proteggono anche i suoi organi, a cominciare da quelli che operando continuativamente in territorio straniero (agenti diplomatici e consolari) sono strumentali al libero ed indisturbato esercizio delle funzioni diplomatiche e consolari.



A tal fine, l'immunità si estende anche alle sedi, agli archivi e ai beni delle missioni diplomatiche e consolari dello Stato in territorio straniero.

Proprio con riguardo alle sedi diplomatiche e consolari va chiarito un possibile fraintendimento legato alla loro definizione quali luoghi o spazi "extraterritoriali".

Il termine non sta in alcun modo a significare che il circoscritto spazio fisico dove insiste la sede diplomatica e consolare sia una porzione di territorio straniero dello Stato di missione nel territorio dello Stato che ospita la missione (Stato territoriale).

Diversamente si giungerebbe a conclusioni paradossali, illogiche ed in contrasto con una lettura realistica dei dati fenomenici e cioè che lo Stato territoriale non eserciterebbe mai la sovranità in quegli spazi per il fatto che si trovano all'estero.

La questione va invece impostata nel senso che la plurisecolare norma generale di diritto internazionale garantisce l'immunità delle sedi diplomatiche e consolari solo dalla giurisdizione ma non anche dalla sovranità dello Stato territoriale onde garantire il libero ed indisturbato svolgimento delle funzioni diplomatiche e consolari e, dunque, delle relazioni interstatuali.

Questa *ratio* della norma spiega anche perché l'esenzione, per quanto molto ampia, non sia comunque assoluta come, invece, dovrebbe essere se il territorio dove insiste la sede dello Stato di missione si trovasse effettivamente al di fuori del territorio dello Stato che la ospita. L'esenzione è infatti relativa, vale a dire funzionalmente commisurata alle esigenze correlate al libero ed indisturbato esercizio delle funzioni da parte dello Stato estero, e si fonda su un obbligo internazionale gravante sullo Stato territoriale che, però, viene meno nel caso in cui nella sede siano svolte attività contro la sua sicurezza (come, ad esempio, attività di spionaggio o sovversione dell'ordine costituito).

La missione resta dunque una porzione del territorio dello Stato che la ospita «in relazione alla quale soltanto lo Stato stesso, in adempimento di un obbligo internazionale, limita l'esercizio di alcune sue attività. Conseguentemente qualsiasi fatto avvenuto nella sede



diplomatica (come una nascita, un matrimonio, un contratto, un reato) deve considerarsi avvenuto nel territorio dello Stato e non all'estero».

Il termine «extraterritoriale» significa solamente «fuori dalla giurisdizione territoriale» e non «fuori dal territorio» dello Stato che ospita la sede diplomatica o consolare.

Fino all'inizio del Novecento l'immunità dello Stato dalla giurisdizione straniera di cognizione, di esecuzione e cautelare era *assoluta*, fatta sempre salva ovviamente la possibilità di rinunciarvi.

Anche grazie alla giurisprudenza delle Corti italiane e belghe, però, l'ambito di applicazione dell'immunità dalla *giurisdizione di cognizione* (per la giurisdizione di esecuzione e cautelare si veda più avanti) si cominciò a restringere progressivamente al punto da essersi ormai consolidata nel diritto internazionale generale una norma di tipo consuetudinario che riconosce l'immunità *relativa*, ossia limitata solo ai casi in cui lo Stato straniero abbia agito esercitando prerogative sovrane mediante atti *jure imperii* (confische, attività di auto-organizzazione della propria struttura, funzioni ed attività, requisizioni di beni privati in tempo di guerra, ecc.).

Di converso, l'immunità è negata dal giudice allo Stato straniero ogni volta che questo agisca come un normale soggetto privato nell'ambito di rapporti giuridici privatistici mediante atti *jure privatorum* quali, ad esempio la stipula di contratti commerciali o di locazione immobiliare. Quando lo Stato straniero agisce in condizioni di parità con le persone fisiche o giuridiche dell'ordinamento dello Stato territoriale si esclude l'immunità perché nello stipulare, ad esempio, un contratto di locazione «lo Stato straniero non solo agisce *iure privatorum*, ma pone in essere altresì un negozio tipico di diritto privato, che non può essere annoverato tra i mezzi di cui uno Stato o, in genere, un soggetto di diritto internazionale si avvale per esprimere il proprio potere sovrano» (CORTE DI APPELLO NAPOLI, *Stati Uniti v. Bracale Bicchierai*, sentenza 18 novembre 1968, in 65 *Int. Law Rep.* 273 (1984)).

Il criterio per qualificare un atto come *jure imperii* o *jure privatorum* viene diversamente individuato dai tribunali nazionali e non sempre la prassi sul punto è sufficientemente chiara, uniforme o generale. Sul piano interno, e di riflesso su quello internazionale, si



prospettano dunque soluzioni interpretative ed applicative incerte, se non quando contraddittorie tra loro.

A volte si valuta quale sia il fondamento giuridico della *key transaction* (il rapporto giuridico che caratterizza la fattispecie); a volte ci si chiede se l'atto possa essere compiuto anche da un privato cittadino; a volte si cerca un bilanciamento tra le diverse esigenze e caratteristiche identificative della fattispecie per operare una qualificazione complessiva; a volte, infine, si valuta la sussistenza o meno di un interesse direttamente connesso alle finalità pubbliche perseguite dallo Stato.

Nella giurisprudenza italiana, ad esempio, nessuna rilevanza assume il fatto che «l'immobile locato dovesse essere pattiziamente adibito a residenza diplomatica o consolare, siffatta destinazione non facendo perdere al contratto la caratterizzazione» di negozio dal contenuto strettamente privatistico dato che «l'approvvigionamento della sede di un organo dello Stato straniero non può considerarsi una attività strettamente e necessariamente connessa all'ordinamento dello Stato straniero» (CORTE DI CASSAZIONE (Sez. Un.), *Giamahiriya araba libica popolare socialista c. Riunione Adriatica di Sicurtà s.p.a.*, sentenza 30 maggio 1990, n. 5092, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2168 ss.).

Ne segue che la natura pubblicistica del fine per il quale il contratto è stipulato non è sufficiente a sottrarre il contratto stesso alla giurisdizione dello Stato italiano e che l'immunità si applica quindi «solo ai rapporti che rimangono del tutto estranei all'ordinamento interno o perché quegli Stati o enti agiscono in altri paesi, come soggetti di diritto internazionale, o perché agiscono come titolari di una potestà di imperio nell'ordinamento di cui sono portatori o nell'ambito del proprio territorio» (CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 5092/1990, cit.).

Il passaggio da un regime di immunità assoluta ad uno di immunità relativa fu dettato prevalentemente da esigenze di carattere commerciale legate al sempre più frequente coinvolgimento dello Stato straniero nei correnti rapporti commerciali di tipo privatistico con persone fisiche o giuridiche dello Stato del foro.



Con riguardo all'**immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione di esecuzione e cautelare dello Stato del foro**, l'evoluzione da un regime di immunità assoluta ad uno di immunità relativa si è verificata nel diritto internazionale in un momento successivo rispetto alla parallela evoluzione del regime applicabile alla giurisdizione di cognizione.

A consolidamento avvenuto, però, l'ambito di applicazione materiale della norma resta comunque più ampio rispetto a quello della corrispondente norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione, rendendo così più difficile l'assoggettamento dei beni dello Stato straniero alla giurisdizione esecutiva e cautelare dello Stato del foro.

Ciò si spiega per il fatto che la misura esecutiva o cautelare (si pensi ad un pignoramento immobiliare o ad un sequestro conservativo) pregiudica in maniera più grave e diretta l'esercizio delle funzioni sovrane dello Stato rispetto all'azione di cognizione. La non coincidenza tra le due norme sull'immunità comporta quindi che uno Stato straniero, pur non immune dalla giurisdizione di cognizione dello Stato del foro, lo resti comunque nei confronti di eventuali azioni esecutive e cautelari contro i suoi beni.

In altri termini, l'unico limite che incontra il privato, uscito vittorioso dal giudizio di cognizione, è che non può soddisfarsi sui beni impiegati dallo Stato soccombente in attività *iure imperii*.

Anche in questo ambito il criterio discriminante resta quello dell'essere il bene straniero oggetto della misura esecutiva o cautelare destinato a finalità pubbliche (*jure imperii*) o meno (*jure privatorum*).

Nel primo caso (si pensi ad un immobile locato ad uno Stato straniero per farne la propria sede diplomatica), la pur ammissibile azione di cognizione per morosità o finita locazione non potrà avere un seguito di natura esecutiva per il rilascio del bene dato che altrimenti la sottrazione materiale della sede alla sua funzione inciderebbe sulla possibilità stessa dello Stato straniero di svolgere le proprie istituzionali funzioni sul territorio dello Stato ospite.

L'utilità di una sentenza di cognizione che riconosca al privato un diritto al risarcimento del danno o ai canoni insoluti nei confronti dello Stato straniero non è però necessariamente vanificata dalla norma sull'immunità dalla giurisdizione di esecuzione. L'azione esecutiva



potrà infatti esperirsi nei confronti dei beni dello Stato straniero che rientrino nel secondo caso, ossia che non siano destinati a finalità *jure imperii*.

In tale ipotesi, dunque, la giurisdizione dello Stato del foro dovrà essere affermata ove i beni stranieri «siano destinati ad attività commerciali o, in genere, privatistiche».



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello stato e dei suoi organi.

I tribunali penali internazionali

LEZIONE 50

L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione di cognizione, di esecuzione e cautelare dello Stato del foro



Lo Stato è sempre responsabile sul piano internazionale per gli atti illeciti che, attraverso il comportamento omissivo o commissivo dei propri organi individuali, commette. La riparazione del pregiudizio causato grava sullo Stato e non sull'organo che, come si dirà, è protetto dall'immunità funzionale.

Le norme sull'immunità funzionale impediscono quindi di procedere contro gli organi stranieri per i comportamenti, anche illeciti, compiuti nell'esercizio delle loro funzioni, rimettendo ogni correlata questione al diritto internazionale e nei confronti dello Stato.

Del resto, in ragione della immedesimazione dell'organo nello Stato, l'esercizio della giurisdizione straniera verso l'organo equivarrebbe all'esercizio della stessa verso lo Stato (perché l'organo è lo Stato) con violazione del principio *par in parem non habet iurisdictionem*. A tal fine dunque operano le norme sull'immunità funzionale.

La tutela degli organi statali è quindi un corollario della più ampia tutela della personalità dello Stato. Come si proteggono i simboli e i diritti fondamentali dello Stato per evitare ogni interferenza, indebita limitazione e lesione della sua integrità territoriale ed indipendenza politica, così si proteggono anche i suoi organi, a cominciare da quelli che operando continuativamente in territorio straniero (agenti diplomatici e consolari) sono strumentali al libero ed indisturbato esercizio delle funzioni diplomatiche e consolari.



A tal fine, l'immunità si estende anche alle sedi, agli archivi e ai beni delle missioni diplomatiche e consolari dello Stato in territorio straniero.

Proprio con riguardo alle sedi diplomatiche e consolari va chiarito un possibile fraintendimento legato alla loro definizione quali luoghi o spazi "extraterritoriali".

Il termine non sta in alcun modo a significare che il circoscritto spazio fisico dove insiste la sede diplomatica e consolare sia una porzione di territorio straniero dello Stato di missione nel territorio dello Stato che ospita la missione (Stato territoriale).

Diversamente si giungerebbe a conclusioni paradossali, illogiche ed in contrasto con una lettura realistica dei dati fenomenici e cioè che lo Stato territoriale non eserciterebbe mai la sovranità in quegli spazi per il fatto che si trovano all'estero.

La questione va invece impostata nel senso che la plurisecolare norma generale di diritto internazionale garantisce l'immunità delle sedi diplomatiche e consolari solo dalla giurisdizione ma non anche dalla sovranità dello Stato territoriale onde garantire il libero ed indisturbato svolgimento delle funzioni diplomatiche e consolari e, dunque, delle relazioni interstatuali.



Questa *ratio* della norma spiega anche perché l'esenzione, per quanto molto ampia, non sia comunque assoluta come, invece, dovrebbe essere se il territorio dove insiste la sede dello Stato di missione si trovasse effettivamente al di fuori del territorio dello Stato che la ospita. L'esenzione è infatti relativa, vale a dire funzionalmente commisurata alle esigenze correlate al libero ed indisturbato esercizio delle funzioni da parte dello Stato estero, e si fonda su un obbligo internazionale gravante sullo Stato territoriale che, però, viene meno nel caso in cui nella sede siano svolte attività contro la sua sicurezza (come, ad esempio, attività di spionaggio o sovversione dell'ordine costituito).

La missione resta dunque una porzione del territorio dello Stato che la ospita «in relazione alla quale soltanto lo Stato stesso, in adempimento di un obbligo internazionale, limita l'esercizio di alcune sue attività. Conseguentemente qualsiasi fatto avvenuto nella sede diplomatica (come una nascita, un matrimonio, un contratto, un reato) deve considerarsi avvenuto nel territorio dello Stato e non all'estero».

Il termine «extraterritoriale» significa solamente «fuori dalla giurisdizione territoriale» e non «fuori dal territorio» dello Stato che ospita la sede diplomatica o consolare.

Fino all'inizio del Novecento l'immunità dello Stato dalla giurisdizione straniera di cognizione, di esecuzione e cautelare era *assoluta*, fatta sempre salva ovviamente la possibilità di rinunciarvi.



Anche grazie alla giurisprudenza delle Corti italiane e belghe, però, l'ambito di applicazione dell'immunità dalla *giurisdizione di cognizione* (per la giurisdizione di esecuzione e cautelare si veda più avanti) si cominciò a restringere progressivamente al punto da essersi ormai consolidata nel diritto internazionale generale una norma di tipo consuetudinario che riconosce l'immunità *relativa*, ossia limitata solo ai casi in cui lo Stato straniero abbia agito esercitando prerogative sovrane mediante atti *jure imperii* (confische, attività di auto-organizzazione della propria struttura, funzioni ed attività, requisizioni di beni privati in tempo di guerra, ecc.).

Di converso, l'immunità è negata dal giudice allo Stato straniero ogni volta che questo agisca come un normale soggetto privato nell'ambito di rapporti giuridici privatistici mediante atti *jure privatorum* quali, ad esempio la stipula di contratti commerciali o di locazione immobiliare. Quando lo Stato straniero agisce in condizioni di parità con le persone fisiche o giuridiche dell'ordinamento dello Stato territoriale si esclude l'immunità perché nello stipulare, ad esempio, un contratto di locazione «lo Stato straniero non solo agisce *iure privatorum*, ma pone in essere altresì un negozio tipico di diritto privato, che non può essere annoverato tra i mezzi di cui uno Stato o, in genere, un soggetto di diritto internazionale si avvale per esprimere il proprio potere sovrano» (CORTE DI APPELLO NAPOLI, *Stati Uniti v. Bracale Bicchierai*, sentenza 18 novembre 1968, in 65 *Int. Law Rep.* 273 (1984)).



Il criterio per qualificare un atto come *jure imperii* o *jure privatorum* viene diversamente individuato dai tribunali nazionali e non sempre la prassi sul punto è sufficientemente chiara, uniforme o generale. Sul piano interno, e di riflesso su quello internazionale, si prospettano dunque soluzioni interpretative ed applicative incerte, se non quando contraddittorie tra loro.

A volte si valuta quale sia il fondamento giuridico della *key transaction* (il rapporto giuridico che caratterizza la fattispecie); a volte ci si chiede se l'atto possa essere compiuto anche da un privato cittadino; a volte si cerca un bilanciamento tra le diverse esigenze e caratteristiche identificative della fattispecie per operare una qualificazione complessiva; a volte, infine, si valuta la sussistenza o meno di un interesse direttamente connesso alle finalità pubbliche perseguite dallo Stato.

Nella giurisprudenza italiana, ad esempio, nessuna rilevanza assume il fatto che «l'immobile locato dovesse essere pattiziamente adibito a residenza diplomatica o consolare, siffatta destinazione non facendo perdere al contratto la caratterizzazione» di negozio dal contenuto strettamente privatistico dato che «l'approvvigionamento della sede di un organo dello Stato straniero non può considerarsi una attività strettamente e necessariamente connessa all'ordinamento dello Stato straniero» (CORTE DI CASSAZIONE (Sez. Un.), *Giamahiriya araba libica popolare socialista c. Riunione Adriatica di Sicurtà s.p.a.*, sentenza 30 maggio 1990, n. 5092, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2168 ss.).



Ne segue che la natura pubblicistica del fine per il quale il contratto è stipulato non è sufficiente a sottrarre il contratto stesso alla giurisdizione dello Stato italiano e che l'immunità si applica quindi «solo ai rapporti che rimangono del tutto estranei all'ordinamento interno o perché quegli Stati o enti agiscono in altri paesi, come soggetti di diritto internazionale, o perché agiscono come titolari di una potestà di imperio nell'ordinamento di cui sono portatori o nell'ambito del proprio territorio» (CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 5092/1990, cit.).

Il passaggio da un regime di immunità assoluta ad uno di immunità relativa fu dettato prevalentemente da esigenze di carattere commerciale legate al sempre più frequente coinvolgimento dello Stato straniero nei correnti rapporti commerciali di tipo privatistico con persone fisiche o giuridiche dello Stato del foro.

Con riguardo all'**immunità dello Stato straniero dalla *giurisdizione di esecuzione e cautelare dello Stato del foro***, l'evoluzione da un regime di immunità assoluta ad uno di immunità relativa si è verificata nel diritto internazionale in un momento successivo rispetto alla parallela evoluzione del regime applicabile alla giurisdizione di cognizione.

A consolidamento avvenuto, però, l'ambito di applicazione materiale della norma resta comunque più ampio rispetto a quello della corrispondente norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione, rendendo così più difficile l'assoggettamento dei beni dello Stato straniero alla giurisdizione esecutiva e cautelare dello Stato del foro.



Ciò si spiega per il fatto che la misura esecutiva o cautelare (si pensi ad un pignoramento immobiliare o ad un sequestro conservativo) pregiudica in maniera più grave e diretta l'esercizio delle funzioni sovrane dello Stato rispetto all'azione di cognizione. La non coincidenza tra le due norme sull'immunità comporta quindi che uno Stato straniero, pur non immune dalla giurisdizione di cognizione dello Stato del foro, lo resti comunque nei confronti di eventuali azioni esecutive e cautelari contro i suoi beni.

In altri termini, l'unico limite che incontra il privato, uscito vittorioso dal giudizio di cognizione, è che non può soddisfarsi sui beni impiegati dallo Stato soccombente in attività *iure imperii*.

Anche in questo ambito il criterio discriminante resta quello dell'essere il bene straniero oggetto della misura esecutiva o cautelare destinato a finalità pubbliche (*jure imperii*) o meno (*jure privatorum*).

Nel primo caso (si pensi ad un immobile locato ad uno Stato straniero per farne la propria sede diplomatica), la pur ammissibile azione di cognizione per morosità o finita locazione non potrà avere un seguito di natura esecutiva per il rilascio del bene dato che altrimenti la sottrazione materiale della sede alla sua funzione inciderebbe sulla possibilità stessa dello Stato straniero di svolgere le proprie istituzionali funzioni sul territorio dello Stato ospite.



L'utilità di una sentenza di cognizione che riconosca al privato un diritto al risarcimento del danno o ai canoni insoluti nei confronti dello Stato straniero non è però necessariamente vanificata dalla norma sull'immunità dalla giurisdizione di esecuzione. L'azione esecutiva potrà infatti esperirsi nei confronti dei beni dello Stato straniero che rientrino nel secondo caso, ossia che non siano destinati a finalità *jure imperii*.

In tale ipotesi, dunque, la giurisdizione dello Stato del foro dovrà essere affermata ove i beni stranieri «siano destinati ad attività commerciali o, in genere, privatistiche.



Insegnamento di Diritto internazionale

VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

51. L'immunità funzionale e personale dell'organo individuale dello Stato

In linea di principio e fatte salve le eccezioni di cui si dirà, le immunità di cui gode l'organo individuale dello Stato straniero si delineano sulla falsariga di quelle dello Stato.

Di solito, dunque, se lo Stato è immune dalla giurisdizione dello Stato del foro, lo è anche il suo organo che in aggiunta è immune anche dalla giurisdizione penale, oltre che da quella civile ed amministrativa.

Le immunità dell'organo si distinguono in *funzionali* e *personali*.

- **L'immunità funzionale**

L'immunità *funzionale* o *ratione materiae* comporta «l'esenzione dalla giurisdizione del foro a favore degli individui-organi che operano nell'esercizio delle mansioni loro affidate da uno Stato estero» (CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA, *op. cit.*, 3^a ed., p. 203).

La *ratio* dell'immunità funzionale sta nel fatto che in forza della immedesimazione tra organo e corpo dello Stato l'atto del primo è a tutti gli effetti atto del secondo.

Il titolare del diritto all'immunità non è dunque l'individuo-organo ma lo Stato che solo può rinunciarvi.

Come detto, la responsabilità derivante dall'atto dovrà dunque essere fatta valere nei confronti dello Stato e sul piano internazionale e non invece nei confronti dell'organo individuale e dinanzi ai tribunali dello Stato del foro.



Come già per lo Stato straniero, anche per l'individuo-organo l'esenzione dalla giurisdizione civile, amministrativa e penale dello Stato del foro vale solo per gli atti e le attività compiuti *iure imperii*, ossia posti in essere nell'esercizio delle funzioni di organo statale, e non anche per quelli compiuti *iure privatorum* (acquisto e possesso di beni immobili a titolo personale, attività professionali ed imprenditoriali esercitate al di fuori delle funzioni ufficiali, etc.).

Per tale motivo, l'immunità perdura anche dopo la cessazione dalla carica.

Resta fermo ovviamente che l'organo resta punibile dallo Stato di appartenenza perché, in termini generali, l'immunità è concetto diverso da quello di responsabilità e non è mai dalla legge (altrimenti sarebbe impunità) ma è sempre e solo dalla giurisdizione straniera.

La prassi internazionale in materia di immunità funzionale è costante e conforme ed anche l'Italia vi si adegua come, ad esempio, dimostra il **caso Cermis** relativo all'incidente della funivia del Cermis provocato colposamente da un velivolo militare della NATO che causò nel 1998 la morte di 20 persone.

In quella occasione, infatti, la Corte di Cassazione dichiarò il «difetto della giurisdizione del giudice italiano» nei confronti degli Stati Uniti (il pilota statunitense del velivolo fu processato da un tribunale militare statunitense) perché «l'attività d'addestramento alla guerra delle proprie forze armate [...] realizza un fine pubblico essenziale ed indefettibile dello Stato [ed è dunque] un'attività indefettibilmente ed ontologicamente *jure imperii*» (CORTE DI CASSAZIONE (Sez. Un.), *Filt-Cgil Trento et al. c. Stati Uniti d'America*, sentenza 3 agosto 2000, n. 530, § 6, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 6, 2000, pp. 183-187).

In seguito, anche con riguardo al **caso Lozano** (il soldato statunitense che uccise il funzionario del Governo italiano, Nicola Calipari, a Baghdad nel 2005), la Corte di Cassazione tornò a ribadire, in punto di immunità funzionale dalla giurisdizione penale dello Stato del foro, che rappresenta un «principio di fonte internazionale consuetudinaria, universalmente accettato dalla prevalente dottrina e dalle prassi giurisprudenziali, nazionali e internazionali, recepito nell'ordinamento giuridico italiano [...] e prevalente, in quanto tale, sui



criteri di collegamento delineati dalle norme statali anche di fonte penale, quello per cui sono sottratti alla giurisdizione civile o penale di uno Stato estero i fatti e gli atti eseguiti *iure imperii* dagli individui-organi di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti» (CORTE DI CASSAZIONE (sez. I pen.), sentenza 24 luglio 2008, n. 31171, *Lozano*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 1231).

Dichiarando di non doversi procedere per difetto della giurisdizione penale italiana, la Corte affermò dunque il «primato esclusivo della giurisdizione “attiva”» degli Stati Uniti per il fatto che «l'imputato Lozano, soldato del contingente militare statunitense facente parte della [*Multinational Force*], operante in Iraq sotto l'egida del Consiglio di Sicurezza [dell'ONU] ma sotto il “controllo effettivo” della struttura di comando dello Stato d'invio [cfr. Cap. VI, § 4] abbia agito *iure imperii* nell'esercizio delle funzioni di guardia e di controllo a un posto di blocco» (CORTE DI CASSAZIONE, sentenza *Lozano*, cit., pp. 1230-1231).

Anche in questo caso, però, la Corte di Cassazione riaffermò la tesi secondo cui sarebbe in via di formazione una norma di diritto internazionale generale che nega l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile ed anche quella funzionale dell'organo dalla giurisdizione penale (si veda subito in prosieguo) qualora sia commesso un crimine internazionale.

Nel caso *de quo* la Corte non ravvisò comunque nell'imputazione omicidiaria avanzata nei confronti del soldato statunitense i requisiti necessari per configurare un crimine di guerra.

- **L'immunità personale**

L'*immunità personale o ratione personae* garantisce invece ad alcuni individui-organo in ragione della posizione di vertice occupata nello Stato (Capi di Stato, Capi di Governo, Ministri degli Affari esteri) o dell'esercizio delle loro funzioni proprio in territorio straniero (agenti diplomatici) una tutela supplementare che li rende immuni dalla giurisdizione penale (in modo assoluto) e civile ed



amministrativa (in modo relativo) dello Stato del foro anche per gli atti compiuti a titolo privato (*jure privatorum*).

Ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961, ad esempio, l'immunità dalla giurisdizione civile per gli agenti diplomatici è però esclusa in caso di: 1) azioni reali su beni immobili di proprietà dell'agente diplomatico siti sul territorio dello Stato straniero, salvo che li possieda per conto del proprio Stato (par. 1, lett. *a*); 2) azioni successorie in cui l'agente sia erede, legatario, esecutore o curatore a titolo privato e non per conto del proprio Stato (par. 1, lett. *b*); 3) azioni relative a qualunque attività professionale ed imprenditoriale esercitata nel territorio dello Stato straniero al di fuori delle sue funzioni ufficiali (par. 1, lett. *c*).

La specifica norma sull'immunità personale, che si aggiunge per chi ne abbia titolo a quella funzionale, ha dunque ad oggetto la persona dell'organo che per questo viene protetta anche quando agisce a titolo personale.

«I soggetti che ne godono possono fruire di un'esenzione pressochè totale dalla giurisdizione degli Stati stranieri, dal momento che quando agiscono nell'ambito del proprio mandato sono garantiti dall'immunità funzionale, mentre quando operano come privati godono, appunto, dell'immunità personale [...] spett[a] esclusivamente [allo] Stato decidere in ordine all'eventuale rinuncia all'immunità personale, senza che nessun rilievo assuma al riguardo la volontà positiva o negativa del funzionario interessato» (CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA, *op. cit.*, 3^a ed., p. 213).

Il presupposto della norma è quello di proteggere l'organo individuale da qualunque interferenza che ne ostacoli il pieno e libero svolgimento delle sue funzioni (*ne impediatur legatio*). Per questa ragione, l'immunità personale vale solo fino a quando l'individuo rivesta la carica di organo statale: cessata la carica, cessa anche questa forma di immunità.

L'immunità personale comporta anche l'inviolabilità della persona e del suo domicilio: non è quindi possibile limitare in alcun modo la libertà personale dell'individuo-organo (neanche con perquisizioni, sequestri e ogni altra misura esecutiva o coercitiva).



Appare rilevante rendere conto del fatto che è attualmente dibattuto in dottrina - e controverso nella prassi interna ed internazionale - se l'individuo-organo accusato di crimini internazionali (crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio, tortura, etc.) possa ancora invocare l'immunità funzionale e, ove ne abbia titolo, anche quella personale o debba invece ormai risponderne penalmente a titolo personale.

Sul tema, di particolare rilevanza per gli sviluppi attuali del diritto internazionale, si tornerà specificamente nella seguente lezione.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello Stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

LEZIONE 51

L'immunità funzionale e personale dell'organo individuale dello Stato



In linea di principio e fatte salve le eccezioni di cui si dirà, le immunità di cui gode l'organo individuale dello Stato straniero si delineano sulla falsariga di quelle dello Stato.

Di solito, dunque, se lo Stato è immune dalla giurisdizione dello Stato del foro, lo è anche il suo organo che in aggiunta è immune anche dalla giurisdizione penale, oltre che da quella civile ed amministrativa.

Le immunità dell'organo si distinguono in *funzionali* e *personali*.

- **L'immunità funzionale**

L'immunità *funzionale* o *ratione materiae* comporta «l'esenzione dalla giurisdizione del foro a favore degli individui-organi che operano nell'esercizio delle mansioni loro affidate da uno Stato estero» (CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA, *op. cit.*, 3^a ed., p. 203).

La *ratio* dell'immunità funzionale sta nel fatto che in forza della immedesimazione tra organo e corpo dello Stato l'atto del primo è a tutti gli effetti atto del secondo.

Il titolare del diritto all'immunità non è dunque l'individuo-organo ma lo Stato che solo può rinunciarvi.



Come detto, la responsabilità derivante dall'atto dovrà dunque essere fatta valere nei confronti dello Stato e sul piano internazionale e non invece nei confronti dell'organo individuale e dinanzi ai tribunali dello Stato del foro.

Come già per lo Stato straniero, anche per l'individuo-organo l'esenzione dalla giurisdizione civile, amministrativa e penale dello Stato del foro vale solo per gli atti e le attività compiuti *iure imperii*, ossia posti in essere nell'esercizio delle funzioni di organo statale, e non anche per quelli compiuti *iure privatorum* (acquisto e possesso di beni immobili a titolo personale, attività professionali ed imprenditoriali esercitate al di fuori delle funzioni ufficiali, etc.).

Per tale motivo, l'immunità perdura anche dopo la cessazione dalla carica.

Resta fermo ovviamente che l'organo resta punibile dallo Stato di appartenenza perché, in termini generali, l'immunità è concetto diverso da quello di responsabilità e non è mai dalla legge (altrimenti sarebbe impunità) ma è sempre e solo dalla giurisdizione straniera.

La prassi internazionale in materia di immunità funzionale è costante e conforme ed anche l'Italia vi si adegua come, ad esempio, dimostra il **caso Cermis** relativo all'incidente della funivia del Cermis provocato colposamente da un velivolo militare della NATO che causò nel 1998 la morte di 20 persone.



In quella occasione, infatti, la Corte di Cassazione dichiarò il «difetto della giurisdizione del giudice italiano» nei confronti degli Stati Uniti (il pilota statunitense del velivolo fu processato da un tribunale militare statunitense) perché «l'attività d'addestramento alla guerra delle proprie forze armate [...] realizza un fine pubblico essenziale ed indefettibile dello Stato [ed è dunque] un'attività indefettibilmente ed ontologicamente *jure imperii*» (CORTE DI CASSAZIONE (Sez. Un.), *Filt-Cgil Trento et al. c. Stati Uniti d'America*, sentenza 3 agosto 2000, n. 530, § 6, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 6, 2000, pp. 183-187).

In seguito, anche con riguardo al **caso Lozano** (il soldato statunitense che uccise il funzionario del Governo italiano, Nicola Calipari, a Baghdad nel 2005), la Corte di Cassazione tornò a ribadire, in punto di immunità funzionale dalla giurisdizione penale dello Stato del foro, che rappresenta un «principio di fonte internazionale consuetudinaria, universalmente accettato dalla prevalente dottrina e dalle prassi giurisprudenziali, nazionali e internazionali, recepito nell'ordinamento giuridico italiano [...] e prevalente, in quanto tale, sui criteri di collegamento delineati dalle norme statali anche di fonte penale, quello per cui sono sottratti alla giurisdizione civile o penale di uno Stato estero i fatti e gli atti eseguiti *iure imperii* dagli individui-organismi di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti» (CORTE DI CASSAZIONE (sez. I pen.), sentenza 24 luglio 2008, n. 31171, *Lozano*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 1231).



Dichiarando di non doversi procedere per difetto della giurisdizione penale italiana, la Corte affermò dunque il «primato esclusivo della giurisdizione "attiva"» degli Stati Uniti per il fatto che «l'imputato Lozano, soldato del contingente militare statunitense facente parte della [*Multinational Force*], operante in Iraq sotto l'egida del Consiglio di Sicurezza [dell'ONU] ma sotto il "controllo effettivo" della struttura di comando dello Stato d'invio [cfr. Cap. VI, § 4] abbia agito *iure imperii* nell'esercizio delle funzioni di guardia e di controllo a un posto di blocco» (CORTE DI CASSAZIONE, sentenza *Lozano*, cit., pp. 1230-1231).

Anche in questo caso, però, la Corte di Cassazione riaffermò la tesi secondo cui sarebbe in via di formazione una norma di diritto internazionale generale che nega l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile ed anche quella funzionale dell'organo dalla giurisdizione penale (si veda subito in prosieguo) qualora sia commesso un crimine internazionale.

Nel caso *de quo* la Corte non ravvisò comunque nell'imputazione omicidiaria avanzata nei confronti del soldato statunitense i requisiti necessari per configurare un crimine di guerra.



- **L'immunità personale**

L'immunità personale o *ratione personae* garantisce invece ad alcuni individui-organo in ragione della posizione di vertice occupata nello Stato (Capi di Stato, Capi di Governo, Ministri degli Affari esteri) o dell'esercizio delle loro funzioni proprio in territorio straniero (agenti diplomatici) una tutela supplementare che li rende immuni dalla giurisdizione penale (in modo assoluto) e civile ed amministrativa (in modo relativo) dello Stato del foro anche per gli atti compiuti a titolo privato (*jure privatorum*).

Ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961, ad esempio, l'immunità dalla giurisdizione civile per gli agenti diplomatici è però esclusa in caso di: 1) azioni reali su beni immobili di proprietà dell'agente diplomatico siti sul territorio dello Stato straniero, salvo che li possieda per conto del proprio Stato (par. 1, lett. *a*); 2) azioni successorie in cui l'agente sia erede, legatario, esecutore o curatore a titolo privato e non per conto del proprio Stato (par. 1, lett. *b*); 3) azioni relative a qualunque attività professionale ed imprenditoriale esercitata nel territorio dello Stato straniero al di fuori delle sue funzioni ufficiali (par. 1, lett. *c*).



La specifica norma sull'immunità personale, che si aggiunge per chi ne abbia titolo a quella funzionale, ha dunque ad oggetto la persona dell'organo che per questo viene protetta anche quando agisce a titolo personale.

«I soggetti che ne godono possono fruire di un'esenzione pressoché totale dalla giurisdizione degli Stati stranieri, dal momento che quando agiscono nell'ambito del proprio mandato sono garantiti dall'immunità funzionale, mentre quando operano come privati godono, appunto, dell'immunità personale [...] spett[a] esclusivamente [allo] Stato decidere in ordine all'eventuale rinuncia all'immunità personale, senza che nessun rilievo assuma al riguardo la volontà positiva o negativa del funzionario interessato» (CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA, *op. cit.*, 3^a ed., p. 213).

Il presupposto della norma è quello di proteggere l'organo individuale da qualunque interferenza che ne ostacoli il pieno e libero svolgimento delle sue funzioni (*ne impediatur legatio*). Per questa ragione, l'immunità personale vale solo fino a quando l'individuo rivesta la carica di organo statale: cessata la carica, cessa anche questa forma di immunità.

L'immunità personale comporta anche l'inviolabilità della persona e del suo domicilio: non è quindi possibile limitare in alcun modo la libertà personale dell'individuo-organo (neanche con perquisizioni, sequestri e ogni altra misura esecutiva o coercitiva).



Appare rilevante rendere conto del fatto che è attualmente dibattuto in dottrina - e controverso nella prassi interna ed internazionale - se l'individuo-organo accusato di crimini internazionali (crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio, tortura, etc.) possa ancora invocare l'immunità funzionale e, ove ne abbia titolo, anche quella personale o debba invece ormai risponderne penalmente a titolo personale.

Sul tema, di particolare rilevanza per gli sviluppi attuali del diritto internazionale, si tornerà specificamente nella seguente lezione.



Insegnamento di Diritto internazionale

VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

52. Riconoscimento dell'immunità in caso di commissione di crimini internazionali da parte dell'individuo-organo

Come si è detto nella precedente lezione, è attualmente dibattuto in dottrina se l'individuo-organo accusato di crimini internazionali (crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio, tortura, etc.) possa ancora invocare l'immunità funzionale e, ove ne abbia titolo, anche quella personale o debba invece ormai risponderne penalmente a titolo personale.

Il dubbio sulla perdurante valenza del regime procedurale di immunità in simili casi sorge in conseguenza della pregressa e compiuta evoluzione dei regimi sostanziali di diritto internazionale e di diritto interno in materia di crimini internazionali. In particolare negli ultimi decenni, infatti, la normativa interna ed internazionale ha ormai criminalizzato in modo coerente e diffuso simili comportamenti.

Sul piano procedurale, però, non possono dirsi altrettanto evolute le norme sull'immunità nel senso che, sia a livello internazionale che nazionale, esse continuano ad applicarsi così impedendo talvolta l'azione nei confronti di chi abbia violato quelle norme sostanziali. Altro è dunque essere responsabili, altro è essere punibili.

Se, dunque, con riguardo ai combattenti legittimi, da tempo il diritto internazionale umanitario ha negato la *combatant immunity* per le gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra e delle «leggi ed usi applicabili» chiamandoli a rispondere dei correlati crimini internazionali e i tribunali internazionali, attuando quelle previsioni, hanno rappresentato un foro «internazionale» in alternativa e/o in concorrenza rispetto al foro dei tribunali interni, con riguardo agli altri



organi individuali dello Stato, a cominciare da quelli apicali come i Capi di Stato o di Governo, la questione è invece ancora aperta e controversa.

La prassi dei tribunali internazionali ed alcuni trattati internazionali (come la Convenzione contro il genocidio) negano l'applicabilità della immunità funzionale e/o personale tanto che l'impossibilità di prevalersene è espressamente sancita sia negli Statuti istitutivi, ad esempio, della Corte penale internazionale (art. 27, par. 1), dell'ICTY (art. 7, par. 2), dell'ICTR (art. 6, par. 2) e della SCSL (art. 6, par. 2), sia nei trattati indicati (art. IV della Convenzione sul genocidio).

Il punto da accertare è però se tale prassi abbia valore solo nell'ambito soggettivo di applicazione degli Statuti e/o dei trattati oppure se si sia formata anche nel diritto internazionale generale una norma consuetudinaria di identico contenuto applicabile a tutti gli Stati. Ad oggi sembra ancora da preferire la prima ipotesi rispetto alla seconda.

In tal senso si esprime la **CIG** nella **sentenza del 2002** relativa al mandato d'arresto per crimini contro l'umanità emesso da un giudice belga nei confronti del Ministro degli Affari esteri congolese in carica quando rilevò l'inesistenza di una consuetudine internazionale che negasse l'immunità in tali casi (ICJ, Judgment of 14 February 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000. Democratic Republic of the Congo v. Belgium*).

Dopo aver «esaminato con attenzione la prassi degli Stati», infatti, la CIG non poté dedurre che esistesse «nel diritto internazionale consuetudinario, una qualche eccezione alla regola che accorda l'immunità dalla giurisdizione penale e l'inviolabilità ai Ministri per gli affari esteri in carica, laddove siano sospettati di aver commesso crimini di guerra o crimini contro l'umanità». Le sole norme contenute negli Statuti dei tribunali penali internazionali che negano l'immunità non permisero alla CIG di concludere che anche «nel diritto internazionale consuetudinario esiste una qualunque eccezione in relazione alle corti nazionali» (ICJ, *Arrest Warrant*, cit., § 58, p. 24).

Anche le Corti nazionali tendono a riconoscere l'immunità in questi casi. Nel 2008, ad esempio, il Procuratore presso la Corte di Appello di Parigi riconobbe l'immunità dalla giurisdizione penale a Donald



Rumsfeld accusato di aver ordinato ed autorizzato la tortura dei detenuti nelle prigioni di Guantanamo ed Abu Ghraib (in Iraq) nella sua qualità di Segretario della Difesa statunitense.

Sul piano internazionale i mandati di arresto emessi dalla CPI nel 2009 e nel 2010 nei confronti del Presidente sudanese in carica, Omar Al Bashir, per crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio commessi in Darfur, non sono stati eseguiti dagli **Stati** (sia **parte** che **terzi** rispetto al sistema della CPI) in cui Al Bashir in questi anni si è recato in visita ufficiale in ragione delle immunità di cui gode il Capo di Stato in carica in base al diritto internazionale generale.

Per gli Stati parte alla CPI, il rispetto dell'immunità anche dinanzi ad una richiesta di assistenza della Corte (qual è un mandato di arresto) è garantito dall'art. 98, par. 1, dello Statuto della CPI: esso, infatti, che non costringe «lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli incombono in diritto internazionale in materia d'immunità degli Stati o d'immunità diplomatica di una persona o di beni di uno Stato a meno di ottenere preliminarmente la cooperazione di tale Stato terzo in vista dell'abolizione dell'immunità».

In altre parole, l'art. 98, par. 1, fa salvi gli obblighi di diritto internazionale generale in materia di immunità (gravanti sullo Stato parte nei confronti dello Stato terzo) dall'esecuzione in danno dello Stato terzo degli obblighi convenzionali gravanti sul solo Stato parte in forza dello Statuto della CPI.

Nonostante il dettato dell'art. 98, par. 1, tra il 2011 ed il 2014 le competenti Camere preliminari (PTC, *Pre-Trial Chambers*) della CPI hanno invece accertato la violazione commessa da quattro Stati parte (Gibuti, Malawi, due volte il Chad e DRC) del dovere di cooperare con la CPI sancito dall'art. 86 per non aver eseguito i mandati di arresto.

In tutti e cinque i casi la PTC ha altresì disposto, ai sensi dell'art. 87, par. 7, il deferimento degli Stati al Consiglio di Sicurezza che non ha però adottato alcuna misura sanzionatoria. Altri Stati parte come il Sud Africa, Uganda ed ancora Gibuti potrebbero a breve ora subire la stessa sorte avendo ospitato in tempi più recenti il Presidente Al Bashir senza arrestarlo.



Non accogliendo la tesi degli Stati africani, invece condivisa *in toto* sostenuta dall'Unione africana che stigmatizza tali decisioni minacciando la denuncia in blocco dello Statuto da parte dei 34 Stati africani che ne sono parti, la sentenza CIG del 2002 viene interpretata dalla PTC della CPI come riferibile ai soli mandati di arresto emessi da tribunali nazionali.

Di conseguenza viene affermata l'esistenza di una ormai consolidata eccezione nel diritto internazionale consuetudinario che negherebbe l'immunità funzionale e personale ai Capi di Stato quando il mandato di arresto è emesso da un tribunale internazionale, così rendendo inapplicabile l'art. 98, par. 1.

Secondo la PTC, inoltre, la **Risoluzione 1593 (2005) del Consiglio di Sicurezza**, che attribuì giurisdizione alla CPI anche sul Sudan, Stato terzo allo Statuto, «implicitamente» farebbe venire meno (per gli Stati parte e quelli terzi espressamente indicati) l'obbligo di rispettare l'immunità dei Capi di Stato in carica (ICC (Pre-Trial Chamber II), *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, ICC-02/05-01/09 (Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*), 9 April 2014).

La PTC ritrovò gli elementi di prassi a fondamento della propria posizione negli Statuti dei tribunali penali internazionali (Norimberga, Tokyo, ICTY, ICTR, SCSL) che negano l'immunità e la *ratio* della distinzione tra mandati di arresto nazionali ed internazionali nel fatto che i primi potrebbero essere strumenti di una persecuzione giudiziaria orchestrata da uno Stato in danno di un altro (e rispetto a tale rischio è dunque legittimo invocare l'immunità) mentre i secondi non porrebbero questo problema dato che i tribunali internazionali sono «totally independent of states and subject to strict rules of impartiality».

La *ratio* invocata appare tuttavia troppo speculativa in quanto fonda la distinzione su valutazioni astratte e di massima che andrebbero poi comprovate in concreto, caso per caso, e che alla prova dei fatti potrebbero anche essere smentite. Appare dunque azzardato ritenere provata una modificazione così incisiva del diritto internazionale sulla base di un ragionamento astratto.



Appare poi apodittico affermare che quattro dei cinque tribunali internazionali richiamati come prassi siano «totally independent» dagli Stati se sol si pensa che due (Norimberga e Tokyo) furono voluti dagli Stati vincitori della guerra per punire gli Stati vinti ed altri due (ICTY e ICTR) furono creati, con una Risoluzione vincolante per tutti gli Stati membri dell'ONU, dal Consiglio di Sicurezza che è l'organo politico per antonomasia delle relazioni internazionali e che è fortemente condizionato dalla volontà dei cinque Membri Permanenti.

Anche in questo caso, dunque, appare azzardato porre un simile ragionamento a fondamento di una simile modifica del diritto internazionale.

Senza contare, infine, che l'istituto dell'immunità non si è radicato nel diritto internazionale e non ha mai operato in funzione della maggiore o minore attendibilità od imparzialità della giurisdizione che esercita l'azione penale nei confronti dell'individuo-organo, ma solo e sempre in funzione della necessità di tutelare, attraverso l'immunità dell'organo, lo Stato per le molteplici ragioni già indicate.

Non si è immuni solo da un'azione penale persecutoria; si è immuni da qualunque azione penale, parziale o imparziale che poi sia.

Per accertare se effettivamente sia in via di formazione nel diritto internazionale generale un'eccezione all'immunità funzionale e personale dell'organo individuale in caso di commissione di crimini internazionali, è dunque necessario, da un canto, richiamare una prassi più generale ed uniforme rispetto a quella addotta dalla PTC e, dall'altro, fondare l'evoluzione sulla *ratio* (utilizzata dalle nostre Corti) che per certi crimini non può mai esserci immunità e non invece che i tribunali internazionali sono sempre indipendenti dagli Stati che li hanno voluti, costituiti e finanziati.

Ad oggi, la prassi è ancora troppo incerta e controversa per ritenere avvenuta tale evoluzione: se i tribunali internazionali, le ONG ed alcuni Stati come l'Italia la ritengono già compiuta o, comunque, in divenire, la maggior parte degli Stati non riconosce alcuna mutazione del vigente quadro giuridico.

A giugno 2014 l'UA, con il Protocollo di Malabo, ha poi emendato lo Statuto della futura ACJHR (*African Court of Justice and Human Rights*) in modo da garantire dinanzi a questa l'immunità personale



dalla giurisdizione penale della Corte non solo ai Capi di Stato o di Governo in carica ma anche a chiunque «acting or entitled in such capacity, or other senior state officials during their tenure of office» (art. 46A *bis* del *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*: «No charges shall be commenced or continued before the Court against any serving AU Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such capacity, or other senior officials based on their functions, during their tenure of office», in AFRICAN UNION (Executive Council), *The Report, the Draft Legal Instruments and Recommendations of the Specialized Technical Committee on Justice and Legal Affairs*, Twenty-Fifth Ordinary Session, 20-24 June 2014, Malabo, EX.CL/846(XXV), p. 159).

Nel valutare la prassi effettivamente vigente si deve poi anche tenere conto del fatto che:

1) in quasi tutte le legislazioni nazionali la perseguibilità dei crimini internazionali è comunque condizionata alla sussistenza dei criteri di collegamento (personali o territoriali) e/o di procedibilità tra fatto criminoso ed ordinamento giuridico normalmente utilizzati per qualunque altro reato (presenza del reo sul territorio, *locus commissi delicti*, vittime aventi la cittadinanza dello Stato procedente, etc.);

2) la diffusione negli ordinamenti interni della clausole di giurisdizione penale universale, che fondano la giurisdizione a prescindere dai criteri di collegamento e di procedibilità (lo Stato rivendica giurisdizione in nome della sola gravità del crimine e, dunque, anche quando l'autore, straniero e non presente sul territorio dello Stato procedente, ha commesso il fatto all'estero e in danno di beni e persone straniere), è limitata a ben pochi Stati mentre altri, come Belgio, Spagna e Gran Bretagna, dopo aver introdotto simili clausole le hanno abrogate o modificate in senso comunque non più universale a seguito delle pressioni ricevute dagli Stati più esposti al rischio di iniziative giudiziarie (Stati Uniti, Israele, Cina, etc.).

Tutto ciò considerato si può ragionevolmente ritenere che, al momento, non vi sia in ambito internazionale un orientamento sufficientemente univoco a punire i crimini internazionali dell'individuo organo "a qualunque costo", ossia anche in deroga



all'applicazione delle sue immunità funzionali e personali e, qualora tale deroga effettivamente sussistesse, anche in assenza dei tipici criteri di collegamento previsti dagli ordinamenti statali.

Resta infine da ribadire che i crimini internazionali commessi dall'organo non possono considerarsi atti privati dell'individuo in ragione della loro efferatezza ed estraneità ai fini pubblici statuali. Restano atti ufficiali dell'organo che, in quanto gravemente lesivi di valori essenziali della società internazionale, chiamano in causa anche la sua responsabilità penale e personale quale sanzione aggiuntiva e concorrente rispetto al regime di responsabilità internazionale applicabile allo Stato.

Questa soluzione è preferibile alla tesi del crimine commesso «in a private capacity» che, in astratto, potrebbe anche determinare la non attribuibilità dell'atto allo Stato, così indebolendo il regime di responsabilità internazionale e, indirettamente, anche la tutela garantita alle vittime.

Tutto ciò testimonia, in linea di principio, l'orientamento della società internazionale a ritrovare nuovi e più efficaci strumenti di repressione dei crimini internazionali.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

LEZIONE 52

Riconoscimento dell'immunità in caso di commissione di crimini internazionali da parte dell'individuo-organo



Come si è detto nella precedente lezione, è attualmente dibattuto in dottrina se l'individuo-organo accusato di crimini internazionali (crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio, tortura, etc.) possa ancora invocare l'immunità funzionale e, ove ne abbia titolo, anche quella personale o debba invece ormai risponderne penalmente a titolo personale.

Il dubbio sulla perdurante valenza del regime procedurale di immunità in simili casi sorge in conseguenza della pregressa e compiuta evoluzione dei regimi sostanziali di diritto internazionale e di diritto interno in materia di crimini internazionali. In particolare negli ultimi decenni, infatti, la normativa interna ed internazionale ha ormai criminalizzato in modo coerente e diffuso simili comportamenti.

Sul piano procedurale, però, non possono dirsi altrettanto evolute le norme sull'immunità nel senso che, sia a livello internazionale che nazionale, esse continuano ad applicarsi così impedendo talvolta l'azione nei confronti di chi abbia violato quelle norme sostanziali. Altro è dunque essere responsabili, altro è essere punibili.



Se, dunque, con riguardo ai combattenti legittimi, da tempo il diritto internazionale umanitario ha negato la *combatant immunity* per le gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra e delle «leggi ed usi applicabili» chiamandoli a rispondere dei correlati crimini internazionali e i tribunali internazionali, attuando quelle previsioni, hanno rappresentato un foro “internazionale” in alternativa e/o in concorrenza rispetto al foro dei tribunali interni, con riguardo agli altri organi individuali dello Stato, a cominciare da quelli apicali come i Capi di Stato o di Governo, la questione è invece ancora aperta e controversa.

La prassi dei tribunali internazionali ed alcuni trattati internazionali (come la Convenzione contro il genocidio) negano l'applicabilità della immunità funzionale e/o personale tanto che l'impossibilità di prevalersene è espressamente sancita sia negli Statuti istitutivi, ad esempio, della Corte penale internazionale (art. 27, par. 1), dell'ICTY (art. 7, par. 2), dell'ICTR (art. 6, par. 2) e della SCSL (art. 6, par. 2), sia nei trattati indicati (art. IV della Convenzione sul genocidio).

Il punto da accertare è però se tale prassi abbia valore solo nell'ambito soggettivo di applicazione degli Statuti e/o dei trattati oppure se si sia formata anche nel diritto internazionale generale una norma consuetudinaria di identico contenuto applicabile a tutti gli Stati. Ad oggi sembra ancora da preferire la prima ipotesi rispetto alla seconda.



In tal senso si esprime la **CIG** nella **sentenza del 2002** relativa al mandato d'arresto per crimini contro l'umanità emesso da un giudice belga nei confronti del Ministro degli Affari esteri congolese in carica quando rilevò l'inesistenza di una consuetudine internazionale che negasse l'immunità in tali casi (ICJ, Judgment of 14 February 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000. Democratic Republic of the Congo v. Belgium*).

Dopo aver «esaminato con attenzione la prassi degli Stati», infatti, la CIG non poté dedurre che esistesse «nel diritto internazionale consuetudinario, una qualche eccezione alla regola che accorda l'immunità dalla giurisdizione penale e l'inviolabilità ai Ministri per gli affari esteri in carica, laddove siano sospettati di aver commesso crimini di guerra o crimini contro l'umanità». Le sole norme contenute negli Statuti dei tribunali penali internazionali che negano l'immunità non permisero alla CIG di concludere che anche «nel diritto internazionale consuetudinario esiste una qualunque eccezione in relazione alle corti nazionali» (ICJ, *Arrest Warrant*, cit., § 58, p. 24).

Anche le Corti nazionali tendono a riconoscere l'immunità in questi casi. Nel 2008, ad esempio, il Procuratore presso la Corte di Appello di Parigi riconobbe l'immunità dalla giurisdizione penale a Donald Rumsfeld accusato di aver ordinato ed autorizzato la tortura dei detenuti nelle prigioni di Guantanamo ed Abu Ghraib (in Iraq) nella sua qualità di Segretario della Difesa statunitense.



Sul piano internazionale i mandati di arresto emessi dalla CPI nel 2009 e nel 2010 nei confronti del Presidente sudanese in carica, Omar Al Bashir, per crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio commessi in Darfur, non sono stati eseguiti dagli **Stati** (sia **parte** che **terzi** rispetto al sistema della CPI) in cui Al Bashir in questi anni si è recato in visita ufficiale in ragione delle immunità di cui gode il Capo di Stato in carica in base al diritto internazionale generale.

Per gli Stati parte alla CPI, il rispetto dell'immunità anche dinanzi ad una richiesta di assistenza della Corte (qual è un mandato di arresto) è garantito dall'art. 98, par. 1, dello Statuto della CPI: esso, infatti, che non costringe «lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli incombono in diritto internazionale in materia d'immunità degli Stati o d'immunità diplomatica di una persona o di beni di uno Stato a meno di ottenere preliminarmente la cooperazione di tale Stato terzo in vista dell'abolizione dell'immunità».

In altre parole, l'art. 98, par. 1, fa salvi gli obblighi di diritto internazionale generale in materia di immunità (gravanti sullo Stato parte nei confronti dello Stato terzo) dall'esecuzione in danno dello Stato terzo degli obblighi convenzionali gravanti sul solo Stato parte in forza dello Statuto della CPI.



Nonostante il dettato dell'art. 98, par. 1, tra il 2011 ed il 2014 le competenti Camere preliminari (PTC, *Pre-Trial Chambers*) della CPI hanno invece accertato la violazione commessa da quattro Stati parte (Gibuti, Malawi, due volte il Chad e DRC) del dovere di cooperare con la CPI sancito dall'art. 86 per non aver eseguito i mandati di arresto.

In tutti e cinque i casi la PTC ha altresì disposto, ai sensi dell'art. 87, par. 7, il deferimento degli Stati al Consiglio di Sicurezza che non ha però adottato alcuna misura sanzionatoria. Altri Stati parte come il Sud Africa, Uganda ed ancora Gibuti potrebbero a breve ora subire la stessa sorte avendo ospitato in tempi più recenti il Presidente Al Bashir senza arrestarlo.

Non accogliendo la tesi degli Stati africani, invece condivisa *in toto* sostenuta dall'Unione africana che stigmatizza tali decisioni minacciando la denuncia in blocco dello Statuto da parte dei 34 Stati africani che ne sono parti, la sentenza CIG del 2002 viene interpretata dalla PTC della CPI come riferibile ai soli mandati di arresto emessi da tribunali nazionali.

Di conseguenza viene affermata l'esistenza di una ormai consolidata eccezione nel diritto internazionale consuetudinario che negherebbe l'immunità funzionale e personale ai Capi di Stato quando il mandato di arresto è emesso da un tribunale internazionale, così rendendo inapplicabile l'art. 98, par. 1.



Secondo la PTC, inoltre, la **Risoluzione 1593 (2005) del Consiglio di Sicurezza**, che attribuì giurisdizione alla CPI anche sul Sudan, Stato terzo allo Statuto, «implicitamente» farebbe venire meno (per gli Stati parte e quelli terzi espressamente indicati) l'obbligo di rispettare l'immunità dei Capi di Stato in carica (ICC (Pre-Trial Chamber II), *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, ICC-02/05-01/09 (Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*), 9 April 2014).

La PTC ritrovò gli elementi di prassi a fondamento della propria posizione negli Statuti dei tribunali penali internazionali (Norimberga, Tokyo, ICTY, ICTR, SCSL) che negano l'immunità e la *ratio* della distinzione tra mandati di arresto nazionali ed internazionali nel fatto che i primi potrebbero essere strumenti di una persecuzione giudiziaria orchestrata da uno Stato in danno di un altro (e rispetto a tale rischio è dunque legittimo invocare l'immunità) mentre i secondi non porrebbero questo problema dato che i tribunali internazionali sono «totally independent of states and subject to strict rules of impartiality».

La *ratio* invocata appare tuttavia troppo speculativa in quanto fonda la distinzione su valutazioni astratte e di massima che andrebbero poi comprovate in concreto, caso per caso, e che alla prova dei fatti potrebbero anche essere smentite. Appare dunque azzardato ritenere provata una modificazione così incisiva del diritto internazionale sulla base di un ragionamento astratto.



Appare poi apodittico affermare che quattro dei cinque tribunali internazionali richiamati come prassi siano «totally independent» dagli Stati se sol si pensa che due (Norimberga e Tokyo) furono voluti dagli Stati vincitori della guerra per punire gli Stati vinti ed altri due (ICTY e ICTR) furono creati, con una Risoluzione vincolante per tutti gli Stati membri dell'ONU, dal Consiglio di Sicurezza che è l'organo politico per antonomasia delle relazioni internazionali e che è fortemente condizionato dalla volontà dei cinque Membri Permanenti.

Anche in questo caso, dunque, appare azzardato porre un simile ragionamento a fondamento di una simile modifica del diritto internazionale.

Senza contare, infine, che l'istituto dell'immunità non si è radicato nel diritto internazionale e non ha mai operato in funzione della maggiore o minore attendibilità od imparzialità della giurisdizione che esercita l'azione penale nei confronti dell'individuo-organo, ma solo e sempre in funzione della necessità di tutelare, attraverso l'immunità dell'organo, lo Stato per le molteplici ragioni già indicate.

Non si è immuni solo da un'azione penale persecutoria; si è immuni da qualunque azione penale, parziale o imparziale che poi sia.



Per accertare se effettivamente sia in via di formazione nel diritto internazionale generale un'eccezione all'immunità funzionale e personale dell'organo individuale in caso di commissione di crimini internazionale, è dunque necessario, da un canto, richiamare una prassi più generale ed uniforme rispetto a quella addotta dalla PTC e, dall'altro, fondare l'evoluzione sulla *ratio* (utilizzata dalle nostre Corti) che per certi crimini non può mai esserci immunità e non invece che i tribunali internazionali sono sempre indipendenti dagli Stati che li hanno voluti, costituiti e finanziati.

Ad oggi, la prassi è ancora troppo incerta e controversa per ritenere avvenuta tale evoluzione: se i tribunali internazionali, le ONG ed alcuni Stati come l'Italia la ritengono già compiuta o, comunque, in divenire, la maggior parte degli Stati non riconosce alcuna mutazione del vigente quadro giuridico.

A giugno 2014 l'UA, con il Protocollo di Malabo, ha poi emendato lo Statuto della futura ACJHR (*African Court of Justice and Human Rights*) in modo da garantire dinanzi a questa l'immunità personale dalla giurisdizione penale della Corte non solo ai Capi di Stato o di Governo in carica ma anche a chiunque «acting or entitled in such capacity, or other senior state officials during their tenure of office» (art. 46A *bis* del *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, in AFRICAN UNION (Executive Council), *The Report, the Draft Legal Instruments and Recommendations of the Specialized Technical Committee on Justice and Legal Affairs*, Twenty-Fifth Ordinary Session, 20-24 June 2014, Malabo, EX.CL/846(XXV), p. 159).



Nel valutare la prassi effettivamente vigente si deve poi anche tenere conto del fatto che:

1) in quasi tutte le legislazioni nazionali la perseguibilità dei crimini internazionali è comunque condizionata alla sussistenza dei criteri di collegamento (personali o territoriali) e/o di procedibilità tra fatto criminoso ed ordinamento giuridico normalmente utilizzati per qualunque altro reato (presenza del reo sul territorio, *locus commissi delicti*, vittime aventi la cittadinanza dello Stato procedente, etc.);

2) la diffusione negli ordinamenti interni della clausole di giurisdizione penale universale, che fondano la giurisdizione a prescindere dai criteri di collegamento e di procedibilità (lo Stato rivendica giurisdizione in nome della sola gravità del crimine e, dunque, anche quando l'autore, straniero e non presente sul territorio dello Stato procedente, ha commesso il fatto all'estero e in danno di beni e persone straniere), è limitata a ben pochi Stati mentre altri, come Belgio, Spagna e Gran Bretagna, dopo aver introdotto simili clausole le hanno abrogate o modificate in senso comunque non più universale a seguito delle pressioni ricevute dagli Stati più esposti al rischio di iniziative giudiziarie (Stati Uniti, Israele, Cina, etc.).



Tutto ciò considerato si può ragionevolmente ritenere che, al momento, non vi sia in ambito internazionale un orientamento sufficientemente univoco a punire i crimini internazionali dell'individuo organo "a qualunque costo", ossia anche in deroga all'applicazione delle sue immunità funzionali e personali e, qualora tale deroga effettivamente sussistesse, anche in assenza dei tipici criteri di collegamento previsti dagli ordinamenti statali.

Resta infine da ribadire che i crimini internazionali commessi dall'organo non possono considerarsi atti privati dell'individuo in ragione della loro efferatezza ed estraneità ai fini pubblici statuali. Restano atti ufficiali dell'organo che, in quanto gravemente lesivi di valori essenziali della società internazionale, chiamano in causa anche la sua responsabilità penale e personale quale sanzione aggiuntiva e concorrente rispetto al regime di responsabilità internazionale applicabile allo Stato.

Questa soluzione è preferibile alla tesi del crimine commesso «in a private capacity» che, in astratto, potrebbe anche determinare la non attribuibilità dell'atto allo Stato, così indebolendo il regime di responsabilità internazionale e, indirettamente, anche la tutela garantita alle vittime.

Tutto ciò testimonia, in linea di principio, l'orientamento della società internazionale a ritrovare nuovi e più efficaci strumenti di repressione dei crimini internazionali.



Insegnamento di Diritto internazionale

VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

53. I tribunali penali internazionali: profili teorici e caratteristiche generali

Le norme sostanziali sui crimini internazionali si sono progressivamente affermate, nel corso dell'Ottocento, prima nei trattati (diritto de L'Aja e di Ginevra) e poi nel diritto internazionale generale con riguardo ai combattenti e in seguito, e con ben maggiori difficoltà non ancora del tutto superate dovute ai preesistenti regimi sulle immunità e ai principi di diritto internazionale, anche agli organi politici di vertice dello Stato.

Con riguardo invece ai profili procedurali della punibilità dei criminali internazionali, sin dall'inizio il diritto internazionale rimise l'esercizio dell'azione penale ai tribunali dello Stato di appartenenza e/o di cattura del responsabile.

Fino alla prima Guerra Mondiale, tra l'altro, la pretesa punitiva nei confronti dei combattenti veniva esercitata solo sino a quando perdurava lo stato di belligeranza. Una volta concluso il conflitto armato, infatti, tale pretesa veniva meno per il fatto che veniva concessa da tutte le Parti in precedenza belligeranti un'amnistia generale ai prigionieri condannati per favorire il ristabilimento della pace.

Danno conferma di questo principio, ad esempio, le Convenzioni di Ginevra del 1949 ed il Protocollo I del 1977 laddove prevedono non solo l'obbligo per gli Stati parte «di prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate» nel proprio ordinamento nei confronti dei responsabili delle gravi violazioni del



diritto internazionale umanitario, ma anche quello di «ricercare le persone imputate» di tali crimini e portarle dinanzi ai propri tribunali «qualunque sia la loro nazionalità» (si veda, ad esempio, l'art. 129, co. 1-2, della terza Convenzione di Ginevra).

Con riguardo all'esercizio dell'azione penale da parte degli Stati si diffuse anche e contestualmente in un certo numero di trattati (tra cui proprio le Convenzioni di Ginevra ed il Protocollo I) l'utilizzo della norma *aut dedere aut iudicare* (estradare o giudicare, *extradite or prosecute*) in base a cui lo Stato è obbligato o ad esercitare l'azione penale nei confronti del presunto autore del crimine che si trovi sul proprio territorio oppure ad estradarlo verso uno Stato o un tribunale internazionale che sia competente.

Nel diritto internazionale umanitario di Ginevra l'obbligo di estradare o punire è il complemento necessario dell'obbligo di prevedere e punire nel diritto interno i crimini internazionali e di ricercare e portare dinanzi ai propri tribunali le persone imputate. Si veda, ad esempio, ancora l'art. 129, co. 2, della terza Convenzione di Ginevra: se non esercita l'azione penale, la Parte contraente «potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnare [le persone imputate], per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti».

Come ulteriori esempi di clausole *aut dedere aut iudicare* contenute in trattati, si veda l'art. 7, par. 1, della Convenzione contro la tortura («Lo Stato Parte sul cui territorio il presunto autore di [qualsiasi atto di tortura, del tentativo di praticarla o di qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura] è scoperto, qualora non lo estradi, sottopone la causa [...] alle proprie autorità competenti per l'esercizio dell'azione penale») e l'art. 7 della Convenzione de L'Aja del 1970 per la repressione della cattura illecita di aeromobili («Qualora lo Stato contraente sul cui territorio è scoperto l'autore presunto del reato non estradi quest'ultimo, sottopone l'affare senza eccezione alcuna, indipendentemente dal fatto che il reato sia o non sia stato commesso sul suo territorio, alle proprie autorità competenti per l'esercizio dell'azione penale»).



La norma persegue l'obiettivo di garantire e rafforzare la cooperazione internazionale nella repressione dei crimini internazionali.

La norma sembra ormai parte anche del diritto internazionale generale sebbene alcuni Stati lo contestino o non accettino l'idea che tale obbligo consuetudinario consegua implicitamente dall'esistenza di una norma generale che vieta la commissione di crimini internazionali. La stessa CDI mostra cautela sul punto riconoscendo che nel 1996 la norma era ancora di sviluppo progressivo e non di codificazione del diritto internazionale.

Tornando all'evoluzione del diritto internazionale in materia di punizione dei criminali internazionali, a partire dalla fine della prima Guerra Mondiale, con le previsioni (inattuate) del Trattato di pace con la Germania, si palesò una nuova possibilità, vale a dire quella di far valere la responsabilità penale e personale degli organi individuali degli Stati vinti anche sul piano internazionale dinanzi ai c.d. "tribunali internazionali".

Si cominciò così a parlare di «giustizia penale internazionale».

Questa tendenza internazionalistica si rafforzò al termine della seconda Guerra Mondiale con la riuscita (questa volta) istituzione dei Tribunali di Norimberga e Tokyo per la punizione dei criminali tedeschi e giapponesi e si è poi definitivamente consolidata ed articolata dagli anni Novanta con la creazione di ulteriori istanze di varia origine, competenza e strutturazione.

Con riguardo ai tribunali internazionali si è diffusa in dottrina una schematizzazione che considera:

1) i **Tribunali di Norimberga e Tokyo**, ossia i tribunali dei vincitori sui vinti, come i "tribunali di prima generazione";

2) l'**ICTY** (International Criminal Tribunal for former Yugoslavia - Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia) e l'**ICTR** (International Criminal Tribunal for Rwanda - Tribunale penale internazionale per il Rwanda), creati da una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza adottata ai sensi del capitolo VII della Carta, e la **CPI** (Corte penale internazionale), istituita dagli Stati con un



trattato, come i “tribunali di seconda generazione” in quanto di origine ed impronta esclusivamente, o comunque prettamente, internazionale;

3) alcuni tribunali di più recente istituzione (come, ad esempio, la SCSL, l’STL e le ECCC) come i “tribunali di terza generazione” (o “corti ibride o miste”) per il fatto di avere un’origine ibrida e/o di presentare commisti elementi di carattere internazionalistico ed interno.

Al di là delle classificazioni e della terminologia internazionalistica utilizzata, resta però fermo dal punto di vista della teoria generale che, per le ragioni già indicate nelle lezioni della Parte I, di «giurisdizione» in ambito internazionale non è appropriato parlare.

La parità ed anorganicità delle relazioni politiche e giuridiche internazionali impediscono *dal punto di vista strutturale* l’esistenza di una società, di una “comunità” internazionale che sia istituzionale e pubblicistica e da cui possa poi promanare una *potestas* giurisdizionale mediante «organi internazionali» nel senso giuridico del termine, vale a dire organi espressione e parte immedesimata di un corpo sociale internazionale unitario, dato e sovrano.

Anche quando i tribunali sono istituiti dal Consiglio di Sicurezza in nome e per conto della “comunità internazionale” e la verticalizzazione e proceduralizzazione normativa delle dinamiche sanzionatorie internazionali diventa più evidente ed incisiva siamo comunque sempre in presenza di fenomeni di carattere *sovrastrutturale* rispetto ai sottostanti elementi costitutivi della società internazionale.

Come si vedrà nessun tribunale “internazionale” costituito nel corso dell’ultimo secolo può qualificarsi come la *longa manus* giurisdizionale di un inesistente sovrano internazionale.

A ben vedere dunque questi tribunali, compresi quelli misti di ultima generazione, presentano il tratto comune di “internazionalizzare” in situazioni particolarmente complesse l’esercizio dell’azione penale da parte degli Stati competenti in base ai tipici criteri di collegamento (*locus commissi delicti*, nazionalità del reo o della vittima) e/o degli Stati agenti *uti universi* (ossia come società internazionale interessata a punire i crimini internazionali) al



fine di renderla più efficiente, certa, prevedibile e rispettosa, anche nell'interesse degli imputati e delle vittime, di certi parametri sostanziali e processuali.

In tale ottica, dunque, il termine «internazionale» segnala più che altro la presenza nella struttura, nel diritto applicabile o nella composizione del tribunale di elementi di estraneità rispetto agli ordinamenti statali competenti ad esercitare l'azione penale (presenza di giudici stranieri, applicazione di norme internazionali in aggiunta o in sostituzione di quelle statali, finanziamento garantito da altri Stati, etc.).

A volte, come nel caso dell'ICTY e dell'ICTR, per numero ed importanza tali elementi di estraneità hanno avuto la prevalenza pressoché assoluta sulle concorrenti giurisdizioni nazionali.

Come si vedrà, dunque, il “grado di internazionalità” così più propriamente inteso di un tribunale può essere:

1) *alto*: come nel caso del Tribunale di Norimberga (organo comune degli Stati vincitori) o della SCSL (istituita da un trattato concluso tra ONU e Sierra Leone, con giudici nominati sia dal Segretario Generale che dallo Stato e chiamata ad applicare sia il diritto internazionale umanitario che il diritto penale sierraleonese);

2) *medio*: come per le ECCC (istanze giudiziarie dell'ordinamento cambogiano in cui magistrati e procuratori stranieri affiancano gli omologhi cambogiani) oppure per la WCC della Bosnia-Erzegovina (i cui elementi di internazionalità consistono nell'essere stata istituita su iniziativa dell'ICTY e dell'Alto Rappresentante ONU per la Bosnia e nell'essere finanziata da Stati stranieri);

3) *basso*: come nel caso della Corte di Lipsia o dello *Special War Crimes Panel* della Serbia (istanza giudiziaria domestica a tutti gli effetti e composta da soli cittadini serbi il cui unico elemento di internazionalità sta nella complementarità procedurale della sua azione rispetto a quella dell'ICTY).

Tutto ciò considerato, se non fosse ormai invalso l'uso terminologico di riferirsi genericamente a tali fenomeni come «tribunali internazionali» (*international tribunals*), sarebbe quindi più appropriato usare la locuzione «tribunali a carattere internazionale»



(*tribunals of an international character*), utilizzata ad esempio anche sul sito web dell'STL.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello stato e dei suoi organi.

I tribunali penali internazionali

LEZIONE 53

I tribunali penali internazionali: profili teorici e caratteristiche generali



Le norme sostanziali sui crimini internazionali si sono progressivamente affermate, nel corso dell'Ottocento, prima nei trattati (diritto de L'Aja e di Ginevra) e poi nel diritto internazionale generale con riguardo ai combattenti e in seguito, e con ben maggiori difficoltà non ancora del tutto superate dovute ai preesistenti regimi sulle immunità e ai principi di diritto internazionale, anche agli organi politici di vertice dello Stato.

Con riguardo invece ai profili procedurali della punibilità dei criminali internazionali, sin dall'inizio il diritto internazionale rimise l'esercizio dell'azione penale ai tribunali dello Stato di appartenenza e/o di cattura del responsabile.

Fino alla prima Guerra Mondiale, tra l'altro, la pretesa punitiva nei confronti dei combattenti veniva esercitata solo sino a quando perdurava lo stato di belligeranza. Una volta concluso il conflitto armato, infatti, tale pretesa veniva meno per il fatto che veniva concessa da tutte le Parti in precedenza belligeranti un'amnistia generale ai prigionieri condannati per favorire il ristabilimento della pace.



Danno conferma di questo principio, ad esempio, le Convenzioni di Ginevra del 1949 ed il Protocollo I del 1977 laddove prevedono non solo l'obbligo per gli Stati parte «di prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate» nel proprio ordinamento nei confronti dei responsabili delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, ma anche quello di «ricercare le persone imputate» di tali crimini e portarle dinanzi ai propri tribunali «qualunque sia la loro nazionalità» (si veda, ad esempio, l'art. 129, co. 1-2, della terza Convenzione di Ginevra).

Con riguardo all'esercizio dell'azione penale da parte degli Stati si diffuse anche e contestualmente in un certo numero di trattati (tra cui proprio le Convenzioni di Ginevra ed il Protocollo I) l'utilizzo della norma *aut dedere aut iudicare* (estradare o giudicare, *extradite or prosecute*) in base a cui lo Stato è obbligato o ad esercitare l'azione penale nei confronti del presunto autore del crimine che si trovi sul proprio territorio oppure ad estradarlo verso uno Stato o un tribunale internazionale che sia competente.

Nel diritto internazionale umanitario di Ginevra l'obbligo di estradare o punire è il complemento necessario dell'obbligo di prevedere e punire nel diritto interno i crimini internazionali e di ricercare e portare dinanzi ai propri tribunali le persone imputate.



Si veda, ad esempio, ancora l'art. 129, co. 2, della terza Convenzione di Ginevra: se non esercita l'azione penale, la Parte contraente «potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnare [le persone imputate], per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti».

Come ulteriori esempi di clausole *aut dedere aut iudicare* contenute in trattati, si veda l'art. 7, par. 1, della Convenzione contro la tortura («Lo Stato Parte sul cui territorio il presunto autore di [qualsiasi atto di tortura, del tentativo di praticarla o di qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura] è scoperto, qualora non lo estradi, sottopone la causa [...] alle proprie autorità competenti per l'esercizio dell'azione penale») e l'art. 7 della Convenzione de L'Aja del 1970 per la repressione della cattura illecita di aeromobili («Qualora lo Stato contraente sul cui territorio è scoperto l'autore presunto del reato non estradi quest'ultimo, sottopone l'affare senza eccezione alcuna, indipendentemente dal fatto che il reato sia o non sia stato commesso sul suo territorio, alle proprie autorità competenti per l'esercizio dell'azione penale»).

La norma persegue l'obiettivo di garantire e rafforzare la cooperazione internazionale nella repressione dei crimini internazionali.



La norma sembra ormai parte anche del diritto internazionale generale sebbene alcuni Stati lo contestino o non accettino l'idea che tale obbligo consuetudinario consegua implicitamente dall'esistenza di una norma generale che vieta la commissione di crimini internazionali. La stessa CDI mostra cautela sul punto riconoscendo che nel 1996 la norma era ancora di sviluppo progressivo e non di codificazione del diritto internazionale.

Tornando all'evoluzione del diritto internazionale in materia di punizione dei criminali internazionali, a partire dalla fine della prima Guerra Mondiale, con le previsioni (inattuate) del Trattato di pace con la Germania, si palesò una nuova possibilità, vale a dire quella di far valere la responsabilità penale e personale degli organi individuali degli Stati vinti anche sul piano internazionale dinanzi ai c.d. "tribunali internazionali".

Si cominciò così a parlare di «giustizia penale internazionale».

Questa tendenza internazionalistica si rafforzò al termine della seconda Guerra Mondiale con la riuscita (questa volta) istituzione dei Tribunali di Norimberga e Tokyo per la punizione dei criminali tedeschi e giapponesi e si è poi definitivamente consolidata ed articolata dagli anni Novanta con la creazione di ulteriori istanze di varia origine, competenza e strutturazione.



Con riguardo ai tribunali internazionali si è diffusa in dottrina una schematizzazione che considera:

- 1) i **Tribunali di Norimberga e Tokyo**, ossia i tribunali dei vincitori sui vinti, come i “tribunali di prima generazione”;
- 2) l'**ICTY** (International Criminal Tribunal for former Yugoslavia -Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia) e l'**ICTR** (International Criminal Tribunal for Rwanda - Tribunale penale internazionale per il Rwanda), creati da una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza adottata ai sensi del capitolo VII della Carta, e la **CPI** (Corte penale internazionale), istituita dagli Stati con un trattato, come i “tribunali di seconda generazione” in quanto di origine ed impronta esclusivamente, o comunque prettamente, internazionale;
- 3) alcuni tribunali di più recente istituzione (come, ad esempio, la SCSL, l'STL e le ECCC) come i “tribunali di terza generazione” (o “corti ibride o miste”) per il fatto di avere un'origine ibrida e/o di presentare commisti elementi di carattere internazionalistico ed interno.

Al di là delle classificazioni e della terminologia internazionalistica utilizzata, resta però fermo dal punto di vista della teoria generale che, per le ragioni già indicate nelle lezioni della Parte I, di «giurisdizione» in ambito internazionale non è appropriato parlare.



La parità ed anorganicità delle relazioni politiche e giuridiche internazionali impediscono *dal punto di vista strutturale* l'esistenza di una società, di una "comunità" internazionale che sia istituzionale e pubblicistica e da cui possa poi promanare una *potestas* giurisdizionale mediante «organi internazionali» nel senso giuridico del termine, vale a dire organi espressione e parte immedesimata di un corpo sociale internazionale unitario, dato e sovrano.

Anche quando i tribunali sono istituiti dal Consiglio di Sicurezza in nome e per conto della "comunità internazionale" e la verticalizzazione e proceduralizzazione normativa delle dinamiche sanzionatorie internazionali diventa più evidente ed incisiva siamo comunque sempre in presenza di fenomeni di carattere *sovrastrutturale* rispetto ai sottostanti elementi costitutivi della società internazionale.

Come si vedrà nessun tribunale "internazionale" costituito nel corso dell'ultimo secolo può qualificarsi come la *longa manus* giurisdizionale di un inesistente sovrano internazionale.



A ben vedere dunque questi tribunali, compresi quelli misti di ultima generazione, presentano il tratto comune di “internazionalizzare” in situazioni particolarmente complesse l’esercizio dell’azione penale da parte degli Stati competenti in base ai tipici criteri di collegamento (*locus commissi delicti*, nazionalità del reo o della vittima) e/o degli Stati agenti *uti universi* (ossia come società internazionale interessata a punire i crimini internazionali) al fine di renderla più efficiente, certa, prevedibile e rispettosa, anche nell’interesse degli imputati e delle vittime, di certi parametri sostanziali e processuali.

In tale ottica, dunque, il termine «internazionale» segnala più che altro la presenza nella struttura, nel diritto applicabile o nella composizione del tribunale di elementi di estraneità rispetto agli ordinamenti statali competenti ad esercitare l’azione penale (presenza di giudici stranieri, applicazione di norme internazionali in aggiunta o in sostituzione di quelle statali, finanziamento garantito da altri Stati, etc.).

A volte, come nel caso dell’ICTY e dell’ICTR, per numero ed importanza tali elementi di estraneità hanno avuto la prevalenza pressoché assoluta sulle concorrenti giurisdizioni nazionali.



Come si vedrà, dunque, il “grado di internazionalità” così più propriamente inteso di un tribunale può essere:

1) *alto*: come nel caso del Tribunale di Norimberga (organo comune degli Stati vincitori) o della SCSL (istituita da un trattato concluso tra ONU e Sierra Leone, con giudici nominati sia dal Segretario Generale che dallo Stato e chiamata ad applicare sia il diritto internazionale umanitario che il diritto penale sierraleonese);

2) *medio*: come per le ECCC (istanze giudiziarie dell’ordinamento cambogiano in cui magistrati e procuratori stranieri affiancano gli omologhi cambogiani) oppure per la WCC della Bosnia-Erzegovina (i cui elementi di internazionalità consistono nell’essere stata istituita su iniziativa dell’ICTY e dell’Alto Rappresentante ONU per la Bosnia e nell’essere finanziata da Stati stranieri);

3) *basso*: come nel caso della Corte di Lipsia o dello *Special War Crimes Panel* della Serbia (istanza giudiziaria domestica a tutti gli effetti e composta da soli cittadini serbi il cui unico elemento di internazionalità sta nella complementarità procedurale della sua azione rispetto a quella dell’ICTY).



Tutto ciò considerato, se non fosse ormai invalso l'uso terminologico di riferirsi genericamente a tali fenomeni come «tribunali internazionali» (*international tribunals*), sarebbe quindi più appropriato usare la locuzione «tribunali a carattere internazionale» (*tribunals of an international character*), utilizzata ad esempio anche sul sito web dell'STL.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello Stato e dei suoi organi.

I tribunali penali internazionali

LEZIONE 54

Il Trattato di Versailles del 1919, la Corte Suprema di Lipsia ed i Tribunali di Norimberga e Tokyo



Come anticipato, la nascita della giustizia penale internazionale si fa risalire alla pretesa degli Stati vincitori della prima Guerra Mondiale di punire penalmente l'Imperatore (*Kaiser*) tedesco Guglielmo II di Hohenzollern e gli Ufficiali e soldati tedeschi.

I relativi presupposti politici erano comunque già stati enunciati prima della guerra dal Presidente Wilson nell'ambito della sua visione messianica del ruolo statunitense nelle relazioni internazionali.

Nel **Trattato** di pace con la Germania, firmato a **Versailles** il 28 giugno **1919**, infatti, l'art. 227 prevedeva la sottoposizione dell'Imperatore al giudizio di uno *special tribunal* (composto da cinque giudici nominati uno ciascuno da Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Italia e Giappone) per «violazione suprema della morale internazionale e dell'autorità sacra dei trattati». Lo *special tribunal* avrebbe giudicato l'Imperatore guidato «by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality» e gli Stati vincitori avrebbero chiesto ai Paesi Bassi, dove l'Imperatore si era rifugiato al momento della conclusione dell'armistizio (e ove morì poi nel 1941), la sua consegna per il processo.

L'articolo restò lettera morta (lo *special tribunal* non fu mai costituito) perché i Paesi Bassi si rifiutarono di estradare l'Imperatore alle Potenze Alleate ed Associate anche perché non vincolati dal Trattato di Versailles.



Identica sorte ebbe l'art. 228 del Trattato che prevedeva «il diritto delle Potenze Alleate ed Associate di portare in giudizio davanti ai tribunali militari [*military tribunals*] le [altre] persone accusate di aver commesso atti in violazione delle leggi e degli usi di guerra».

Ai sensi dell'art. 229, la Germania avrebbe dovuto consegnare i soldati e gli ufficiali tedeschi indicati nelle liste preparate dagli Stati vincitori che poi li avrebbero processati dinanzi ai tribunali militari di un solo Stato (nel caso in cui le vittime dei crimini avessero tutte avuto la nazionalità di quello Stato) oppure a tribunali militari misti composti dai rappresentanti militari di più Stati (nel caso in cui le vittime fossero state di nazionalità diversa).

Quando però il 3 febbraio 1920 gli Stati vincitori presentarono una lista di circa 900 nomi, la Germania si rifiutò di consegnarli anche e soprattutto in ragione del fatto che le mutate e pericolosamente instabili condizioni politiche interne del biennio 1919-1920 rendevano più che probabile un rovesciamento violento del Governo tedesco post-bellico in caso di esecuzione della richiesta degli Stati vincitori.

Le ragioni tedesche furono riconosciute, i tribunali previsti dall'art. 229 non furono mai costituiti ed invece fu accolta la controproposta tedesca «di tenere alcuni processi dinanzi alla Corte Suprema di Lipsia sotto la piena responsabilità tedesca. La Germania arrestò, ove possibile, i 45 individui indicati nella seconda lista presentata il 7 maggio 1920 e gli Alleati fornirono le prove a loro carico (che la Corte di Lipsia comunque esaminò e valutò senza alcuna interferenza straniera)».



Gli Stati vincitori rinunciarono anche alla possibilità, prevista dalla legge tedesca del 1919 adottata una volta preso atto dell'impossibilità di attuare il Trattato di Versailles, di esercitare in quanto parti offese la *co-prosecution* al fianco dello *State Attorney* tedesco e preferirono lasciare alla Germania la «full and entire responsibility for the trials, without intervening therein» (la partecipazione delle delegazioni straniere si limitò alla presenza in aula durante le udienze).

I processi di Lipsia, svoltisi tra il 23 maggio ed il 16 luglio del 1921 e conclusisi con alcune lievi condanne, furono dunque processi nazionali a tutti gli effetti nei quali venne applicato il diritto penale (sostanziale e procedurale) tedesco senza deroghe o interpretazioni speciali, estensive e/o eccezionali.

Del resto, «il mancato, lacunoso e insoddisfacente consolidamento proprio di quelle *laws and customs of war* che avrebbero dovuto fondare la pretesa punitiva *internazionale* degli Stati vincitori» non lasciava alternative sostanziali se non quella di accantonare la pretesa di procedere sulla base del diritto internazionale e di optare invece per il diritto tedesco richiamando, quando possibile ed occasionalmente, il diritto internazionale.



Del resto la dottrina più attenta non ha mancato di rimarcare in generale la difficoltà di accertare ed applicare le pertinenti norme di diritto internazionale umanitario del periodo. Si pensi solo all'insormontabile difficoltà di tradurre in norme giuridiche concretamente applicabili al processo dell'Imperatore concetti politici e retorici quali *international morality*, *sanctity of treaties* o *highest motives of international policy*.

Vi fu dunque ben poco di “internazionale” in quella esperienza post-bellica:

1) lo *special tribunal* previsto dall'art. 227, lungi dall'essere un organo internazionale, sarebbe stato solo un organo *comune* delle Potenze vincitrici (come lo saranno anche il Tribunale di Norimberga e, in misura minore, quello di Tokyo);

2) i *military tribunals* previsti dall'art. 229 sarebbero stati anch'essi organi comuni degli Stati vincitori (i tribunali misti per i processi sui crimini commessi contro vittime di diversa nazionalità) o semplici organi interni di uno Stato vincitore (i tribunali per i processi sui crimini commessi contro vittime della stessa nazionalità);

3) la **Corte di Lipsia** fu un tribunale interno con, al più, alcuni elementi di internazionalità «in ragione della commistione tra la sua azione ed alcuni elementi di estraneità rispetto all'ordinamento del foro riconducibili al contesto internazionale come, ad esempio:



- a) l'essere stato - una parte del materiale probatorio - raccolto e messo a disposizione della Corte tedesca dagli Stati vincitori;
- b) l'essere - gli accusati ed alcuni testimoni - di diversa nazionalità;
- c) l'essere - i reati oggetto della sua competenza - qualificati e puniti come crimini *internazionali*.

Resta dunque fermo che i processi di Lipsia furono a tutti gli effetti processi interni e che la Corte fu, al limite, un tribunale “a carattere internazionale” per restare alla locuzione proposta da BARGIACCHI, *I processi di Lipsia per crimini di guerra*, in ĆIRIĆ-DORĐEVIĆ (eds.), *The First World War. 100 Years Since Its Outbreak. Studies on History and Legal Issues*, Belgrade-Andrićgrad, 2014, p. 620 ss.

In ogni caso la prassi di Lipsia, unitamente alla completa inesecuzione delle pertinenti previsioni del Trattato di Versailles, non determinò alcun significativo sviluppo giuridico nel campo del diritto internazionale penale.



Nonostante tutto ciò, una parte della dottrina continua comunque a riconoscere un qualche valore giuridico alla vicenda storica tanto da ritenere che la giustizia penale internazionale (o, forse più propriamente, l'idea politica della giustizia internazionale) sia nata proprio in quel frangente.

Simili ragionamenti e simili contrapposizioni si ripropongono in dottrina anche con riguardo alla successiva (e questa volta riuscita) creazione al termine della seconda Guerra Mondiale dei Tribunali internazionali di Norimberga e Tokyo da parte degli Stati vincitori per punire i crimini internazionali commessi dagli organi degli Stati vinti.

Il *Tribunale militare internazionale* (detto “di Norimberga” dal luogo dove fu celebrato tra il 20 novembre 1945 ed il 1° ottobre 1946 il processo a ventuno imputati, dodici dei quali poi condannati a morte per impiccagione) fu istituito dall'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 tra Stati Uniti, Unione Sovietica, Gran Bretagna e Francia «for the Prosecution and Punishment of the major war criminals of the European Axis». All'Accordo, composto da 7 articoli, era allegata la Carta del Tribunale (30 articoli) che, all'art. 6, gli attribuiva competenza sui crimini di guerra, sui crimini contro l'umanità e sui crimini contro la pace (guerra d'aggressione o guerra in violazione dei trattati).



Il *Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente* (detto “di Tokyo” dal luogo dove furono celebrati i processi) fu invece istituito il 19 gennaio 1946 per ordine del Generale americano Mac Arthur, Comandante supremo delle Forze Alleate in Giappone dopo la capitolazione dell'Impero nipponico.

L'art. 5 della Carta del Tribunale, composta da 17 articoli, gli attribuiva competenza su crimini di guerra, crimini contro la pace e crimini contro l'umanità.

Anche con riguardo a questi due tribunali una parte autorevole della dottrina ne ridimensiona condivisibilmente il valore giuridico ai fini dello sviluppo e/o del consolidamento del diritto internazionale penale.

In primo luogo, la critica riguarda la stessa “internazionalità” dei due Tribunali che devono invece essere più propriamente qualificati, ancora una volta, come organi *comuni* (e non *internazionali*) delle Potenze vincitrici chiamati ad operare su territori ormai privi di un ente-soggetto di tipo statale (come in Germania dopo la *debellatio* bellica) o comunque di un governo effettivamente sovrano (come in Giappone dopo la sconfitta militare).

In secondo luogo, le sentenze di condanna emesse dai due Tribunali sono censurate per non aver rispettato alcuni principi fondamentali del diritto penale come il *nullum crimen sine lege* ed il *nulla poena sine lege*.



Era quantomeno dubbio, infatti, che prima e durante la seconda Guerra Mondiale, ossia al tempo in cui furono commessi i fatti poi oggetto di incriminazione e punizione da parte dei Tribunali, alcune intere categorie di crimini di competenza dei Tribunali (come i crimini contro l'umanità) e/o, comunque, alcune specifiche condotte (come la guerra di aggressione o lo stesso genocidio) fossero già previsti e/o puniti dal diritto internazionale come crimini internazionali dell'individuo.

I Tribunali avrebbero quindi applicato retroattivamente norme e pene, anche se parte della dottrina ha poi preteso di legittimare la inosservanza di questi principi penalistici fondamentali richiamandosi ora ad un «senso della legalità» fondato sul diritto naturale (ossia ad un elemento extragiuridico), ora ad un senso di *giustizia* che, al di là del rispetto o meno del *diritto*, appariva comunque giustificato e dovuto dall'efferatezza delle condotte degli imputati.

Il che, da un punto di vista strettamente giuridico, conferma pienamente i dubbi sulla mancanza di un fondamento nel diritto internazionale al tempo vigente per quei processi.

In terzo luogo, da un punto di vista prettamente politico, i Tribunali sono criticati per essere stati gli strumenti della giustizia dei vincitori sui vinti (come già quelli previsti dal Trattato di Versailles) e, in termini ancor più generali, per non essere mai stati processati e puniti anche i responsabili dei crimini commessi dagli Stati vincitori in occasione, ad esempio, dei bombardamenti su Dresda, Hiroshima e Nagasaki.



Anche in questo caso, però, nonostante i rilievi ora illustrati la dottrina maggioritaria considera decisivo l'apporto dei due Tribunali per lo sviluppo del diritto internazionale penale, preferendo evidenziare come tali critiche nulla tolgono al valore di precedente morale e giuridico dei principi di Norimberga.

Si ricordi ancora che, in entrambi gli Statuti dei Tribunali, era negata la possibilità agli imputati di difendersi invocando, da un canto, l'immunità funzionale e, dall'altro, il dovere di eseguire gli ordini del superiore o del Governo (in tal caso, però, la circostanza poteva essere valutata, «qualora il Tribunale decida che la giustizia lo esiga», al fine di diminuire la pena) (art. 7 della Carta del Tribunale di Norimberga).



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello Stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

LEZIONE 54

Il Trattato di Versailles del 1919, la Corte Suprema di Lipsia ed i Tribunali di Norimberga e Tokyo



Come anticipato, la nascita della giustizia penale internazionale si fa risalire alla pretesa degli Stati vincitori della prima Guerra Mondiale di punire penalmente l'Imperatore (*Kaiser*) tedesco Guglielmo II di Hohenzollern e gli Ufficiali e soldati tedeschi.

I relativi presupposti politici erano comunque già stati enunciati prima della guerra dal Presidente Wilson nell'ambito della sua visione messianica del ruolo statunitense nelle relazioni internazionali.

Nel **Trattato** di pace con la Germania, firmato a **Versailles** il 28 giugno **1919**, infatti, l'art. 227 prevedeva la sottoposizione dell'Imperatore al giudizio di uno *special tribunal* (composto da cinque giudici nominati uno ciascuno da Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Italia e Giappone) per «violazione suprema della morale internazionale e dell'autorità sacra dei trattati». Lo *special tribunal* avrebbe giudicato l'Imperatore guidato «by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality» e gli Stati vincitori avrebbero chiesto ai Paesi Bassi, dove l'Imperatore si era rifugiato al momento della conclusione dell'armistizio (e ove morì poi nel 1941), la sua consegna per il processo.

L'articolo restò lettera morta (lo *special tribunal* non fu mai costituito) perché i Paesi Bassi si rifiutarono di estradare l'Imperatore alle Potenze Alleate ed Associate anche perché non vincolati dal Trattato di Versailles.



Identica sorte ebbe l'art. 228 del Trattato che prevedeva «il diritto delle Potenze Alleate ed Associate di portare in giudizio davanti ai tribunali militari [*military tribunals*] le [altre] persone accusate di aver commesso atti in violazione delle leggi e degli usi di guerra».

Ai sensi dell'art. 229, la Germania avrebbe dovuto consegnare i soldati e gli ufficiali tedeschi indicati nelle liste preparate dagli Stati vincitori che poi li avrebbero processati dinanzi ai tribunali militari di un solo Stato (nel caso in cui le vittime dei crimini avessero tutte avuto la nazionalità di quello Stato) oppure a tribunali militari misti composti dai rappresentanti militari di più Stati (nel caso in cui le vittime fossero state di nazionalità diversa).

Quando però il 3 febbraio 1920 gli Stati vincitori presentarono una lista di circa 900 nomi, la Germania si rifiutò di consegnarli anche e soprattutto in ragione del fatto che le mutate e pericolosamente instabili condizioni politiche interne del biennio 1919-1920 rendevano più che probabile un rovesciamento violento del Governo tedesco post-bellico in caso di esecuzione della richiesta degli Stati vincitori.

Le ragioni tedesche furono riconosciute, i tribunali previsti dall'art. 229 non furono mai costituiti ed invece fu accolta la controproposta tedesca «di tenere alcuni processi dinanzi alla Corte Suprema di Lipsia sotto la piena responsabilità tedesca. La Germania arrestò, ove possibile, i 45 individui indicati nella seconda lista presentata il 7 maggio 1920 e gli Alleati fornirono le prove a loro carico (che la Corte di Lipsia comunque esaminò e valutò senza alcuna interferenza straniera)».



Gli Stati vincitori rinunciarono anche alla possibilità, prevista dalla legge tedesca del 1919 adottata una volta preso atto dell'impossibilità di attuare il Trattato di Versailles, di esercitare in quanto parti offese la *co-prosecution* al fianco dello *State Attorney* tedesco e preferirono lasciare alla Germania la «full and entire responsibility for the trials, without intervening therein» (la partecipazione delle delegazioni straniere si limitò alla presenza in aula durante le udienze).

I processi di Lipsia, svoltisi tra il 23 maggio ed il 16 luglio del 1921 e conclusisi con alcune lievi condanne, furono dunque processi nazionali a tutti gli effetti nei quali venne applicato il diritto penale (sostanziale e procedurale) tedesco senza deroghe o interpretazioni speciali, estensive e/o eccezionali.

Del resto, «il mancato, lacunoso e insoddisfacente consolidamento proprio di quelle *laws and customs of war* che avrebbero dovuto fondare la pretesa punitiva *internazionale* degli Stati vincitori» non lasciava alternative sostanziali se non quella di accantonare la pretesa di procedere sulla base del diritto internazionale e di optare invece per il diritto tedesco richiamando, quando possibile ed occasionalmente, il diritto internazionale.



Del resto la dottrina più attenta non ha mancato di rimarcare in generale la difficoltà di accertare ed applicare le pertinenti norme di diritto internazionale umanitario del periodo. Si pensi solo all'insormontabile difficoltà di tradurre in norme giuridiche concretamente applicabili al processo dell'Imperatore concetti politici e retorici quali *international morality*, *sanctity of treaties* o *highest motives of international policy*.

Vi fu dunque ben poco di "internazionale" in quella esperienza post-bellica:

1) lo *special tribunal* previsto dall'art. 227, lungi dall'essere un organo internazionale, sarebbe stato solo un organo *comune* delle Potenze vincitrici (come lo saranno anche il Tribunale di Norimberga e, in misura minore, quello di Tokyo);

2) i *military tribunals* previsti dall'art. 229 sarebbero stati anch'essi organi comuni degli Stati vincitori (i tribunali misti per i processi sui crimini commessi contro vittime di diversa nazionalità) o semplici organi interni di uno Stato vincitore (i tribunali per i processi sui crimini commessi contro vittime della stessa nazionalità);

3) la **Corte di Lipsia** fu un tribunale interno con, al più, alcuni elementi di internazionalità «in ragione della commistione tra la sua azione ed alcuni elementi di estraneità rispetto all'ordinamento del foro riconducibili al contesto internazionale come, ad esempio:



- a) l'essere stato - una parte del materiale probatorio - raccolto e messo a disposizione della Corte tedesca dagli Stati vincitori;
- b) l'essere - gli accusati ed alcuni testimoni - di diversa nazionalità;
- c) l'essere - i reati oggetto della sua competenza - qualificati e puniti come crimini *internazionali*.

Resta dunque fermo che i processi di Lipsia furono a tutti gli effetti processi interni e che la Corte fu, al limite, un tribunale "a carattere internazionale" per restare alla locuzione proposta da BARGIACCHI, *I processi di Lipsia per crimini di guerra*, in ĆIRIĆ-DORĐEVIĆ (eds.), *The First World War. 100 Years Since Its Outbreak. Studies on History and Legal Issues*, Belgrade-Andrićgrad, 2014, p. 620 ss.

In ogni caso la prassi di Lipsia, unitamente alla completa inesecuzione delle pertinenti previsioni del Trattato di Versailles, non determinò alcun significativo sviluppo giuridico nel campo del diritto internazionale penale.



Nonostante tutto ciò, una parte della dottrina continua comunque a riconoscere un qualche valore giuridico alla vicenda storica tanto da ritenere che la giustizia penale internazionale (o, forse più propriamente, l'idea politica della giustizia internazionale) sia nata proprio in quel frangente.

Simili ragionamenti e simili contrapposizioni si ripropongono in dottrina anche con riguardo alla successiva (e questa volta riuscita) creazione al termine della seconda Guerra Mondiale dei Tribunali internazionali di Norimberga e Tokyo da parte degli Stati vincitori per punire i crimini internazionali commessi dagli organi degli Stati vinti.

Il ***Tribunale militare internazionale (detto "di Norimberga"*** dal luogo dove fu celebrato tra il 20 novembre 1945 ed il 1° ottobre 1946 il processo a ventuno imputati, dodici dei quali poi condannati a morte per impiccagione) fu istituito dall'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 tra Stati Uniti, Unione Sovietica, Gran Bretagna e Francia «for the Prosecution and Punishment of the major war criminals of the European Axis». All'Accordo, composto da 7 articoli, era allegata la Carta del Tribunale (30 articoli) che, all'art. 6, gli attribuiva competenza sui crimini di guerra, sui crimini contro l'umanità e sui crimini contro la pace (guerra d'aggressione o guerra in violazione dei trattati).



Il *Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente* (detto "di Tokyo" dal luogo dove furono celebrati i processi) fu invece istituito il 19 gennaio 1946 per ordine del Generale americano Mac Arthur, Comandante supremo delle Forze Alleate in Giappone dopo la capitolazione dell'Impero nipponico.

L'art. 5 della Carta del Tribunale, composta da 17 articoli, gli attribuiva competenza su crimini di guerra, crimini contro la pace e crimini contro l'umanità.

Anche con riguardo a questi due tribunali una parte autorevole della dottrina ne ridimensiona condivisibilmente il valore giuridico ai fini dello sviluppo e/o del consolidamento del diritto internazionale penale.

In primo luogo, la critica riguarda la stessa "internazionalità" dei due Tribunali che devono invece essere più propriamente qualificati, ancora una volta, come organi *comuni* (e non *internazionali*) delle Potenze vincitrici chiamati ad operare su territori ormai privi di un ente-soggetto di tipo statale (come in Germania dopo la *debellatio* bellica) o comunque di un governo effettivamente sovrano (come in Giappone dopo la sconfitta militare).

In secondo luogo, le sentenze di condanna emesse dai due Tribunali sono censurate per non aver rispettato alcuni principi fondamentali del diritto penale come il *nullum crimen sine lege* ed il *nulla poena sine lege*.



Era quantomeno dubbio, infatti, che prima e durante la seconda Guerra Mondiale, ossia al tempo in cui furono commessi i fatti poi oggetto di incriminazione e punizione da parte dei Tribunali, alcune intere categorie di crimini di competenza dei Tribunali (come i crimini contro l'umanità) e/o, comunque, alcune specifiche condotte (come la guerra di aggressione o lo stesso genocidio) fossero già previsti e/o puniti dal diritto internazionale come crimini internazionali dell'individuo.

I Tribunali avrebbero quindi applicato retroattivamente norme e pene, anche se parte della dottrina ha poi preteso di legittimare la inosservanza di questi principi penalistici fondamentali richiamandosi ora ad un «senso della legalità» fondato sul diritto naturale (ossia ad un elemento extragiuridico), ora ad un senso di *giustizia* che, al di là del rispetto o meno del *diritto*, appariva comunque giustificato e dovuto dall'efferatezza delle condotte degli imputati.

Il che, da un punto di vista strettamente giuridico, conferma pienamente i dubbi sulla mancanza di un fondamento nel diritto internazionale al tempo vigente per quei processi.

In terzo luogo, da un punto di vista prettamente politico, i Tribunali sono criticati per essere stati gli strumenti della giustizia dei vincitori sui vinti (come già quelli previsti dal Trattato di Versailles) e, in termini ancor più generali, per non essere mai stati processati e puniti anche i responsabili dei crimini commessi dagli Stati vincitori in occasione, ad esempio, dei bombardamenti su Dresda, Hiroshima e Nagasaki.



Anche in questo caso, però, nonostante i rilievi ora illustrati la dottrina maggioritaria considera decisivo l'apporto dei due Tribunali per lo sviluppo del diritto internazionale penale, preferendo evidenziare come tali critiche nulla tolgono al valore di precedente morale e giuridico dei principi di Norimberga.

Si ricordi ancora che, in entrambi gli Statuti dei Tribunali, era negata la possibilità agli imputati di difendersi invocando, da un canto, l'immunità funzionale e, dall'altro, il dovere di eseguire gli ordini del superiore o del Governo (in tal caso, però, la circostanza poteva essere valutata, «qualora il Tribunale decida che la giustizia lo esiga», al fine di diminuire la pena) (art. 7 della Carta del Tribunale di Norimberga).



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello stato e dei suoi organi.

I tribunali penali internazionali

LEZIONE 55

I Tribunali penali internazionali per il Rwanda e per la ex-Jugoslavia



Dopo l'esperienza dei Tribunali di Norimberga e Tokyo fu solo all'inizio degli anni Novanta che furono istituiti dal Consiglio di Sicurezza due nuovi tribunali penali internazionali:

- 1) il Tribunale per la ex Jugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY*), creato dalla Risoluzione 827 (1993) del 25 maggio 1993 e con sede a L'Aja nei Paesi Bassi, e
- 2) il Tribunale per il Rwanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR*), creato dalla Risoluzione 955 (1994) dell'8 novembre 1994 e con sede ad Arusha in Tanzania.

I due Tribunali avevano una struttura identica articolata in tre organi principali: l'Ufficio del Procuratore, la Cancelleria (*Registry*) e le Camere (*Chambers*). Le Camere erano articolate in tre *Trial Chambers* ed una *Appeals Chamber* (quella dell'ICTY svolgeva la funzione di *Appeals Chamber* anche per l'ICTR).

L'ICTY fu chiamato ad investigare, processare e punire i responsabili dei gravi crimini commessi a partire dal 1991 sul territorio della ex Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia, mentre l'ICTR i gravi crimini commessi nel 1994 in Rwanda e negli Stati limitrofi.



L'ICTR ha completato il suo mandato e terminato la sua attività il 31 dicembre 2015 mentre l'ICTY ha terminato il suo mandato nel dicembre 2017.

In attuazione della *completion strategy* delineata dal Consiglio di Sicurezza sin dal 2003 per chiudere al più presto i due Tribunali anche in ragione del loro costo, le loro residue funzioni sono ora svolte in sostituzione da un unico *Mechanism for International Criminal Tribunals* (MICT) istituito con Risoluzione 1966 (2010) del 22 dicembre 2010 del Consiglio di Sicurezza e la cui struttura più snella consente di ridurre notevolmente gli elevati costi di gestione sopportati dagli Stati membri dell'ONU in oltre vent'anni di attività dei due Tribunali.

Tra le residue funzioni che il MICT è chiamato a svolgere si ricordino quelle:

- 1) di celebrare i processi in caso di arresto degli individui ancora latitanti;
- 2) di condurre o completare i processi di appello incardinati dopo il 1° luglio 2012 (per l'ICTR) o il 1° luglio 2013 (per l'ICTY);
- 3) di condurre i processi su rinvio della *Appeals Chamber (retrials)* disposto dopo il 1° luglio 2012 (per l'ICTR) o dopo il 1° luglio 2013 (per l'ICTY);



4) di supervisionare l'esecuzione delle sentenze di condanna. L'attività comprende, tra l'altro, sia la designazione dello Stato di esecuzione (le condanne non sono scontate presso le *detention facilities* dei due Tribunali) che, sotto la supervisione del MICT (e in precedenza dei due Tribunali), applica la propria legge, sia la concessione da parte del Presidente del MICT (in precedenza dei Presidenti dei due Tribunali) di benefici quale la grazia o la commutazione della pena;

5) di conservare gli archivi dei due Tribunali.

La sezione ICTR di Arusha del MICT è operativa dal 1° luglio 2012 (dal 1° gennaio 2016 in via esclusiva) mentre la sezione ICTY de L'Aja del MICT è operativa dal 1° luglio 2013.



- **La competenza**

Tornando ai due Tribunali, la loro competenza fu fissata nei rispettivi Statuti.

L'ICTY ha competenza a giudicare gli individui, anche quando organi dello Stato, responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal 1991 in poi sul territorio della ex-Jugoslavia (art. 1).

Essendo stato il conflitto nella ex-Jugoslavia un conflitto armato internazionale, l'ICTY ha competenza sulle gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 2), sulle violazioni delle «laws or customs of war» (art. 3), sul crimine di genocidio (art. 4) e sui crimini contro l'umanità (art. 5).

L'ICTR aveva competenza a giudicare gli individui, anche quando organi dello Stato, responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse tra il 1° gennaio 1994 ed il 31 dicembre 1994 sul territorio del Rwanda e, da cittadini ruandesi, sul territorio degli Stati limitrofi (art. 1).



Essendo stato il conflitto in Rwanda un conflitto armato non-internazionale, l'ICTR aveva competenza sul crimine di genocidio (art. 2), sui crimini contro l'umanità (art. 3) e sulle violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e del secondo Protocollo addizionale del 1977 (art. 4).

L'ICTR fu il primo tribunale internazionale post-bellico ad emettere una condanna per genocidio.

Entrambi gli Statuti negano l'immunità funzionale agli organi individuali, a chi cioè avesse al momento della commissione dei fatti una «official position [...] whether as Head of State or Government or as a responsible government official» (art. 6, par. 2, dello Statuto ICTR ed art. 7, par. 2, dello Statuto ICTY).



- **L'obbligo di cooperazione e il *deferral***

Il sistema dei due Tribunali si fondava sull'obbligo, sancito dalle Risoluzioni istitutive del Consiglio di Sicurezza e poi ripreso nei rispettivi Statuti, gravante sugli Stati membri dell'ONU di cooperare pienamente al fine di assistere e coadiuvare l'attività dei Tribunali nel perseguire e punire i responsabili dei crimini («All States shall cooperate fully with the International Tribunal and its organs [...] and take any measure necessary under their domestic law to implement the provisions of the present resolution and the Statute, including the obligation of States to comply with requests for assistance or orders issued by a Trial Chamber under Article 29 of the Statute», UNSC, Risoluzione 827 (1993)).

A tal riguardo, l'art. 29 dello Statuto dell'ICTY e l'art. 28 dello Statuto dell'ICTR, e le *Rules* di attuazione delle *Rules of Procedure and Evidence* (RPE), sancivano il generale obbligo di cooperare nella *investigation* e *prosecution* dei responsabili, incluso quello di eseguire senza indebiti ritardi (*comply without undue delay*) le richieste di assistenza e gli ordini del Tribunale (tra cui quelle di identificazione, arresto, detenzione e trasferimento degli individui, di escussione dei testimoni, di assunzione delle prove, di notifica degli atti, etc.).



In caso di mancata od insufficiente cooperazione da parte di uno Stato, il Tribunale, attraverso il proprio Presidente, poteva segnalare la situazione al Consiglio di Sicurezza anche al fine dell'adozione di eventuali sanzioni nei confronti dello Stato *de quo* ai sensi del capitolo VII della Carta.

A lungo, e soprattutto nei primi anni successivi all'istituzione dei due Tribunali, gli Stati più direttamente interessati (gli Stati nati dallo smembramento della ex Jugoslavia ed il Rwanda) si mostrarono riluttanti a cooperare non solo per ragioni politiche (spesso i Tribunali agivano nei confronti di politici e militari ancora al potere e/o che godevano del sostegno dell'opinione pubblica di quegli Stati) ma anche per la mancanza delle norme sostanziali e procedurali di diritto interno necessarie ad attuare, in via di adattamento, l'obbligo internazionale di cooperazione.

Dimostrandosi questi Stati *unable* e/o *unwilling* nell'esercizio dell'azione penale, era altresì preclusa la possibilità di trasferire i casi dai Tribunali penali internazionali alle giurisdizioni nazionali competenti (*deferral*) in base al criterio del *locus commissi delicti* o della nazionalità della vittima o del reo.



Facoltà di Giurisprudenza

Negli ultimi anni, però, la situazione sia sul piano politico che giuridico e giudiziario è migliorata (soprattutto negli Stati della ex Jugoslavia) ed è stato riconosciuto dai Tribunali e dal Consiglio di Sicurezza il pieno rispetto dell'obbligo di cooperazione (del resto, l'Unione europea condizionò nel caso della Croazia e continua a condizionare nel caso della Serbia e della Bosnia-Erzegovina l'ammissione al pieno rispetto di tale obbligo).

Dunque, alcuni casi sono stati trasferiti dalle giurisdizioni internazionali a quelle nazionali e quelle degli Stati della ex Jugoslavia hanno anche creato al loro interno apposite strutture giudiziarie.

In un quadro di cooperazione politica e giudiziaria tra la giurisdizione internazionale e quelle interne sostanzialmente capovolto rispetto agli albori, non è dunque un caso che tra le funzioni affidate al MICT vi sia anche quella di fornire la più ampia assistenza alle Corti, ai procuratori e agli avvocati delle giurisdizioni nazionali impegnati nelle indagini e nelle azioni penali relative ai nuovi casi e a quelli trasferiti (ad esempio, trasferendo documenti ed elementi di prova).

Considerata l'iniziale situazione politica negli Stati più interessati dall'attività dei due Tribunali non stupisce neanche che entrambi i sistemi internazionali si fondassero sulla loro *primazia* (*primacy*) nei confronti delle concorrenti giurisdizioni nazionali (la CPI invece si fonda sul diverso criterio della complementarità).



La primazia, quale criterio regolatore della concorrenza tra giurisdizione internazionale e nazionali, sanciva quindi la prevalenza della prima sulle seconde pur riconoscendo gli Statuti la parità giurisdizionale, in linea di principio, tra esse.

La primazia consentiva al Procuratore del Tribunale internazionale di obbligare lo Stato a trasmettere tutte le informazioni necessarie sulle indagini ed azioni giudiziarie nazionali in corso o già concluse relative ai crimini di sua competenza e, nel caso, di ordinare allo Stato, mediante una *formal request* emessa da una Camera del Tribunale «at any stage of the procedure», di riconoscere la competenza del Tribunale internazionale e, dunque, di trasferire senza indugio il caso, inclusi i risultati delle indagini e una copia dei documenti in possesso, senza possibilità di rifiuto od opposizione (Art. 9, par. 2, dello Statuto dell'ICTY).

In caso di mancata od insoddisfacente esecuzione della *formal request* di *deferral*, la Camera del Tribunale poteva invitare il Presidente a segnalare la situazione al Consiglio di Sicurezza.



La prassi ha dimostrato come il Procuratore abbia sottoposto alla Camera la richiesta di far valere la *primacy* sulla giurisdizione nazionale ogni volta che l'istruttoria o il giudizio nazionale erano intentati per un reato qualificato come ordinario, ovvero erano caratterizzati da mancanza di indipendenza, imparzialità, diligenza o tendevano a coprire le responsabilità internazionali dell'imputato o, infine, l'istruttoria era strettamente collegata o comunque coinvolgeva questioni di fatto o di diritto che potevano comportare conseguenze per investigazioni o procedimenti pendenti davanti al Tribunale.

Come detto, negli ultimi anni invece alcuni casi già istruiti o pendenti dinanzi ai Tribunali internazionali sono stati oggetto di *referral*, vale a dire sono stati trasferiti alle giurisdizioni nazionali competenti, in particolare quando relativi a *intermediate* o *low-ranking persons* della gerarchia civile o militare dello Stato (riservando invece alle giurisdizioni internazionali i casi relativi ai *senior leaders*).

Le condizioni, non cumulative, perché il *referral* ad uno Stato avvenga sono che:

- 1) il crimine sia stato commesso sul territorio di quello Stato;
- 2) l'accusato del crimine si trovi in stato di arresto, o possa essere arrestato, in quello Stato. Non è dunque necessario che l'accusato sia sotto la custodia dei Tribunali internazionali (oggi del MICT) tanto che al Rwanda nel 2012 sono stati trasferiti casi relativi ad alcuni individui ancora latitanti;



3) lo Stato abbia giurisdizione sul crimine in base al proprio diritto interno, sia desideroso (*willing*) ed adeguatamente preparato (*adequately prepared*) ad esercitare l'azione penale.

È inoltre necessario che l'accusato possa ricevere un equo processo (*fair trial*) dinanzi alla giurisdizione nazionale e che non possa essere condannato a morte.

Nell'ambito dell'ICTR, 10 persone sono state trasferite alle giurisdizioni nazionali competenti (Francia e Rwanda). A marzo 2014, poi, un tribunale di Parigi ha emesso la prima condanna a 25 anni di reclusione per genocidio e crimini contro l'umanità nei confronti di Pascal Simbikangwa, ex militare e capo dell'*intelligence* nel 1994.

Nell'ambito dell'ICTY, invece, sono state trasferite tra il 2005 ed il 2007 13 persone di cui 2 in Croazia, 1 in Serbia e 10 in Bosnia-Erzegovina dove sono poi state quasi tutte condannate a pene variabili tra i 7 ed i 34 anni di reclusione (al momento non ci sono casi destinati ad essere trasferiti). In tre casi relativi a 4 persone le richieste di *referral* alla Bosnia-Erzegovina furono invece respinte e le condanne furono emesse dall'ICTY.



Sono stati altresì trasferiti tutti quei ben più numerosi casi che, pur essendo stati oggetto di indagini da parte del Procuratore dell'ICTY, non avevano poi condotto alla formulazione di un capo d'accusa o che, per ragioni di limitate risorse umane e finanziarie, erano stati interrotti per concentrare l'azione del Tribunale su quelli più gravi. Anche in ragione del fatto che l'ultimo capo d'accusa fu formulato dal Procuratore nel 2004 (l'ultima scadenza utile secondo il calendario fissato della *completion strategy*), l'enorme ed incompleta mole di informazioni raccolte dal Procuratore è stata così trasferita alle giurisdizioni nazionali competenti affinché proseguano e completino il lavoro investigativo.

A tal riguardo in Bosnia-Erzegovina, Croazia e Serbia sono stati istituiti, con l'assistenza dell'ICTY ed il finanziamento di Stati stranieri, organi giudiziari specializzati in crimini internazionali.

In Bosnia-Erzegovina, sia in seno alla Corte statale che all'Ufficio del Procuratore sono state create apposite sezioni per i crimini di guerra (*Section for War Crimes within the State Court and the State Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina*).

La *War Crimes Chamber*, WCC, che ha sede a Sarajevo, è operativa dal 9 marzo 2005 e si articola in *panels* di tre giudici per ciascun caso che applicano il diritto sostanziale e procedurale della Bosnia-Erzegovina.



Si tratta dunque di un tribunale interno i cui elementi di internazionalità sono dovuti:

- 1) al fatto che fu istituito su iniziativa comune dell'Alto Rappresentante ONU per la Bosnia-Erzegovina (al tempo la massima autorità civile del Paese) e dell'ICTY;
- 2) ai crimini di competenza;
- 3) al finanziamento rimesso ad alcuni Stati stranieri;
- 4) alla presenza fino al 2012 di personale straniero nella WCC e nell'Ufficio del Procuratore (inizialmente i *panels* erano composti da due giudici stranieri ed un giudice locale).

L'obiettivo è quello di rendere progressivamente questa istanza giudiziaria di natura ibrida un organo interno a tutti gli effetti e, dunque, privo di elementi di internazionalità.

Anche in Serbia, sia in seno alla Corte distrettuale di Belgrado che all'Ufficio del Procuratore sono state create nel 2003 dal Parlamento apposite sezioni per i crimini di guerra (*War Crimes Chamber* e *War Crimes Prosecutor's Office*).

Il Procuratore ha competenza su tutti i crimini commessi da chiunque (anche cittadini non serbi) nel territorio della ex Jugoslavia dal 1991 in poi ed applica il diritto penale sostanziale e procedurale serbo ed i crimini contemplati dallo Statuto ICTY.



In questo caso l'internazionalità è ridotta al minimo dato che gli organi giudiziari, il relativo personale ed i finanziamenti non sono stranieri e che l'unico elemento di internazionalità è, ancora una volta, la competenza sui crimini internazionali e la provenienza di informazioni e documenti utili alle indagini (anche) dall'ICTY.

Sempre nel 2003 anche in Croazia sono state create dal Parlamento quattro nuove sezioni specializzate per i crimini internazionali in seno ai tribunali di Zagabria, Fiume, Spalato e Osijek.

La cooperazione a livello regionale in termini di scambio di informazioni, prove ed estradizioni tra gli Stati della ex Jugoslavia è in continua crescita negli ultimi anni e l'attività dei vari organi è intensa.

Gli Stati hanno finora indagato e punito anche i propri connazionali per i crimini commessi durante la guerra dando, in linea di principio, sempre prova di imparzialità e correttezza. Ciò non toglie comunque che, a volte, in occasione di alcune indagini o richieste non manchino, come visto tra Serbia e Croazia, significative tensioni politiche.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

LEZIONE 55

I Tribunali penali internazionali per il Rwanda e per la ex-Jugoslavia



Dopo l'esperienza dei Tribunali di Norimberga e Tokyo fu solo all'inizio degli anni Novanta che furono istituiti dal Consiglio di Sicurezza due nuovi tribunali penali internazionali:

- 1) il Tribunale per la ex Jugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, **ICTY**), creato dalla Risoluzione 827 (1993) del 25 maggio 1993 e con sede a L'Aja nei Paesi Bassi, e
- 2) il Tribunale per il Rwanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda*, **ICTR**), creato dalla Risoluzione 955 (1994) dell'8 novembre 1994 e con sede ad Arusha in Tanzania.

I due Tribunali avevano una struttura identica articolata in tre organi principali: l'Ufficio del Procuratore, la Cancelleria (*Registry*) e le Camere (*Chambers*). Le Camere erano articolate in tre *Trial Chambers* ed una *Appeals Chamber* (quella dell'ICTY svolgeva la funzione di *Appeals Chamber* anche per l'ICTR).

L'ICTY fu chiamato ad investigare, processare e punire i responsabili dei gravi crimini commessi a partire dal 1991 sul territorio della ex Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia, mentre l'ICTR i gravi crimini commessi nel 1994 in Rwanda e negli Stati limitrofi.



L'ICTR ha completato il suo mandato e terminato la sua attività il 31 dicembre 2015 mentre l'ICTY ha terminato il suo mandato nel dicembre 2017.

In attuazione della *completion strategy* delineata dal Consiglio di Sicurezza sin dal 2003 per chiudere al più presto i due Tribunali anche in ragione del loro costo, le loro residue funzioni sono ora svolte in sostituzione da un unico *Mechanism for International Criminal Tribunals* (**MICT**) istituito con Risoluzione 1966 (2010) del 22 dicembre 2010 del Consiglio di Sicurezza e la cui struttura più snella consente di ridurre notevolmente gli elevati costi di gestione sopportati dagli Stati membri dell'ONU in oltre vent'anni di attività dei due Tribunali.

Tra le residue funzioni che il MICT è chiamato a svolgere si ricordino quelle:

- 1) di celebrare i processi in caso di arresto degli individui ancora latitanti;
- 2) di condurre o completare i processi di appello incardinati dopo il 1° luglio 2012 (per l'ICTR) o il 1° luglio 2013 (per l'ICTY);
- 3) di condurre i processi su rinvio della *Appeals Chamber (retrials)* disposto dopo il 1° luglio 2012 (per l'ICTR) o dopo il 1° luglio 2013 (per l'ICTY);



4) di supervisionare l'esecuzione delle sentenze di condanna. L'attività comprende, tra l'altro, sia la designazione dello Stato di esecuzione (le condanne non sono scontate presso le *detention facilities* dei due Tribunali) che, sotto la supervisione del MICT (e in precedenza dei due Tribunali), applica la propria legge, sia la concessione da parte del Presidente del MICT (in precedenza dei Presidenti dei due Tribunali) di benefici quale la grazia o la commutazione della pena;

5) di conservare gli archivi dei due Tribunali.

La sezione ICTR di Arusha del MICT è operativa dal 1° luglio 2012 (dal 1° gennaio 2016 in via esclusiva) mentre la sezione ICTY de L'Aja del MICT è operativa dal 1° luglio 2013.



- **La competenza**

Tornando ai due Tribunali, la loro competenza fu fissata nei rispettivi Statuti.

L'ICTY ha competenza a giudicare gli individui, anche quando organi dello Stato, responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal 1991 in poi sul territorio della ex-Jugoslavia (art. 1).

Essendo stato il conflitto nella ex-Jugoslavia un conflitto armato internazionale, l'ICTY ha competenza sulle gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 2), sulle violazioni delle «laws or customs of war» (art. 3), sul crimine di genocidio (art. 4) e sui crimini contro l'umanità (art. 5).

L'ICTR aveva competenza a giudicare gli individui, anche quando organi dello Stato, responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse tra il 1° gennaio 1994 ed il 31 dicembre 1994 sul territorio del Rwanda e, da cittadini ruandesesi, sul territorio degli Stati limitrofi (art. 1).



Essendo stato il conflitto in Rwanda un conflitto armato non-internazionale, l'ICTR aveva competenza sul crimine di genocidio (art. 2), sui crimini contro l'umanità (art. 3) e sulle violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e del secondo Protocollo addizionale del 1977 (art. 4).

L'ICTR fu il primo tribunale internazionale post-bellico ad emettere una condanna per genocidio.

Entrambi gli Statuti negano l'immunità funzionale agli organi individuali, a chi cioè avesse al momento della commissione dei fatti una «official position [...] whether as Head of State or Government or as a responsible government official» (art. 6, par. 2, dello Statuto ICTR ed art. 7, par. 2, dello Statuto ICTY).



- **L'obbligo di cooperazione e il *deferral***

Il sistema dei due Tribunali si fondava sull'obbligo, sancito dalle Risoluzioni istitutive del Consiglio di Sicurezza e poi ripreso nei rispettivi Statuti, gravante sugli Stati membri dell'ONU di cooperare pienamente al fine di assistere e coadiuvare l'attività dei Tribunali nel perseguire e punire i responsabili dei crimini («All States shall cooperate fully with the International Tribunal and its organs [...] and take any measure necessary under their domestic law to implement the provisions of the present resolution and the Statute, including the obligation of States to comply with requests for assistance or orders issued by a Trial Chamber under Article 29 of the Statute», UNSC, Risoluzione 827 (1993)).

A tal riguardo, l'art. 29 dello Statuto dell'ICTY e l'art. 28 dello Statuto dell'ICTR, e le *Rules* di attuazione delle *Rules of Procedure and Evidence* (RPE), sancivano il generale obbligo di cooperare nella *investigation* e *prosecution* dei responsabili, incluso quello di eseguire senza indebiti ritardi (*comply without undue delay*) le richieste di assistenza e gli ordini del Tribunale (tra cui quelle di identificazione, arresto, detenzione e trasferimento degli individui, di escussione dei testimoni, di assunzione delle prove, di notifica degli atti, etc.).



In caso di mancata od insufficiente cooperazione da parte di uno Stato, il Tribunale, attraverso il proprio Presidente, poteva segnalare la situazione al Consiglio di Sicurezza anche al fine dell'adozione di eventuali sanzioni nei confronti dello Stato *de quo* ai sensi del capitolo VII della Carta.

A lungo, e soprattutto nei primi anni successivi all'istituzione dei due Tribunali, gli Stati più direttamente interessati (gli Stati nati dallo smembramento della ex Jugoslavia ed il Rwanda) si mostrarono riluttanti a cooperare non solo per ragioni politiche (spesso i Tribunali agivano nei confronti di politici e militari ancora al potere e/o che godevano del sostegno dell'opinione pubblica di quegli Stati) ma anche per la mancanza delle norme sostanziali e procedurali di diritto interno necessarie ad attuare, in via di adattamento, l'obbligo internazionale di cooperazione.

Dimostrandosi questi Stati *unable* e/o *unwilling* nell'esercizio dell'azione penale, era altresì preclusa la possibilità di trasferire i casi dai Tribunali penali internazionali alle giurisdizioni nazionali competenti (*deferral*) in base al criterio del *locus commissi delicti* o della nazionalità della vittima o del reo.



Negli ultimi anni, però, la situazione sia sul piano politico che giuridico e giudiziario è migliorata (soprattutto negli Stati della ex Jugoslavia) ed è stato riconosciuto dai Tribunali e dal Consiglio di Sicurezza il pieno rispetto dell'obbligo di cooperazione (del resto, l'Unione europea condizionò nel caso della Croazia e continua a condizionare nel caso della Serbia e della Bosnia-Erzegovina l'ammissione al pieno rispetto di tale obbligo).

Dunque, alcuni casi sono stati trasferiti dalle giurisdizioni internazionali a quelle nazionali e quelle degli Stati della ex Jugoslavia hanno anche creato al loro interno apposite strutture giudiziarie.

In un quadro di cooperazione politica e giudiziaria tra la giurisdizione internazionale e quelle interne sostanzialmente capovolto rispetto agli albori, non è dunque un caso che tra le funzioni affidate al MICT vi sia anche quella di fornire la più ampia assistenza alle Corti, ai procuratori e agli avvocati delle giurisdizioni nazionali impegnati nelle indagini e nelle azioni penali relative ai nuovi casi e a quelli trasferiti (ad esempio, trasferendo documenti ed elementi di prova).

Considerata l'iniziale situazione politica negli Stati più interessati dall'attività dei due Tribunali non stupisce neanche che entrambi i sistemi internazionali si fondassero sulla loro *primazia* (*primacy*) nei confronti delle concorrenti giurisdizioni nazionali (la CPI invece si fonda sul diverso criterio della complementarità).



La primazia, quale criterio regolatore della concorrenza tra giurisdizione internazionale e nazionali, sanciva quindi la prevalenza della prima sulle seconde pur riconoscendo gli Statuti la parità giurisdizionale, in linea di principio, tra esse.

La primazia consentiva al Procuratore del Tribunale internazionale di obbligare lo Stato a trasmettere tutte le informazioni necessarie sulle indagini ed azioni giudiziarie nazionali in corso o già concluse relative ai crimini di sua competenza e, nel caso, di ordinare allo Stato, mediante una *formal request* emessa da una Camera del Tribunale «at any stage of the procedure», di riconoscere la competenza del Tribunale internazionale e, dunque, di trasferire senza indugio il caso, inclusi i risultati delle indagini e una copia dei documenti in possesso, senza possibilità di rifiuto od opposizione (Art. 9, par. 2, dello Statuto dell'ICTY).

In caso di mancata od insoddisfacente esecuzione della *formal request* di *deferral*, la Camera del Tribunale poteva invitare il Presidente a segnalare la situazione al Consiglio di Sicurezza.



La prassi ha dimostrato come il Procuratore abbia sottoposto alla Camera la richiesta di far valere la *primacy* sulla giurisdizione nazionale ogni volta che l'istruttoria o il giudizio nazionale erano intentati per un reato qualificato come ordinario, ovvero erano caratterizzati da mancanza di indipendenza, imparzialità, diligenza o tendevano a coprire le responsabilità internazionali dell'imputato o, infine, l'istruttoria era strettamente collegata o comunque coinvolgeva questioni di fatto o di diritto che potevano comportare conseguenze per investigazioni o procedimenti pendenti davanti al Tribunale.

Come detto, negli ultimi anni invece alcuni casi già istruiti o pendenti dinanzi ai Tribunali internazionali sono stati oggetto di *referral*, vale a dire sono stati trasferiti alle giurisdizioni nazionali competenti, in particolare quando relativi a *intermediate* o *low-ranking persons* della gerarchia civile o militare dello Stato (riservando invece alle giurisdizioni internazionali i casi relativi ai *senior leaders*).

Le condizioni, non cumulative, perché il *referral* ad uno Stato avvenga sono che:

- 1) il crimine sia stato commesso sul territorio di quello Stato;
- 2) l'accusato del crimine si trovi in stato di arresto, o possa essere arrestato, in quello Stato. Non è dunque necessario che l'accusato sia sotto la custodia dei Tribunali internazionali (oggi del MICT) tanto che al Rwanda nel 2012 sono stati trasferiti casi relativi ad alcuni individui ancora latitanti;



3) lo Stato abbia giurisdizione sul crimine in base al proprio diritto interno, sia desideroso (*willing*) ed adeguatamente preparato (*adequately prepared*) ad esercitare l'azione penale.

È inoltre necessario che l'accusato possa ricevere un equo processo (*fair trial*) dinanzi alla giurisdizione nazionale e che non possa essere condannato a morte.

Nell'ambito dell'ICTR, 10 persone sono state trasferite alle giurisdizioni nazionali competenti (Francia e Rwanda). A marzo 2014, poi, un tribunale di Parigi ha emesso la prima condanna a 25 anni di reclusione per genocidio e crimini contro l'umanità nei confronti di Pascal Simbikangwa, ex militare e capo dell'*intelligence* nel 1994.

Nell'ambito dell'ICTY, invece, sono state trasferite tra il 2005 ed il 2007 13 persone di cui 2 in Croazia, 1 in Serbia e 10 in Bosnia-Erzegovina dove sono poi state quasi tutte condannate a pene variabili tra i 7 ed i 34 anni di reclusione (al momento non ci sono casi destinati ad essere trasferiti). In tre casi relativi a 4 persone le richieste di *referral* alla Bosnia-Erzegovina furono invece respinte e le condanne furono emesse dall'ICTY.



Sono stati altresì trasferiti tutti quei ben più numerosi casi che, pur essendo stati oggetto di indagini da parte del Procuratore dell'ICTY, non avevano poi condotto alla formulazione di un capo d'accusa o che, per ragioni di limitate risorse umane e finanziarie, erano stati interrotti per concentrare l'azione del Tribunale su quelli più gravi. Anche in ragione del fatto che l'ultimo capo d'accusa fu formulato dal Procuratore nel 2004 (l'ultima scadenza utile secondo il calendario fissato della *completion strategy*), l'enorme ed incompleta mole di informazioni raccolte dal Procuratore è stata così trasferita alle giurisdizioni nazionali competenti affinché proseguano e completino il lavoro investigativo.

A tal riguardo in Bosnia-Erzegovina, Croazia e Serbia sono stati istituiti, con l'assistenza dell'ICTY ed il finanziamento di Stati stranieri, organi giudiziari specializzati in crimini internazionali.

In Bosnia-Erzegovina, sia in seno alla Corte statale che all'Ufficio del Procuratore sono state create apposite sezioni per i crimini di guerra (*Section for War Crimes within the State Court and the State Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina*).

La *War Crimes Chamber*, WCC, che ha sede a Sarajevo, è operativa dal 9 marzo 2005 e si articola in *panels* di tre giudici per ciascun caso che applicano il diritto sostanziale e procedurale della Bosnia-Erzegovina.



Si tratta dunque di un tribunale interno i cui elementi di internazionalità sono dovuti:

- 1) al fatto che fu istituito su iniziativa comune dell'Alto Rappresentante ONU per la Bosnia-Erzegovina (al tempo la massima autorità civile del Paese) e dell'ICTY;
- 2) ai crimini di competenza;
- 3) al finanziamento rimesso ad alcuni Stati stranieri;
- 4) alla presenza fino al 2012 di personale straniero nella WCC e nell'Ufficio del Procuratore (inizialmente i *panels* erano composti da due giudici stranieri ed un giudice locale).

L'obiettivo è quello di rendere progressivamente questa istanza giudiziaria di natura ibrida un organo interno a tutti gli effetti e, dunque, privo di elementi di internazionalità.

Anche in Serbia, sia in seno alla Corte distrettuale di Belgrado che all'Ufficio del Procuratore sono state create nel 2003 dal Parlamento apposite sezioni per i crimini di guerra (*War Crimes Chamber* e *War Crimes Prosecutor's Office*).

Il Procuratore ha competenza su tutti i crimini commessi da chiunque (anche cittadini non serbi) nel territorio della ex Jugoslavia dal 1991 in poi ed applica il diritto penale sostanziale e procedurale serbo ed i crimini contemplati dallo Statuto ICTY.



In questo caso l'internazionalità è ridotta al minimo dato che gli organi giudiziari, il relativo personale ed i finanziamenti non sono stranieri e che l'unico elemento di internazionalità è, ancora una volta, la competenza sui crimini internazionali e la provenienza di informazioni e documenti utili alle indagini (anche) dall'ICTY.

Sempre nel 2003 anche in Croazia sono state create dal Parlamento quattro nuove sezioni specializzate per i crimini internazionali in seno ai tribunali di Zagabria, Fiume, Spalato e Osijek.

La cooperazione a livello regionale in termini di scambio di informazioni, prove ed estradizioni tra gli Stati della ex Jugoslavia è in continua crescita negli ultimi anni e l'attività dei vari organi è intensa.

Gli Stati hanno finora indagato e punito anche i propri connazionali per i crimini commessi durante la guerra dando, in linea di principio, sempre prova di imparzialità e correttezza. Ciò non toglie comunque che, a volte, in occasione di alcune indagini o richieste non manchino, come visto tra Serbia e Croazia, significative tensioni politiche.



Insegnamento di Diritto internazionale

VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

56. La Corte penale internazionale. La competenza *ratione personae* della Corte e la legge applicabile.

- **Introduzione**

Le critiche ai tribunali istituiti dal Consiglio di Sicurezza e la volontà di creare un organo permanente di giustizia penale internazionale che potesse nel tempo anche sviluppare e consolidare il rispetto della *rule of law* a livello internazionale furono tra le molteplici ragioni che condussero il 17 luglio 1998 all'adozione a Roma dello Statuto della **Corte penale internazionale, CPI** (*International Criminal Court, ICC*).

Lo Statuto è un trattato di 128 articoli, corredato dagli Elementi dei crimini (*Elements of Crimes*), che specificano elementi e requisiti dei crimini di competenza della Corte, e dal Regolamento di procedura e prova (*Rules of Procedure and Evidence, RPE, 225 Rules*), che fu aperto alla firma il giorno dopo la sua adozione e che **è entrato in vigore il 1° luglio 2002**, vale a dire trenta giorni dopo il deposito del sessantesimo strumento di ratifica.

A maggio 2016, 124 Stati (tra cui l'Italia) sono parti allo Statuto (l'ultimo a divenirne parte è stato El Salvador a marzo 2016).

Alcuni aspetti controversi relativi alla CPI, tra cui il timore di un uso strumentale e politicizzato della Corte da parte del Procuratore o degli Stati, e il rifiuto di sottoporre i propri organi alla giustizia internazionale, portarono sette Stati (Stati Uniti, India, Cina, Israele, Turchia, Sri Lanka e Filippine) a votare contro l'approvazione dello



Statuto e molti altri a non firmarlo proprio (ad esempio, Arabia Saudita, Cina, Corea del Nord, Cuba, India, Iraq, Pakistan, Myanmar, Turchia, Vietnam) oppure a non (ancora) ratificarlo (si tratta di 28 Stati tra cui Algeria, Armenia, Bahrain, Egitto, Emirati Arabi Uniti, Eritrea, Iran, Kuwait, Monaco, Marocco, Oman, Russia, Siria, Thailandia, Ucraina, Uzbekistan, Yemen e Zimbabwe).

Peculiare la **posizione di Stati Uniti, Israele e Sudan** che hanno revocato la firma in precedenza apposta allo Statuto (*unsigned*) dandone comunicazione al Segretario Generale dell'ONU, depositario del trattato.

Manifestando espressamente l'intenzione di non ratificare lo Statuto, i tre Stati hanno così adempiuto l'obbligo sancito dall'art. 18 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati e sono ora legittimati a compiere atti pregiudizievoli all'oggetto e allo scopo dello Statuto.

Proprio con tale intenzione, dunque, gli Stati Uniti dopo l'*unsigned* promulgarono il 2 agosto 2002 l'*American Servicemembers' Protection Act (ASPA)*, legge di non cooperazione e boicottaggio dell'attività della CPI giustificata dal timore statunitense di esporre alla giurisdizione della Corte, da un canto, i propri soldati impegnati all'estero e, dall'altro, il proprio Presidente «and other senior elected and appointed officials of the United States Government», impegnati a difendere la sicurezza nazionale (a tal ultimo riguardo si richiama espressamente il rischio di un'azione penale per il crimine di aggressione).

La legge fissa alla Section 2004, lett. *a-h*, un generale ed onnicomprensivo divieto di cooperazione con la CPI per tutte le Corti, *agencies* ed *entities* federali e statali che vale per le richieste di cooperazione, di estradizione, per le rogatorie e per ogni altra attività correlata all'azione della Corte. Agli agenti della Corte è espressamente proibito di condurre qualunque attività investigativa sul territorio statunitense.

La Section 2007 proibisce poi, con alcune eccezioni, di fornire assistenza militare agli Stati che fanno parte della CPI, mentre la Section 2008 autorizza il Presidente ad usare «all means necessary and appropriate» (questo tipo di locuzione include anche l'uso della forza)



per liberare qualunque «covered United States persons» o «covered allied persons» che sia detenuto o imprigionato presso la Corte o, su richiesta di questa, presso un altro Stato.

L'azione statunitense di contrasto alla CPI, molto decisa da parte della Presidenza Bush e di recente in parte attenuatasi, è poi completata dalla firma con 102 Stati (tra i quali non vi è l'Italia) di appositi BIAs (*Bilateral Immunity Agreements*), di cui 95 in vigore, che impediscono allo Stato che sia parte allo Statuto e che abbia concluso il BIA con gli Stati Uniti di consegnare, trasferire o estradare verso la Corte i «current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals» statunitensi o di Stati alleati.

In una prima fase, il rifiuto di firmare il BIA da parte dell'altro Stato comportava sanzioni da parte statunitense tra cui, ad esempio, l'interruzione dell'assistenza militare ai sensi della Section 2007 dell'ASPA. Considerati gli effetti controproducenti di tale atteggiamento in termini di cooperazione ed alleanze militari, la revoca dell'assistenza militare in caso di rifiuto non è più automatica ma rimessa alla valutazione discrezionale del Presidente. A tale proposito occorre ricordare che diplomatici e ONG hanno denunciato più volte le pressioni statunitensi esercitate per ottenere la firma dei BIAs e le minacce di sanzioni anche di tipo economico o politico in caso di rifiuto.

Secondo gli Stati Uniti i BIAs sarebbero autorizzati dall'art. 98, par. 2, dello Statuto della CPI che, sulla falsariga dell'art. 98, par. 1, non costringe «lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli incombono in forza di accordi internazionali secondo i quali il consenso dello Stato d'invio [*sending State*] è richiesto per poter consegnare alla Corte una persona di quello Stato, a meno che la Corte non ottenga preliminarmente la cooperazione dello Stato d'invio ed il suo consenso alla consegna».

Vi è però che l'art. 98, par. 2, si riferisce *solamente* alle persone inviate da uno Stato (il *sending State*, appunto) all'altro (e viceversa) nell'ambito di un rapporto, di una relazione ufficiale (*on official mission*) come, ad esempio, il personale civile e militare inviato in missione o di stanza in uno Stato straniero.



I BIAs, invece, estendono il divieto consegna a *qualunque* cittadino americano che per *qualunque* ragione (anche quando la persona agisca *in a private capacity*) si venga a trovare in uno Stato straniero e sono dunque in contrasto sia con la lettera che con lo spirito dell'art. 98, par. 2.

• La competenza della Corte

➤ La competenza *ratione personae*

Venendo ora alle principali caratteristiche della CPI, la Corte ha competenza non sugli Stati ma **sugli individui**, anche quando organi dello Stato, i quali rispondono penalmente e personalmente per i crimini di cui sono accusati.

È fatta salva, ovviamente, la concorrente responsabilità internazionale dello Stato.

A tale riguardo vengono in rilievo i seguenti articoli:

Art. 1: la Corte «può esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale».

Art. 25, par. 1-2 e 4: «La Corte è competente per le persone fisiche in conformità al presente Statuto. Chiunque commette un crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte è individualmente responsabile e può essere punito secondo il presente Statuto [...] Nessuna disposizione del presente Statuto relativa alla responsabilità penale degli individui pregiudica la responsabilità degli Stati nel diritto internazionale».

Ai sensi del già citato **art. 27, par. 1**, le **immunità** non sono invocabili dinanzi alla CPI dato che è irrilevante ogni qualifica ufficiale e, in particolare, quella «di capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante eletto o di agente di uno Stato». Tali qualifiche non esonerano la persona dalla responsabilità penale né costituiscono motivo per la riduzione della pena.



L'art. 27, **par. 2**, stabilisce poi che:

«le immunità o regole di procedura speciale eventualmente inerenti alla qualifica ufficiale di una persona in forza del diritto interno o del diritto internazionale non vietano alla Corte di esercitare la sua competenza nei confronti di questa persona».

Nell'adattare i propri ordinamenti interni agli obblighi internazionali derivanti dallo Statuto, anche gli Stati parte devono prevedere una norma dal contenuto identico a quello dell'art. 27.

Ad oggi la CPI ha emesso mandati di cattura nei confronti di Capi di Stato in carica (Al Bashir del Sudan, finora non arrestato, e Gheddafi della Libia, poi deceduto) o cessati dalle funzioni (Gbagbo della Costa d'Avorio, in custodia e attualmente sotto processo dinanzi alla Corte) e ha emesso un mandato di comparizione per il Presidente in carica del Kenya (Kenyatta), indagato e rinviato a giudizio prima che il procedimento venisse interrotto ed il caso chiuso.

La **legge applicabile** dall'ICC è indicata dall'**art. 21, par. 1**:

1) «in primo luogo», lo Statuto, gli Elementi dei crimini e le RPE;

2) «ove occorra, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati»;

3) «in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con lo Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti».

I principi penalistici che ne guidano l'attività (tra cui il *nullum crimen sine lege*, il *nulla poena sine lege* e quello di irretroattività *ratione personae*) sono invece indicati nella parte terza dello Statuto (artt. 22-33).

La non retroattività *ratione personae* sancita dall'art. 24, par. 1-2, prevede che «nessuno è penalmente responsabile per un comportamento precedente all'entrata in vigore dello Statuto» e che «se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza



definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole».



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello Stato e dei suoi organi.

I tribunali penali internazionali

LEZIONE 56

La Corte penale internazionale. La competenza *ratione personae* della Corte e la legge applicabile.



• Introduzione

Le critiche ai tribunali istituiti dal Consiglio di Sicurezza e la volontà di creare un organo permanente di giustizia penale internazionale che potesse nel tempo anche sviluppare e consolidare il rispetto della *rule of law* a livello internazionale furono tra le molteplici ragioni che condussero il 17 luglio 1998 all'adozione a Roma dello Statuto della **Corte penale internazionale, CPI** (*International Criminal Court, ICC*).

Lo Statuto è un trattato di 128 articoli, corredato dagli Elementi dei crimini (*Elements of Crimes*), che specificano elementi e requisiti dei crimini di competenza della Corte, e dal Regolamento di procedura e prova (*Rules of Procedure and Evidence, RPE, 225 Rules*), che fu aperto alla firma il giorno dopo la sua adozione e che **è entrato in vigore il 1° luglio 2002**, vale a dire trenta giorni dopo il deposito del sessantesimo strumento di ratifica.

A maggio 2016, 124 Stati (tra cui l'Italia) sono parti allo Statuto (l'ultimo a divenirne parte è stato El Salvador a marzo 2016).

Alcuni aspetti controversi relativi alla CPI, tra cui il timore di un uso strumentale e politicizzato della Corte da parte del Procuratore o degli Stati, e il rifiuto di sottoporre i propri organi alla giustizia internazionale, portarono sette Stati (Stati Uniti, India, Cina, Israele,



Turchia, Sri Lanka e Filippine) a votare contro l'approvazione dello Statuto e molti altri a non firmarlo proprio (ad esempio, Arabia Saudita, Cina, Corea del Nord, Cuba, India, Iraq, Pakistan, Myanmar, Turchia, Vietnam) oppure a non (ancora) ratificarlo (si tratta di 28 Stati tra cui Algeria, Armenia, Bahrain, Egitto, Emirati Arabi Uniti, Eritrea, Iran, Kuwait, Monaco, Marocco, Oman, Russia, Siria, Thailandia, Ucraina, Uzbekistan, Yemen e Zimbabwe).

Peculiare la **posizione di Stati Uniti, Israele e Sudan** che hanno revocato la firma in precedenza apposta allo Statuto (*unsigned*) dandone comunicazione al Segretario Generale dell'ONU, depositario del trattato.

Manifestando espressamente l'intenzione di non ratificare lo Statuto, i tre Stati hanno così adempiuto l'obbligo sancito dall'art. 18 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati e sono ora legittimati a compiere atti pregiudizievoli all'oggetto e allo scopo dello Statuto.

Proprio con tale intenzione, dunque, gli Stati Uniti dopo l'*unsigned* promulgarono il 2 agosto 2002 l'*American Servicemembers' Protection Act (ASPA)*, legge di non cooperazione e boicottaggio dell'attività della CPI giustificata dal timore statunitense di esporre alla giurisdizione della Corte, da un canto, i propri soldati impegnati all'estero e, dall'altro, il proprio Presidente «and other senior elected and appointed officials of the United States Government», impegnati a difendere la sicurezza nazionale (a tal ultimo riguardo si richiama espressamente il rischio di un'azione penale per il crimine di aggressione).



La legge fissa alla Section 2004, lett. *a-h*, un generale ed onnicomprensivo divieto di cooperazione con la CPI per tutte le Corti, *agencies* ed *entities* federali e statali che vale per le richieste di cooperazione, di estradizione, per le rogatorie e per ogni altra attività correlata all'azione della Corte. Agli agenti della Corte è espressamente proibito di condurre qualunque attività investigativa sul territorio statunitense.

La Section 2007 proibisce poi, con alcune eccezioni, di fornire assistenza militare agli Stati che fanno parte della CPI, mentre la Section 2008 autorizza il Presidente ad usare «all means necessary and appropriate» (questo tipo di locuzione include anche l'uso della forza) per liberare qualunque «covered United States persons» o «covered allied persons» che sia detenuto o imprigionato presso la Corte o, su richiesta di questa, presso un altro Stato.

L'azione statunitense di contrasto alla CPI, molto decisa da parte della Presidenza Bush e di recente in parte attenuatasi, è poi completata dalla firma con 102 Stati (tra i quali non vi è l'Italia) di appositi BIAs (*Bilateral Immunity Agreements*), di cui 95 in vigore, che impediscono allo Stato che sia parte allo Statuto e che abbia concluso il BIA con gli Stati Uniti di consegnare, trasferire o estradare verso la Corte i «current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals» statunitensi o di Stati alleati.



In una prima fase, il rifiuto di firmare il BIA da parte dell'altro Stato comportava sanzioni da parte statunitense tra cui, ad esempio, l'interruzione dell'assistenza militare ai sensi della Section 2007 dell'ASPA. Considerati gli effetti controproducenti di tale atteggiamento in termini di cooperazione ed alleanze militari, la revoca dell'assistenza militare in caso di rifiuto non è più automatica ma rimessa alla valutazione discrezionale del Presidente. A tale proposito occorre ricordare che diplomatici e ONG hanno denunciato più volte le pressioni statunitensi esercitate per ottenere la firma dei BIAs e le minacce di sanzioni anche di tipo economico o politico in caso di rifiuto.

Secondo gli Stati Uniti i BIAs sarebbero autorizzati dall'art. 98, par. 2, dello Statuto della CPI che, sulla falsariga dell'art. 98, par. 1, non costringe «lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli incombono in forza di accordi internazionali secondo i quali il consenso dello Stato d'invio [*sending State*] è richiesto per poter consegnare alla Corte una persona di quello Stato, a meno che la Corte non ottenga preliminarmente la cooperazione dello Stato d'invio ed il suo consenso alla consegna».

Vi è però che l'art. 98, par. 2, si riferisce *solamente* alle persone inviate da uno Stato (il *sending State*, appunto) all'altro (e viceversa) nell'ambito di un rapporto, di una relazione ufficiale (*on official mission*) come, ad esempio, il personale civile e militare inviato in missione o di stanza in uno Stato straniero.



I BIAs, invece, estendono il divieto consegna a *qualunque* cittadino americano che per *qualunque* ragione (anche quando la persona agisca *in a private capacity*) si venga a trovare in uno Stato straniero e sono dunque in contrasto sia con la lettera che con lo spirito dell'art. 98, par. 2.



- **La competenza della Corte**

- **La competenza *ratione personae***

Venendo ora alle principali caratteristiche della CPI, la Corte ha competenza non sugli Stati ma **sugli individui**, anche quando organi dello Stato, i quali rispondono penalmente e personalmente per i crimini di cui sono accusati.

È fatta salva, ovviamente, la concorrente responsabilità internazionale dello Stato.

A tale riguardo vengono in rilievo i seguenti articoli:

- **Art. 1:** la Corte «può esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale».

- **Art. 25, par. 1-2 e 4:** «La Corte è competente per le persone fisiche in conformità al presente Statuto. Chiunque commette un crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte è individualmente responsabile e può essere punito secondo il presente Statuto [...] Nessuna disposizione del presente Statuto relativa alla responsabilità penale degli individui pregiudica la responsabilità degli Stati nel diritto internazionale».



Ai sensi del già citato **art. 27, par. 1**, le **immunità** non sono invocabili dinanzi alla CPI dato che è irrilevante ogni qualifica ufficiale e, in particolare, quella «di capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante eletto o di agente di uno Stato». Tali qualifiche non esonerano la persona dalla responsabilità penale né costituiscono motivo per la riduzione della pena.

L'art. 27, **par. 2**, stabilisce poi che: «le immunità o regole di procedura speciale eventualmente inerenti alla qualifica ufficiale di una persona in forza del diritto interno o del diritto internazionale non vietano alla Corte di esercitare la sua competenza nei confronti di questa persona».

Nell'adattare i propri ordinamenti interni agli obblighi internazionali derivanti dallo Statuto, anche gli Stati parte devono prevedere una norma dal contenuto identico a quello dell'art. 27.

Ad oggi la CPI ha emesso mandati di cattura nei confronti di Capi di Stato in carica (Al Bashir del Sudan, finora non arrestato, e Gheddafi della Libia, poi deceduto) o cessati dalle funzioni (Gbagbo della Costa d'Avorio, in custodia e attualmente sotto processo dinanzi alla Corte) e ha emesso un mandato di comparizione per il Presidente in carica del Kenya (Kenyatta), indagato e rinviato a giudizio prima che il procedimento venisse interrotto ed il caso chiuso.



La **legge applicabile** dall'ICC è indicata dall'**art. 21, par. 1:**

- 1) «in primo luogo», lo Statuto, gli Elementi dei crimini e le RPE;
- 2) «ove occorra, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati»;
- 3) «in mancanza, i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine, purché tali principi non siano in contrasto con lo Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti».

I principi penalistici che ne guidano l'attività (tra cui il *nullum crimen sine lege*, il *nulla poena sine lege* e quello di irretroattività *ratione personae*) sono invece indicati nella parte terza dello Statuto (artt. 22-33).

La non retroattività *ratione personae* sancita dall'art. 24, par. 1-2, prevede che «nessuno è penalmente responsabile per un comportamento precedente all'entrata in vigore dello Statuto» e che «se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole».



Insegnamento di Diritto internazionale

VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

57. La competenza *ratione materiae*, *ratione loci* e *ratione temporis* della CPI. L'attivazione della competenza.

Nella precedente lezione si è trattata la competenza *ratione personae* della CPI. Con riguardo, invece, alla competenza *ratione materiae*, occorre ricordare che, oltre che sui **reati contro l'amministrazione della giustizia** previsti dall'art. 70 dello Statuto, la Corte ha competenza sui quattro crimini internazionali (imprescrittibili) indicati dall'art. 5:

- 1) **crimine di genocidio** (art. 6);
- 2) **crimini contro l'umanità** (art. 7);
- 3) **crimini di guerra** (art. 8);
- 4) **crimine di aggressione** (art. 8 *bis*), la cui definizione fu adottata solo nel 2010 nel corso dell'ASP di Kampala in Uganda e per il quale la Corte non può ancora procedere.

1) Il crimine di genocidio

L'**art. 6** dello Statuto della CPI definisce il *genocidio*, sulla falsariga dell'art. II della Convenzione dell'ONU del 1948, sulla base della commissione di certi atti (elemento oggettivo) «nell'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso» (elemento soggettivo).

In particolare, l'art. 6 indica come atti di genocidio:

- «a) uccidere membri del gruppo;
- b) cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone



appartenenti al gruppo;

c) sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso;

d) imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo;

e) trasferire con la forza bambini appartenenti al gruppo ad un gruppo diverso».

Della *Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio*, fatta a New York il 9 dicembre 1948 ed in vigore dal 1951, sono oggi parti 147 Stati tra cui l'Italia.

La necessaria presenza sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo è elemento costitutivo del crimine e soprattutto la difficile dimostrazione della *mens rea* genocidiaria negli atti commessi (si tratta di dolo specifico) rende a volte difficile la condanna per tale crimine.

2) I crimini contro l'umanità

L'**art. 7** dello Statuto della CPI elenca 11 fattispecie i cui atti, quando commessi «come parte di un attacco esteso o sistematico contro popolazioni civili» (*widespread or systematic attack*) e con la «consapevolezza dell'attacco» (*knowledge*), costituiscono *crimini contro l'umanità*.

In particolare, gli atti indicati dall'art. 7, par. 1, sono:

- l'omicidio (lett. *a*);
- lo sterminio (lett. *b*);
- la riduzione in schiavitù (lett. *c*);
- la deportazione o il trasferimento forzato della popolazione (lett. *d*);
- l'imprigionamento o le altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale (lett. *e*);
- la tortura (lett. *f*);
- lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata e le altre forme di



violenza sessuale di analoga gravità (lett. g) (si noti che, sul punto, lo Statuto ha innovato dato che in precedenza i crimini a sfondo sessuale non rientravano tra i crimini contro l'umanità);

- la persecuzione contro ogni gruppo o collettività che sia identificabile su base politica, razziale, nazionale, culturale, etnica, religiosa, etc. (lett. h);
- la sparizione forzata delle persone (lett. i);
- l'apartheid (lett. j);
- gli altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale (lett. k).

Lo Statuto, come già quello dell'ICTR, svincola la commissione dei crimini contro l'umanità dall'esistenza di un conflitto armato interno od internazionale (in precedenza, invece, questi crimini si configuravano solo se commessi nell'ambito di un conflitto armato). I crimini possono quindi essere commessi anche in tempo di pace. Ciò che solo rileva è che sussistano i due elementi (che hanno natura costitutiva del crimine) dell'attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile e della consapevolezza dell'attacco, ossia dell'essere deliberato.

Si noti ancora che per «attacco diretto contro popolazioni civili», l'art. 7, par. 2, lett. a, intende quelle condotte che implicano la reiterata commissione degli atti elencati al par. 1 in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di un'organizzazione diretto a realizzare l'attacco.

3) I crimini di guerra

L'art. 8 dello Statuto della CPI elenca i *crimini di guerra* suddividendoli in quattro liste, le prime due (par. 2, lett. a-b) riferite a situazioni di **conflitto armato internazionale** e le altre due (par. 2, lett. c e e) a situazioni di **conflitto armato interno**.

Con riguardo alle due liste applicabili ai conflitti armati interni viene precisato dal par. 2, lett. d e f, che le semplici «internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of



violence or other acts of a similar nature» non equivalgono a conflitti armati non-internazionali e che dunque lo Statuto non si applica.

→ Le due liste riferite ai **conflitti armati internazionali** qualificano come crimini di guerra, da un canto, le otto «gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire [gli] atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni» (lett. *a*) e, dall'altro, le 26 «altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili nei conflitti armati internazionali all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale» (lett. *b*).

Tra le fattispecie elencate dall'art. 8, par. 2, lett. *a*, si ricordi:

omicidio volontario; tortura e altri trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici; distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessità militari e compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente; privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo; deportazione, trasferimento o detenzione illegale; cattura di ostaggi.

Tra le fattispecie elencate dall'art. 8, par. 2, lett. *b*, si ricordi:

dirigere intenzionalmente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non partecipino direttamente alle ostilità; dirigere intenzionalmente attacchi contro beni di carattere civile, e cioè beni che non siano obiettivi militari; dirigere intenzionalmente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace; lanciare intenzionalmente attacchi nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza la perdita di vite umane tra la popolazione civile, lesioni a civili o danni a proprietà civili ovvero danni diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale che siano manifestamente eccessivi rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti; attaccare o bombardare con qualsiasi mezzo, città, villaggi, abitazioni o costruzioni che non siano difesi, e che non costituiscano obiettivi militari; dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, a



monumenti storici, a ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati e i feriti, purché tali edifici non siano obiettivi militari; uccidere o ferire a tradimento individui appartenenti alla nazione o all'esercito nemico; dichiarare che nessuno avrà salva la vita; saccheggiare città o località, ancorché prese d'assalto; utilizzare armi proibite (asfissianti, tossiche, velenose, proiettili che si espandono o si appiattiscono facilmente all'interno del corpo umano, quali i proiettili con l'involucro duro che non ricopre interamente la parte centrale o quelli perforati ad intaglio); utilizzare armi, proiettili, materie e metodi di guerra con caratteristiche tali da cagionare lesioni superflue o sofferenze non necessarie, o che colpiscano per loro natura in modo indiscriminato in violazione del diritto internazionale dei conflitti armati; utilizzare la presenza di un civile o altra persona protetta per evitare che taluni siti, zone o forze militari divengano il bersaglio di operazioni militari; affamare intenzionalmente, come metodo di guerra, i civili privandoli dei beni indispensabili alla loro sopravvivenza, compreso il fatto di impedire volontariamente l'invio dei soccorsi previsti dalle Convenzioni di Ginevra; reclutare o arruolare fanciulli di età inferiore a quindici anni nelle forze armate nazionali o farli partecipare attivamente alle ostilità.

In pratica lo Statuto fa riferimento ai crimini di guerra previsti sia dal diritto internazionale convenzionale che generale.

→ In modo speculare, le due liste riferite ai **conflitti armati interni** qualificano come crimini di guerra, da un canto, le quattro «gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949» (lett. c) e, dall'altro, le dodici «altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale» (lett. e).

In particolare, gli atti elencati devono essere commessi contro coloro che non partecipano direttamente alle ostilità, ivi compresi i membri delle forze armate che hanno deposto le armi e coloro che non sono in grado di combattere per malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa.

Le fattispecie elencate dall'art. 8, par. 2, lett. c, sono:



atti di violenza contro la vita o l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura; violare la dignità personale, in particolare mediante trattamenti umilianti e degradanti; prendere ostaggi; emettere sentenze ed eseguirle senza un preventivo giudizio, svolto avanti un tribunale regolarmente costituito che offre tutte le garanzie giudiziarie generalmente riconosciute come indispensabili.

Le fattispecie elencate dall'art. 8, par. 2, lett. *e*, coincidono in parte con quelle già indicate dall'art. 8, par. 2, lett. *b* (che sono comunque più numerose).

Anche nel caso dei conflitti armati internazionali lo Statuto fa riferimento ai crimini di guerra previsti sia dal diritto internazionale convenzionale che generale.

➤ **La competenza *ratione loci* e *ratione temporis*. L'attivazione della competenza**

La CPI ha competenza sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto per ciascuno Stato parte (art. 11, par. 2), a meno che lo Stato accetti retroattivamente la competenza della Corte mediante la dichiarazione prevista dall'art. 12, par. 3, che è altresì esperibile anche dagli Stati non parte.

Lo Statuto prevede dunque la possibilità anche per gli Stati non parte di accettare *ad hoc* la competenza della Corte, riservando poi al contenuto della dichiarazione ex art. 12, par. 3, la delimitazione in concreto della competenza con riguardo sia al periodo temporale che alle situazioni oggetto dell'accettazione (sono possibili anche più dichiarazioni a tal riguardo al fine di estendere il periodo temporale o indicare nuove situazioni meritevoli di esame da parte della Corte).

La CPI ha poi competenza quando ricorra almeno uno dei due presupposti (*preconditions*) previsti dall'**art. 12, par. 2**, vale a dire quando:

1) il crimine è commesso sul territorio (o a bordo di una nave od aeromobile) di uno Stato parte da qualunque individuo, incluso il cittadino di uno Stato non parte (lett. *a*), oppure;



2) il crimine è commesso da un cittadino di uno Stato parte in qualunque territorio, incluso il territorio (o la nave od aeromobile) di uno Stato non parte (lett. *b*).

I presupposti mirano ad ampliare il più possibile la competenza della CPI tanto che ne restano fuori solo i crimini commessi sul territorio di uno Stato non parte da un cittadino di uno Stato non parte: si pensi, ad esempio, agli eventuali crimini commessi in Iraq (ma non in Afghanistan, Stato parte della CPI) dai soldati statunitensi (ma non anche dai soldati italiani o britannici che restano sotto la giurisdizione della CPI).

La regola trova però una significativa **eccezione** nel caso in cui la situazione nella quale uno o più crimini di competenza della CPI «appaiono essere stati commessi» sia segnalata (*referral*) alla Corte dal Consiglio di Sicurezza con una Risoluzione adottata ai sensi e per i fini del capitolo VII della Carta dell'ONU (art. 13, lett. *b*).

Quando la situazione è considerata dal Consiglio una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale così grave da doverla segnalare alla CPI, qualunque Stato, parte o meno che sia allo Statuto, viene comunque assoggettato alla giurisdizione della Corte in deroga assoluta al principio che *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (come accaduto nel caso della Libia nel 2011 e del Sudan nel 2005).

Si deve a tale proposito evidenziare che, data la specifica composizione del Consiglio di Sicurezza, in cui i Membri permanenti hanno diritto di veto, tale previsione “introduca una significativa variabile politica (tanto più preoccupante alla luce dell’uso esclusivamente funzionale ai propri interessi nazionali che i Membri permanenti ne fanno) nell’attivazione (e quindi nel funzionamento) di un sistema giudiziario che invece si dovrebbe fondare (perlomeno sulla carta) su principi di terzietà, indipendenza ed imparzialità, anche nella fase di sua attivazione. Siamo invece in presenza di una formalizzazione, attraverso l’art. 13, lett. *b*, dell’ingerenza della politica, quantomeno indiretta dato che incide sull’attivazione della competenza della Corte” (così SINAGRA-BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, 2016, p. 563).

Nella stessa ottica l’art. 16 formalizza un ulteriore caso di ingerenza della politica nel sistema della CPI, attribuendo al Consiglio



di Sicurezza il potere di sospendere per 12 mesi (rinnovabili), con una Risoluzione adottata ai sensi del capitolo VII, l'inizio o la prosecuzione di qualunque indagine o procedimento se tale attività della Corte può rappresentare una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale.

Ad oggi, l'art. 16 è stato utilizzato due volte, nel 2002 (Risoluzione 1422 del 12 luglio) e nel 2003 (Risoluzione 1487 del 12 giugno), per sospendere qualunque attività della CPI nei confronti del personale appartenente agli Stati non parte dello Statuto.

Resta comunque fermo che in qualunque momento il Consiglio può sospendere un'indagine o un processo della CPI in nome dell'esigenza di mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale, e che il combinato disposto dell'art. 13, lett. *b*, e dell'art. 16 (il cui inserimento nello Statuto fu molto controverso durante la Conferenza di Roma nel 1998) dello Statuto mette a rischio l'indipendenza, se non quando la stessa libertà, della CPI rispetto agli interessi politici che influenzano le relazioni internazionali.

Oltre che, come detto, **dal Consiglio di Sicurezza** (art. 13, lett. *b*), la competenza della Corte può essere anche attivata:

1) **su iniziativa di uno Stato** che può segnalare al Procuratore «una situazione nella quale uno o più di tali crimini appaiono essere stati commessi» anche nel proprio territorio oltre che in quello di altri Stati (art. 13, lett. *a*).

2) **su iniziativa *motu proprio* del Procuratore** (art. 13, lett. *c*) il quale «può iniziare le indagini di propria iniziativa sulla base di informazioni relative ai crimini di competenza della Corte» (art. 15, par. 1) che abbia acquisito direttamente (anche attraverso i *media*) o tramite segnalazione di ONG, Stati, organizzazioni internazionali ed anche privati cittadini (che a tal fine indirizzano una *communication* all'Ufficio del Procuratore).



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello stato e dei suoi organi.

I tribunali penali internazionali

LEZIONE 57

**La competenza *ratione materiae*, *ratione loci*
e *ratione temporis* della CPI. L'attivazione
della competenza.**



Nella precedente lezione si è trattata la competenza *ratione personae* della CPI. Con riguardo, invece, alla competenza *ratione materiae*, occorre ricordare che, oltre che sui **reati contro l'amministrazione della giustizia** previsti dall'art. 70 dello Statuto, la Corte ha competenza sui quattro crimini internazionali (imprescrittibili) indicati dall'art. 5:

- 1) **crimine di genocidio** (art. 6);
- 2) **crimini contro l'umanità** (art. 7);
- 3) **crimini di guerra** (art. 8);
- 4) **crimine di aggressione** (art. 8 *bis*), la cui definizione fu adottata solo nel 2010 nel corso dell'ASP di Kampala in Uganda e per il quale la Corte non può ancora procedere.



1) Il crimine di genocidio

L'**art. 6** dello Statuto della CPI definisce il *genocidio*, sulla falsariga dell'art. II della Convenzione dell'ONU del 1948, sulla base della commissione di certi atti (elemento oggettivo) «nell'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso» (elemento soggettivo).

In particolare, l'art. 6 indica come atti di genocidio:

- «a) uccidere membri del gruppo;
- b) cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo;
- c) sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso;
- d) imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo;
- e) trasferire con la forza bambini appartenenti al gruppo ad un gruppo diverso».



Della *Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio*, fatta a New York il 9 dicembre 1948 ed in vigore dal 1951, sono oggi parti 147 Stati tra cui l'Italia.

La necessaria presenza sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo è elemento costitutivo del crimine e soprattutto la difficile dimostrazione della *mens rea* genocidiaria negli atti commessi (si tratta di dolo specifico) rende a volte difficile la condanna per tale crimine.



2) I crimini contro l'umanità

L'**art. 7** dello Statuto della CPI elenca 11 fattispecie i cui atti, quando commessi «come parte di un attacco esteso o sistematico contro popolazioni civili» (*widespread or systematic attack*) e con la «consapevolezza dell'attacco» (*knowledge*), costituiscono *crimini contro l'umanità*.

In particolare, gli atti indicati dall'art. 7, par. 1, sono:

- l'omicidio (lett. *a*);
- lo sterminio (lett. *b*);
- la riduzione in schiavitù (lett. *c*);
- la deportazione o il trasferimento forzato della popolazione (lett. *d*);
- l'imprigionamento o le altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale (lett. *e*);
- la tortura (lett. *f*);



- lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata e le altre forme di violenza sessuale di analoga gravità (lett. *g*) (si noti che, sul punto, lo Statuto ha innovato dato che in precedenza i crimini a sfondo sessuale non rientravano tra i crimini contro l'umanità);
- la persecuzione contro ogni gruppo o collettività che sia identificabile su base politica, razziale, nazionale, culturale, etnica, religiosa, etc. (lett. *h*);
- la sparizione forzata delle persone (lett. *i*);
- l'apartheid (lett. *j*);
- gli altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale (lett. *k*).

Lo Statuto, come già quello dell'ICTR, svincola la commissione dei crimini contro l'umanità dall'esistenza di un conflitto armato interno od internazionale (in precedenza, invece, questi crimini si configuravano solo se commessi nell'ambito di un conflitto armato).



I crimini possono quindi essere commessi anche in tempo di pace. Ciò che solo rileva è che sussistano i due elementi (che hanno natura costitutiva del crimine) dell'attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile e della consapevolezza dell'attacco, ossia dell'essere deliberato.

Si noti ancora che per «attacco diretto contro popolazioni civili», l'art. 7, par. 2, lett. *a*, intende quelle condotte che implicano la reiterata commissione degli atti elencati al par. 1 in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di un'organizzazione diretto a realizzare l'attacco.



3) I crimini di guerra

L'**art. 8** dello Statuto della CPI elenca i *crimini di guerra* suddividendoli in quattro liste, le prime due (par. 2, lett. *a-b*) riferite a situazioni di **conflitto armato internazionale** e le altre due (par. 2, lett. *c e e*) a situazioni di **conflitto armato interno**.

Con riguardo alle due liste applicabili ai conflitti armati interni viene precisato dal par. 2, lett. *d e f*, che le semplici «internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature» non equivalgono a conflitti armati non-internazionali e che dunque lo Statuto non si applica.

→ Le due liste riferite ai **conflitti armati internazionali** qualificano come crimini di guerra, da un canto, le otto «gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire [gli] atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni» (lett. *a*) e, dall'altro, le 26 «altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili nei conflitti armati internazionali all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale» (lett. *b*).



Tra le fattispecie elencate dall'art. 8, par. 2, lett. *a*, si ricordi:

omicidio volontario; tortura e altri trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici; distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessità militari e compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente; privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo; deportazione, trasferimento o detenzione illegale; cattura di ostaggi.

Tra le fattispecie elencate dall'art. 8, par. 2, lett. *b*, si ricordi:

dirigere intenzionalmente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non partecipino direttamente alle ostilità; dirigere intenzionalmente attacchi contro beni di carattere civile, e cioè beni che non siano obiettivi militari; dirigere intenzionalmente attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli utilizzati nell'ambito di una missione di soccorso umanitario o di mantenimento della pace; lanciare intenzionalmente attacchi nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza la perdita di vite umane tra la popolazione civile, lesioni a civili o danni a proprietà civili ovvero danni diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale che siano manifestamente eccessivi rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti; attaccare o bombardare con qualsiasi mezzo, città, villaggi, abitazioni o costruzioni che non siano difesi, e che non costituiscano obiettivi militari; dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto, all'educazione, all'arte, alla scienza o a scopi umanitari, a monumenti storici, a ospedali e luoghi dove sono riuniti i malati e i feriti, purché tali edifici non siano obiettivi militari;



uccidere o ferire a tradimento individui appartenenti alla nazione o all'esercito nemico; dichiarare che nessuno avrà salva la vita; saccheggiare città o località, ancorché prese d'assalto; utilizzare armi proibite (asfissianti, tossiche, velenose, proiettili che si espandono o si appiattiscono facilmente all'interno del corpo umano, quali i proiettili con l'involucro duro che non ricopre interamente la parte centrale o quelli perforati ad intaglio); utilizzare armi, proiettili, materie e metodi di guerra con caratteristiche tali da cagionare lesioni superflue o sofferenze non necessarie, o che colpiscano per loro natura in modo indiscriminato in violazione del diritto internazionale dei conflitti armati; utilizzare la presenza di un civile o altra persona protetta per evitare che taluni siti, zone o forze militari divengano il bersaglio di operazioni militari; affamare intenzionalmente, come metodo di guerra, i civili privandoli dei beni indispensabili alla loro sopravvivenza, compreso il fatto di impedire volontariamente l'invio dei soccorsi previsti dalle Convenzioni di Ginevra; reclutare o arruolare fanciulli di età inferiore a quindici anni nelle forze armate nazionali o farli partecipare attivamente alle ostilità.

In pratica lo Statuto fa riferimento ai crimini di guerra previsti sia dal diritto internazionale convenzionale che generale.



→ In modo speculare, le due liste riferite ai **conflitti armati interni** qualificano come crimini di guerra, da un canto, le quattro «gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949» (lett. *c*) e, dall'altro, le dodici «altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale» (lett. *e*).

In particolare, gli atti elencati devono essere commessi contro coloro che non partecipano direttamente alle ostilità, ivi compresi i membri delle forze armate che hanno deposto le armi e coloro che non sono in grado di combattere per malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa.

Le fattispecie elencate dall'art. 8, par. 2, lett. *c*, sono:

atti di violenza contro la vita o l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura; violare la dignità personale, in particolare mediante trattamenti umilianti e degradanti; prendere ostaggi; emettere sentenze ed eseguirle senza un preventivo giudizio, svolto avanti un tribunale regolarmente costituito che offre tutte le garanzie giudiziarie generalmente riconosciute come indispensabili.

Le fattispecie elencate dall'art. 8, par. 2, lett. *e*, coincidono in parte con quelle già indicate dall'art. 8, par. 2, lett. *b* (che sono comunque più numerose).

Anche nel caso dei conflitti armati internazionali lo Statuto fa riferimento ai crimini di guerra previsti sia dal diritto internazionale convenzionale che generale.



➤ La competenza *ratione loci* e *ratione temporis*. L'attivazione della competenza

La CPI ha competenza sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto per ciascuno Stato parte (art. 11, par. 2), a meno che lo Stato accetti retroattivamente la competenza della Corte mediante la dichiarazione prevista dall'art. 12, par. 3, che è altresì esperibile anche dagli Stati non parte.

Lo Statuto prevede dunque la possibilità anche per gli Stati non parte di accettare *ad hoc* la competenza della Corte, riservando poi al contenuto della dichiarazione ex art. 12, par. 3, la delimitazione in concreto della competenza con riguardo sia al periodo temporale che alle situazioni oggetto dell'accettazione (sono possibili anche più dichiarazioni a tal riguardo al fine di estendere il periodo temporale o indicare nuove situazioni meritevoli di esame da parte della Corte).

La CPI ha poi competenza quando ricorra almeno uno dei due presupposti (*preconditions*) previsti dall'**art. 12, par. 2**, vale a dire quando:

1) il crimine è commesso sul territorio (o a bordo di una nave od aeromobile) di uno Stato parte da qualunque individuo, incluso il cittadino di uno Stato non parte (lett. a), oppure;



2) il crimine è commesso da un cittadino di uno Stato parte in qualunque territorio, incluso il territorio (o la nave od aeromobile) di uno Stato non parte (lett. b).

I presupposti mirano ad ampliare il più possibile la competenza della CPI tanto che ne restano fuori solo i crimini commessi sul territorio di uno Stato non parte da un cittadino di uno Stato non parte: si pensi, ad esempio, agli eventuali crimini commessi in Iraq (ma non in Afghanistan, Stato parte della CPI) dai soldati statunitensi (ma non anche dai soldati italiani o britannici che restano sotto la giurisdizione della CPI).

La regola trova però una significativa **eccezione** nel caso in cui la situazione nella quale uno o più crimini di competenza della CPI «appaiono essere stati commessi» sia segnalata (*referral*) alla Corte dal **Consiglio di Sicurezza** con una Risoluzione adottata ai sensi e per i fini del capitolo VII della Carta dell'ONU (**art. 13, lett. b**).

Quando la situazione è considerata dal Consiglio una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale così grave da doverla segnalare alla CPI, qualunque Stato, parte o meno che sia allo Statuto, viene comunque assoggettato alla giurisdizione della Corte in deroga assoluta al principio che *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (come accaduto nel caso della Libia nel 2011 e del Sudan nel 2005).



Si deve a tale proposito evidenziare che, data la specifica composizione del Consiglio di Sicurezza, in cui i Membri permanenti hanno diritto di veto, tale previsione "introduca una significativa variabile politica (tanto più preoccupante alla luce dell'uso esclusivamente funzionale ai propri interessi nazionali che i Membri permanenti ne fanno) nell'attivazione (e quindi nel funzionamento) di un sistema giudiziario che invece si dovrebbe fondare (perlomeno sulla carta) su principi di terzietà, indipendenza ed imparzialità, anche nella fase di sua attivazione. Siamo invece in presenza di una formalizzazione, attraverso l'art. 13, lett. *b*, dell'ingerenza della politica, quantomeno indiretta dato che incide sull'attivazione della competenza della Corte" (così SINAGRA-BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, 2016, p. 563).

Nella stessa ottica l'**art. 16** formalizza un ulteriore caso di ingerenza della politica nel sistema della CPI, attribuendo al Consiglio di Sicurezza il potere di sospendere per 12 mesi (rinnovabili), con una Risoluzione adottata ai sensi del capitolo VII, l'inizio o la prosecuzione di qualunque indagine o procedimento se tale attività della Corte può rappresentare una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale.



Ad oggi, l'art. 16 è stato utilizzato due volte, nel 2002 (Risoluzione 1422 del 12 luglio) e nel 2003 (Risoluzione 1487 del 12 giugno), per sospendere qualunque attività della CPI nei confronti del personale appartenente agli Stati non parte dello Statuto.

Resta comunque fermo che in qualunque momento il Consiglio può sospendere un'indagine o un processo della CPI in nome dell'esigenza di mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale, e che il combinato disposto dell'art. 13, lett. *b*, e dell'art. 16 (il cui inserimento nello Statuto fu molto controverso durante la Conferenza di Roma nel 1998) dello Statuto mette a rischio l'indipendenza, se non quando la stessa libertà, della CPI rispetto agli interessi politici che influenzano le relazioni internazionali.



Oltre che, come detto, **dal Consiglio di Sicurezza** (art. 13, lett. *b*), la competenza della Corte può essere anche attivata:

1) **su iniziativa di uno Stato** che può segnalare al Procuratore «una situazione nella quale uno o più di tali crimini appaiono essere stati commessi» anche nel proprio territorio oltre che in quello di altri Stati (art. 13, lett. *a*).

2) **su iniziativa *motu proprio* del Procuratore** (art. 13, lett. *c*) il quale «può iniziare le indagini di propria iniziativa sulla base di informazioni relative ai crimini di competenza della Corte» (art. 15, par. 1) che abbia acquisito direttamente (anche attraverso i *media*) o tramite segnalazione di ONG, Stati, organizzazioni internazionali ed anche privati cittadini (che a tal fine indirizzano una *communication* all'Ufficio del Procuratore).



Insegnamento di Diritto internazionale

VI

Immunità dello stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

58. Il principio di complementarità e gli obblighi di cooperazione con la Corte

Una volta acquisita di propria iniziativa o ricevuta dal Consiglio di Sicurezza, da uno Stato o da un individuo/ONG la segnalazione, il Procuratore effettua una valutazione preliminare (*preliminary examination*) all'esito della quale, se sussiste un «ragionevole fondamento» (*reasonable basis*) per esercitare l'azione giudiziaria, apre una indagine (*investigation*).

Durante la *preliminary examination*, al fine di decidere se aprire poi una *investigation*, il Procuratore deve esaminare:

1) se la Corte ha giurisdizione (*jurisdiction*), vale a dire se vi è un «ragionevole fondamento» per ritenere che un crimine di sua competenza è stato o sta per essere commesso (art. 53, par. 1, lett. a);

2) se il caso è o sarebbe «procedibile» o ammissibile (*admissibility*) sulla base dell'art. 17 che afferma il principio di complementarità (*complementarity*) di cui subito diremo (art. 53, par. 1, lett. b);

3) «se, in considerazione della gravità del reato e degli interessi delle vittime, vi sono motivi gravi di ritenere che un'inchiesta non favorirebbe gli interessi della giustizia» (*interest of justice*) (art. 53, par. 1, lett. c).

Se al termine della valutazione preliminare, ossia «dopo aver valutato le informazioni sottoposte alla sua conoscenza» (art. 53, par. 1), il Procuratore conclude che non sussiste un ragionevole



fondamento per avviare le indagini «ne informa coloro che le hanno fornite» (art. 15, par. 6).

Ad esempio, ciò è avvenuto nel 2015 per la valutazione preliminare sulla situazione in Honduras (i fatti denunciati come possibili crimini contro l'umanità non integravano i requisiti richiesti dallo Statuto per essere considerati tali) e nel 2014 per quella in Corea del Sud (i due fatti denunciati come possibili crimini di guerra non erano tali ai sensi del diritto internazionale applicabile al conflitto armato internazionale tra le due Coree).

Se, invece, ritiene che tale ragionevole fondamento sussista, allora chiude la fase della valutazione preliminare ed avvia quella delle indagini.

Nel caso in cui, però, abbia inizialmente agito *motu proprio* (se quindi la segnalazione non fu effettuata da uno Stato o dal Consiglio di Sicurezza), allora il Procuratore deve chiedere l'autorizzazione alla Camera preliminare per avviare le indagini (art. 15, par. 3). La richiesta di avvio delle indagini può essere respinta dalla Camera preliminare senza pregiudizio per «una successiva richiesta fondata su fatti o elementi di prova nuovi, riferiti alla stessa situazione» (art. 15, par. 5).

Sia nella fase della valutazione preliminare che in quella delle indagini è fondamentale la valutazione sulla procedibilità (*admissibility*) del caso che traduce in termini procedurali quel *principio di complementarità* (*complementarity*) che è il vero e proprio criterio che caratterizza il sistema della CPI (già sancito dall'art. 1 dello Statuto che riconosce la Corte come «complementare alle giurisdizioni penali nazionali») per ciò che riguarda la concorrenza tra la giurisdizione della Corte e le giurisdizioni nazionali competenti (tanto quanto lo era nei sistemi ICTY e ICTR il diverso principio della primazia).

In base al principio di complementarità spetta in primo luogo (e, tendenzialmente, anche in via esclusiva) allo Stato che ha giurisdizione esercitare l'azione penale sui responsabili dei crimini (anche quando siano propri organi e siano anche di vertice come il Capo dello Stato).



Solo in un secondo momento, e se ricorrono le condizioni indicate dall'art. 17, la competenza spetta alla Corte. Tali condizioni indicano chiaramente che la CPI interviene ogni volta e solo quando lo Stato si dimostri *unable* (incapace) oppure *unwilling* (non intenzionato) di procedere *genuinely* (correttamente) nei confronti della persona interessata sia nella fase delle indagini che del procedimento penale.

Ai sensi dell'**art. 17** la Corte dichiara **improcedibile** (o **inammissibile**) il caso dinanzi a sé (e dunque rimette o lascia il caso alla giurisdizione nazionale competente) nel caso in cui:

1) lo Stato stia già investigando o procedendo «a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento» (art. 17, par. 1, lett. *a*);

2) lo Stato abbia già indagato e abbia deciso di non procedere «a meno che la decisione non costituisca il risultato del rifiuto o della incapacità dello Stato di procedere correttamente» (art. 17, par. 1, lett. *b*);

3) la persona sia già stata giudicata (art. 17, par. 1, lett. *c*), a meno che non si applichi la deroga al divieto di *ne bis in idem* prevista dall'art. 20, par. 3, in base alla quale una persona già giudicata dalla giurisdizione nazionale può comunque essere giudicata una seconda volta dalla CPI se il procedimento nazionale in effetti «mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale» (art. 20, par. 3, lett. *a*) o, comunque, non è stato condotto «in modo indipendente e imparziale, nel rispetto delle garanzie di un processo equo previste dal diritto internazionale» ma è stato condotto proprio al fine di *non* assicurare la persona alla giustizia (art. 20, par. 3, lett. *b*);

4) il fatto non è «di gravità sufficiente da giustificare» l'azione della CPI (art. 17, par. 1, lett. *d*).

Si tratta dell'ipotesi richiamata dal Procuratore con riguardo alla vicenda della "Gaza Freedom Flotilla".

Il par. 2 dell'art. 17 indica poi le circostanze in presenza delle quali si può considerare acclarato il «difetto di volontà» (*unwillingness*) da parte dello Stato procedente perché evidenziano l'intento di proteggere la persona interessata (ritardi ingiustificati,



modalità di conduzione del procedimento o di adozione della decisione, parzialità o non indipendenza del procedimento).

Il par. 3 indica invece le ragioni che possono dimostrare «l'incapacità dello Stato» (*inability*) ad indagare o procedere e che si legano sia a ragioni fattuali (ad esempio, il totale o sostanziale collasso o l'indisponibilità del sistema giudiziario interno, la mancanza di risorse, capacità e professionalità umane e finanziarie che consentano di condurre indagini e procedimenti complessi quali quelli relativi ai crimini internazionali, etc.) che giuridiche (la mancanza di norme interne sostanziali e procedurali che prevedano e puniscano come crimini internazionali certe fattispecie e/o permettano di adempiere gli obblighi di cooperazione imposti dallo Statuto, etc.).

Le valutazioni sull'applicazione della complementarità a vantaggio dello Stato o della CPI sono complesse e difficili.

Se è facile accertare la *unwillingness* di uno Stato nell'ipotesi di un "processo farsa" che, ad esempio, si concluda con un'assoluzione o una condanna lieve per crimini acclarati e molto gravi, è invece molto più difficile accertarla nella fase delle indagini quando è più facile distruggere o non raccogliere certe prove decisive per l'accertamento della responsabilità di una persona.

A ciò si aggiunga poi che non avendo un proprio apparato di polizia giudiziaria il Procuratore si deve comunque affidare alla cooperazione (obbligatoria ai sensi dello Statuto) degli organi competenti degli Stati interessati per indagini o procedimenti che interessano le più alte cariche dello Stato (come nel caso del Kenya).

Si può dunque arrivare alla paradossale situazione di una polizia giudiziaria obbligata a cooperare con il Procuratore per raccogliere le prove a sostegno dell'azione penale promossa, ad esempio, nei confronti del proprio Capo dello Stato.

È questo un altro esempio, dopo quelli legati all'ingerenza del Consiglio di Sicurezza nell'attività della CPI, del possibile cortocircuito tra politica e diritto che in certe situazioni si verifica nel sistema CPI.

Nella fase della *preliminary examination*, la valutazione sulla complementarità è condotta dal Procuratore attraverso un dialogo continuo con lo Stato interessato.



Fino a quando il Procuratore ritiene che lo Stato sia capace ed intenzionato a procedere, non si pone il problema di chiudere la *preliminary examination* ed aprire la *investigation*. In sostanza, ed in linea con lo spirito del sistema della CPI, dipende tutto dallo Stato: ciò spiega perché, a volte, le *preliminary examination* durino molto poco o, al contrario, molto a lungo.

Al fine di accertare l'eventuale competenza della Corte, il Procuratore deve comunque sempre effettuare le valutazioni previste dagli artt. 53 e 17 dello Statuto, anche quando è lo stesso Stato a segnalare alla CPI la commissione sul proprio territorio di crimini internazionali (*self-referral*) e dunque ad "auto-considerare" non procedibile (o non ammissibile) il caso dinanzi alla propria giurisdizione (sempre ovviamente richiamando la propria incapacità e non la mancanza di volontà).

Il *self-referral* indica le ragioni che giustificano l'ammissibilità del caso dinanzi alla CPI e non allo Stato in modo talvolta più o meno generico (Mali e Repubblica Centrafricana) o invece molto specifico (Isole Comore).

Ai sensi dell'art. 19, par. 1, la valutazione sulla competenza della Corte può anche essere promossa d'ufficio (sia durante la *preliminary examination* che durante l'*investigation*) nel caso in cui nello Stato interessato si verificano fatti nuovi (ad esempio, l'approvazione di una legge o la creazione di un organo giudiziario) che possano modificare l'applicazione del criterio di complementarità.

Dato che il mutamento delle circostanze può provocare conseguenze circa l'ammissibilità di un caso dinanzi alla CPI o allo Stato, individuando così una competenza diversa rispetto a quella in precedenza stabilita, lo Statuto non esclude dunque la possibilità che «multiple determinations of admissibility may be made in a given case».

Nella fase dell'*investigation*, invece, il dialogo sulla complementarità tra Stato, Procuratore e CPI si realizza mediante un procedimento formale, di natura incidentale rispetto alle indagini in corso, che si conclude con una *decision* (appellabile) della Camera preliminare assegnata dal Presidente della Corte alla *situation*.



Venendo ora agli **obblighi di cooperazione degli Stati parte nei confronti della CPI**, questi sono di particolare importanza dato che dal pronto ed esatto loro adempimento dipende il funzionamento della Corte per ciò che riguarda l'efficacia delle indagini e delle azioni penali. Come detto, infatti, il Procuratore non ha disposizione una propria polizia giudiziaria e, dunque, si deve affidare alla cooperazione degli Stati.

Essi sono sanciti nella Parte IX dello Statuto (artt. 86-102) che si apre disponendo che gli Stati parte «cooperano pienamente con la Corte nelle inchieste ed azioni giudiziarie che la stessa svolge per reati di sua competenza» (art. 86) e «si adoperano per predisporre nel loro ordinamento nazionale, procedure appropriate per realizzare tutte le forme di cooperazione indicate» nella Parte IX (art. 88).

Le richieste di cooperazione sono trasmesse dalla CPI per via diplomatica o «mediante ogni altro canale appropriato che ciascuno Stato parte può scegliere» od anche mediante INTERPOL od ogni organizzazione regionale competente (art. 87, par. 1, lett. *a-b*).

La richiesta di cooperazione più significativa è quella di arresto e consegna alla Corte della persona ricercata. La richiesta viene indirizzata «a qualsiasi Stato nel cui territorio è suscettibile di trovarsi la persona ricercata» ed è corredata dalla documentazione giustificativa (art. 89, par. 1).

Alle «altre forme di cooperazione» (identificazione di persone, raccolta elementi di prova comprese deposizioni e perizie, interrogatori di indagati o imputati, traduzione di documenti, perquisizioni e confische, protezione vittime e testimoni, etc.) fa riferimento l'art. 93.

In caso di mancata cooperazione, la CPI può deferire lo Stato all'Assemblea degli Stati parte (ASP) e/o al Consiglio di Sicurezza.

Gli Stati non parte possono essere «invitati» dalla Corte «a prestare assistenza» sulla base di un'intesa *ad hoc* o di un accordo stipulato con la CPI oppure «su ogni altra base appropriata» come una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza (art. 87, par. 5, lett. *a*).

Se viene conclusa l'intesa o l'accordo (in mancanza lo Stato non parte non ha ovviamente alcun obbligo di cooperazione), e lo Stato non parte si rende inadempiente, la Corte «può informarne



l'Assemblea degli Stati parte, o il Consiglio di Sicurezza se è stata adita da quest'ultimo» (art. 87, par. 5, lett. b).

Quando la CPI è attivata da una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza, è poi dubbio se tutti gli Stati membri dell'ONU siano automaticamente obbligati a cooperare con la Corte o se l'obbligo debba invece essere espressamente sancito dalla Risoluzione: in base alla prassi degli Stati e del Consiglio è da preferire la seconda ipotesi.

È inoltre incerta l'esatta portata dell'obbligo per gli Stati non parte e, in particolare, se sia incluso anche l'obbligo di arrestare e consegnare il destinatario del mandato di arresto.

Per certo, in caso di *referral* del Consiglio, l'obbligo di piena cooperazione grava sugli Stati direttamente interessati od oggetto della Risoluzione.

L'obbligo di cooperazione con la CPI implica anche il dovuto adeguamento della legislazione internazionale (espressamente sancito dagli artt. 86 e 88) in modo che sia dal punto di vista delle norme sostanziali che procedurali lo Stato parte sia sempre in grado, da un canto, di indagare ed esercitare l'azione penale nei confronti dei responsabili dei crimini internazionali e, dall'altro, di cooperare ed assistere la CPI nelle sue attività.

Del resto, come detto, l'inadeguatezza del sistema interno può determinare la non ammissibilità di un caso dinanzi alla giurisdizione nazionale e dunque l'attivazione della complementarità a favore della giurisdizione della CPI.

Resta da precisare che la **pena applicabile dalla CPI** è quella detentiva fino a un massimo di 30 anni o, «quando giustificato dalla estrema gravità del crimine e dalle circostanze soggettive della persona condannata», l'ergastolo (art. 77, par. 1, lett. b).

In aggiunta la CPI può ordinare: «(a) una ammenda secondo i criteri indicati dalle Regole di Procedura e di Prova; (b) la confisca di proprietà e beni frutto, diretto o indiretto, del crimine, senza pregiudizio per i diritti dei terzi di buona fede» (art. 77, par. 2).

Le pene detentive sono scontate in uno Stato che viene designato, sulla base di una serie di circostanze indicate dall'art. 103, par. 3, dalla Corte a patto che abbia previamente segnalato la disponibilità a ricevere in generale le persone condannate.



Una volta designato per un determinato caso, lo Stato deve poi comunicare se accetta o meno la designazione (art. 103, par. 1).

Ai sensi dell'art. 106, l'esecuzione della pena è soggetta al controllo della Corte e, pur applicandosi alle condizioni di detenzione la legislazione dello Stato di esecuzione, l'esecuzione e le condizioni di detenzione devono comunque essere conformi «alle regole convenzionali internazionali ampiamente accettate che regolano il trattamento dei detenuti» (*widely accepted international treaty standards*).

Gli Stati non possono in alcun caso modificare la pena decisa dalla CPI che sola decide sulla riduzione di pena.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



VI

Immunità dello Stato e dei suoi organi. I tribunali penali internazionali

LEZIONE 58

Il principio di complementarità e gli obblighi di cooperazione con la Corte



Una volta acquisita di propria iniziativa o ricevuta dal Consiglio di Sicurezza, da uno Stato o da un individuo/ONG la segnalazione, il Procuratore effettua una valutazione preliminare (*preliminary examination*) all'esito della quale, se sussiste un «ragionevole fondamento» (*reasonable basis*) per esercitare l'azione giudiziaria, apre una indagine (*investigation*).

Durante la *preliminary examination*, al fine di decidere se aprire poi una *investigation*, il Procuratore deve esaminare:

1) se la Corte ha giurisdizione (*jurisdiction*), vale a dire se vi è un «ragionevole fondamento» per ritenere che un crimine di sua competenza è stato o sta per essere commesso (art. 53, par. 1, lett. a);

2) se il caso è o sarebbe «procedibile» o ammissibile (*admissibility*) sulla base dell'art. 17 che afferma il principio di complementarità (*complementarity*) di cui subito diremo (art. 53, par. 1, lett. b);

3) «se, in considerazione della gravità del reato e degli interessi delle vittime, vi sono motivi gravi di ritenere che un'inchiesta non favorirebbe gli interessi della giustizia» (*interest of justice*) (art. 53, par. 1, lett. c).



Se al termine della valutazione preliminare, ossia «dopo aver valutato le informazioni sottoposte alla sua conoscenza» (art. 53, par. 1), il Procuratore conclude che non sussiste un ragionevole fondamento per avviare le indagini «ne informa coloro che le hanno fornite» (art. 15, par. 6).

Ad esempio, ciò è avvenuto nel 2015 per la valutazione preliminare sulla situazione in Honduras (i fatti denunciati come possibili crimini contro l'umanità non integravano i requisiti richiesti dallo Statuto per essere considerati tali) e nel 2014 per quella in Corea del Sud (i due fatti denunciati come possibili crimini di guerra non erano tali ai sensi del diritto internazionale applicabile al conflitto armato internazionale tra le due Coree).

Se, invece, ritiene che tale ragionevole fondamento sussista, allora chiude la fase della valutazione preliminare ed avvia quella delle indagini.

Nel caso in cui, però, abbia inizialmente agito *motu proprio* (se quindi la segnalazione non fu effettuata da uno Stato o dal Consiglio di Sicurezza), allora il Procuratore deve chiedere l'autorizzazione alla Camera preliminare per avviare le indagini (art. 15, par. 3). La richiesta di avvio delle indagini può essere respinta dalla Camera preliminare senza pregiudizio per «una successiva richiesta fondata su fatti o elementi di prova nuovi, riferiti alla stessa situazione» (art. 15, par. 5).



Sia nella fase della valutazione preliminare che in quella delle indagini è fondamentale la valutazione sulla procedibilità (*admissibility*) del caso che traduce in termini procedurali quel *principio di complementarità* (*complementarity*) che è il vero e proprio criterio che caratterizza il sistema della CPI (già sancito dall'art. 1 dello Statuto che riconosce la Corte come «complementare alle giurisdizioni penali nazionali») per ciò che riguarda la concorrenza tra la giurisdizione della Corte e le giurisdizioni nazionali competenti (tanto quanto lo era nei sistemi ICTY e ICTR il diverso principio della primazia).

In base al principio di complementarità spetta in primo luogo (e, tendenzialmente, anche in via esclusiva) allo Stato che ha giurisdizione esercitare l'azione penale sui responsabili dei crimini (anche quando siano propri organi e siano anche di vertice come il Capo dello Stato).

Solo in un secondo momento, e se ricorrono le condizioni indicate dall'art. 17, la competenza spetta alla Corte. Tali condizioni indicano chiaramente che la CPI interviene ogni volta e solo quando lo Stato si dimostri *unable* (incapace) oppure *unwilling* (non intenzionato) di procedere *genuinely* (correttamente) nei confronti della persona interessata sia nella fase delle indagini che del procedimento penale.



Ai sensi dell'**art. 17** la Corte dichiara **improcedibile** (o **inammissibile**) il caso dinanzi a sé (e dunque rimette o lascia il caso alla giurisdizione nazionale competente) nel caso in cui:

1) lo Stato stia già investigando o procedendo «a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento» (art. 17, par. 1, lett. *a*);

2) lo Stato abbia già indagato e abbia deciso di non procedere «a meno che la decisione non costituisca il risultato del rifiuto o della incapacità dello Stato di procedere correttamente» (art. 17, par. 1, lett. *b*);

3) la persona sia già stata giudicata (art. 17, par. 1, lett. *c*), a meno che non si applichi la deroga al divieto di *ne bis in idem* prevista dall'art. 20, par. 3, in base alla quale una persona già giudicata dalla giurisdizione nazionale può comunque essere giudicata una seconda volta dalla CPI se il procedimento nazionale in effetti «mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale» (art. 20, par. 3, lett. *a*) o, comunque, non è stato condotto «in modo indipendente e imparziale, nel rispetto delle garanzie di un processo equo previste dal diritto internazionale» ma è stato condotto proprio al fine di *non* assicurare la persona alla giustizia (art. 20, par. 3, lett. *b*);



4) il fatto non è «di gravità sufficiente da giustificare» l'azione della CPI (art. 17, par. 1, lett. d).

Si tratta dell'ipotesi richiamata dal Procuratore con riguardo alla vicenda della "Gaza Freedom Flotilla".

Il par. 2 dell'art. 17 indica poi le circostanze in presenza delle quali si può considerare acclarato il «difetto di volontà» (*unwillingness*) da parte dello Stato procedente perché evidenziano l'intento di proteggere la persona interessata (ritardi ingiustificati, modalità di conduzione del procedimento o di adozione della decisione, parzialità o non indipendenza del procedimento).

Il par. 3 indica invece le ragioni che possono dimostrare «l'incapacità dello Stato» (*inability*) ad indagare o procedere e che si legano sia a ragioni fattuali (ad esempio, il totale o sostanziale collasso o l'indisponibilità del sistema giudiziario interno, la mancanza di risorse, capacità e professionalità umane e finanziarie che consentano di condurre indagini e procedimenti complessi quali quelli relativi ai crimini internazionali, etc.) che giuridiche (la mancanza di norme interne sostanziali e procedurali che prevedano e puniscano come crimini internazionali certe fattispecie e/o permettano di adempiere gli obblighi di cooperazione imposti dallo Statuto, etc.).

Le valutazioni sull'applicazione della complementarità a vantaggio dello Stato o della CPI sono complesse e difficili.



Se è facile accertare la *unwillingness* di uno Stato nell'ipotesi di un "processo farsa" che, ad esempio, si concluda con un'assoluzione o una condanna lieve per crimini acclarati e molto gravi, è invece molto più difficile accertarla nella fase delle indagini quando è più facile distruggere o non raccogliere certe prove decisive per l'accertamento della responsabilità di una persona.

A ciò si aggiunga poi che non avendo un proprio apparato di polizia giudiziaria il Procuratore si deve comunque affidare alla cooperazione (obbligatoria ai sensi dello Statuto) degli organi competenti degli Stati interessati per indagini o procedimenti che interessano le più alte cariche dello Stato (come nel caso del Kenya).

Si può dunque arrivare alla paradossale situazione di una polizia giudiziaria obbligata a cooperare con il Procuratore per raccogliere le prove a sostegno dell'azione penale promossa, ad esempio, nei confronti del proprio Capo dello Stato.

È questo un altro esempio, dopo quelli legati all'ingerenza del Consiglio di Sicurezza nell'attività della CPI, del possibile cortocircuito tra politica e diritto che in certe situazioni si verifica nel sistema CPI.

Nella fase della *preliminary examination*, la valutazione sulla complementarità è condotta dal Procuratore attraverso un dialogo continuo con lo Stato interessato.



Facoltà di Giurisprudenza

Fino a quando il Procuratore ritiene che lo Stato sia capace ed intenzionato a procedere, non si pone il problema di chiudere la *preliminary examination* ed aprire la *investigation*. In sostanza, ed in linea con lo spirito del sistema della CPI, dipende tutto dallo Stato: ciò spiega perché, a volte, le *preliminary examination* durino molto poco o, al contrario, molto a lungo.

Al fine di accertare l'eventuale competenza della Corte, il Procuratore deve comunque sempre effettuare le valutazioni previste dagli artt. 53 e 17 dello Statuto, anche quando è lo stesso Stato a segnalare alla CPI la commissione sul proprio territorio di crimini internazionali (*self-referral*) e dunque ad "auto-considerare" non procedibile (o non ammissibile) il caso dinanzi alla propria giurisdizione (sempre ovviamente richiamando la propria incapacità e non la mancanza di volontà).

Il *self-referral* indica le ragioni che giustificano l'ammissibilità del caso dinanzi alla CPI e non allo Stato in modo talvolta più o meno generico (Mali e Repubblica Centrafricana) o invece molto specifico (Isole Comore).

Ai sensi dell'art. 19, par. 1, la valutazione sulla competenza della Corte può anche essere promossa d'ufficio (sia durante la *preliminary examination* che durante l'*investigation*) nel caso in cui nello Stato interessato si verificano fatti nuovi (ad esempio, l'approvazione di una legge o la creazione di un organo giudiziario) che possano modificare l'applicazione del criterio di complementarità.



Facoltà di Giurisprudenza

Dato che il mutamento delle circostanze può provocare conseguenze circa l'ammissibilità di un caso dinanzi alla CPI o allo Stato, individuando così una competenza diversa rispetto a quella in precedenza stabilita, lo Statuto non esclude dunque la possibilità che «multiple determinations of admissibility may be made in a given case».

Nella fase dell'*investigation*, invece, il dialogo sulla complementarità tra Stato, Procuratore e CPI si realizza mediante un procedimento formale, di natura incidentale rispetto alle indagini in corso, che si conclude con una *decision* (appellabile) della Camera preliminare assegnata dal Presidente della Corte alla *situation*.

Venendo ora agli **obblighi di cooperazione degli Stati parte nei confronti della CPI**, questi sono di particolare importanza dato che dal pronto ed esatto loro adempimento dipende il funzionamento della Corte per ciò che riguarda l'efficacia delle indagini e delle azioni penali. Come detto, infatti, il Procuratore non ha disposizione una propria polizia giudiziaria e, dunque, si deve affidare alla cooperazione degli Stati.

Essi sono sanciti nella Parte IX dello Statuto (artt. 86-102) che si apre disponendo che gli Stati parte «cooperano pienamente con la Corte nelle inchieste ed azioni giudiziarie che la stessa svolge per reati di sua competenza» (art. 86) e «si adoperano per predisporre nel loro ordinamento nazionale, procedure appropriate per realizzare tutte le forme di cooperazione indicate» nella Parte IX (art. 88).



Facoltà di Giurisprudenza

Le richieste di cooperazione sono trasmesse dalla CPI per via diplomatica o «mediante ogni altro canale appropriato che ciascuno Stato parte può scegliere» od anche mediante INTERPOL od ogni organizzazione regionale competente (art. 87, par. 1, lett. *a-b*).

La richiesta di cooperazione più significativa è quella di arresto e consegna alla Corte della persona ricercata. La richiesta viene indirizzata «a qualsiasi Stato nel cui territorio è suscettibile di trovarsi la persona ricercata» ed è corredata dalla documentazione giustificativa (art. 89, par. 1).

Alle «altre forme di cooperazione» (identificazione di persone, raccolta elementi di prova comprese deposizioni e perizie, interrogatori di indagati o imputati, traduzione di documenti, perquisizioni e confische, protezione vittime e testimoni, etc.) fa riferimento l'art. 93.

In caso di mancata cooperazione, la CPI può deferire lo Stato all'Assemblea degli Stati parte (ASP) e/o al Consiglio di Sicurezza.

Gli Stati non parte possono essere «invitati» dalla Corte «a prestare assistenza» sulla base di un'intesa *ad hoc* o di un accordo stipulato con la CPI oppure «su ogni altra base appropriata» come una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza (art. 87, par. 5, lett. *a*).

Se viene conclusa l'intesa o l'accordo (in mancanza lo Stato non parte non ha ovviamente alcun obbligo di cooperazione), e lo Stato non parte si rende inadempiente, la Corte «può informarne l'Assemblea degli Stati parte, o il Consiglio di Sicurezza se è stata adita da quest'ultimo» (art. 87, par. 5, lett. *b*).



Quando la CPI è attivata da una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza, è poi dubbio se tutti gli Stati membri dell'ONU siano automaticamente obbligati a cooperare con la Corte o se l'obbligo debba invece essere espressamente sancito dalla Risoluzione: in base alla prassi degli Stati e del Consiglio è da preferire la seconda ipotesi.

È inoltre incerta l'esatta portata dell'obbligo per gli Stati non parte e, in particolare, se sia incluso anche l'obbligo di arrestare e consegnare il destinatario del mandato di arresto.

Per certo, in caso di *referral* del Consiglio, l'obbligo di piena cooperazione grava sugli Stati direttamente interessati od oggetto della Risoluzione.

L'obbligo di cooperazione con la CPI implica anche il dovuto adeguamento della legislazione internazionale (espressamente sancito dagli artt. 86 e 88) in modo che sia dal punto di vista delle norme sostanziali che procedurali lo Stato parte sia sempre in grado, da un canto, di indagare ed esercitare l'azione penale nei confronti dei responsabili dei crimini internazionali e, dall'altro, di cooperare ed assistere la CPI nelle sue attività.

Del resto, come detto, l'inadeguatezza del sistema interno può determinare la non ammissibilità di un caso dinanzi alla giurisdizione nazionale e dunque l'attivazione della complementarità a favore della giurisdizione della CPI.



Facoltà di Giurisprudenza

Resta da precisare che la **pena applicabile dalla CPI** è quella detentiva fino a un massimo di 30 anni o, «quando giustificato dalla estrema gravità del crimine e dalle circostanze soggettive della persona condannata», l'ergastolo (art. 77, par. 1, lett. b).

In aggiunta la CPI può ordinare: «(a) una ammenda secondo i criteri indicati dalle Regole di Procedura e di Prova; (b) la confisca di proprietà e beni frutto, diretto o indiretto, del crimine, senza pregiudizio per i diritti dei terzi di buona fede» (art. 77, par. 2).

Le pene detentive sono scontate in uno Stato che viene designato, sulla base di una serie di circostanze indicate dall'art. 103, par. 3, dalla Corte a patto che abbia previamente segnalato la disponibilità a ricevere in generale le persone condannate.

Una volta designato per un determinato caso, lo Stato deve poi comunicare se accetta o meno la designazione (art. 103, par. 1).

Ai sensi dell'art. 106, l'esecuzione della pena è soggetta al controllo della Corte e, pur applicandosi alle condizioni di detenzione la legislazione dello Stato di esecuzione, l'esecuzione e le condizioni di detenzione devono comunque essere conformi «alle regole convenzionali internazionali ampiamente accettate che regolano il trattamento dei detenuti» (*widely accepted international treaty standards*).

Gli Stati non possono in alcun caso modificare la pena decisa dalla CPI che sola decide sulla riduzione di pena.



Insegnamento di Diritto internazionale

VII Le Nazioni Unite

59. Dalla Società delle Nazioni all'Organizzazione delle Nazioni Unite

I profili teorici di natura generale relativi alle organizzazioni internazionali, inclusa l'ONU, sono già stati evidenziati, in particolare nella Parte I del presente Corso.

Può tuttavia essere utile in questa sede ribadire che le organizzazioni internazionali sono *sovrastrutture* (e non *strutture*) dell'ordinamento giuridico internazionale e rispetto agli Stati membri sono *autonome* (anche in larga misura) ma non *indipendenti*.

Con specifico riguardo all'ONU si è altresì dato conto del fatto che la *Carta delle Nazioni Unite* non esaurisce, né codifica *in toto* il diritto internazionale generale così come del ruolo svolto dall'organizzazione e, soprattutto, dal Consiglio di Sicurezza nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e nel garantire il rispetto del divieto di uso o minaccia di uso della forza nelle relazioni internazionali sancito dall'art. 2, par. 4, della Carta.

Si è, infine, già illustrata la tesi di chi, in Dottrina, considera, in determinate situazioni, il Consiglio di Sicurezza quale «organo materiale della Comunità internazionale» (in particolare per l'attuazione degli obblighi *erga omnes*) e, inoltre, anche facendo riferimento al sistema delle Nazioni Unite si sono ricostruite le dinamiche socio-giuridiche di manifestazione ed attuazione dell'*auctoritas* internazionale, intesa come volontà collettiva della società degli Stati.

In termini generali, e senza voler sminuire il ruolo e l'importanza politica e giuridica dell'ONU nelle relazioni internazionali post-belliche, dunque, si è più volte evidenziato come sia più consona ad



una interpretazione realistica di tali relazioni la descrizione giuridica dell'ONU quale un fenomeno ad appartenenza volontaria che, senza prefigurare o determinare modifiche strutturali di quelle relazioni in senso universalista o globalista, si limita ad “organizzare” sotto molteplici aspetti la cooperazione internazionale interstatuale.

Del resto, da un secolo a questa parte, l'orientamento generale della società internazionale va proprio nella direzione di una cooperazione sempre più stretta ed articolata a livello internazionale anche in ragione della ormai necessitata interdipendenza economica e politica a livello globale.

Questo orientamento ebbe come prima conseguenza giuridica la creazione al termine della prima Guerra Mondiale della **Società delle Nazioni** di cui erano membri inizialmente 42 Stati arrivati poi fino a 57.

Questa organizzazione internazionale rappresentò il primo tentativo (sostanzialmente fallito) di istituire un foro di dialogo e cooperazione interstatuale finalizzato ad evitare o limitare il ricorso alla guerra e, in generale, all'uso della forza nelle relazioni internazionali, introducendo il principio della risoluzione pacifica delle controversie internazionali.

In termini di organi principali, la struttura dell'ONU ricalcherà poi quella della Società delle Nazioni con un assemblea plenaria sfornita di poteri vincolanti (l'Assemblea della Società e l'AG dell'ONU), un organo a partecipazione ristretta e privilegiata dotato di poteri vincolanti ed incisivi (il Consiglio della Società ed il Consiglio di Sicurezza dell'ONU), un organo di amministrazione dell'apparato burocratico (il Segretariato dell'una e dell'altra organizzazione) ed un organo giurisdizionale incaricato di risolvere le controversie tra i membri (la CPGI e la CIG).

Per il resto, è difficile fare altri paragoni tra le due organizzazioni.

L'ampiezza ed il numero delle competenze dell'ONU (e finora anche il suo destino) non sono comparabili con quelle della Società delle Nazioni il cui fine essenziale e, di fatto, esclusivo era garantire relazioni pacifiche tra i suoi membri.



L'ONU, in aggiunta a questo fondamentale e primario obiettivo, ne persegue anche molti altri.

La Società delle Nazioni cesserà formalmente di esistere nel 1946 ma già dalla seconda metà degli anni Trenta non ricopriva più un ruolo significativo rispetto agli eventi in atto e durante la guerra non ebbe alcun peso.

Il suo declino iniziò con la crisi cino-giapponese del 1931: a fronte della richiesta cinese al Consiglio di porre un freno all'espansionismo nipponico nella provincia cinese della Manciuria, la Società non riuscì ad impedire nel 1932 la costituzione di uno Stato fantoccio (il Manciukuò) posto formalmente sotto la protezione dell'Impero giapponese. Le proteste internazionali determinarono poi il Giappone ad uscire dalla Società delle Nazioni. Anche l'Italia, dopo le sanzioni adottate dal Consiglio per la guerra d'Etiopia del 1936, lasciò la Società nel 1937. Infine, nel 1939, dopo l'invasione della Finlandia il Consiglio espulse l'Unione Sovietica.

Preso atto del fallimento della Società, già durante la guerra Stati Uniti e Gran Bretagna cominciarono a pianificare dal punto di vista politico, commerciale ed economico il futuro ordine post-bellico.

Nell'agosto del 1941, infatti, il Presidente americano Roosevelt ed il Primo Ministro britannico Churchill tennero l'*Atlantic Conference*, ossia si incontrarono a bordo della nave da guerra statunitense *Augusta* (all'ancora nella base navale di Argentia nel Newfoundland, Canada) non solo per discutere della guerra ma anche per prefigurare l'ordine mondiale post-bellico. All'esito dell'incontro fu emanata una dichiarazione politica congiunta (la *Atlantic Charter*) in cui si indicavano otto «common principles» che avrebbero governato in futuro le relazioni internazionali. Tra questi, il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali; la liberalizzazione a beneficio di tutti del commercio internazionale e dell'accesso alle materie prime; l'autodeterminazione dei popoli; il miglioramento per tutti delle condizioni di lavoro, della sicurezza sociale e del progresso economico, ecc.

Come poi è avvenuto, il nuovo ordine anglo-americano si sarebbe fondato su quattro organizzazioni internazionali a



partecipazione universale, ciascuna competente in un settore chiave delle relazioni internazionali:

- la prima, a competenza politica, chiamata a mantenere la pace e la sicurezza internazionale (l'ONU, nata nel 1945);
- la seconda, a competenza commerciale, chiamata ad amministrare il commercio internazionale secondo i dettami del neoliberismo (la mai nata ITO, *International Trade Organization*, ma dal 1994 la WTO, *World Trade Organization*);
- la terza e la quarta, a competenza economico-finanziaria, chiamate a disciplinare la cooperazione internazionale in materia (Banca mondiale e Fondo monetario internazionale, nate nel 1944).

La marcia d'avvicinamento alla Conferenza di San Francisco del 1945 che istituì l'ONU fu scandita sin dal 1941 da una serie di Vertici e Dichiarazioni tra gli Stati alleati (le "Nazioni Unite", appunto) contro le Potenze dell'Asse (Germania, Italia e Giappone).

I principi enunciati nell'*Atlantic Charter* del 14 agosto 1941 furono accettati da ventisei Stati alleati nella Dichiarazione di Washington del 1° gennaio 1942 (la *Dichiarazione delle Nazioni Unite*).

Ai 26 Stati che firmarono la Dichiarazione di Washington (Australia, Belgio, Canada, Cecoslovacchia, Cina, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Grecia, Guatemala, Haiti, Honduras, India, Jugoslavia, Lussemburgo, Nicaragua, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Panama, Polonia, Regno Unito, Repubblica Dominicana, Stati Uniti, Sud Africa, Unione Sovietica) si aggiunsero nei successivi tre anni, nell'ordine, altri 21 Stati (Messico, Filippine, Etiopia, Iraq, Brasile, Bolivia, Iran, Colombia, Liberia, Francia, Ecuador, Peru, Cile, Paraguay, Venezuela, Uruguay, Turchia, Egitto, Arabia Saudita, Libano e Siria).

In particolare le strategie degli Alleati vennero pianificate in una serie di incontri e conferenze tra Stati Uniti, Regno Unito, Cina ed Unione Sovietica, così delineando la futura *membership* a titolo permanente in seno al Consiglio di Sicurezza.



Nella **Dichiarazione sulla sicurezza collettiva** adottata a Mosca il 30 ottobre **1943** da Stati Uniti, Unione Sovietica e Cina si faceva espresso riferimento alla necessità di creare una organizzazione internazionale per garantire la pace e la sicurezza a livello internazionale e nelle Conferenze di Dumbarton Oaks nei pressi di Washington di agosto 1944 (tra Stati Uniti, Regno Unito e Unione Sovietica) e di ottobre 1944 (tra Stati Uniti, Regno Unito e Cina) fu elaborato in sostanza il progetto della futura Carta dell'ONU.

Di particolare importanza fu poi la Conferenza tenutasi a Yalta (in realtà, a Livodzia) in Crimea nel febbraio del 1945 tra Unione Sovietica, Regno Unito e Stati Uniti. In questa, infatti, i tre Stati, ormai vincitori della guerra, si accordarono sulla regola di voto che sarebbe stata applicata in Consiglio di Sicurezza autoattribuendosi il famigerato diritto di veto.

A **Yalta** fu anche convocata per il 25 aprile **1945** a San Francisco la **Conferenza diplomatica** che preparò la versione definitiva della Carta dell'ONU. La Conferenza di San Francisco fu aperta solo a chi prima del 1945 avesse dichiarato guerra alle Potenze dell'Asse (fu fatta una eccezione per l'Argentina) e avesse firmato la *Dichiarazione delle Nazioni Unite* del 1942.

Durata due mesi, la Conferenza si concluse dopo lunghi ed estenuanti negoziati il **26 giugno 1945** con l'**adozione per acclamazione della Carta delle Nazioni Unite** e la contestuale **firma** dei 50 Stati presenti (*Stati firmatari originari*, in effetti 51 includendovi anche la Polonia).

La Carta, come lo Statuto della CIG, è depositata negli archivi del Governo degli Stati Uniti. Alla Conferenza di San Francisco parteciparono 50 Stati e furono esclusi gli Stati nemici, gli Stati neutrali e l'Italia.

Alla Polonia, che non partecipò ai lavori perché mancava l'accordo tra gli Stati occidentali e l'URSS su quale Governo la dovesse rappresentare (quello in esilio a Londra o quello provvisorio e filosovietico insediatosi dopo il ritiro dal Paese della Germania), fu ugualmente attribuito lo status di Stato firmatario originario anche se la firma fu apposta il 15 ottobre 1945 (l'accordo fu trovato troppo tardi



perché la delegazione polacca potesse raggiungere San Francisco per firmare la Carta prima della conclusione della Conferenza).

Ai sensi dell'art. 110, par. 3, della Carta, con il deposito del ventinovesimo strumento di ratifica (incluse le ratifiche dei cinque membri permanenti) il **24 ottobre 1945 la Carta entrò in vigore** (entro il 27 dicembre dello stesso anno anche tutti gli altri Stati firmatari depositarono il proprio strumento di ratifica).



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



VII

Le Nazioni Unite

LEZIONE 59

Dalla Società delle Nazioni all'Organizzazione delle Nazioni Unite



I profili teorici di natura generale relativi alle organizzazioni internazionali, inclusa l'ONU, sono già stati evidenziati, in particolare nella Parte I del presente Corso.

Può tuttavia essere utile in questa sede ribadire che le organizzazioni internazionali sono *sovrastrutture* (e non *strutture*) dell'ordinamento giuridico internazionale e rispetto agli Stati membri sono *autonome* (anche in larga misura) ma non *indipendenti*.

Con specifico riguardo all'ONU si è altresì dato conto del fatto che la *Carta delle Nazioni Unite* non esaurisce, né codifica *in toto* il diritto internazionale generale così come del ruolo svolto dall'organizzazione e, soprattutto, dal Consiglio di Sicurezza nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e nel garantire il rispetto del divieto di uso o minaccia di uso della forza nelle relazioni internazionali sancito dall'art. 2, par. 4, della Carta.

Si è, infine, già illustrata la tesi di chi, in Dottrina, considera, in determinate situazioni, il Consiglio di Sicurezza quale «organo materiale della Comunità internazionale» (in particolare per l'attuazione degli obblighi *erga omnes*) e, inoltre, anche facendo riferimento al sistema delle Nazioni Unite si sono ricostruite le dinamiche socio-giuridiche di manifestazione ed attuazione dell'*auctoritas* internazionale, intesa come volontà collettiva della società degli Stati.



In termini generali, e senza voler sminuire il ruolo e l'importanza politica e giuridica dell'ONU nelle relazioni internazionali post-belliche, dunque, si è più volte evidenziato come sia più consona ad una interpretazione realistica di tali relazioni la descrizione giuridica dell'ONU quale un fenomeno ad appartenenza volontaria che, senza prefigurare o determinare modifiche strutturali di quelle relazioni in senso universalista o globalista, si limita ad "organizzare" sotto molteplici aspetti la cooperazione internazionale interstatuale.

Del resto, da un secolo a questa parte, l'orientamento generale della società internazionale va proprio nella direzione di una cooperazione sempre più stretta ed articolata a livello internazionale anche in ragione della ormai necessitata interdipendenza economica e politica a livello globale.

Questo orientamento ebbe come prima conseguenza giuridica la creazione al termine della prima Guerra Mondiale della **Società delle Nazioni** di cui erano membri inizialmente 42 Stati arrivati poi fino a 57.

Questa organizzazione internazionale rappresentò il primo tentativo (sostanzialmente fallito) di istituire un foro di dialogo e cooperazione interstatuale finalizzato ad evitare o limitare il ricorso alla guerra e, in generale, all'uso della forza nelle relazioni internazionali, introducendo il principio della risoluzione pacifica delle controversie internazionali.



In termini di organi principali, la struttura dell'ONU ricalcherà poi quella della Società delle Nazioni con un assemblea plenaria sfornita di poteri vincolanti (l'Assemblea della Società e l'AG dell'ONU), un organo a partecipazione ristretta e privilegiata dotato di poteri vincolanti ed incisivi (il Consiglio della Società ed il Consiglio di Sicurezza dell'ONU), un organo di amministrazione dell'apparato burocratico (il Segretariato dell'una e dell'altra organizzazione) ed un organo giurisdizionale incaricato di risolvere le controversie tra i membri (la CPGI e la CIG).

Per il resto, è difficile fare altri paragoni tra le due organizzazioni.

L'ampiezza ed il numero delle competenze dell'ONU (e finora anche il suo destino) non sono comparabili con quelle della Società delle Nazioni il cui fine essenziale e, di fatto, esclusivo era garantire relazioni pacifiche tra i suoi membri.

L'ONU, in aggiunta a questo fondamentale e primario obiettivo, ne persegue anche molti altri.

La Società delle Nazioni cesserà formalmente di esistere nel 1946 ma già dalla seconda metà degli anni Trenta non ricopriva più un ruolo significativo rispetto agli eventi in atto e durante la guerra non ebbe alcun peso.



Il suo declino iniziò con la crisi cino-giapponese del 1931: a fronte della richiesta cinese al Consiglio di porre un freno all'espansionismo nipponico nella provincia cinese della Manciuria, la Società non riuscì ad impedire nel 1932 la costituzione di uno Stato fantoccio (il Manciukuò) posto formalmente sotto la protezione dell'Impero giapponese. Le proteste internazionali determinarono poi il Giappone ad uscire dalla Società delle Nazioni. Anche l'Italia, dopo le sanzioni adottate dal Consiglio per la guerra d'Etiopia del 1936, lasciò la Società nel 1937. Infine, nel 1939, dopo l'invasione della Finlandia il Consiglio espulse l'Unione Sovietica.

Preso atto del fallimento della Società, già durante la guerra Stati Uniti e Gran Bretagna cominciarono a pianificare dal punto di vista politico, commerciale ed economico il futuro ordine post-bellico.

Nell'agosto del 1941, infatti, il Presidente americano Roosevelt ed il Primo Ministro britannico Churchill tennero l'*Atlantic Conference*, ossia si incontrarono a bordo della nave da guerra statunitense *Augusta* (all'ancora nella base navale di Argentia nel Newfoundland, Canada) non solo per discutere della guerra ma anche per prefigurare l'ordine mondiale post-bellico. All'esito dell'incontro fu emanata una dichiarazione politica congiunta (la *Atlantic Charter*) in cui si indicavano otto «common principles» che avrebbero governato in futuro le relazioni internazionali. Tra questi, il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali;



la liberalizzazione a beneficio di tutti del commercio internazionale e dell'accesso alle materie prime; l'autodeterminazione dei popoli; il miglioramento per tutti delle condizioni di lavoro, della sicurezza sociale e del progresso economico, ecc.

Come poi è avvenuto, il nuovo ordine anglo-americano si sarebbe fondato su quattro organizzazioni internazionali a partecipazione universale, ciascuna competente in un settore chiave delle relazioni internazionali:

- la prima, a competenza politica, chiamata a mantenere la pace e la sicurezza internazionale (l'ONU, nata nel 1945);
- la seconda, a competenza commerciale, chiamata ad amministrare il commercio internazionale secondo i dettami del neoliberismo (la mai nata ITO, *International Trade Organization*, ma dal 1994 la WTO, *World Trade Organization*);
- la terza e la quarta, a competenza economico-finanziaria, chiamate a disciplinare la cooperazione internazionale in materia (Banca mondiale e Fondo monetario internazionale, nate nel 1944).



La marcia d'avvicinamento alla Conferenza di San Francisco del 1945 che istituì l'ONU fu scandita sin dal 1941 da una serie di Vertici e Dichiarazioni tra gli Stati alleati (le "Nazioni Unite", appunto) contro le Potenze dell'Asse (Germania, Italia e Giappone).

I principi enunciati nell'*Atlantic Charter* del 14 agosto 1941 furono accettati da ventisei Stati alleati nella Dichiarazione di Washington del 1° gennaio 1942 (la *Dichiarazione delle Nazioni Unite*).

Ai 26 Stati che firmarono la Dichiarazione di Washington (Australia, Belgio, Canada, Cecoslovacchia, Cina, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Grecia, Guatemala, Haiti, Honduras, India, Jugoslavia, Lussemburgo, Nicaragua, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Panama, Polonia, Regno Unito, Repubblica Dominicana, Stati Uniti, Sud Africa, Unione Sovietica) si aggiunsero nei successivi tre anni, nell'ordine, altri 21 Stati (Messico, Filippine, Etiopia, Iraq, Brasile, Bolivia, Iran, Colombia, Liberia, Francia, Ecuador, Peru, Cile, Paraguay, Venezuela, Uruguay, Turchia, Egitto, Arabia Saudita, Libano e Siria).

In particolare le strategie degli Alleati vennero pianificate in una serie di incontri e conferenze tra Stati Uniti, Regno Unito, Cina ed Unione Sovietica, così delineando la futura *membership* a titolo permanente in seno al Consiglio di Sicurezza.



Nella **Dichiarazione sulla sicurezza collettiva** adottata a Mosca il 30 ottobre **1943** da Stati Uniti, Unione Sovietica e Cina si faceva espresso riferimento alla necessità di creare una organizzazione internazionale per garantire la pace e la sicurezza a livello internazionale e nelle Conferenze di Dumbarton Oaks nei pressi di Washington di agosto 1944 (tra Stati Uniti, Regno Unito e Unione Sovietica) e di ottobre 1944 (tra Stati Uniti, Regno Unito e Cina) fu elaborato in sostanza il progetto della futura Carta dell'ONU.

Di particolare importanza fu poi la Conferenza tenutasi a Yalta (in realtà, a Livodia) in Crimea nel febbraio del 1945 tra Unione Sovietica, Regno Unito e Stati Uniti. In questa, infatti, i tre Stati, ormai vincitori della guerra, si accordarono sulla regola di voto che sarebbe stata applicata in Consiglio di Sicurezza autoattribuendosi il famigerato diritto di veto.

A **Yalta** fu anche convocata per il 25 aprile **1945** a San Francisco la **Conferenza diplomatica** che preparò la versione definitiva della Carta dell'ONU. La Conferenza di San Francisco fu aperta solo a chi prima del 1945 avesse dichiarato guerra alle Potenze dell'Asse (fu fatta una eccezione per l'Argentina) e avesse firmato la *Dichiarazione delle Nazioni Unite* del 1942.



Durata due mesi, la Conferenza si concluse dopo lunghi ed estenuanti negoziati il **26 giugno 1945** con l'**adozione per acclamazione della Carta delle Nazioni Unite** e la contestuale **firma** dei 50 Stati presenti (*Stati firmatari originari*, in effetti 51 includendovi anche la Polonia).

La Carta, come lo Statuto della CIG, è depositata negli archivi del Governo degli Stati Uniti. Alla Conferenza di San Francisco parteciparono 50 Stati e furono esclusi gli Stati nemici, gli Stati neutrali e l'Italia.

Alla Polonia, che non partecipò ai lavori perché mancava l'accordo tra gli Stati occidentali e l'URSS su quale Governo la dovesse rappresentare (quello in esilio a Londra o quello provvisorio e filosovietico insediatosi dopo il ritiro dal Paese della Germania), fu ugualmente attribuito lo status di Stato firmatario originario anche se la firma fu apposta il 15 ottobre 1945 (l'accordo fu trovato troppo tardi perché la delegazione polacca potesse raggiungere San Francisco per firmare la Carta prima della conclusione della Conferenza).

Ai sensi dell'art. 110, par. 3, della Carta, con il deposito del ventinovesimo strumento di ratifica (incluse le ratifiche dei cinque membri permanenti) il **24 ottobre 1945 la Carta entrò in vigore** (entro il 27 dicembre dello stesso anno anche tutti gli altri Stati firmatari depositarono il proprio strumento di ratifica).



Insegnamento di Diritto internazionale

VII Le Nazioni Unite

60. Acquisto e perdita dello status di membro dell'ONU. Emendamento e revisione della Carta

Con riguardo agli Stati che, come si è detto nella precedente lezione, non erano stati invitati alla Conferenza di San Francisco, nonché per gli Stati costituitisi in un momento successivo, la procedura di ammissione è stabilita dall'**art. 4** della **Carta** delle Nazioni Unite, ai sensi del quale:

«1. Possono diventare Membri delle Nazioni Unite tutti gli altri Stati amanti della pace che accettino gli obblighi del presente Statuto e che, a giudizio dell'Organizzazione, siano capaci di adempiere tali obblighi e disposti a farlo; 2. L'ammissione quale Membro delle Nazioni Unite di uno Stato che adempia a tali condizioni è effettuata con decisione dell'Assemblea Generale su proposta del Consiglio di Sicurezza».

A differenza di altre organizzazioni (come la FAO e l'OMC) che ammettono anche la *membership* di organizzazioni internazionali, possono essere membri dell'ONU **solo gli Stati**.

Trattandosi di una **ammissione**, la procedura presuppone una richiesta dello Stato candidato (indirizzata al Segretario Generale e contenente l'espressa dichiarazione di cui all'art. 4, par. 1, cioè l'accettazione degli obblighi della Carta) e l'accettazione dell'ONU, previa verifica dei requisiti richiesti.

In particolare, il requisito di essere «amante della pace» è inteso in senso molto lato e non significa avere una forma di governo democratica. Anche l'accettazione degli obblighi statutari e la capacità



di adempierli non ha un valore oggettivo, essendo ogni valutazione rimessa all'ONU.

Non sorprende quindi che, al di là di casi sporadici dovuti ad interessi politici e al veto di uno dei membri permanenti (Taiwan, le due Coree dopo la separazione, le due Germanie prima della riunificazione, ecc.), l'ammissione sia stata di fatto automatica.

In concreto, è il Consiglio di Sicurezza (da qui: Consiglio) ad esaminare lo Stato candidato e poi a proporlo con Raccomandazione all'Assemblea Generale (da qui: AG) per la deliberazione conclusiva.

In caso di parere non favorevole del Consiglio, l'AG non può deliberare ma solo invitare il Consiglio a riconsiderare diversamente la richiesta dello Stato candidato.

Il Consiglio decide a maggioranza di 9 voti su 15, incluso il voto favorevole dei 5 membri permanenti. L'AG decide a maggioranza dei due terzi dei membri presenti e votanti. Nella prassi più recente il Consiglio ha deciso per *consensus* (senza votare) e l'AG per acclamazione. La Raccomandazione favorevole del Consiglio costituisce quindi il presupposto necessario per la successiva delibera dell'AG.

Ad oggi vi sono 193 Stati membri. Gli ultimi Stati ad essere stati ammessi sono stati Kiribati, Nauru e Tonga (nel 1999), Serbia (ammessa nel 2000 come Repubblica Federale di Jugoslavia, poi nel 2003 divenuta Serbia-Montenegro ed infine nel 2006 Repubblica di Serbia), Svizzera e Timor-Leste (nel 2002), Montenegro (nel 2006) e Sud Sudan (nel 2011).

La Santa Sede e, dal 2012, la Palestina hanno lo status di Stati non membri «osservatori permanenti» presso l'AG che gli consente di partecipare sempre alle sessioni e ai lavori e di mantenere una missione presso la sede dell'ONU. Lo status non è contemplato dalla Carta ma si è affermato nella prassi sin dal 1946 quando il Segretario Generale accolse la Svizzera come osservatore permanente. Talvolta questo status ha preceduto l'ammissione dello Stato come membro di pieno diritto (ad esempio, Austria, Finlandia, Italia e Giappone).

Pur non avendo il diritto di voto in Assemblea, gli osservatori permanenti possono partecipare attivamente ai lavori prendendo la parola, accedendo alla documentazione e così via. Anche a numerose



organizzazioni internazionali ed altre entità è conferito lo status di osservatore permanente (alcune mantengono anche *permanent offices* presso la sede dell'ONU).

In particolare, tra le organizzazioni internazionali che hanno sia lo status che i *permanent offices* si ricordi l'UA, la CARICOM, l'ECOWAS, l'UE, la CPI, Interpol, l'IOM, l'ISA, l'ITLOS, la Lega Araba e l'OIC. Tra quelle che hanno lo status ma non anche i *permanent offices*, si ricordi l'*African Development Bank*, la Comunità andina, l'*Asian Development Bank*, l'ASEAN, la CIS, il Consiglio d'Europa, il *Customs Cooperation Council*, la Commissione per l'Oceano Indiano, il Fondo internazionale per il salvataggio del Lago Aral, la Conferenza internazionale sulla regione dei Grandi Laghi dell'Africa, il Parlamento Latinoamericano, il Forum delle Isole del Pacifico, l'OAS, la PCA, l'UNASUR e la *Shanghai Cooperation Organization*. Tra le entità che hanno lo status e mantengono i *permanent offices*, si ricordi il CICR, il CIO e lo SMOM.

Tornando alla *membership* degli Stati, una volta divenuto membro, lo Stato:

1. può essere sospeso (in tutto o in parte) dall'esercizio dei diritti;
2. può essere espulso;
3. può recedere.

1. La sospensione

La **sospensione** determina l'impossibilità temporanea di esercitare i diritti connessi allo status di membro ma non la perdita della titolarità (come invece accade in caso di espulsione o recesso).

La **sospensione totale**, prevista dall'art. 5, è sanzione aggiuntiva a quelle eventualmente già irrogate ai sensi del capitolo VII della Carta (artt. 40, 41 e 42) e viene comminata su proposta del Consiglio dall'AG a maggioranza dei due terzi dei membri presenti e votanti, vale a dire di quegli Stati che votano (non importa se a favore o contro) e non si astengono (le astensioni non sono computate nel *quorum*).



Determina, tra le altre cose, la sospensione del diritto di voto in tutti gli organi dell'organizzazione.

In aggiunta la sospensione totale fa venire meno il diritto di concorrere alla formazione del *consensus*, il diritto di partecipare alle discussioni, il diritto di elettorato attivo e passivo, il diritto ai benefici dei servizi dell'ONU, il diritto di eleggere i membri della Corte internazionale di giustizia e di partecipare alle procedure di emendamento e revisione della Carta.

La **sospensione parziale**, invece, è prevista dall'art. 19 per lo Stato «che sia in arretrato nel pagamento dei suoi contributi finanziari all'Organizzazione» per i due anni precedenti (salvo che il mancato pagamento sia imputabile a «circostanze indipendenti dalla sua volontà») e comporta solamente l'impossibilità per lo Stato di votare in seno all'AG.

2. L'espulsione

L'**espulsione** comporta la perdita dello status di membro ed è disciplinata dall'art. 6.

Viene comminata dall'AG su proposta del Consiglio in caso di persistente violazione dei principi della Carta.

Nell'unico caso di proposta espulsione (nei confronti del Sud Africa per la politica di *apartheid*) la bozza di Risoluzione S/11543 del 24 ottobre 1974 ebbe il veto di Francia, Stati Uniti e Regno Unito.

3. Il recesso

Il **recesso** non è espressamente previsto dalla Carta ma è ovviamente ipotizzabile.

Anche sulla base dei lavori preparatori della Carta, si ritiene che il recesso possa avvenire legittimamente solo in circostanze eccezionali e/o in caso di mutamento fondamentale delle circostanze (clausola *rebus sic stantibus*) e che dunque fuori da queste ipotesi uno Stato non potrebbe recedere.

Condivisibile o meno che sia questa conclusione in punto di diritto, appare comunque difficile immaginare come in concreto



l'inefficacia del recesso possa applicarsi ad uno Stato ormai di fatto fuoriuscito. La tesi è inoltre smentita dall'unico caso di recesso verificatosi, quello dell'Indonesia dall'inizio del 1965 alla fine del 1966 in segno di protesta contro l'elezione della Malesia a membro non permanente del Consiglio di Sicurezza, in cui non rilevarono certo circostanze eccezionali ma solo motivi politici di carattere non eccezionale.

- **Le modifiche alla Carta dell'ONU**

In tema di modifiche della Carta, va distinta l'ipotesi dell'emendamento (art. 108) da quella della revisione (art. 109).

In linea di principio, gli *emendamenti* implicano modifiche minori e meno importanti rispetto a quelle che derivano da una *revisione*.

Vero è che, in concreto, anche un emendamento può comportare conseguenze giuridiche di notevole portata, così come una revisione può al contrario determinare mutamenti non altrettanto significativi. In tale ottica, quindi, la distinzione non va certamente esagerata perché «labile».

In ogni caso, la Carta prevede procedure diverse per il caso di emendamento e per quello di revisione.

In caso di emendamento, è sufficiente che la Risoluzione dell'AG, adottata a maggioranza dei due terzi di tutti gli Stati membri (e non solo di quelli presenti e votanti), sia ratificata da almeno due terzi dei membri «ivi compresi tutti i membri permanenti del Consiglio di Sicurezza» affinché l'emendamento entri in vigore per *tutti* gli Stati membri (art. 108).

In caso di revisione, è invece necessario convocare, previa doppia votazione dei due terzi di tutti gli Stati membri in AG e di «nove membri qualsiasi del Consiglio» (art. 109, par. 1), una Conferenza generale dei Membri delle Nazioni Unite.

Se la Conferenza decide a maggioranza dei due terzi degli Stati la revisione della Carta, la modifica entra in vigore per *tutti* gli Stati membri dopo che è stata ratificata da due terzi degli Stati membri «ivi



compresi tutti i membri permanenti del Consiglio di Sicurezza» (art. 109, par. 2).

Si noti che qualunque modifica, di emendamento o di revisione, della Carta è condizionata giuridicamente al volere dei cinque Stati membri permanenti del Consiglio di Sicurezza. Basta che anche uno solo non ratifichi la modifica perché questa non entri in vigore indipendentemente dal numero di altre ratifiche intervenute.

Ad oggi la Carta è stata solo emendata in occasione degli ampliamenti del Consiglio di Sicurezza (nel 1963 il numero dei membri non permanenti salì da 6 a 10) e dell'ECOSOC (nel 1963 i membri passarono da 18 a 27 e nel 1973 da 27 a 54) per far fronte all'aumento degli Stati membri a seguito del processo di decolonizzazione. Sono stati dunque emendati gli artt. 23, 27, 61 e 109, par. 1. Il *quorum* in Consiglio di Sicurezza è dunque passata da 7 voti su 11 a 9 voti su 15.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



VII

Le Nazioni Unite

LEZIONE 60

Acquisto e perdita dello status di membro dell'ONU. Emendamento e revisione della Carta



Con riguardo agli Stati che, come si è detto nella precedente lezione, non erano stati invitati alla Conferenza di San Francisco, nonché per gli Stati costituitisi in un momento successivo, la procedura di ammissione è stabilita dall'**art. 4** della **Carta** delle Nazioni Unite, ai sensi del quale:

«1. Possono diventare Membri delle Nazioni Unite tutti gli altri Stati amanti della pace che accettino gli obblighi del presente Statuto e che, a giudizio dell'Organizzazione, siano capaci di adempiere tali obblighi e disposti a farlo; 2. L'ammissione quale Membro delle Nazioni Unite di uno Stato che adempia a tali condizioni è effettuata con decisione dell'Assemblea Generale su proposta del Consiglio di Sicurezza».

A differenza di altre organizzazioni (come la FAO e l'OMC) che ammettono anche la *membership* di organizzazioni internazionali, possono essere membri dell'ONU **solo gli Stati**.

Trattandosi di una **ammissione**, la procedura presuppone una richiesta dello Stato candidato (indirizzata al Segretario Generale e contenente l'espressa dichiarazione di cui all'art. 4, par. 1, cioè l'accettazione degli obblighi della Carta) e l'accettazione dell'ONU, previa verifica dei requisiti richiesti.

In particolare, il requisito di essere «amante della pace» è inteso in senso molto lato e non significa avere una forma di governo democratica. Anche l'accettazione degli obblighi statutari e la capacità di adempierli non ha un valore oggettivo, essendo ogni valutazione rimessa all'ONU.



Non sorprende quindi che, al di là di casi sporadici dovuti ad interessi politici e al veto di uno dei membri permanenti (Taiwan, le due Coree dopo la separazione, le due Germanie prima della riunificazione, ecc.), l'ammissione sia stata di fatto automatica.

In concreto, è il Consiglio di Sicurezza (da qui: Consiglio) ad esaminare lo Stato candidato e poi a proporlo con Raccomandazione all'Assemblea Generale (da qui: AG) per la deliberazione conclusiva.

In caso di parere non favorevole del Consiglio, l'AG non può deliberare ma solo invitare il Consiglio a riconsiderare diversamente la richiesta dello Stato candidato.

Il Consiglio decide a maggioranza di 9 voti su 15, incluso il voto favorevole dei 5 membri permanenti. L'AG decide a maggioranza dei due terzi dei membri presenti e votanti. Nella prassi più recente il Consiglio ha deciso per *consensus* (senza votare) e l'AG per acclamazione. La Raccomandazione favorevole del Consiglio costituisce quindi il presupposto necessario per la successiva delibera dell'AG.

Ad oggi vi sono 193 Stati membri. Gli ultimi Stati ad essere stati ammessi sono stati Kiribati, Nauru e Tonga (nel 1999), Serbia (ammessa nel 2000 come Repubblica Federale di Jugoslavia, poi nel 2003 divenuta Serbia-Montenegro ed infine nel 2006 Repubblica di Serbia), Svizzera e Timor-Leste (nel 2002), Montenegro (nel 2006) e Sud Sudan (nel 2011).



La Santa Sede e, dal 2012, la Palestina hanno lo status di Stati non membri «osservatori permanenti» presso l'AG che gli consente di partecipare sempre alle sessioni e ai lavori e di mantenere una missione presso la sede dell'ONU. Lo status non è contemplato dalla Carta ma si è affermato nella prassi sin dal 1946 quando il Segretario Generale accolse la Svizzera come osservatore permanente. Talvolta questo status ha preceduto l'ammissione dello Stato come membro di pieno diritto (ad esempio, Austria, Finlandia, Italia e Giappone).

Pur non avendo il diritto di voto in Assemblea, gli osservatori permanenti possono partecipare attivamente ai lavori prendendo la parola, accedendo alla documentazione e così via. Anche a numerose organizzazioni internazionali ed altre entità è conferito lo status di osservatore permanente (alcune mantengono anche *permanent offices* presso la sede dell'ONU). In particolare, tra le organizzazioni internazionali che hanno sia lo status che i *permanent offices* si ricordi l'UA, la CARICOM, l'ECOWAS, l'UE, la CPI, Interpol, l'IOM, l'ISA, l'ITLOS, la Lega Araba e l'OIC. Tra quelle che hanno lo status ma non anche i *permanent offices*, si ricordi l'*African Development Bank*, la Comunità andina, l'*Asian Development Bank*, l'ASEAN, la CIS, il Consiglio d'Europa, il *Customs Cooperation Council*, la Commissione per l'Oceano Indiano, il Fondo internazionale per il salvataggio del Lago Aral, la Conferenza internazionale sulla regione dei Grandi Laghi dell'Africa, il Parlamento Latinoamericano, il Forum delle Isole del Pacifico, l'OAS, la PCA, l'UNASUR e la *Shanghai Cooperation Organization*. Tra le entità che hanno lo status e mantengono i *permanent offices*, si ricordi il CICR, il CIO e lo SMOM.



Tornando alla *membership* degli Stati, una volta divenuto membro, lo Stato:

1. può essere sospeso (in tutto o in parte) dall'esercizio dei diritti;
2. può essere espulso;
3. può recedere.



1. La sospensione

La **sospensione** determina l'impossibilità temporanea di esercitare i diritti connessi allo status di membro ma non la perdita della titolarità (come invece accade in caso di espulsione o recesso).

La **sospensione totale**, prevista dall'art. 5, è sanzione aggiuntiva a quelle eventualmente già irrogate ai sensi del capitolo VII della Carta (artt. 40, 41 e 42) e viene comminata su proposta del Consiglio dall'AG a maggioranza dei due terzi dei membri presenti e votanti, vale a dire di quegli Stati che votano (non importa se a favore o contro) e non si astengono (le astensioni non sono computate nel *quorum*).

Determina, tra le altre cose, la sospensione del diritto di voto in tutti gli organi dell'organizzazione.

In aggiunta la sospensione totale fa venire meno il diritto di concorrere alla formazione del *consensus*, il diritto di partecipare alle discussioni, il diritto di elettorato attivo e passivo, il diritto ai benefici dei servizi dell'ONU, il diritto di eleggere i membri della Corte internazionale di giustizia e di partecipare alle procedure di emendamento e revisione della Carta.

La **sospensione parziale**, invece, è prevista dall'art. 19 per lo Stato «che sia in arretrato nel pagamento dei suoi contributi finanziari all'Organizzazione» per i due anni precedenti (salvo che il mancato pagamento sia imputabile a «circostanze indipendenti dalla sua volontà») e comporta solamente l'impossibilità per lo Stato di votare in seno all'AG.



2. L'espulsione

L'**espulsione** comporta la perdita dello status di membro ed è disciplinata dall'art. 6.

Viene comminata dall'AG su proposta del Consiglio in caso di persistente violazione dei principi della Carta.

Nell'unico caso di proposta espulsione (nei confronti del Sud Africa per la politica di *apartheid*) la bozza di Risoluzione S/11543 del 24 ottobre 1974 ebbe il veto di Francia, Stati Uniti e Regno Unito.



3. Il recesso

Il **recesso** non è espressamente previsto dalla Carta ma è ovviamente ipotizzabile.

Anche sulla base dei lavori preparatori della Carta, si ritiene che il recesso possa avvenire legittimamente solo in circostanze eccezionali e/o in caso di mutamento fondamentale delle circostanze (clausola *rebus sic stantibus*) e che dunque fuori da queste ipotesi uno Stato non potrebbe recedere.

Condivisibile o meno che sia questa conclusione in punto di diritto, appare comunque difficile immaginare come in concreto l'inefficacia del recesso possa applicarsi ad uno Stato ormai di fatto fuoriuscito. La tesi è inoltre smentita dall'unico caso di recesso verificatosi, quello dell'Indonesia dall'inizio del 1965 alla fine del 1966 in segno di protesta contro l'elezione della Malesia a membro non permanente del Consiglio di Sicurezza, in cui non rilevarono certo circostanze eccezionali ma solo motivi politici di carattere non eccezionale.



- **Le modifiche alla Carta dell'ONU**

In tema di modifiche della Carta, va distinta l'ipotesi dell'emendamento (art. 108) da quella della revisione (art. 109).

In linea di principio, gli *emendamenti* implicano modifiche minori e meno importanti rispetto a quelle che derivano da una *revisione*.

Vero è che, in concreto, anche un emendamento può comportare conseguenze giuridiche di notevole portata, così come una revisione può al contrario determinare mutamenti non altrettanto significativi. In tale ottica, quindi, la distinzione non va certamente esagerata perché «labile».

In ogni caso, la Carta prevede procedure diverse per il caso di emendamento e per quello di revisione.

In caso di emendamento, è sufficiente che la Risoluzione dell'AG, adottata a maggioranza dei due terzi di tutti gli Stati membri (e non solo di quelli presenti e votanti), sia ratificata da almeno due terzi dei membri «ivi compresi tutti i membri permanenti del Consiglio di Sicurezza» affinché l'emendamento entri in vigore per *tutti* gli Stati membri (art. 108).



In caso di revisione, è invece necessario convocare, previa doppia votazione dei due terzi di tutti gli Stati membri in AG e di «nove membri qualsiasi del Consiglio» (art. 109, par. 1), una Conferenza generale dei Membri delle Nazioni Unite.

Se la Conferenza decide a maggioranza dei due terzi degli Stati la revisione della Carta, la modifica entra in vigore per *tutti* gli Stati membri dopo che è stata ratificata da due terzi degli Stati membri «ivi compresi tutti i membri permanenti del Consiglio di Sicurezza» (art. 109, par. 2).

Si noti che qualunque modifica, di emendamento o di revisione, della Carta è condizionata giuridicamente al volere dei cinque Stati membri permanenti del Consiglio di Sicurezza. Basta che anche uno solo non ratifichi la modifica perché questa non entri in vigore indipendentemente dal numero di altre ratifiche intervenute.

Ad oggi la Carta è stata solo emendata in occasione degli ampliamenti del Consiglio di Sicurezza (nel 1963 il numero dei membri non permanenti salì da 6 a 10) e dell'ECOSOC (nel 1963 i membri passarono da 18 a 27 e nel 1973 da 27 a 54) per far fronte all'aumento degli Stati membri a seguito del processo di decolonizzazione. Sono stati dunque emendati gli artt. 23, 27, 61 e 109, par. 1. Il *quorum* in Consiglio di Sicurezza è dunque passata da 7 voti su 11 a 9 voti su 15.



Insegnamento di Diritto internazionale

VII Le Nazioni Unite

61. L'Assemblea Generale

L'art. 7, par. 1, della Carta indica i 6 organi principali:

1. Assemblea generale
2. Consiglio di Sicurezza
3. Corte internazionale di giustizia
4. Consiglio economico e sociale (ECOSOC)
5. Segretariato
6. Consiglio di Amministrazione Fiduciaria.

Quelli sopra citati sono **organi principali** perché creati e disciplinati nelle loro linee essenziali direttamente dalla Carta.

Gli **organi sussidiari** sono invece quelli creati, e soppressi, dagli organi principali con un loro atto (art. 7, par. 2).

L'organo è quindi sussidiario dell'organo principale che lo ha creato e non dell'organizzazione in quanto tale.

Ciò comporta che la creazione dell'organo sussidiario deve essere «necessaria» e «in accordance with the Charter», cioè nei limiti delle competenze attribuite dalla Carta all'organo principale che istituisce il sussidiario (per la possibilità del Consiglio di istituire quali organi sussidiari i tribunali penali internazionali).

Gli artt. 9-22 della Carta riguardano l'AG, unico organo in cui siedono tutti gli Stati membri dell'ONU (organo plenario).

Basta essere ammessi come membri per avere anche un seggio e un voto (che è uguale per tutti gli Stati qualunque sia il loro peso politico, economico, militare, demografico, etc.).

Ai sensi dell'art. 18, per le questioni «importanti» (una lista esemplificativa si legge nel par. 2 dell'art. 18) la maggioranza richiesta



è di due terzi degli Stati membri presenti e votanti (le astensioni non sono computate ai fini del *quorum*); per tutte le «altre questioni», invece, la maggioranza è semplice (la metà più uno degli Stati membri presenti e votanti).

Nella prassi si ricorre poi spesso alla procedura del *consenso* o della *acclamazione*.

In caso di **acclamazione**, l'accordo tra tutti gli Stati è talmente scontato e incondizionato che non si procede neanche alla votazione.

In caso di **consenso**, invece, la situazione è opposta: essendo difficile trovare un accordo specifico sulla questione, si preferisce un accordo di compromesso più generico (e di solito meramente programmatico) da adottare senza votazione (a meno che non ci siano obiezioni manifeste da parte di alcuni Stati).

L'AG è un **organo collettivo**, composto di Stati (i delegati che partecipano ai lavori assembleari sono organi degli Stati) che lavora per sessioni annuali ordinarie (che si chiudono intorno alla metà di settembre: nel 2016 è in corso la 70^a sessione) e speciali (convocate d'urgenza di fronte a gravi crisi internazionali).

Essendo organo collettivo, l'attività è imputata a tutti gli Stati membri e decidendo in modo collegiale l'AG esprime una volontà unitaria.

Gli artt. 10-19 disciplinano la maggior parte dei poteri e delle funzioni dell'AG (anche altre norme della Carta attribuiscono specifiche competenze all'AG).

L'art. 10 attribuisce il potere generale di «discutere qualsiasi questione od argomento che rientri nei fini [della Carta] o che abbia riferimento ai poteri ed alle funzioni degli organi previsti» dalla Carta. Al potere di *discutere* si ricollega il potere altrettanto generale di fare *raccomandazioni* sia agli Stati membri che al Consiglio di Sicurezza «su qualsiasi di tali questioni od argomenti».

Per i poteri attribuiti all'AG dagli artt. 11-12 in tema di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, si rinvia a quanto già detto nelle lezioni specificamente dedicate a questo tema.

In questa sede ci limitiamo a ribadire che i poteri dell'AG in questo ambito (e, più in generale, in qualsiasi altro ambito di competenza dell'ONU) fanno di quest'organo un foro politico di



dialogo, discussione e confronto tra gli Stati membri sprovvisto di poteri vincolanti.

Rinviando alla Parte VIII del presente Corso per l'azione dell'AG in materia di diritti umani, va ora evidenziato il potere, attribuito dall'art. 17, di «esaminare ed approvare» (*consider and approve*) il bilancio dell'ONU o, *rectius*, la «molteplicità dei bilanci delle Nazioni Unite».

Si tratta di un potere di notevole rilievo non solo per l'ovvia importanza che il documento di bilancio assume in qualunque organizzazione ma anche per il fatto che in materia l'AG emana Decisioni vincolanti, e non mere Raccomandazioni, per tutti gli Stati membri. Dopo aver determinato la ripartizione tra gli Stati delle spese dell'organizzazione (ossia la quota dovuta da ciascuno Stato), l'AG adotta il bilancio, a maggioranza di due terzi dei Membri presenti e votanti, con propria Decisione vincolante anche per gli Stati dissenzienti.

Il bilancio è biennale e la ripartizione è in funzione della capacità contributiva dello Stato.

Come detto, l'art. 19 permette di sospendere l'esercizio del diritto di voto dello Stato che sia in arretrato di almeno due anni con il pagamento della sua quota a meno che lo Stato non dimostri la sussistenza di «conditions beyond their control».

A livello terminologico il termine «decisione» è sinonimo di «risoluzione», cioè di «deliberazione finale adottata dall'Assemblea stessa in quanto organo collegiale».

Fuori dal caso specifico dell'art. 17 che attribuisce valore vincolante alla deliberazione dell'AG, il valore degli atti, come detto, è sempre non vincolante e, quindi, *raccomandatorio* nella misura in cui invita i destinatari a conformarsi a quanto indicato nell'atto.

In dottrina, si è affermato che, pur non vincolanti, le Risoluzioni contenenti raccomandazioni dell'AG, quando legittimamente adottate, producono comunque un *effetto di liceità* autorizzando lo Stato membro a comportarsi secondo l'esortazione ivi contenuta.

I limiti di tale «autorizzazione» sono incerti e controversi. Si discute, ad esempio, se l'effetto di liceità (che scaturirebbe da un atto *non* vincolante) permetta allo Stato di derogare ad obblighi



internazionali già assunti (sulla falsariga di quanto avviene, ai sensi dell'art. 103, per gli atti vincolanti dell'ONU) o se, invece, produca effetti giuridici di minore portata.

Resta infine da ricordare il potere dell'AG di istituire, ai sensi dell'art. 22, quegli organi sussidiari «che ritenga necessari per l'adempimento delle sue funzioni».

L'AG ha istituito una pletera di organi sussidiari che si dividono in *Boards*, *Commissions* (tra cui la CDI e la *Peacebuilding Commission*), *Committees*, *Councils and Panels*, *Working Groups and Other*.

Tra i *Boards* si ricordi quello degli *Auditors* creato nel 1946.

Tra le *Commissions*, quella sul disarmo (creata nel 1952) e quella sul diritto del commercio internazionale (UNCITRAL, creata nel 1966).

Tra i *Committees* (non solo permanenti ma anche *ad hoc*, *executive*, *advisory*, *special*, etc.) si ricordino, oltre a quelli in materia di diritti umani di cui si dirà, quello consultivo sulle questioni amministrative e di bilancio (*Advisory Committee on Administrative and Budgetary Questions*, creato nel 1947).

Tra i *Councils* e *Panels*, si ricordi l'HRC e il *Governing Council* dell'UNEP (creato nel 1972).

Infine tra i *Working Groups* si ricordi quello sulla riforma del Consiglio di Sicurezza (creato nel 1993) e quello sulla situazione finanziaria dell'ONU (creato nel 1995).



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



VII

Le Nazioni Unite

LEZIONE 61

L'Assemblea Generale



L'art. 7, par. 1, della Carta indica i 6 organi principali:

1. Assemblea generale
2. Consiglio di Sicurezza
3. Corte internazionale di giustizia
4. Consiglio economico e sociale (ECOSOC)
5. Segretariato
6. Consiglio di Amministrazione Fiduciaria.

Quelli sopra citati sono **organi principali** perché creati e disciplinati nelle loro linee essenziali direttamente dalla Carta.

Gli **organi sussidiari** sono invece quelli creati, e soppressi, dagli organi principali con un loro atto (art. 7, par. 2).

L'organo è quindi sussidiario dell'organo principale che lo ha creato e non dell'organizzazione in quanto tale.



Ciò comporta che la creazione dell'organo sussidiario deve essere «necessaria» e «in accordance with the Charter», cioè nei limiti delle competenze attribuite dalla Carta all'organo principale che istituisce il sussidiario (per la possibilità del Consiglio di istituire quali organi sussidiari i tribunali penali internazionali).

Gli artt. 9-22 della Carta riguardano l'AG, unico organo in cui siedono tutti gli Stati membri dell'ONU (organo plenario).

Basta essere ammessi come membri per avere anche un seggio e un voto (che è uguale per tutti gli Stati qualunque sia il loro peso politico, economico, militare, demografico, etc.).

Ai sensi dell'art. 18, per le questioni «importanti» (una lista esemplificativa si legge nel par. 2 dell'art. 18) la maggioranza richiesta è di due terzi degli Stati membri presenti e votanti (le astensioni non sono computate ai fini del *quorum*); per tutte le «altre questioni», invece, la maggioranza è semplice (la metà più uno degli Stati membri presenti e votanti).

Nella prassi si ricorre poi spesso alla procedura del *consenso* o della *acclamazione*.

In caso di **acclamazione**, l'accordo tra tutti gli Stati è talmente scontato e incondizionato che non si procede neanche alla votazione.



In caso di **consenso**, invece, la situazione è opposta: essendo difficile trovare un accordo specifico sulla questione, si preferisce un accordo di compromesso più generico (e di solito meramente programmatico) da adottare senza votazione (a meno che non ci siano obiezioni manifeste da parte di alcuni Stati).

L'AG è un **organo collettivo**, composto di Stati (i delegati che partecipano ai lavori assembleari sono organi degli Stati) che lavora per sessioni annuali ordinarie (che si chiudono intorno alla metà di settembre: nel 2016 è in corso la 70^a sessione) e speciali (convocate d'urgenza di fronte a gravi crisi internazionali).

Essendo organo collettivo, l'attività è imputata a tutti gli Stati membri e decidendo in modo collegiale l'AG esprime una volontà unitaria.

Gli artt. 10-19 disciplinano la maggior parte dei poteri e delle funzioni dell'AG (anche altre norme della Carta attribuiscono specifiche competenze all'AG).

L'art. 10 attribuisce il potere generale di «discutere qualsiasi questione od argomento che rientri nei fini [della Carta] o che abbia riferimento ai poteri ed alle funzioni degli organi previsti» dalla Carta. Al potere di *discutere* si ricollega il potere altrettanto generale di fare *raccomandazioni* sia agli Stati membri che al Consiglio di Sicurezza «su qualsiasi di tali questioni od argomenti».



Facoltà di Giurisprudenza

Per i poteri attribuiti all'AG dagli artt. 11-12 in tema di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, si rinvia a quanto già detto nelle lezioni specificamente dedicate a questo tema.

In questa sede ci limitiamo a ribadire che i poteri dell'AG in questo ambito (e, più in generale, in qualsiasi altro ambito di competenza dell'ONU) fanno di quest'organo un foro politico di dialogo, discussione e confronto tra gli Stati membri sprovvisto di poteri vincolanti.

Rinviando alla Parte VIII del presente Corso per l'azione dell'AG in materia di diritti umani, va ora evidenziato il potere, attribuito dall'art. 17, di «esaminare ed approvare» (*consider and approve*) il bilancio dell'ONU o, *rectius*, la «molteplicità dei bilanci delle Nazioni Unite».

Si tratta di un potere di notevole rilievo non solo per l'ovvia importanza che il documento di bilancio assume in qualunque organizzazione ma anche per il fatto che in materia l'AG emana Decisioni vincolanti, e non mere Raccomandazioni, per tutti gli Stati membri. Dopo aver determinato la ripartizione tra gli Stati delle spese dell'organizzazione (ossia la quota dovuta da ciascuno Stato), l'AG adotta il bilancio, a maggioranza di due terzi dei Membri presenti e votanti, con propria Decisione vincolante anche per gli Stati dissenzienti. Il bilancio è biennale e la ripartizione è in funzione della capacità contributiva dello Stato.



Come detto, l'art. 19 permette di sospendere l'esercizio del diritto di voto dello Stato che sia in arretrato di almeno due anni con il pagamento della sua quota a meno che lo Stato non dimostri la sussistenza di «conditions beyond their control».

A livello terminologico il termine «decisione» è sinonimo di «risoluzione», cioè di «deliberazione finale adottata dall'Assemblea stessa in quanto organo collegiale».

Fuori dal caso specifico dell'art. 17 che attribuisce valore vincolante alla deliberazione dell'AG, il valore degli atti, come detto, è sempre non vincolante e, quindi, *raccomandatorio* nella misura in cui invita i destinatari a conformarsi a quanto indicato nell'atto.

In dottrina, si è affermato che, pur non vincolanti, le Risoluzioni contenenti raccomandazioni dell'AG, quando legittimamente adottate, producono comunque un *effetto di liceità* autorizzando lo Stato membro a comportarsi secondo l'esortazione ivi contenuta.

I limiti di tale "autorizzazione" sono incerti e controversi. Si discute, ad esempio, se l'effetto di liceità (che scaturirebbe da un atto *non* vincolante) permetta allo Stato di derogare ad obblighi internazionali già assunti (sulla falsariga di quanto avviene, ai sensi dell'art. 103, per gli atti vincolanti dell'ONU) o se, invece, produca effetti giuridici di minore portata.



Resta infine da ricordare il potere dell'AG di istituire, ai sensi dell'art. 22, quegli organi sussidiari «che ritenga necessari per l'adempimento delle sue funzioni».

L'AG ha istituito una pletora di organi sussidiari che si dividono in *Boards, Commissions* (tra cui la CDI e la *Peacebuilding Commission*), *Committees, Councils and Panels, Working Groups and Other*.

Tra i *Boards* si ricordi quello degli *Auditors* creato nel 1946.

Tra le *Commissions*, quella sul disarmo (creata nel 1952) e quella sul diritto del commercio internazionale (UNCITRAL, creata nel 1966).

Tra i *Committees* (non solo permanenti ma anche *ad hoc, executive, advisory, special*, etc.) si ricordino, oltre a quelli in materia di diritti umani di cui si dirà, quello consultivo sulle questioni amministrative e di bilancio (*Advisory Committee on Administrative and Budgetary Questions*, creato nel 1947).

Tra i *Councils* e *Panels*, si ricordi l'HRC e il *Governing Council* dell'UNEP (creato nel 1972).

Infine tra i *Working Groups* si ricordi quello sulla riforma del Consiglio di Sicurezza (creato nel 1993) e quello sulla situazione finanziaria dell'ONU (creato nel 1995).



Insegnamento di Diritto internazionale

VII Le Nazioni Unite

62. Il Consiglio di Sicurezza, il diritto di veto e i propositi di riforma

Tra gli altri organi principali delle Nazioni Unite vi è, come detto, il Consiglio di Sicurezza.

Il campo d'azione primario del Consiglio di Sicurezza è quello dei capitoli VI e VII della Carta e, dunque, attiene al regolamento pacifico delle controversie internazionali e all'azione, anche coecitativa quando necessario, per il mantenimento ed il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale quando minacciate o violate.

Per questi aspetti, si rinvia a quanto già detto, in particolare, nella Parte IV del presente Corso e, con riguardo alla creazione dei tribunali penali internazionali, alla Parte VI.

Si ricordi ancora che l'esercizio della primaria responsabilità nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (prevalente su quella concorrente dell'AG) fu "conferita" dagli Stati membri al Consiglio affinché l'organo agisse in nome di tutti («act on their behalf»).

In realtà, già prima della Conferenza di San Francisco del 1945 gli attuali Membri permanenti (e in particolare Unione Sovietica, Stati Uniti e Regno Unito) avevano programmato la creazione di un organo a partecipazione ristretta e privilegiata al quale attribuire questa importante funzione.

Alla Conferenza di San Francisco, dunque, più che di "conferimento" da parte degli altri Stati si trattò in effetti di autoattribuzione dei poteri e della funzione da parte dei Membri permanenti con ben poco spazio per qualunque eventuale negoziazione.



Anche il diritto di veto previsto dall'art. 27, par. 3, della Carta (ma già concordato tra Stati Uniti, Regno Unito ed Unione Sovietica nel corso della Conferenza di Yalta) fu la conseguenza della sua autoattribuzione da parte dei Membri permanenti.

Il diritto di veto (ossia il potere per ciascuno dei cinque Membri permanenti di impedire l'adozione di una Risoluzione ai sensi del capitolo VII della Carta con il proprio voto contrario) fu giustificato dal punto di vista politico come il "contraltare" all'assunzione da parte dei cinque Stati della gravosa responsabilità di mantenere la pace e la sicurezza internazionale e fu qualificato dal punto di vista giuridico come una situazione correlata al «dovere», sancito espressamente dall'art. 24, del Consiglio di mantenere la pace e la sicurezza internazionale.

La prassi successiva al 1945 ha smentito tali presupposti. Il diritto di veto quasi sempre è stato utilizzato per proteggere gli interessi individuali del singolo Membro permanente (o degli Stati suoi alleati) e poche volte per l'interesse collettivo della società internazionale degli Stati. A volte, il Consiglio ha adottato due pesi e due misure (*double standard*) in funzione degli interessi in gioco e spesso non ha potuto adottare le necessarie Risoluzioni per il veto (anche solo minacciato) di uno o più Membri permanenti.

Ai fini dell'esercizio del diritto di veto, la Carta distingue tra «questioni procedurali» (*procedural matters*), dove il veto non si può utilizzare e le Risoluzioni sono quindi adottate con il voto di nove Stati qualunque (art. 27, par. 2), e le «altre questioni» (*all other matters*), dove il veto si può utilizzare e le Risoluzioni sono adottate «con un voto favorevole di nove Membri, nel quale siano compresi i voti dei Membri permanenti» (art. 27, par. 3).

La prassi del Consiglio ha poi interpretato l'art. 27, par. 3, nel senso di attribuire al Membro permanente la *facoltà* di astenersi dal voto e non invece l'*obbligo* di votare come sarebbe stato invece più appropriato e logico se il veto fosse stato effettivamente inteso come una situazione giuridica strumentale all'adempimento di un dovere, di una responsabilità nei confronti dell'intera società internazionale.

L'**astensione** (intesa come una sorta di consenso implicito o comunque di opposizione non ostativa) non impedisce quindi



l'adozione della Risoluzione e secondo la dottrina e la CIG si è formata a tal riguardo una consuetudina interna alla Carta di natura integrativa.

Va poi evidenziato che neanche quando il Membro permanente abbia un interesse diretto e contrario nella questione sottoposta all'esame del Consiglio sorge l'obbligo di astenersi.

Gli unici casi di astensione obbligatoria previsti dall'art. 27, par. 3, hanno un ambito di applicazione ristretto alle sole fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione del cap. VI della Carta, che disciplina i poteri del Consiglio per la soluzione pacifica delle controversie e non trovano dunque applicazione in tema di decisioni adottate in caso di minaccia alla pace e di atti di aggressione, in relazione alle quali il Consiglio si troverà pertanto sempre nell'oggettiva impossibilità di procedere nei confronti di un membro permanente.

Non sorprende quindi che non siano mai state adottate Risoluzioni in contrasto con gli interessi del Membro permanente come, ad esempio, nel caso della mancata adozione di una Risoluzione di censura nei confronti degli Stati Uniti per l'inesecuzione della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Nicaragua*.

In alcuni casi si è poi registrata l'**assenza** del Membro permanente dalle riunioni del Consiglio (l'URSS in segno di protesta contro l'Iran e la Cina nazionalista disertò alcune riunioni nel 1946 e mancò per 6 mesi nel 1950).

In questi casi, comunque, il Consiglio adottò ugualmente alcune Risoluzioni nonostante l'URSS le avesse ritenute illegittime.

Sembra quindi che l'assenza, come l'astensione, non equivalga ad un veto, sebbene per la fattispecie dell'assenza non possa dirsi formata una prassi interna.

- **Le proposte di riforma del diritto di veto in seno al Consiglio di Sicurezza**

Da lungo tempo il diritto di veto è oggetto di numerose proposte di riforma (da parte ovviamente di chi non ha tale potere) in senso limitativo o abolitivo.



Le proposte sono duramente osteggiate non solo dai Membri permanenti ma anche da chi, come gli Stati africani, mira a riformare il Consiglio aumentando il numero di seggi permanenti per poi ottenerne uno.

Fermo restando che qualunque modifica dell'art. 27 richiederebbe comunque la ratifica dei cinque Membri permanenti (il che rende alquanto utopica la speranza di riformare il veto), le proposte di riforma sono ormai molteplici (alcune chiedono addirittura l'abolizione del veto) e, tra le tante, meritano di essere ricordate:

1) la proposta di motivare il veto da parte del Membro permanente.

La proposta non richiede l'emendamento della Carta, non introduce nuovi vincoli giuridici per il Membro permanente e nasce in sostanza da una iniziativa tedesca del 1999.

Il Membro permanente sarebbe solamente chiamato ad illustrare la posizione assunta spiegando le ragioni politiche e giuridiche a fondamento del veto utilizzato ed il documento contenente le motivazioni circolerebbe tra tutti gli Stati membri dell'ONU. Da un punto di vista giuridico nulla cambierebbe nel senso che il diritto di utilizzare il veto, pur motivato, rimarrebbe immutato; in termini politici, però, l'obbligo di motivazione costringerebbe i Membri permanenti ad utilizzare il veto in modo più trasparente e responsabile, rendendo così più difficile usare il veto unilateralmente per proteggere gli interessi nazionali;

2) la proposta di rendere vincolante l'Allegato alla Risoluzione 267 (III) del 14 aprile 1949 dell'AG in cui sono elencate le questioni che vanno considerate, ai sensi dell'art. 27, par. 2, come «procedurali» e quindi non soggette a veto.

Una volta aggiornato (ad esempio, considerando procedurali anche le decisioni prese ai sensi del capitolo VI della Carta e dell'art. 40), l'Allegato, una volta incorporato nel Regolamento di Procedura del Consiglio, diverrebbe vincolante. Si noti come già nel 1949 la Risoluzione 267 (III), al punto 3(c), raccomandasse ai Membri permanenti di utilizzare il veto «only when they consider the question of vital importance, taking into account the interest of the United



Nations as a whole, and to state upon what ground they consider this condition to be present»;

3) la proposta di limitare l'utilizzo del veto alle sole questioni inerenti il capitolo VII della Carta con l'ulteriore impegno ad usarlo solo quando gli interessi vitali del Membro permanente sono effettivamente in gioco («vital interests are genuinely at stake») e, comunque, a non usarlo mai «in cases of genocide and large-scale human rights abuses».

A tal riguardo, il gruppo ACT (*Accountability, Coherence and Transparency Group*), composto da 27 Stati e formatosi a maggio 2013, che cerca di migliorare in generale (e non solo con riguardo al veto) la responsabilità, la coerenza e la trasparenza dell'attività del Consiglio di Sicurezza, ha proposto formalmente ad ottobre 2015 l'adozione di un (non vincolante) «codice di condotta» (*Code of Conduct*) per tutti i Membri, permanenti e non, del Consiglio in cui, con specifico riguardo al veto, si prevede anche l'impegno (non l'obbligo) per quelli permanenti di sospendere volontariamente l'uso del veto dinanzi ad una bozza credibile di Risoluzione finalizzata a prevenire o porre termine ad un genocidio, a crimini contro l'umanità e a crimini di guerra.

Al momento della presentazione ufficiale, avvenuta il 23 ottobre 2015, 104 Stati (tra cui anche Francia e Gran Bretagna) sostenevano l'adozione del *Code of Conduct*.

Complementare alla proposta di adozione del *Code of Conduct*, vi è anche l'iniziativa di Messico e Francia che hanno presentato alla 70^a Sessione dell'AG un *political statement* aperto alla firma di tutti gli Stati membri dell'ONU in cui dopo aver sottolineato che il veto «is not a privilege, but an international responsibility» si chiede che i Membri permanenti si astengano volontariamente dall'usare il veto in casi di atrocità di massa.



- **La partecipazione degli Stati non membri del Consiglio alle riunioni e le proposte di riforma della composizione del Consiglio**

Tornando ora alle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite relative al Consiglio di Sicurezza, gli **artt. 31-32** della Carta disciplinano la partecipazione degli Stati non membri del Consiglio alle riunioni.

Ai sensi dell'art. 31 uno Stato «può partecipare, senza diritto di voto, alla discussione di qualsiasi questione sottoposta al Consiglio di Sicurezza, ogniqualevolta quest'ultimo ritenga che gli interessi di tale Membro siano particolarmente coinvolti».

L'art. 32 dispone invece che uno Stato parte ad una controversia all'esame del Consiglio «sarà invitato a partecipare, senza diritto di voto, alla discussione relativa alla controversia». Sembra che nel caso previsto dall'art. 31 il Consiglio abbia la *facoltà* di invitare lo Stato non membro mentre nel caso previsto dall'art. 32 abbia l'*obbligo* di integrare il contraddittorio con lo Stato non membro.

Sulla base dell'art. 39 del proprio Regolamento di procedura, il Consiglio tende comunque a consentire la partecipazione di Stati non membri, di funzionari del Segretariato (a cominciare dal Segretario Generale) o di altre persone qualificate (ad esempio, il Procuratore della CPI relaziona periodicamente il Consiglio sull'attività della Corte) allo scopo di raccogliere informazioni e ricevere il punto di vista degli Stati interessati dalle questioni all'ordine del giorno.

Una ancora maggiore apertura del Consiglio verso gli Stati non membri e gli individui ed organizzazioni internazionali che possano fornirgli informazioni necessarie e di qualità per valutare le questioni iscritte nella sua agenda è uno degli aspetti ritenuti più importanti con riguardo al tentativo di riformare i meccanismi di funzionamento (*working methods*) del Consiglio.

In particolare, l'auspicio è di formalizzare il già frequente coinvolgimento nei lavori del Consiglio degli Stati non membri che partecipano alle operazioni di mantenimento della pace ed il (meno frequente, però) coinvolgimento degli Stati non membri destinatari



delle sanzioni del Consiglio o particolarmente coinvolti nella loro applicazione.

Oltre a riguardare il veto ed i *working methods*, le proposte di riforma del Consiglio di Sicurezza vertono anche (e per alcuni Stati, soprattutto) sull'aumento dei seggi dell'organo (*expansion*).

Come detto, dal 1965 il Consiglio si compone di 15 Stati membri.

I 10 Membri non permanenti siedono in Consiglio per due anni senza possibilità di immediata rielezione (art. 23, par. 2). Spetta all'AG eleggere, con voto segreto a maggioranza dei due terzi degli Stati presenti e votanti, i Membri non permanenti (ai sensi dell'art. 142 del Regolamento di Procedura dell'AG, ogni anno ne sono eletti 5 così da garantire un ricambio progressivo) tenendo conto in primo luogo del «contributo» dello Stato candidato al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e poi del criterio della equa distribuzione geografica (art. 23, par. 1).

Nella prassi, il «contributo» dello Stato è prettamente inteso in senso economico-militare e dunque vengono eletti gli Stati che più finanziano il bilancio ordinario dell'ONU e più partecipano alle operazioni di pace.

Per quanto riguarda il **criterio della equa distribuzione geografica**, si fa invece riferimento ai *gruppi regionali* esistenti, anche per fini elettorali, in seno all'AG.

Nella Risoluzione 1991 A (XVIII) del 17 dicembre 1963 dell'AG che aumentò i seggi non permanenti da 6 a 10, infatti, si stabilì anche che i 10 seggi sarebbero stati divisi tra il gruppo africano (3 seggi), il gruppo asiatico (2 seggi), il GRULAC, gruppo del Latino America e Caraibi (2 seggi), il WEOG, gruppo degli Stati europei occidentali (tra cui l'Italia) e di altri Stati come Australia, Canada, Nuova Zelanda ed Israele (2 seggi), ed il gruppo degli Stati europei orientali (1 seggio).

Tutti gli Stati votano per tutti i seggi (qualunque sia il gruppo regionale assegnatario del seggio) sulla base di una procedura che, in linea di principio, favorisce il ballottaggio tra i due candidati di ciascun gruppo che ottengono alla prima tornata il maggior numero di voti.



La riforma della composizione del Consiglio è forse il tema più importante (per gli Stati) nell'ambito del complessivo dibattito sulla riforma dell'organo (che, come detto, include anche il tema del veto e dei *working methods*).

Le posizioni tra gli Stati non potrebbero essere più divergenti (si discute su tutto, a cominciare da quanti e quali seggi aggiungere) e, realisticamente, appare molto difficile che si possa giungere ad un'intesa condivisa.

Non a caso, dunque, alcuni Stati, tra cui gli "Small Five" (Svizzera, Costa Rica, Giordania, Singapore e Liechtenstein), cercano di convincere (al momento senza risultati) tutti gli altri a concentrarsi su aspetti diversi della riforma (veto e *working methods* su tutti) che potrebbero dare, se introdotti, risultati anche superiori, rispetto al mero aumento del numero dei seggi, dal punto di vista della maggiore efficienza, trasparenza e democraticità delle attività del Consiglio.

Con riguardo alla *expansion*, mentre Cina e Russia non sono disponibili ad alcun aumento dei seggi, gli Stati Uniti si mostrano tiepidamente favorevoli ad un aumento limitato (*modest expansion*) di 2-3 seggi permanenti da attribuire a Germania e Giappone.

All'estremo opposto l'Unione africana propone un Consiglio a 26 seggi con sei nuovi seggi permanenti dotati di veto da attribuire anche agli Stati africani (2 seggi).

Oltre che sul numero di seggi da aggiungere, le divisioni tra gli Stati riguardano anche il tipo di seggi da aggiungere, se permanenti o non permanenti. Da tempo l'Italia propone poi di creare un terzo tipo di seggio (il "seggio semi-permanente") che consentirebbe allo Stato eletto di rimanere in Consiglio per un termine più lungo dell'attuale (ad esempio, prevedendo un termine più lungo di 4 o 8 anni o la possibilità di essere rieletto allo scadere del mandato biennale).

Nel 2005 sembrò che si fosse finalmente vicini a poter votare in AG una bozza di Risoluzione che aggiungeva sei seggi permanenti e quattro non permanenti al Consiglio, fermo restando che l'emendamento, anche se adottato, avrebbe poi dovuto essere ratificato dai due terzi degli Stati membri, inclusi tutti i Membri permanenti e che quindi vi erano comunque poche speranze che potesse entrare mai in vigore.



All'ultimo, però, il gruppo che aveva la maggioranza in Assemblea per adottare la bozza, costituito dagli Stati africani, dai G-4 (Giappone, India, Brasile e Germania) e da altri Stati, si divise sulla questione del veto dato che gli Stati africani chiedevano di esercitarlo da subito mentre i G-4 erano intenzionati a non utilizzarlo per almeno 15 anni. La condivisibile strategia dei G-4 era infatti quella di limitare in prospettiva futura l'uso del veto da parte di chi già lo aveva (i cinque Membri permanenti) piuttosto che aumentarlo attribuendolo anche ai nuovi Membri permanenti. Il risultato fu che nessuno dei tre gruppi che avevano presentato proposte di riforma (Stati africani, G-4 e UFC) aveva la maggioranza necessaria in AG.

Le bozze di Risoluzione furono così ritirate e da allora si è ripreso a discutere e negoziare sulla riforma senza raggiungere ad oggi alcun risultato concreto.

Per concludere resta da ricordare come anche il Consiglio di Sicurezza abbia il potere di istituire organi sussidiari e come a tale potere faccia spesso ricorso.

Rientrano tra i molteplici organi sussidiari del Consiglio anche l'ICTY e l'ICTR, la *Peacebuilding Commission* (anche organo sussidiario dell'AG), i *Sanctions Committees* chiamati a controllare il rispetto e l'applicazione da parte di tutti gli Stati membri delle sanzioni deliberate dal Consiglio nei confronti di uno Stato, il *Counter-Terrorism Committee*, istituito con la Risoluzione 1373 (2001) dopo l'11 settembre, chiamato a rafforzare la capacità degli Stati di prevenire e combattere il terrorismo, il *1540 Committee* (dal numero della Risoluzione che nel 2004 lo istituì), chiamato a combattere la proliferazione delle armi di distruzione di massa.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



VII

Le Nazioni Unite

LEZIONE 62

Il Consiglio di Sicurezza, il diritto di veto e i propositi di riforma



Tra gli altri organi principali delle Nazioni Unite vi è, come detto, il Consiglio di Sicurezza.

Il campo d'azione primario del Consiglio di Sicurezza è quello dei capitoli VI e VII della Carta e, dunque, attiene al regolamento pacifico delle controversie internazionali e all'azione, anche coecitativa quando necessario, per il mantenimento ed il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale quando minacciate o violate.

Per questi aspetti, si rinvia a quanto già detto, in particolare, nella Parte IV del presente Corso e, con riguardo alla creazione dei tribunali penali internazionali, alla Parte VI.

Si ricordi ancora che l'esercizio della primaria responsabilità nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (prevalente su quella concorrente dell'AG) fu "conferita" dagli Stati membri al Consiglio affinché l'organo agisse in nome di tutti («act on their behalf»).

In realtà, già prima della Conferenza di San Francisco del 1945 gli attuali Membri permanenti (e in particolare Unione Sovietica, Stati Uniti e Regno Unito) avevano programmato la creazione di un organo a partecipazione ristretta e privilegiata al quale attribuire questa importante funzione.

Alla Conferenza di San Francisco, dunque, più che di "conferimento" da parte degli altri Stati si trattò in effetti di autoattribuzione dei poteri e della funzione da parte dei Membri permanenti con ben poco spazio per qualunque eventuale negoziazione.



Anche il diritto di veto previsto dall'art. 27, par. 3, della Carta (ma già concordato tra Stati Uniti, Regno Unito ed Unione Sovietica nel corso della Conferenza di Yalta) fu la conseguenza della sua autoattribuzione da parte dei Membri permanenti.

Il diritto di veto (ossia il potere per ciascuno dei cinque Membri permanenti di impedire l'adozione di una Risoluzione ai sensi del capitolo VII della Carta con il proprio voto contrario) fu giustificato dal punto di vista politico come il "contraltare" all'assunzione da parte dei cinque Stati della gravosa responsabilità di mantenere la pace e la sicurezza internazionale e fu qualificato dal punto di vista giuridico come una situazione correlata al «dovere», sancito espressamente dall'art. 24, del Consiglio di mantenere la pace e la sicurezza internazionale.

La prassi successiva al 1945 ha smentito tali presupposti. Il diritto di veto quasi sempre è stato utilizzato per proteggere gli interessi individuali del singolo Membro permanente (o degli Stati suoi alleati) e poche volte per l'interesse collettivo della società internazionale degli Stati. A volte, il Consiglio ha adottato due pesi e due misure (*double standard*) in funzione degli interessi in gioco e spesso non ha potuto adottare le necessarie Risoluzioni per il veto (anche solo minacciato) di uno o più Membri permanenti.



Ai fini dell'esercizio del diritto di veto, la Carta distingue tra «questioni procedurali» (*procedural matters*), dove il veto non si può utilizzare e le Risoluzioni sono quindi adottate con il voto di nove Stati qualunque (art. 27, par. 2), e le «altre questioni» (*all other matters*), dove il veto si può utilizzare e le Risoluzioni sono adottate «con un voto favorevole di nove Membri, nel quale siano compresi i voti dei Membri permanenti» (art. 27, par. 3).

La prassi del Consiglio ha poi interpretato l'art. 27, par. 3, nel senso di attribuire al Membro permanente la *facoltà* di astenersi dal voto e non invece l'*obbligo* di votare come sarebbe stato invece più appropriato e logico se il veto fosse stato effettivamente inteso come una situazione giuridica strumentale all'adempimento di un dovere, di una responsabilità nei confronti dell'intera società internazionale.

L'**astensione** (intesa come una sorta di consenso implicito o comunque di opposizione non ostativa) non impedisce quindi l'adozione della Risoluzione e secondo la dottrina e la CIG si è formata a tal riguardo una consuetudina interna alla Carta di natura integrativa.

Va poi evidenziato che neanche quando il Membro permanente abbia un interesse diretto e contrario nella questione sottoposta all'esame del Consiglio sorge l'obbligo di astenersi.



Facoltà di Giurisprudenza

Gli unici casi di astensione obbligatoria previsti dall'art. 27, par. 3, hanno un ambito di applicazione ristretto alle sole fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione del cap. VI della Carta, che disciplina i poteri del Consiglio per la soluzione pacifica delle controversie e non trovano dunque applicazione in tema di decisioni adottate in caso di minaccia alla pace e di atti di aggressione, in relazione alle quali il Consiglio si troverà pertanto sempre nell'oggettiva impossibilità di procedere nei confronti di un membro permanente.

Non sorprende quindi che non siano mai state adottate Risoluzioni in contrasto con gli interessi del Membro permanente come, ad esempio, nel caso della mancata adozione di una Risoluzione di censura nei confronti degli Stati Uniti per l'inesecuzione della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Nicaragua*.

In alcuni casi si è poi registrata l'**assenza** del Membro permanente dalle riunioni del Consiglio (l'URSS in segno di protesta contro l'Iran e la Cina nazionalista disertò alcune riunioni nel 1946 e mancò per 6 mesi nel 1950).

In questi casi, comunque, il Consiglio adottò ugualmente alcune Risoluzioni nonostante l'URSS le avesse ritenute illegittime.

Sembra quindi che l'assenza, come l'astensione, non equivalga ad un veto, sebbene per la fattispecie dell'assenza non possa dirsi formata una prassi interna.



- **Le proposte di riforma del diritto di veto in seno al Consiglio di Sicurezza**

Da lungo tempo il diritto di veto è oggetto di numerose proposte di riforma (da parte ovviamente di chi non ha tale potere) in senso limitativo o abolitivo.

Le proposte sono duramente osteggiate non solo dai Membri permanenti ma anche da chi, come gli Stati africani, mira a riformare il Consiglio aumentando il numero di seggi permanenti per poi ottenerne uno.

Fermo restando che qualunque modifica dell'art. 27 richiederebbe comunque la ratifica dei cinque Membri permanenti (il che rende alquanto utopica la speranza di riformare il veto), le proposte di riforma sono ormai molteplici (alcune chiedono addirittura l'abolizione del veto) e, tra le tante, meritano di essere ricordate:

1) la proposta di motivare il veto da parte del Membro permanente.

La proposta non richiede l'emendamento della Carta, non introduce nuovi vincoli giuridici per il Membro permanente e nasce in sostanza da una iniziativa tedesca del 1999.



Il Membro permanente sarebbe solamente chiamato ad illustrare la posizione assunta spiegando le ragioni politiche e giuridiche a fondamento del veto utilizzato ed il documento contenente le motivazioni circolerebbe tra tutti gli Stati membri dell'ONU. Da un punto di vista giuridico nulla cambierebbe nel senso che il diritto di utilizzare il veto, pur motivato, rimarrebbe immutato; in termini politici, però, l'obbligo di motivazione costringerebbe i Membri permanenti ad utilizzare il veto in modo più trasparente e responsabile, rendendo così più difficile usare il veto unilateralmente per proteggere gli interessi nazionali;

2) la proposta di rendere vincolante l'Allegato alla Risoluzione 267 (III) del 14 aprile 1949 dell'AG in cui sono elencate le questioni che vanno considerate, ai sensi dell'art. 27, par. 2, come «procedurali» e quindi non soggette a veto.

Una volta aggiornato (ad esempio, considerando procedurali anche le decisioni prese ai sensi del capitolo VI della Carta e dell'art. 40), l'Allegato, una volta incorporato nel Regolamento di Procedura del Consiglio, diverrebbe vincolante. Si noti come già nel 1949 la Risoluzione 267 (III), al punto 3(c), raccomandasse ai Membri permanenti di utilizzare il veto «only when they consider the question of vital importance, taking into account the interest of the United Nations as a whole, and to state upon what ground they consider this condition to be present»;



3) la proposta di limitare l'utilizzo del veto alle sole questioni inerenti il capitolo VII della Carta con l'ulteriore impegno ad usarlo solo quando gli interessi vitali del Membro permanente sono effettivamente in gioco («vital interests are genuinely at stake») e, comunque, a non usarlo mai «in cases of genocide and large-scale human rights abuses».

A tal riguardo, il gruppo ACT (*Accountability, Coherence and Transparency Group*), composto da 27 Stati e formatosi a maggio 2013, che cerca di migliorare in generale (e non solo con riguardo al veto) la responsabilità, la coerenza e la trasparenza dell'attività del Consiglio di Sicurezza, ha proposto formalmente ad ottobre 2015 l'adozione di un (non vincolante) «codice di condotta» (*Code of Conduct*) per tutti i Membri, permanenti e non, del Consiglio in cui, con specifico riguardo al veto, si prevede anche l'impegno (non l'obbligo) per quelli permanenti di sospendere volontariamente l'uso del veto dinanzi ad una bozza credibile di Risoluzione finalizzata a prevenire o porre termine ad un genocidio, a crimini contro l'umanità e a crimini di guerra.

Al momento della presentazione ufficiale, avvenuta il 23 ottobre 2015, 104 Stati (tra cui anche Francia e Gran Bretagna) sostenevano l'adozione del *Code of Conduct*.



Complementare alla proposta di adozione del *Code of Conduct*, vi è anche l'iniziativa di Messico e Francia che hanno presentato alla 70^a Sessione dell'AG un *political statement* aperto alla firma di tutti gli Stati membri dell'ONU in cui dopo aver sottolineato che il veto «is not a privilege, but an international responsibility» si chiede che i Membri permanenti si astengano volontariamente dall'usare il veto in casi di atrocità di massa.



- **La partecipazione degli Stati non membri del Consiglio alle riunioni e le proposte di riforma della composizione del Consiglio**

Tornando ora alle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite relative al Consiglio di Sicurezza, gli **artt. 31-32** della Carta disciplinano la partecipazione degli Stati non membri del Consiglio alle riunioni.

Ai sensi dell'art. 31 uno Stato «può partecipare, senza diritto di voto, alla discussione di qualsiasi questione sottoposta al Consiglio di Sicurezza, ogniquale volta quest'ultimo ritenga che gli interessi di tale Membro siano particolarmente coinvolti».

L'art. 32 dispone invece che uno Stato parte ad una controversia all'esame del Consiglio «sarà invitato a partecipare, senza diritto di voto, alla discussione relativa alla controversia». Sembra che nel caso previsto dall'art. 31 il Consiglio abbia la *facoltà* di invitare lo Stato non membro mentre nel caso previsto dall'art. 32 abbia l'*obbligo* di integrare il contraddittorio con lo Stato non membro.



Facoltà di Giurisprudenza

Sulla base dell'art. 39 del proprio Regolamento di procedura, il Consiglio tende comunque a consentire la partecipazione di Stati non membri, di funzionari del Segretariato (a cominciare dal Segretario Generale) o di altre persone qualificate (ad esempio, il Procuratore della CPI relaziona periodicamente il Consiglio sull'attività della Corte) allo scopo di raccogliere informazioni e ricevere il punto di vista degli Stati interessati dalle questioni all'ordine del giorno.

Una ancora maggiore apertura del Consiglio verso gli Stati non membri e gli individui ed organizzazioni internazionali che possano fornirgli informazioni necessarie e di qualità per valutare le questioni iscritte nella sua agenda è uno degli aspetti ritenuti più importanti con riguardo al tentativo di riformare i meccanismi di funzionamento (*working methods*) del Consiglio.

In particolare, l'auspicio è di formalizzare il già frequente coinvolgimento nei lavori del Consiglio degli Stati non membri che partecipano alle operazioni di mantenimento della pace ed il (meno frequente, però) coinvolgimento degli Stati non membri destinatari delle sanzioni del Consiglio o particolarmente coinvolti nella loro applicazione.

Oltre a riguardare il veto ed i *working methods*, le proposte di riforma del Consiglio di Sicurezza vertono anche (e per alcuni Stati, soprattutto) sull'aumento dei seggi dell'organo (*expansion*).



Come detto, dal 1965 il Consiglio si compone di 15 Stati membri.

I 10 Membri non permanenti siedono in Consiglio per due anni senza possibilità di immediata rielezione (art. 23, par. 2). Spetta all'AG eleggere, con voto segreto a maggioranza dei due terzi degli Stati presenti e votanti, i Membri non permanenti (ai sensi dell'art. 142 del Regolamento di Procedura dell'AG, ogni anno ne sono eletti 5 così da garantire un ricambio progressivo) tenendo conto in primo luogo del «contributo» dello Stato candidato al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e poi del criterio della equa distribuzione geografica (art. 23, par. 1).

Nella prassi, il «contributo» dello Stato è prettamente inteso in senso economico-militare e dunque vengono eletti gli Stati che più finanziano il bilancio ordinario dell'ONU e più partecipano alle operazioni di pace.

Per quanto riguarda il **criterio della equa distribuzione geografica**, si fa invece riferimento ai *gruppi regionali* esistenti, anche per fini elettorali, in seno all'AG.

Nella Risoluzione 1991 A (XVIII) del 17 dicembre 1963 dell'AG che aumentò i seggi non permanenti da 6 a 10, infatti, si stabilì anche che i 10 seggi sarebbero stati divisi tra il gruppo africano (3 seggi), il gruppo asiatico (2 seggi), il GRULAC, gruppo del Latino America e Caraibi (2 seggi), il WEOG, gruppo degli Stati europei occidentali (tra cui l'Italia) e di altri Stati come Australia, Canada, Nuova Zelanda ed Israele (2 seggi), ed il gruppo degli Stati europei orientali (1 seggio).



Facoltà di Giurisprudenza

Tutti gli Stati votano per tutti i seggi (qualunque sia il gruppo regionale assegnatario del seggio) sulla base di una procedura che, in linea di principio, favorisce il ballottaggio tra i due candidati di ciascun gruppo che ottengono alla prima tornata il maggior numero di voti.

La riforma della composizione del Consiglio è forse il tema più importante (per gli Stati) nell'ambito del complessivo dibattito sulla riforma dell'organo (che, come detto, include anche il tema del veto e dei *working methods*).

Le posizioni tra gli Stati non potrebbero essere più divergenti (si discute su tutto, a cominciare da quanti e quali seggi aggiungere) e, realisticamente, appare molto difficile che si possa giungere ad un'intesa condivisa.

Non a caso, dunque, alcuni Stati, tra cui gli "Small Five" (Svizzera, Costa Rica, Giordania, Singapore e Liechtenstein), cercano di convincere (al momento senza risultati) tutti gli altri a concentrarsi su aspetti diversi della riforma (veto e *working methods* su tutti) che potrebbero dare, se introdotti, risultati anche superiori, rispetto al mero aumento del numero dei seggi, dal punto di vista della maggiore efficienza, trasparenza e democraticità delle attività del Consiglio.

Con riguardo alla *expansion*, mentre Cina e Russia non sono disponibili ad alcun aumento dei seggi, gli Stati Uniti si mostrano tiepidamente favorevoli ad un aumento limitato (*modest expansion*) di 2-3 seggi permanenti da attribuire a Germania e Giappone.



All'estremo opposto l'Unione africana propone un Consiglio a 26 seggi con sei nuovi seggi permanenti dotati di veto da attribuire anche agli Stati africani (2 seggi).

Oltre che sul numero di seggi da aggiungere, le divisioni tra gli Stati riguardano anche il tipo di seggi da aggiungere, se permanenti o non permanenti. Da tempo l'Italia propone poi di creare un terzo tipo di seggio (il "seggio semi-permanente") che consentirebbe allo Stato eletto di rimanere in Consiglio per un termine più lungo dell'attuale (ad esempio, prevedendo un termine più lungo di 4 o 8 anni o la possibilità di essere rieletto allo scadere del mandato biennale).

Nel 2005 sembrò che si fosse finalmente vicini a poter votare in AG una bozza di Risoluzione che aggiungeva sei seggi permanenti e quattro non permanenti al Consiglio, fermo restando che l'emendamento, anche se adottato, avrebbe poi dovuto essere ratificato dai due terzi degli Stati membri, inclusi tutti i Membri permanenti e che quindi vi erano comunque poche speranze che potesse entrare mai in vigore.

All'ultimo, però, il gruppo che aveva la maggioranza in Assemblea per adottare la bozza, costituito dagli Stati africani, dai G-4 (Giappone, India, Brasile e Germania) e da altri Stati, si divise sulla questione del veto dato che gli Stati africani chiedevano di esercitarlo da subito mentre i G-4 erano intenzionati a non utilizzarlo per almeno 15 anni.



La condivisibile strategia dei G-4 era infatti quella di limitare in prospettiva futura l'uso del veto da parte di chi già lo aveva (i cinque Membri permanenti) piuttosto che aumentarlo attribuendolo anche ai nuovi Membri permanenti. Il risultato fu che nessuno dei tre gruppi che avevano presentato proposte di riforma (Stati africani, G-4 e UFC) aveva la maggioranza necessaria in AG.

Le bozze di Risoluzione furono così ritirate e da allora si è ripreso a discutere e negoziare sulla riforma senza raggiungere ad oggi alcun risultato concreto.

Per concludere resta da ricordare come anche il Consiglio di Sicurezza abbia il potere di istituire organi sussidiari e come a tale potere faccia spesso ricorso.

Rientrano tra i molteplici organi sussidiari del Consiglio anche l'ICTY e l'ICTR, la *Peacebuilding Commission* (anche organo sussidiario dell'AG), i *Sanctions Committees* chiamati a controllare il rispetto e l'applicazione da parte di tutti gli Stati membri delle sanzioni deliberate dal Consiglio nei confronti di uno Stato, il *Counter-Terrorism Committee*, istituito con la Risoluzione 1373 (2001) dopo l'11 settembre, chiamato a rafforzare la capacità degli Stati di prevenire e combattere il terrorismo, il *1540 Committee* (dal numero della Risoluzione che nel 2004 lo istituì), chiamato a combattere la proliferazione delle armi di distruzione di massa.



Insegnamento di Diritto internazionale

VII Le Nazioni Unite

63. Il Segretariato, l'ECOSOC e le Agenzie specializzate

- **Il Segretariato delle Nazioni Unite**

Il *Segretariato* è uno degli organi principali che svolge e garantisce l'azione amministrativa dell'ONU, ed è disciplinato dagli artt. 97-102 della Carta delle Nazioni Unite.

Il Segretariato è l'organo di vertice dell'intero apparato amministrativo che, nel caso dell'ONU, è anche organo principale e dunque pari ordinato rispetto agli altri organi principali. A capo del Segretariato sta il **Segretario Generale**, il «più alto funzionario amministrativo dell'Organizzazione» (art. 97), che svolge funzioni amministrative e politico-diplomatiche.

Il Segretario Generale è un organo individuale del più ampio organo complesso che è il Segretariato (che, infatti, «comprende» sia il Segretario Generale che il personale dell'ONU) ed è «nominato dall'Assemblea Generale su proposta del Consiglio di Sicurezza» (art. 97). Il Consiglio raccomanda all'AG uno dei candidati (la decisione del Consiglio è soggetta a veto) e l'AG vota a maggioranza semplice.

La Carta non dispone circa la durata del mandato e la rielezione del Segretario. La prassi ha fatto sì che la rielezione sia possibile (tranne in un caso, fino ad oggi tutti i Segretari Generali hanno avuto un doppio mandato) e che la durata sia tendenzialmente di cinque anni.

In particolare, i Segretari Generali sono stati:

- il norvegese Trygve Lie (1946-1953);
- lo svedese Dag Hammarskjöld (1953-1961);
- il birmano U Thant (1962-1971);
- l'austriaco Kurt Waldheim (1971-1981);



- il peruviano Javier Perez de Cuellar (1982-1992);
- l'egiziano Boutros Boutros-Ghali (1992-1996; l'unico non rieletto per il veto degli Stati Uniti);
- il ghanese Kofi Annan (1996-2006);
- il sud-coreano Ban Ki-Moon (2007-2016);
- il portoghese António Guterres, in carica dal 1° gennaio 2017.

➤ **Le funzioni amministrative del Segretario Generale**

Tra le **funzioni amministrative** del Segretario Generale vanno annoverate tutte quelle che gli competono per essere «il più alto funzionario amministrativo dell'organizzazione» (organizzative, tecniche, di rappresentanza, etc.).

Il Segretario nomina il personale, a lui sottoposto gerarchicamente e dunque soggetto al suo potere disciplinare (art. 101).

Ai sensi dell'art. 98, poi, il «Segretario Generale agisce in tale qualità in tutte le riunioni dell'Assemblea Generale, del Consiglio di Sicurezza, del Consiglio Economico e Sociale, del Consiglio di Amministrazione fiduciaria, ed esplica altresì quelle altre funzioni che gli siano affidate da tali organi».

Ciò significa che ha competenza nella preparazione dei lavori e nell'attuazione delle decisioni degli altri organi principali.

Qualunque trattato stipulato da uno Stato membro deve essere registrato presso il Segretariato «al più presto possibile e pubblicato a cura di quest'ultimo» nella *United Nations Treaty Series*, UNTS (art. 102, par. 1). In caso di mancata registrazione, il trattato, pur valido, sarà inefficace, cioè non potrà essere invocato dallo Stato parte nei confronti degli organi dell'Organizzazione (art. 102, par. 2).

Il Segretario Generale è anche il depositario dei trattati multilaterali conclusi sotto l'egida dell'ONU e delle dichiarazioni degli Stati di accettazione della giurisdizione obbligatoria della CIG (art. 36, par. 4, dello Statuto CIG).

Anche se la Carta non lo prevede espressamente, il Segretario Generale rappresenta l'ONU nelle relazioni esterne, anche negoziando e concludendo per essa gli accordi con gli Stati (accordi di sede,



accordi per la messa a disposizione di contingenti nazionali per le operazioni di pace, etc.) o altre organizzazioni internazionali (accordi di cooperazione, etc.).

➤ **Le funzioni politiche del Segretario Generale**

Per le funzioni politiche del Segretario Generale, il riferimento è l'art. 98 nella parte in cui lo abilita a ricevere deleghe dagli altri organi dell'ONU dato che è chiamato ad «esplica[re] altresì quelle altre funzioni che gli siano affidate da tali organi». La genericità della previsione ha consentito al Segretario Generale di ricevere deleghe molto ampie e di sviluppare un'articolata capacità politico-diplomatica di intervento e mediazione, soprattutto per ciò che riguarda il regolamento di controversie e situazioni suscettibili di minacciare la pace e la sicurezza internazionale.

Anche la funzione che il Segretario Generale svolge nell'ambito delle operazioni di pace va ricondotta alle sue funzioni politiche. Una volta che il Consiglio abbia deciso l'invio della missione, a lui infatti spetta il compito di determinare la composizione della forza multinazionale e negoziare con gli Stati membri la messa a disposizione dei contingenti nazionali.

L'art. 99 gli attribuisce poi la facoltà, non l'obbligo, di «richiamare l'attenzione del Consiglio su qualunque questione che, a suo avviso, possa minacciare il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale». Si tratta di una facoltà ampia e in dottrina l'art. 99 è considerato il fondamento della generale funzione politico-diplomatica esercitata dal Segretario Generale.

Uno strumento impiegato spesso dal Segretario Generale è quello delle missioni d'inchiesta (*fact-finding missions*) che consistono nell'invio di gruppi di osservatori, commissioni di esperti, rappresentanti speciali e personali (*special and personal representatives*), inviati speciali (*special envoys*) e consiglieri speciali (*special advisers*) nelle regioni o negli Stati dove si stanno sviluppando o sono già in atto situazioni di crisi allo scopo di redigere rapporti conoscitivi, instaurare il dialogo e la mediazione con le parti



implicate, effettuare indagini, raccogliere informazioni, avviare negoziati, ecc.

Gli inviati e rappresentanti del Segretario Generale divengono quindi il punto di contatto tra l'ONU e la situazione sul campo.

A volte i delegati dal Segretario si occupano anche di tematiche specifiche quali le migrazioni, la tubercolosi, l'AIDS/HIV, il cambiamento climatico, le disabilità, ecc.

Per la risoluzione delle controversie interne tra l'ONU ed il suo personale (incluse quelle disciplinari e di lavoro) il precedente sistema di giustizia interna è stato riformato dall'AG su proposta del Segretario Generale a partire dal 1° luglio 2009.

Il precedente *UN Administrative Tribunal*, istituito con Risoluzione 351 A (IV) del 24 novembre 1949, è stato sostituito dall'UNDT (*UN Dispute Tribunal*), istituito con Risoluzione 63/253 del 24 dicembre 2008, che ha sede a Ginevra, Nairobi e New York e si compone di cinque giudici.

È competente a conoscere i ricorsi presentati contro le decisioni amministrative adottate da un lunga lista di entità del "sistema ONU" tra cui il Segretariato, le missioni politiche e di mantenimento della pace, gli Uffici di Ginevra, Nairobi e Vienna, le cinque Commissioni economiche regionali, l'ICTY e l'ICTR, i Fondi (come l'UNICEF) ed i Programmi (come l'UNDP e l'UNEP), l'Università dell'ONU, etc.

Come stabilito dall'art. 2, par. 5, dello Statuto UNDT, anche le controversie tra un'Agenzia specializzata dell'ONU ed il suo personale possono essere sottoposte all'UNDT previo accordo speciale (*special agreement*) tra l'Agenzia ed il Segretario Generale (come nel caso dell'ICAO, della CIG, dell'IMO, dell'ISA e dell'ITLOS). La Banca Mondiale ha invece creato nel 1980 il proprio tribunale amministrativo.

I ricorrenti sono individuati dall'art. 3, par. 1, dello Statuto UNDT (la capacità processuale spetta alle persone fisiche e loro aventi diritto che sono o sono stati funzionari o agenti dell'entità che ha emesso la decisione amministrativa impugnata) e la competenza è definita dall'art. 2, par. 1.

Le sentenze dell'UNDT sono appellabili dinanzi al nuovo UNAT (*UN Appeals Tribunal*) che ha sede a New York ed è composto da



sette giudici (nel precedente sistema le sentenze dello *UN Administrative Tribunal* erano inappellabili).

In passato ci si era chiesti se l'AG potesse istituire come organo sussidiario un tribunale amministrativo che per definizione deve essere indipendente anche rispetto all'organo principale che lo ha creato. La CIG ha ritenuto che l'organo pur sussidiario non resta comunque subordinato rispetto all'organo principale e ciò gli consente di esercitare quindi le sue funzioni in modo indipendente. La CIG ha poi ritrovato il fondamento di legittimità della creazione dei tribunali amministrativi nei poteri impliciti dell'AG.

- **Il Consiglio Economico e Sociale (ECOSOC) Le Agenzie specializzate**

Il *Consiglio Economico e Sociale* (ECOSOC) è composto da 54 membri, e gli Stati sono eletti dall'AG secondo il principio dell'equa distribuzione geografica. Ogni anno sono eletti diciotto stati per un periodo di tre anni ed è possibile essere immediatamente rieletti (art. 61, par. 2).

L'ECOSOC è disciplinato dagli artt. 61-72 della Carta ed ha il compito di «compiere o promuovere studi o relazioni su questioni internazionali economiche e sociali, culturali, educative, sanitarie e simili» (art. 62, par. 1).

In altre parole, quindi, l'attività dell'ECOSOC può riguardare tutti i generali ed ampi obiettivi attribuiti all'ONU dalla Carta nel Preambolo, nei primi articoli e nell'art. 55 (ai sensi del quale: «Al fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici e amichevoli fra le nazioni [...] le Nazioni Unite promuoveranno: a) un più elevato tenore di vita, il pieno impiego della mano d'opera, e condizioni di progresso e di sviluppo economico e sociale; b) la soluzione dei problemi internazionali economici, sociali, sanitari e simili, e la collaborazione internazionale culturale ed educativa; c) il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione»).



In particolare, poi, l'ECOSOC si sta specificamente occupando di sviluppo sostenibile dal punto di vista economico, sociale ed ambientale come da ultimo riconfermato dalla Risoluzione 68/1 del 20 settembre 2013 dell'AG.

In ragione degli obiettivi perseguiti l'ECOSOC agisce «sotto la direzione» dell'AG che, a nome dell'ONU, ha il «compito di adempiere le funzioni» di cooperazione internazionale economica e sociale indicate dal capitolo IX della Carta (art. 60).

Anche se «diretto» dall'AG e pur non esercitando competenze nuove od originali (per la maggior parte sono concorrenti con quelle attribuite all'AG da altre disposizioni della Carta), l'ECOSOC resta comunque un organo principale dell'ONU, non dipendendo tale qualificazione dalle funzioni concretamente esercitate ma dalle indicazioni formali della Carta, e può dunque creare anche propri organi sussidiari.

Il potere di creare organi sussidiari, in particolare «commissioni per le questioni economiche e sociali e per promuovere i diritti dell'uomo, nonché quelle altre commissioni che possono essere richieste per l'adempimento delle sue funzioni» è riconosciuto dall'art. 68. Tra gli organi sussidiari si ricordi la Commissione per i diritti umani (cfr. Cap. IX, §§ 2-2.1), le cinque Commissioni economiche (e sociali) regionali (per Europa, Asia e Pacifico, America Latina, Africa e Asia occidentale) istituite tra il 1947 ed il 1973, la Commissione per lo sviluppo sostenibile, il Comitato sulle organizzazioni non governative ed il Comitato sul trasporto di merci pericolose.

L'ampia competenza *ratione materiae* dell'ECOSOC si concretizza nella possibilità di indirizzare Raccomandazioni all'AG, agli Stati membri e alle Agenzie specializzate (art. 62, par. 1). Al Consiglio di Sicurezza, invece, l'ECOSOC può solo fornire informazioni e coadiuvarlo, se richiesto (art. 65).

La competenza si estende anche ai diritti umani rispetto ai quali può «fare raccomandazioni al fine di promuoverne il rispetto e l'osservanza» (art. 62, par. 2) e può anche «preparare progetti di convenzione da sottoporre» all'AG (art. 62, par. 3) e di convocare «conferenze internazionali» (art. 62, par. 4).



In aggiunta a queste competenze, l'ECOSOC svolge anche una fondamentale funzione di raccordo tra l'ONU e le numerose *Agenzie specializzate* (*Specialized Agencies*) che gravitano nella sua orbita così costituendo il “sistema delle Nazioni Unite”. L'art. 57 fissa i requisiti che l'organizzazione deve avere per collegarsi all'ONU: «I vari istituti specializzati costituiti con accordi intergovernativi, ed aventi, in conformità ai loro Statuti, vasti compiti internazionali nei campi economico, sociale, culturale, educativo, sanitario e simili sono collegati con le Nazioni Unite in conformità alle disposizioni dell'articolo 63».

Le Agenzie specializzate, cui fanno riferimento gli artt. 57-59 e 63-64 della Carta, sono organizzazioni internazionali indipendenti che promuovono la cooperazione intergovernativa in settori specifici e che stipulano un «accordo di collegamento» con l'ONU. L'accordo crea un rapporto permanente ed articolato di reciproca cooperazione che favorisce il raggiungimento sia del fine tecnico-specifico della singola Agenzia, sia del fine generale dell'ONU di promuovere il progresso in ogni campo rafforzando la cooperazione internazionale interstatale.

All'ECOSOC è dunque attribuito il compito principale di coordinare e gestire i rapporti e l'interazione tra l'ONU e le Agenzie specializzate nel contesto del più ampio “sistema delle Nazioni Unite” (che include anche i Fondi ed i Programmi ONU).

Fermo restando, infatti, il potere dell'ONU di fare «raccomandazioni per il coordinamento dei programmi e delle attività» delle Agenzie specializzate (art. 58) e di promuovere trattative tra gli Stati interessati per crearne di nuove (art. 59) è comunque all'ECOSOC che viene affidato:

- a) il compito di concludere gli accordi di collegamento che vengono poi approvati dall'AG (art. 63, par. 1);
- b) il compito di coordinare le attività delle Agenzie mediante consultazioni e raccomandazioni (art. 63, par. 2);
- c) il compito di ricevere rapporti regolari dalle Agenzie e, previo accordo, anche «rapporti sulle misure prese per attuare le sue raccomandazioni e le raccomandazioni fatte all'Assemblea Generale su questioni che rientrino nella sua competenza» (art. 64, par. 1).



Sebbene il rapporto di collegamento si caratterizzi per il potere di coordinamento ed indirizzo che l'ONU esercita nei confronti delle Agenzie, queste restano comunque organizzazioni internazionali indipendenti. L'impegno previsto negli accordi di collegamento di prendere in debita considerazione le raccomandazioni provenienti dagli organi dell'ONU (a cominciare dall'ECOSOC), se disatteso in maniera grave e persistente, potrebbe incidere sulla prosecuzione del rapporto fondato sull'accordo di collegamento.

Tra le Agenzie specializzate si ricordi:

- il gruppo della Banca mondiale composto da cinque organizzazioni e l'FMI
- la WHO (*World Health Organization*),
- l'ILO (*International Labour Organization*, dal 1946),
- la FAO (*Food and Agriculture Organization*, dal 1946),
- l'UNESCO (*UN Educational, Scientific and Cultural Organization*, dal 1946),
- l'IMO (*International Maritime Organization*),
- la WIPO (*World Intellectual Property Organization*, dal 1974),
- l'ICAO (*International Civil Aviation Organization*, dal 1947),
- l'ITU (*International Telecommunication Union*),
- l'UPU (*Universal Postal Union*).



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



VII

Le Nazioni Unite

LEZIONE 63

Il Segretariato, l'ECOSOC e le Agenzie specializzate



- **Il Segretariato delle Nazioni Unite**

Il *Segretariato* è uno degli organi principali che svolge e garantisce l'azione amministrativa dell'ONU, ed è disciplinato dagli artt. 97-102 della Carta delle Nazioni Unite.

Il Segretariato è l'organo di vertice dell'intero apparato amministrativo che, nel caso dell'ONU, è anche organo principale e dunque pari ordinato rispetto agli altri organi principali. A capo del Segretariato sta il **Segretario Generale**, il «più alto funzionario amministrativo dell'Organizzazione» (art. 97), che svolge funzioni amministrative e politico-diplomatiche.

Il Segretario Generale è un organo individuale del più ampio organo complesso che è il Segretariato (che, infatti, «comprende» sia il Segretario Generale che il personale dell'ONU) ed è «nominato dall'Assemblea Generale su proposta del Consiglio di Sicurezza» (art. 97). Il Consiglio raccomanda all'AG uno dei candidati (la decisione del Consiglio è soggetta a veto) e l'AG vota a maggioranza semplice.

La Carta non dispone circa la durata del mandato e la rielezione del Segretario. La prassi ha fatto sì che la rielezione sia possibile (tranne in un caso, fino ad oggi tutti i Segretari Generali hanno avuto un doppio mandato) e che la durata sia tendenzialmente di cinque anni.



In particolare, i Segretari Generali sono stati:

- il norvegese Trygve Lie (1946-1953);
- lo svedese Dag Hammarskjöld (1953-1961);
- il birmano U Thant (1962-1971);
- l'austriaco Kurt Waldheim (1971-1981);
- il peruviano Javier Perez de Cuellar (1982-1992);
- l'egiziano Boutros Boutros-Ghali (1992-1996; l'unico non rieletto per il veto degli Stati Uniti);
- il ghanese Kofi Annan (1996-2006);
- il sud-coreano Ban Ki-Moon (2007-2016);
- il portoghese António Guterres, in carica dal 1° gennaio 2017.



➤ Le funzioni amministrative del Segretario Generale

Tra le **funzioni amministrative** del Segretario Generale vanno annoverate tutte quelle che gli competono per essere «il più alto funzionario amministrativo dell'organizzazione» (organizzative, tecniche, di rappresentanza, etc.).

Il Segretario nomina il personale, a lui sottoposto gerarchicamente e dunque soggetto al suo potere disciplinare (art. 101).

Ai sensi dell'art. 98, poi, il «Segretario Generale agisce in tale qualità in tutte le riunioni dell'Assemblea Generale, del Consiglio di Sicurezza, del Consiglio Economico e Sociale, del Consiglio di Amministrazione fiduciaria, ed esplica altresì quelle altre funzioni che gli siano affidate da tali organi». Ciò significa che ha competenza nella preparazione dei lavori e nell'attuazione delle decisioni degli altri organi principali.

Qualunque trattato stipulato da uno Stato membro deve essere registrato presso il Segretariato «al più presto possibile e pubblicato a cura di quest'ultimo» nella *United Nations Treaty Series*, UNTS (art. 102, par. 1). In caso di mancata registrazione, il trattato, pur valido, sarà inefficace, cioè non potrà essere invocato dallo Stato parte nei confronti degli organi dell'Organizzazione (art. 102, par. 2).



Il Segretario Generale è anche il depositario dei trattati multilaterali conclusi sotto l'egida dell'ONU e delle dichiarazioni degli Stati di accettazione della giurisdizione obbligatoria della CIG (art. 36, par. 4, dello Statuto CIG).

Anche se la Carta non lo prevede espressamente, il Segretario Generale rappresenta l'ONU nelle relazioni esterne, anche negoziando e concludendo per essa gli accordi con gli Stati (accordi di sede, accordi per la messa a disposizione di contingenti nazionali per le operazioni di pace, etc.) o altre organizzazioni internazionali (accordi di cooperazione, etc.).



➤ **Le funzioni politiche del Segretario Generale**

Per le funzioni politiche del Segretario Generale, il riferimento è l'art. 98 nella parte in cui lo abilita a ricevere deleghe dagli altri organi dell'ONU dato che è chiamato ad «esplica[re] altresì quelle altre funzioni che gli siano affidate da tali organi». La genericità della previsione ha consentito al Segretario Generale di ricevere deleghe molto ampie e di sviluppare un'articolata capacità politico-diplomatica di intervento e mediazione, soprattutto per ciò che riguarda il regolamento di controversie e situazioni suscettibili di minacciare la pace e la sicurezza internazionale.

Anche la funzione che il Segretario Generale svolge nell'ambito delle operazioni di pace va ricondotta alle sue funzioni politiche. Una volta che il Consiglio abbia deciso l'invio della missione, a lui infatti spetta il compito di determinare la composizione della forza multinazionale e negoziare con gli Stati membri la messa a disposizione dei contingenti nazionali.



L'art. 99 gli attribuisce poi la facoltà, non l'obbligo, di «richiamare l'attenzione del Consiglio su qualunque questione che, a suo avviso, possa minacciare il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale». Si tratta di una facoltà ampia e in dottrina l'art. 99 è considerato il fondamento della generale funzione politico-diplomatica esercitata dal Segretario Generale.

Uno strumento impiegato spesso dal Segretario Generale è quello delle missioni d'inchiesta (*fact-finding missions*) che consistono nell'invio di gruppi di osservatori, commissioni di esperti, rappresentanti speciali e personali (*special and personal representatives*), inviati speciali (*special envoys*) e consiglieri speciali (*special advisers*) nelle regioni o negli Stati dove si stanno sviluppando o sono già in atto situazioni di crisi allo scopo di redigere rapporti conoscitivi, instaurare il dialogo e la mediazione con le parti implicate, effettuare indagini, raccogliere informazioni, avviare negoziati, ecc.

Gli inviati e rappresentanti del Segretario Generale divengono quindi il punto di contatto tra l'ONU e la situazione sul campo.

A volte i delegati dal Segretario si occupano anche di tematiche specifiche quali le migrazioni, la tubercolosi, l'AIDS/HIV, il cambiamento climatico, le disabilità, ecc.



Per la risoluzione delle controversie interne tra l'ONU ed il suo personale (incluse quelle disciplinari e di lavoro) il precedente sistema di giustizia interna è stato riformato dall'AG su proposta del Segretario Generale a partire dal 1° luglio 2009.

Il precedente *UN Administrative Tribunal*, istituito con Risoluzione 351 A (IV) del 24 novembre 1949, è stato sostituito dall'UNDT (*UN Dispute Tribunal*), istituito con Risoluzione 63/253 del 24 dicembre 2008, che ha sede a Ginevra, Nairobi e New York e si compone di cinque giudici.

È competente a conoscere i ricorsi presentati contro le decisioni amministrative adottate da un lunga lista di entità del "sistema ONU" tra cui il Segretariato, le missioni politiche e di mantenimento della pace, gli Uffici di Ginevra, Nairobi e Vienna, le cinque Commissioni economiche regionali, l'ICTY e l'ICTR, i Fondi (come l'UNICEF) ed i Programmi (come l'UNDP e l'UNEP), l'Università dell'ONU, etc.

Come stabilito dall'art. 2, par. 5, dello Statuto UNDT, anche le controversie tra un'Agenzia specializzata dell'ONU ed il suo personale possono essere sottoposte all'UNDT previo accordo speciale (*special agreement*) tra l'Agenzia ed il Segretario Generale (come nel caso dell'ICAO, della CIG, dell'IMO, dell'ISA e dell'ITLOS). La Banca Mondiale ha invece creato nel 1980 il proprio tribunale amministrativo.



I ricorrenti sono individuati dall'art. 3, par. 1, dello Statuto UNDT (la capacità processuale spetta alle persone fisiche e loro aventi diritto che sono o sono stati funzionari o agenti dell'entità che ha emesso la decisione amministrativa impugnata) e la competenza è definita dall'art. 2, par. 1.

Le sentenze dell'UNDT sono appellabili dinanzi al nuovo UNAT (*UN Appeals Tribunal*) che ha sede a New York ed è composto da sette giudici (nel precedente sistema le sentenze dello *UN Administrative Tribunal* erano inappellabili).

In passato ci si era chiesti se l'AG potesse istituire come organo sussidiario un tribunale amministrativo che per definizione deve essere indipendente anche rispetto all'organo principale che lo ha creato. La CIG ha ritenuto che l'organo pur sussidiario non resta comunque subordinato rispetto all'organo principale e ciò gli consente di esercitare quindi le sue funzioni in modo indipendente. La CIG ha poi ritrovato il fondamento di legittimità della creazione dei tribunali amministrativi nei poteri impliciti dell'AG.



- **Il Consiglio Economico e Sociale (ECOSOC) Le Agenzie specializzate**

Il *Consiglio Economico e Sociale* (ECOSOC) è composto da 54 membri, e gli Stati sono eletti dall'AG secondo il principio dell'equa distribuzione geografica. Ogni anno sono eletti diciotto stati per un periodo di tre anni ed è possibile essere immediatamente rieletti (art. 61, par. 2).

L'ECOSOC è disciplinato dagli artt. 61-72 della Carta ed ha il compito di «compiere o promuovere studi o relazioni su questioni internazionali economiche e sociali, culturali, educative, sanitarie e simili» (art. 62, par. 1).

In altre parole, quindi, l'attività dell'ECOSOC può riguardare tutti i generali ed ampi obiettivi attribuiti all'ONU dalla Carta nel Preambolo, nei primi articoli e nell'art. 55 (ai sensi del quale: «Al fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici e amichevoli fra le nazioni [...] le Nazioni Unite promuoveranno: a) un più elevato tenore di vita, il pieno impiego della mano d'opera, e condizioni di progresso e di sviluppo economico e sociale; b) la soluzione dei problemi internazionali economici, sociali, sanitari e simili, e la collaborazione internazionale culturale ed educativa; c) il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione»).



Facoltà di Giurisprudenza

In particolare, poi, l'ECOSOC si sta specificamente occupando di sviluppo sostenibile dal punto di vista economico, sociale ed ambientale come da ultimo riconfermato dalla Risoluzione 68/1 del 20 settembre 2013 dell'AG.

In ragione degli obiettivi perseguiti l'ECOSOC agisce «sotto la direzione» dell'AG che, a nome dell'ONU, ha il «compito di adempiere le funzioni» di cooperazione internazionale economica e sociale indicate dal capitolo IX della Carta (art. 60).

Anche se «diretto» dall'AG e pur non esercitando competenze nuove od originali (per la maggior parte sono concorrenti con quelle attribuite all'AG da altre disposizioni della Carta), l'ECOSOC resta comunque un organo principale dell'ONU, non dipendendo tale qualificazione dalle funzioni concretamente esercitate ma dalle indicazioni formali della Carta, e può dunque creare anche propri organi sussidiari.

Il potere di creare organi sussidiari, in particolare «commissioni per le questioni economiche e sociali e per promuovere i diritti dell'uomo, nonché quelle altre commissioni che possono essere richieste per l'adempimento delle sue funzioni» è riconosciuto dall'art. 68. Tra gli organi sussidiari si ricordi la Commissione per i diritti umani, le cinque Commissioni economiche (e sociali) regionali (per Europa, Asia e Pacifico, America Latina, Africa e Asia occidentale) istituite tra il 1947 ed il 1973, la Commissione per lo sviluppo sostenibile, il Comitato sulle organizzazioni non governative ed il Comitato sul trasporto di merci pericolose.



L'ampia competenza *ratione materiae* dell'ECOSOC si concretizza nella possibilità di indirizzare Raccomandazioni all'AG, agli Stati membri e alle Agenzie specializzate (art. 62, par. 1). Al Consiglio di Sicurezza, invece, l'ECOSOC può solo fornire informazioni e coadiuvarlo, se richiesto (art. 65).

La competenza si estende anche ai diritti umani rispetto ai quali può «fare raccomandazioni al fine di promuoverne il rispetto e l'osservanza» (art. 62, par. 2) e può anche «preparare progetti di convenzione da sottoporre» all'AG (art. 62, par. 3) e di convocare «conferenze internazionali» (art. 62, par. 4).

In aggiunta a queste competenze, l'ECOSOC svolge anche una fondamentale funzione di raccordo tra l'ONU e le numerose *Agenzie specializzate* (*Specialized Agencies*) che gravitano nella sua orbita così costituendo il "sistema delle Nazioni Unite". L'art. 57 fissa i requisiti che l'organizzazione deve avere per collegarsi all'ONU: «I vari istituti specializzati costituiti con accordi intergovernativi, ed aventi, in conformità ai loro Statuti, vasti compiti internazionali nei campi economico, sociale, culturale, educativo, sanitario e simili sono collegati con le Nazioni Unite in conformità alle disposizioni dell'articolo 63».



Le Agenzie specializzate, cui fanno riferimento gli artt. 57-59 e 63-64 della Carta, sono organizzazioni internazionali indipendenti che promuovono la cooperazione intergovernativa in settori specifici e che stipulano un «accordo di collegamento» con l'ONU. L'accordo crea un rapporto permanente ed articolato di reciproca cooperazione che favorisce il raggiungimento sia del fine tecnico-specifico della singola Agenzia, sia del fine generale dell'ONU di promuovere il progresso in ogni campo rafforzando la cooperazione internazionale interstatuale.

All'ECOSOC è dunque attribuito il compito principale di coordinare e gestire i rapporti e l'interazione tra l'ONU e le Agenzie specializzate nel contesto del più ampio "sistema delle Nazioni Unite" (che include anche i Fondi ed i Programmi ONU).

Fermo restando, infatti, il potere dell'ONU di fare «raccomandazioni per il coordinamento dei programmi e delle attività» delle Agenzie specializzate (art. 58) e di promuovere trattative tra gli Stati interessati per crearne di nuove (art. 59) è comunque all'ECOSOC che viene affidato:

a) il compito di concludere gli accordi di collegamento che vengono poi approvati dall'AG (art. 63, par. 1);

b) il compito di coordinare le attività delle Agenzie mediante consultazioni e raccomandazioni (art. 63, par. 2);



c) il compito di ricevere rapporti regolari dalle Agenzie e, previo accordo, anche «rapporti sulle misure prese per attuare le sue raccomandazioni e le raccomandazioni fatte all'Assemblea Generale su questioni che rientrano nella sua competenza» (art. 64, par. 1).

Sebbene il rapporto di collegamento si caratterizzi per il potere di coordinamento ed indirizzo che l'ONU esercita nei confronti delle Agenzie, queste restano comunque organizzazioni internazionali indipendenti. L'impegno previsto negli accordi di collegamento di prendere in debita considerazione le raccomandazioni provenienti dagli organi dell'ONU (a cominciare dall'ECOSOC), se disatteso in maniera grave e persistente, potrebbe incidere sulla prosecuzione del rapporto fondato sull'accordo di collegamento.



Tra le Agenzie specializzate si ricordi:

- il gruppo della Banca mondiale composto da cinque organizzazioni e l'FMI
- la WHO (*World Health Organization*),
- l'ILO (*International Labour Organization*, dal 1946),
- la FAO (*Food and Agriculture Organization*, dal 1946),
- l'UNESCO (*UN Educational, Scientific and Cultural Organization*, dal 1946),
- l'IMO (*International Maritime Organization*),
- la WIPO (*World Intellectual Property Organization*, dal 1974),
- l'ICAO (*International Civil Aviation Organization*, dal 1947),
- l'ITU (*International Telecommunication Union*),
- l'UPU (*Universal Postal Union*).



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

64. Introduzione. La protezione dei diritti umani nel sistema delle Nazioni Unite. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo

- **Considerazioni introduttive**

L'approccio al diritto internazionale dei diritti umani (ossia quelle norme giuridiche che tutelano in senso lato e sotto molteplici punti di vista gli esseri umani) è influenzata dall'impostazione teorico-generale adottata.

Secondo l'ottica *giusnaturalista*, ad esempio, i diritti umani, come e più di ogni altra norma giuridica, appartengono allo *ius naturale* e ritrovano il loro fondamento di obbligatorietà non nei trattati o nella coscienza giuridica collettiva della società internazionale degli Stati di un determinato momento politico della Storia ma nella natura o nella ragione (*recta ratio*) dell'Uomo oppure in valori assiomatici di carattere trascendentale (laici o religiosi che poi siano).

Secondo l'ottica *positivista*, invece, i diritti umani che sono riconoscibili e vincolanti sono solo quelli che l'ordinamento giuridico qualifica come tali mediante la loro positivizzazione, vale a dire codificandoli in testi giuridici scritti.

In una ricostruzione *realistica*, infine, i diritti umani (come qualunque altra norma giuridica internazionale) tutelano quei valori e quei comportamenti relativi alla persona umana che, in un determinato momento storico e politico, la società internazionale degli Stati avverte come doveroso riconoscere e proteggere dal punto di vista giuridico.



Nessun fondamento trascendente è dunque necessario per spiegare l'obbligatorietà giuridica dei diritti umani perché essa si desume dalla prassi effettiva a livello internazionale. Parimenti, nessun rilievo costitutivo assume l'eventuale positivizzazione dei diritti umani perché le norme convenzionali rappresentano solo uno dei due modi mediante cui la società internazionale provvede a tutelare certi valori ma non la ragione stessa della tutela (che esiste anche sulla base di norme generali, ossia non scritte).

Anche nel settore dei diritti umani sembra dunque preferibile l'approccio realistico che non scade nel formalismo giuridico che permea l'impostazione positivista e non sconta l'obiezione logica in cui incorre la corrente giusnaturalista quando, in nome della pretesa inerenza dei diritti umani alla natura/ragione dell'Uomo o a valori dogmatici e trascendenti, ne afferma l'esistenza da sempre nonostante a lungo nella Storia tali diritti non vennero considerati come norme giuridiche e di conseguenza non furono neanche riconosciuti e tutelati.

A tale ultimo riguardo basti portare l'esempio della schiavitù.

Per un giusnaturalista il divieto di ridurre in schiavitù un uomo esiste da sempre perché l'uomo nasce libero ma per secoli la schiavitù fu praticata da molti Stati senza che la società internazionale la considerasse illecita e dunque la vietasse. Per un giusnaturalista resta così molto difficile riconciliare a livello logico e giuridico l'assioma sulla sempiterna esistenza del divieto di schiavitù con la ben diversa realtà delle relazioni internazionali.

Utilizzando un approccio realistico si darà invece conto del fatto, oggettivo e comprovato, che la società degli Stati ha avvertito l'illiceità giuridica della schiavitù *solo* da un certo momento storico in poi, lasciando che in precedenza tale pratica, per quanto immorale e riprovevole, non fosse anche illecita.

Si ricordi poi ancora che le norme sui diritti umani fissano diritti ed obblighi esclusivamente tra i soggetti internazionali, unici termini del rapporto giuridico sotteso alla norma. L'individuo i cui diritti vengono tutelati è sempre e solo l'oggetto, il destinatario materiale della tutela giuridica internazionale indipendentemente dal fatto che sia poi protetto come singolo o come membro di una collettività (popolo, minoranza, donne, fanciulli, lavoratori, etc.).



La solidità di questa impostazione non viene meno per il fatto che:

1) nei sistemi regionali di protezione (e, in particolare, in quello della Convenzione di Roma del 1950) l'individuo ha incisivi diritti di natura procedurale che gli consentono di ricorrere in via diretta ed unilaterale alla Corte. Anche in questo caso, infatti, il diritto procedurale si fonda sul consenso prestato *una tantum* dallo Stato parte al momento di vincolarsi al trattato e, dunque, l'individuo resta un oggetto della tutela giuridica voluta e concessagli dallo Stato;

2) la fondamentale azione di sollecitazione, vigilanza, pressione ed ausilio svolta in materia di diritti umani dalle ONG nei confronti degli Stati resta comunque un'attività politica priva, in quanto tale, di rilevanza diretta nell'ordinamento giuridico internazionale.

- **La protezione dei diritti umani nel sistema delle Nazioni Unite. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948**

A livello internazionale i primi e più significativi dati normativi sulla tutela dei diritti umani si ritrovano nell'ambito del sistema dell'ONU che, come visto, fissa la promozione, la tutela ed il rispetto dei diritti umani a livello universale tra i suoi obiettivi fondamentali.

Solo per restare al capitolo I (Fini e Principi) della Carta (il cui Preambolo già afferma «la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole»), si ricordi che l'Organizzazione promuove e incoraggia «il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione» (art. 1, par. 3).

Considerando i fini, principi ed obiettivi dell'ONU non stupisce che l'Organizzazione rappresenti sin dal 1945 il principale foro di promozione e tutela dei diritti umani, anche mediante la più ampia rete di collegamenti con le Agenzie specializzate.

Non essendo possibile con riguardo agli obiettivi e ai limiti del presente volume dare conto delle molteplici iniziative che, ad ogni



livello, sono state e, sempre più diffusamente, sono adottate in materia di diritti umani nel “sistema delle Nazioni Unite”, ci limiteremo dunque ad esaminare tre momenti particolarmente significativi dell’attività dell’ONU:

- 1) la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948;
- 2) i due Patti internazionali del 1966;
- 3) il Consiglio per i diritti umani.

L’ormai ampio ed articolato sistema di protezione dei diritti umani ha come primo riferimento politico e giuridico la *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* adottata dall’AG con la Risoluzione 217 (III) del 10 dicembre 1948 che ebbe 48 voti favorevoli, nessun voto contrario e 8 astensioni (Unione Sovietica, Bielorussia, Ucraina, Cecoslovacchia, Polonia, Jugoslavia, Sud Africa e Arabia Saudita). Yemen e Honduras erano assenti.

I sei Paesi socialisti ripeterono la stessa obiezione già sollevata nella fase preparatoria dinanzi alla Commissione per i diritti dell’uomo e cioè che mancava la specificazione che i diritti umani si sarebbero dovuti comunque realizzare in conformità al principio di sovranità e indipendenza politica di ciascun Stato. Il Sud Africa rifiutava invece l’inclusione nella Dichiarazione dei diritti economici, sociali e culturali. L’Arabia Saudita, infine, non approvava gli artt. 16 e 18 (diritto di sposarsi liberamente e diritto di cambiare religione).

La Dichiarazione (che non fu allegata alla Carta e si compone di un Preambolo e 30 articoli) è contenuta in un documento non vincolante ed ha un contenuto ampio ed onnicomprensivo. Il punto di partenza è l’assoluta eguaglianza e libertà di tutti gli uomini (art. 1) e dunque il divieto assoluto di qualunque discriminazione (art. 2):

Art. 1: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

Art. 2: «1. Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza,



di nascita o di altra condizione; 2. Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del Paese o del territorio cui una persona appartiene, sia che tale Paese o territorio sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi altra limitazione di sovranità».

La Dichiarazione ha rappresentato il punto di riferimento fondamentale per tutti i successivi testi, strumenti e nozioni in materia di diritti umani, a cominciare dalla stessa nozione di «discriminazione» in cui non ricadono le «distinzioni legittime comunemente ammesse per far fronte a situazioni diverse, bensì soltanto le distinzioni “illegittime”, generalmente indicate quali “discriminazioni”».

La gamma dei diritti enunciati nella Dichiarazione è ampia e riguarda sia i diritti sostanziali fondamentali (diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza: art. 3; divieto di schiavitù e servitù: art. 4; uguaglianza dinanzi alla legge: art. 7; diritto alla cittadinanza: art. 15; diritto alla proprietà: art. 17; etc.) sia i diritti procedurali (diritto ad un ricorso effettivo: art. 8; divieto di arresto, detenzione o esilio arbitrari: art. 9; diritto ad un equo processo: art. 10; presunzione di non colpevolezza: art. 11, etc.).

Sono inoltre garantite le libertà fondamentali (libertà di movimento e residenza: art. 13; libertà di pensiero, coscienza e religione: art. 18; libertà di opinione ed espressione: art. 19; libertà di associazione e riunione: art. 20, etc.) ed i diritti di natura economica, sociale e culturale (diritto alla sicurezza sociale: art. 22; diritto al lavoro: art. 23; diritto ad un'esistenza dignitosa: art. 25; diritto all'istruzione: art. 26).

In pratica, tutte le molteplici modalità di estrinsecazione della persona sono tutelate fino addirittura al «diritto ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati in questa Dichiarazione possano essere pienamente realizzati» (art. 28).

La Dichiarazione è contenuta in un documento non vincolante dal valore quindi programmatico. Ha rappresentato però il punto di partenza di un processo evolutivo che ha contribuito nel volgere di pochi decenni a creare un sistema internazionale di protezione dei



diritti umani di impronta *universale* (i destinatari dei diritti umani sono tutti gli uomini) e *positiva* (i diritti inizialmente solo enunciati sono ora riconosciuti ed effettivamente protetti), perlomeno con riguardo a quei diritti riconosciuti dalla coscienza giuridica collettiva degli Stati come più importanti e maggiormente meritevoli di tutela giuridica.

Sin dai lavori preparatori vi fu chi considerò la Dichiarazione un documento politico di alto valore morale ma sprovvisto di qualunque effetto giuridico e chi, invece, interpretandolo come uno strumento complementare alla Carta (che richiama la promozione e la tutela dei diritti umani all'art. 1, par. 3), ne affermò la medesima natura e forza giuridica obbligatoria.

Da un punto di vista giuridico, non si può affermare che nel 1948 la Dichiarazione fosse vincolante essendo stata inserita in un documento non obbligatorio neanche allegato alla Carta.

Vero è però che l'impegno politico e morale solennemente assunto dagli Stati con la Dichiarazione venne, come detto, a rappresentare da quel momento in poi un punto di riferimento per qualunque successiva iniziativa (sia in ambito ONU che, in generale, in ambito internazionale, regionale e nazionale) e, dunque, mise in moto un meccanismo virtuoso che progressivamente, sulla base della prassi, fece sì che numerose di quelle enunciazioni politiche acquisissero un valore giuridico (in taluni casi cogente).

In altre parole, al di là del valore iniziale della Dichiarazione, è indiscutibile che oggi la maggior parte delle sue disposizioni ha un valore giuridicamente equivalente alla Carta dell'ONU delle cui norme, talvolta, quelle disposizioni forniscono una interpretazione autentica. La successiva prassi, coerente e costante, di interpretazione ed applicazione della Dichiarazione ha quindi determinato il consolidamento giuridico di quelle solenni enunciazioni politiche anche nel diritto internazionale generale.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



**La presentazione Power Point relativa ai
contenuti disciplinari della lezione sarà
presto disponibile**



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

65. Segue. I Patti internazionali del 1966

Con riguardo ai Patti internazionali adottati nel 1966, la loro elaborazione fu curata da quella stessa *Commissione per i diritti umani* (*Commission on Human Rights*), organo sussidiario dell'ECOSOC, che aveva già preparato il progetto della Dichiarazione universale del 1948.

Tra i fini che le aveva attribuito l'ECOSOC al momento della sua istituzione vi era infatti anche quello di elaborare, oltre ad una solenne Dichiarazione dal valore morale e politico, anche un testo che potesse divenire giuridicamente vincolante per gli Stati. Dopo un lungo lavoro, la Commissione presentò due distinti progetti: uno avente ad oggetto la tutela dei diritti civili e politici e l'altro la tutela dei diritti sociali, economici e culturali.

Fu così che con la risoluzione 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966, l'AG adottò il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (ICCPR) ed il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (ICESCR), aprendoli poi alla firma degli Stati membri il 19 dicembre 1966.

I due Patti, entrati in vigore rispettivamente il 23 marzo ed il 3 gennaio 1976, pur contenendo entrambi un lungo elenco di diritti riconosciuti e garantiti, presentano notevoli diversità che in sostanza si riconducono all'intrinseca diversità dei diritti oggetto di tutela. Non a caso, dunque, la Commissione preferì redigere due distinti progetti.

Del resto, come notato in Dottrina (ZANGHÌ) «la maggior parte dei diritti civili e politici si traducono essenzialmente in un obbligo di non ingerenza da parte dello Stato, che può essere agevolmente



definito con sufficiente precisione e che può trovare applicazione immediata, mentre i diritti economici, sociali e culturali richiedono, invece, una esplicita attività da parte degli Stati che implica, generalmente, un conseguente finanziamento. La loro applicazione non può pertanto essere immediata ma rende necessaria una progressività subordinata e condizionata dalla situazione economica e da altri fattori propri ad ogni Stato».

Da questa distinzione consegue nei due Patti una definizione più o meno generica dei diritti e un meccanismo di controllo sul loro rispetto più o meno stringente.

Il timore, tra l'altro, che il controllo sull'attuazione dei diritti economici, sociali e culturali in uno Stato potesse in qualche modo tramutarsi in uno strumento di ingerenza negli affari interni spiega, oltre all'indicata diversità oggettiva degli obblighi sottesi alle due categorie di diritti, la reticenza degli Stati a prevedere per questi diritti strumenti di controllo troppo invasivi.

Il contenuto del *Patto sui diritti civili e politici* riprende in sostanza l'elenco già contenuto nella Dichiarazione del 1948 e l'art. 1 ribadisce il diritto di tutti i popoli all'autodeterminazione.

In linea di principio, le deroghe ai diritti previsti dal Patto sono possibili solo alle condizioni indicate dall'art. 4, par. 1, e cioè solo «in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale».

Per limitare ulteriormente la possibilità di deroga, l'art. 4, par. 1, prevede inoltre che le misure derogatorie:

- a) devono essere strettamente necessarie in rapporto alla situazione;
- b) non devono essere «incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale»;
- c) non possono comunque essere discriminatorie, ossia fondarsi «unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale».

L'art. 4, par. 2, individua però alcuni diritti e divieti che sono inderogabili in qualunque situazione: il diritto alla vita, fatte salve le legislazioni nazionali che prevedono la pena capitale (art. 6); il divieto di tortura (art. 7); il divieto di schiavitù e servitù (art. 8, par. 1-2); il



divieto di arresto per debiti (art. 11); il principio di irretroattività della legge penale (art. 15); il diritto al riconoscimento della personalità giuridica (art. 16); il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 18).

Sebbene, ai sensi dell'art. 4, par. 3, lo Stato che adotta le misure derogatorie sia tenuto ad *informare*, per il tramite del Segretario Generale dell'ONU, tutti gli altri Stati dell'oggetto e dei motivi della deroga, nessun controllo sulla legittimità dell'adozione delle misure è ammesso.

In aggiunta alle deroghe indicate dall'art. 4, par. 1, in altri articoli del Patto è poi prevista la possibilità di limitare il godimento dei diritti per altre ragioni, ormai abbastanza tipizzate negli strumenti internazionali, quali «quelle stabilite dalla legge e che siano necessarie in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico, o per tutelare la sanità e la morale pubblica o gli altrui diritti e libertà» (art. 22, par. 2, in tema di libertà di associazione).

Questo secondo ordine di limitazioni, a differenza delle deroghe indicate dall'art. 4, par. 1, è invece soggetto al controllo di legittimità da parte dell'organo di controllo del Patto, vale a dire il *Comitato per i diritti umani* (*Human Rights Committee*, CCPR), disciplinato dagli artt. 28-45.

Il compito del Comitato (composto da 18 membri eletti a scrutinio segreto e a titolo individuale dagli Stati parte al Patto) è di controllare il rispetto del Patto da parte degli Stati.

Sono previste due diverse procedure di controllo:

1) la presentazione da parte degli Stati al Comitato per il tramite del Segretario Generale di *reports*, ossia di «rapporti sulle misure che essi [hanno] adottato per dare attuazione ai diritti riconosciuti nel presente Patto, nonché sui progressi compiuti nel godimento di tali diritti» (art. 40, par. 1);

2) la presentazione al Comitato di *state-to-state complaints*, ossia di «comunicazioni interstatali» mediante cui uno Stato parte denuncia l'inadempimento degli obblighi pattizi da parte di un altro Stato parte (art. 41).



Con riguardo alla procedura di controllo sub 2), la sua attivazione non è automatica in quanto serve una dichiarazione dello Stato di accettazione della competenza del Comitato a ricevere ed esaminare le comunicazioni interstatali. Ad oggi, questa procedura di controllo (come, del resto, ogni altra procedura di comunicazioni interstatali prevista da altri trattati di tutela dei diritti umani) non è *mai* stata usata perché nessuno Stato ha mai ritenuto di denunciare le inadempienze agli obblighi pattizi di un altro.

La procedura è disciplinata dagli artt. 41-42. Nel caso in cui gli Stati interessati non abbiano risolto la questione entro 6 mesi dall'avvenuto invio della comunicazione di contestazione dell'inadempimento e «con soddisfazione di entrambi», ciascuno ha diritto di «deferirla al Comitato, mediante notifica fatta sia al Comitato, sia all'altro interessato».

A questo punto, il Comitato propone i suoi buoni uffici per giungere ad una «soluzione amichevole della questione, basata sul rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» riconosciuti nel Patto (art. 41, lett. *e*).

Se la questione non viene risolta, allora il Comitato, ai sensi dell'art. 42 e previo consenso degli Stati coinvolti, può designare una commissione di conciliazione *ad hoc* che mette nuovamente a disposizione degli Stati i propri buoni uffici.

Se neanche all'esito di questa fase si giunge ad una soluzione soddisfacente per tutti gli interessati della questione, la procedura si chiude senza ulteriori conseguenze o accertamenti (la commissione di conciliazione è però tenuta a redigere un rapporto informativo).

Per ciò che riguarda, invece, la procedura di controllo sub 1), essa prescinde dal consenso degli Stati (o, *rectius*, vale quel consenso manifestato una volta per tutte al momento della stipulazione del Patto) ed obbliga gli Stati a presentare, a richiesta (solitamente quinquennale) del Comitato, i «rapporti» previsti dall'art. 40, par. 1 (il Segretario Generale dell'ONU ed il Comitato possono trasmettere il rapporto dello Stato anche alle Agenzie specializzate e all'ECOSOC per quanto di loro competenza).

Una volta esaminati i rapporti, ex art. 40, par. 4-5, il Comitato presenta agli Stati «i propri rapporti [*reports*] e le osservazioni



generali [*general observations*] che ritenga opportune» cui gli Stati possono a loro volta rispondere presentando gli opportuni «rilievi» (*observations*).

Anche in questo caso, comunque, non esiste un meccanismo effettivamente coercitivo nei confronti dello Stato nel caso in cui il rapporto sia giudicato insoddisfacente dal Comitato, sebbene si dia massima diffusione alle osservazioni (e alle relative raccomandazioni) del Comitato cui lo Stato dovrà comunque rispondere nel successivo rapporto.

Un'altra procedura di controllo, quella delle «comunicazioni individuali» (*individual communications*) è poi prevista dal *Protocollo opzionale* al Patto sui diritti civili e politici (per il *Secondo Protocollo opzionale* sulla pena di morte, si veda la nota 15).

Lo Stato che diventi parte al Protocollo riconosce «la competenza del Comitato a ricevere e esaminare comunicazioni da individui soggetti alle proprie giurisdizioni che rivendicano di essere vittime di una violazione da parte dello Stato membro di uno dei diritti elencati nel Patto» (art. 1 del Protocollo).

Con riguardo al requisito dell'essere l'individuo «soggetto alla giurisdizione» dello Stato per poter presentare la comunicazione, va evidenziata la discrepanza tra l'art. 2, par. 1, del Patto, secondo cui si trovano in tale situazione coloro i quali «si trovino sul territorio [dello Stato] e siano sottoposti alla sua giurisdizione» (*within its territory and subject to its jurisdiction*) e l'art. 1 del Protocollo che invece indica come unica condizione quella di essere l'individuo sottoposto alla giurisdizione dello Stato.

L'ambigua discrepanza, dovuta alla diversità di posizioni emersa in particolare tra Francia e Stati Uniti durante i lavori preparatori dell'art. 2, par. 1, dovrebbe essere risolta in favore della norma del Patto (che si rivolge agli Stati ed ha natura sostanziale) piuttosto che della norma del Protocollo (che si rivolge al Comitato e ha natura procedurale).

Al contrario il Comitato ha applicato il meno restrittivo art. 1 del Protocollo così garantendo l'applicazione extraterritoriale del Patto, vale a dire la sua applicazione anche alle violazioni commesse dallo Stato al di fuori del proprio territorio.



La procedura di controllo delle comunicazioni individuali garantisce dunque la possibilità all'individuo di presentare, previo esaurimento dei ricorsi interni, una «comunicazione» (non un ricorso) al Comitato per la violazione di uno dei diritti sanciti dal Patto.

Una volta ricevuta la comunicazione individuale il Comitato la rimette «all'attenzione dello Stato parte» che entro 6 mesi «sottopone per iscritto al Comitato spiegazioni o dichiarazioni che chiariscano la questione e indichino, ove del caso, le misure che esso potrà aver preso per rimediare alla situazione» (art. 4, par. 1-2).

Nell'interagire con l'individuo e lo Stato, il Comitato (in particolare quando nella prima fase porta all'attenzione dello Stato la già esaminata comunicazione individuale) fa largo uso della facoltà di trasmettere le proprie «considerazioni» (*views*) di cui all'art. 5, par. 4. La facoltà ricomprende anche la possibilità di raccomandare allo Stato (in termini non vincolanti) l'adozione di misure provvisorie (ad esempio, la sospensione dell'esecuzione della pena di morte nei confronti di chi ha presentato la comunicazione) onde evitare un danno irreparabile.

Le «considerazioni» del Comitato prendono il nome di «pareri» e sebbene non vincolanti hanno comunque la forma ed il contenuto di vere e proprie decisioni sulla fondatezza o meno della violazione lamentata dall'individuo. Ancora una volta bisogna però evidenziare come anche questa procedura di controllo non preveda alcun meccanismo coercitivo o sanzionatorio nei confronti dello Stato che abbia violato i diritti dell'individuo e non si sia conformato alle *views* del Comitato. Parimenti esclusa è la possibilità per il Comitato di indicare un'equa riparazione per la violazione commessa. L'efficacia del sistema si fonda quindi sulla credibilità ed autorevolezza delle pronunce-pareri del Comitato e sulla loro spontanea osservanza da parte dello Stato.

Di particolare rilevanza per l'interpretazione e lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani sono anche i *General Comments* del Comitato, autorevoli studi pubblicati non ad intervalli regolari ed aventi ad oggetto specifiche tematiche sostanziali o procedurali relative alla interpretazione del contenuto dei diritti garantiti dal Patto.



Proprio nel *General Comment no. 24* del 1994 il Comitato affermò la posizione secondo cui, nel silenzio del trattato, le riserve non sarebbero mai apponibili (cfr. Cap. III, note 160-163 e testo corrispondente), mentre nel *General Comment no. 26* del 1997 affermò che i trattati sui diritti umani non sarebbe passibili di denuncia. Ad oggi il Comitato ha adottato 35 *General Comments*: l'ultimo, del 15 dicembre 2014, ha ad oggetto l'art. 9 del Patto (diritto alla libertà e alla sicurezza).

Il *Patto sui diritti economici, sociali e culturali* del 1966 (31 articoli) si distingue dal Patto sui diritti civili e politici essenzialmente per il fatto che enuncia diritti legati alla sfera economica, sociale e culturale del singolo che come tali richiedono una realizzazione più in chiave collettiva che individuale. In ottica spesso programmatica, il Patto obbliga gli Stati a garantire ed attuare una serie di diritti a cominciare da quello, sancito dall'art. 1, all'autodeterminazione e alla libera disposizione delle proprie risorse economiche.

Tra i diritti economici, il Patto garantisce il diritto al lavoro nelle sue molteplici accezioni (posto di lavoro, salario minimo e dignitoso, salubrità del luogo di lavoro, etc.: artt. 6-7) ed i diritti sindacali (art. 8).

Tra i diritti sociali, si ricordi l'obbligo di garantire protezione e assistenza alla famiglia considerata «the natural and fundamental group unit of the society» (art. 10, par. 1) e alle madri (art. 10, par. 2) ed il diritto ad un'esistenza dignitosa (*adequate standard of living*) di cui all'art. 11). Tra i diritti culturali si noti il diritto all'istruzione (art. 13).

Per ciò che riguarda le procedure di controllo del rispetto del Patto, inizialmente fu previsto unicamente il sistema dei rapporti statali (art. 16) e non anche quello delle comunicazioni interstatali o individuali. Inoltre, non esisteva un apposito organo di controllo come era il Comitato per i diritti umani nel Patto sui diritti civili e politici. Spettava dunque all'ECOSOC la competenza a ricevere, esaminare e formulare i pareri sui rapporti presentati dagli Stati.

Successivamente, però, due novità hanno di fatto equiparato il meccanismo di controllo sull'ICESCR a quello sull'ICCPR.

In primo luogo, l'ECOSOC con Risoluzione 1985/17 del 28 maggio 1985 istituì il *Comitato per i diritti economici, sociali e*



culturali (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, CESCR) incaricato al suo posto di ricevere, esaminare e formulare pareri sui rapporti degli Stati (procedura, poteri e composizione del CESCR sono uguali a quelli del CCPR).

Anche il CESCR pubblica i *General Comments*. Ad oggi ne ha adottati 23: gli ultimi due, il 7 e 8 marzo 2016, hanno rispettivamente ad oggetto l'art. 12 (con particolare riguardo al *right to sexual and reproductive health*) e l'art. 7 (diritto di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro).

In secondo luogo, l'AG con Risoluzione 63/117 del 10 dicembre 2008 adottò il *Protocollo opzionale* al Patto sui diritti economici, sociali e culturali (22 articoli) che ha introdotto la procedura delle comunicazioni individuali (art. 2) e interstatali (art. 10). Anche in questo caso la procedura di controllo ed i poteri attribuiti al CESCR sono omologhi al modello già utilizzato nel Patto sui diritti civili e politici.

Va infine evidenziato come sia ormai prassi frequente nel sistema delle Nazioni Unite l'istituzione di organi di controllo (sulla falsariga di quelli dei due Patti e, in particolare, del Comitato per i diritti umani) nei trattati multilaterali sui diritti umani (*treaty bodies*).

Tra i molti, tutti con sede a Ginevra, si ricordino:

1) il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, organo di controllo della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965;

2) il Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne, organo di controllo della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979;

3) il Comitato contro la tortura, organo di controllo della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti del 1984;

4) il Comitato per i diritti del fanciullo, organo di controllo della Convenzione per i diritti del fanciullo del 1989;

5) il Comitato per i diritti delle persone disabili, organo di controllo della Convenzione per i diritti delle persone disabili del 2006.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza

Corso di laurea: Giurisprudenza

CFU: 12

Docente: Valentina Ranaldi



La presentazione Power Point relativa ai contenuti disciplinari della lezione sarà presto disponibile



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

66. Il Consiglio per i diritti umani

In seno alle Nazioni Unite l'istituzione di un organo competente in materia di diritti umani fu prevista e raccomandata sin dal 1945 tanto che già a febbraio 1946 l'ECOSOC, con la Risoluzione 1946/5, aveva istituito la *Commissione per i diritti umani* (*Commission on Human Rights*), suo organo sussidiario.

Il mandato della Commissione per i diritti umani fu ampliato nel corso degli anni. Inizialmente la Commissione aveva infatti solo il compito di studiare e preparare progetti di convenzioni o dichiarazioni in materia di diritti umani (come fece per la Dichiarazione universale del 1948 ed i Patti del 1966). In seguito, a partire dagli anni Sessanta ed anche per rispondere alle numerose comunicazioni che la Commissione riceveva con riguardo alla situazione di *apartheid* in Sud Africa, l'ECOSOC le attribuì una funzione di controllo esercitata mediante diverse procedure e strumenti tra cui meritano di essere ricordate:

1) la «procedura confidenziale» (o «procedura ex 1503» dal numero della Risoluzione ECOSOC del 27 maggio 1970 che la istituì), sostituita nel 2007 dalla nuova «complaint procedure» gestita dal Consiglio per i diritti umani;

2) la «procedura pubblica» (o «procedura ex 1253» dal numero della Risoluzione ECOSOC del 6 giugno 1967 che la istituì), anch'essa poi inglobata nei nuovi strumenti e procedure di controllo introdotti di recente dal Consiglio per i diritti umani.

Essendo composta di Stati la politicizzazione dei lavori della Commissione fu praticamente inevitabile. Il fatto che talvolta i lavori



della Commissione fossero ritardati od impediti, e le inefficienze emerse in particolare nel funzionamento delle due procedure di controllo indicate, attirarono negli anni sempre più critiche nei confronti della Commissione al punto che si arrivò alla decisione di sostituirla nel 2006 con il *Consiglio per i diritti umani* (*Human Rights Council*, HRC), organo sussidiario dell'AG (con sede a Ginevra) e non, come era la Commissione, dell'ECOSOC.

Il Consiglio per i diritti umani ha come scopo principale quello di promuovere il rispetto universale «for the protection of all human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of any kind and in a fair and equal manner» (Risoluzione 60/251, par. 2).

Il Consiglio si compone di 47 Stati eletti a scrutinio segreto e a maggioranza semplice dall'AG per un triennio (è vietata l'immediata rielezione solo dopo due mandati).

Sebbene il criterio dell'equa distribuzione geografica continui a valere, è stato comunque temperato per evitare che, come in passato talvolta avvenne con la Commissione, entrassero in Consiglio Stati con un discutibile “ruolino di marcia” in materia di diritti umani. Come previsto dalla Risoluzione 60/251, par. 8-9, e da un documento dell'Alto Commissario per i diritti umani, nella scelta dei membri l'AG dovrà dunque tenere in conto sia il contributo (*contribution*) degli Stati candidati alla promozione e protezione dei diritti umani che gli impegni (*commitments*) e le promesse (*pledges*) da essi volontariamente assunti per il mandato che andranno a ricoprire.

Sebbene tali requisiti non siano precondizioni per l'accesso al seggio ma solo linee-guida per la scelta degli Stati da eleggere, è comunque positivo il tentativo di selezionare l'aspirante membro del Consiglio, tanto più considerando anche la possibilità per l'AG, prevista dal par. 8 della Risoluzione 60/251, di sospendere con voto a maggioranza dei due terzi degli Stati presenti e votanti lo Stato membro del Consiglio che commetta gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani.

Da subito il Consiglio procedette ad una complessiva razionalizzazione del precedente sistema di controlli e procedure ereditato dalla Commissione nel tentativo di renderlo più efficiente, incisivo ed organico che poi condusse all'adozione, il 18 giugno 2007,



della Risoluzione 5/1 (*Institution-building of the UN Human Rights Council*).

Il nuovo sistema di controllo (in parte comunque coincidente con il precedente) si articola:

1) nel nuovo meccanismo della *Universal Periodic Review*, UPR (già previsto dalla Risoluzione istitutiva 60/251) che ogni quattro anni sottopone ogni Stato membro dell'ONU ad un esame concertato tra lo Stato ed il Consiglio dello *human rights record* dello Stato *de quo* allo scopo di migliorare e promuovere la tutela dei diritti umani al suo interno ad ogni livello.

La *review* dello Stato è condotta da un *Working Group* composto dai 47 Stati membri del Consiglio (qualunque Stato membro dell'ONU può però intervenire e partecipare al dialogo con lo Stato esaminato). Il *Working Group* è coadiuvato da una *troika* di tre Stati che fungono da relatori.

I parametri della *review* sono la Carta, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, i trattati sui diritti umani di cui è parte lo Stato e gli impegni e le promesse volontariamente assunti dallo Stato.

Il meccanismo si incentra sul dialogo cooperativo ed interattivo tra lo Stato esaminato ed il Consiglio che ha ad oggetto le informazioni fornite dallo Stato nell'apposito *national report*, quelle fornite dagli organismi indipendenti di controllo sui diritti umani (spetta all'OHCHR preparare una *compilation* di queste informazioni) e quelle «credible and reliable» fornite da ogni altro ente interessato (*other relevant stakeholders*) comprese le ONG e le istituzioni nazionali in materia di diritti umani (Risoluzione 5/1, § 15, lett. a-c).

Una volta completato l'esame, la *troika* prepara il *report* che contiene le conclusioni e/o le raccomandazioni (*conclusions and/or recommendations*) rivolte allo Stato (che quest'ultimo può accettare o rifiutare).

Il *report* viene poi adottato dal Consiglio in seduta plenaria (Risoluzione 5/1, §§ 26 e 25).

Lo Stato ha la responsabilità di dare esecuzione alle raccomandazioni contenute nel *report* e in occasione del successivo esame dopo 4 anni anche l'attuazione o meno delle raccomandazioni



sarà oggetto di controllo e dialogo. In caso di persistente non cooperazione, e dopo aver incoraggiato lo Stato a cooperare con il meccanismo UPR, il Consiglio si occuperà «as appropriate» del caso (Risoluzione 5/1, § 38);

2) nelle *special procedures* (che già esistevano nel precedente sistema della Commissione) affidate dal Consiglio, con un mandato, ad esperti (individuali o collettivi) indipendenti in materia di diritti umani ed aventi ad oggetto specifiche tematiche (*thematic mandate*) o singoli Stati (*country mandate*).

Rispetto al proprio mandato l'esperto (che gode di ampia discrezionalità nello scegliere modi e strumenti di esecuzione del mandato) deve condurre analisi, valutazioni e monitoraggi, anche mediante visite negli Stati (organizzate e supportate dall'OHCHR) e dialoghi con le istituzioni, organismi ed autorità competenti e/o interessati, al fine poi di redigere un rapporto (nel caso degli Stati, si tratta dei c.d. "rapporti Paese") da presentare al Consiglio per la successiva discussione.

Il sistema delle *special procedures* consente al Consiglio di focalizzare l'attenzione sulla situazione in uno Stato oppure su uno specifico aspetto della tutela dei diritti umani (si pensi al problema della detenzione arbitraria o del godimento dei diritti umani da parte delle persone con disabilità) allo scopo di monitorare, raccogliere informazioni e, sempre nell'ottica del dialogo partecipato e volontario con gli Stati interessati, di suggerire o raccomandare l'adozione di misure e strategie tese a migliorare il rispetto dei diritti umani;

3) nell'*Advisory Committee* del Consiglio, composto da 18 esperti nominati dal Consiglio (5 dal gruppo africano, 5 da quello asiatico, 2 da quello dell'Europa orientale, 3 dal GRULAC e 3 dal WEOG) che siedono a titolo individuale. L'*Advisory Committee* è il «think-tank» del Consiglio che lavora sotto la sua direzione allo scopo di fornire *expertise* nei modi e nelle forme da questo richieste mediante in particolare studi e ricerche (Risoluzione 5/1, §§ 65 e 75);

4) nella *complaint procedure* che ha sostituito la precedente «procedura ex 1503» della Commissione. La procedura resta confidenziale e continua ad avere ad oggetto le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani (ovunque commesse ed in qualunque



situazione) denunciate da individui, gruppi oppure ONG che siano vittime ed abbiano conoscenza diretta e credibile delle violazioni. Le modifiche apportate cercano di garantire, da un canto, maggiore cooperazione da parte dello Stato interessato e, dall'altro, maggior imparzialità, efficienza ed obiettività alla procedura.

In tale ottica, sono stati creati due *working groups* di 5 membri ciascuno (uno sulle «comunicazioni» e l'altro sulle «situazioni») che hanno il compito, il primo, di vagliare l'ammissibilità delle comunicazioni scritte e poi esaminarle (trasmettendole allo Stato interessato affinché esprima le proprie «considerazioni») e, il secondo, di portare invece all'attenzione del Consiglio le situazioni in cui si delinea una grave e sistematica violazione dei diritti umani.

In tale ultimo caso la situazione segnalata sarà esaminata dal Consiglio e dallo Stato interessato in modo confidenziale, ossia nel corso di una riunione a porte chiuse (anche la documentazione resta confidenziale), al termine della quale il Consiglio potrà:

- 1) cessare di occuparsi della situazione;
- 2) continuare ad occuparsi della situazione chiedendo allo Stato di fornire ulteriori informazioni entro un tempo ragionevole;
- 3) continuare ad occuparsi della situazione nominando un esperto per monitorarla;
- 4) rendere pubblica la situazione continuando ad esaminarla;
- 5) chiedere all'OHCHR di fornire allo Stato interessato cooperazione tecnica, assistenza per il rafforzamento della capacità di tutela dei diritti umani o servizi di consulenza (Risoluzione 5/1, § 109, lett. a-e).

L'*Ufficio dell'Alto Commissario per i diritti dell'uomo (Office of the High Commissioner for Human Rights, OHCHR)*, istituito dall'AG con Risoluzione 48/141 del 20 dicembre 1993 al fine di promuovere e coordinare l'azione dell'ONU e delle Agenzie specializzate in materia di diritti umani, esercita le sue funzioni sotto la direzione del Segretario Generale e si coordina, per le materie di competenza comune, con l'ECOSOC e con il Consiglio per i diritti umani.

Tra le molteplici funzioni e competenze, anche di carattere consultivo, l'Alto Commissario fornisce alle procedure di controllo amministrate dal Consiglio (come, ad esempio, le *special procedures*)



il personale, la logistica, il supporto e l'assistenza necessaria per l'esecuzione dei mandati.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



**La presentazione Power Point relativa ai
contenuti disciplinari della lezione sarà
presto disponibile**



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

67. La protezione dei diritti umani nel sistema della CEDU

L'Europa è certamente la regione geografica che a livello mondiale offre la più elevata tutela dei diritti umani. Non è un caso che gli strumenti ed i meccanismi internazionali più articolati ed evoluti siano nati ed operino in Europa tra cui, in particolare, la *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU) o *Convenzione di Roma* del 1950 il cui organo giurisdizionale di controllo è la *Corte europea dei diritti dell'uomo* o *Corte di Strasburgo*, istituita nel 1959.

La Convenzione di Roma fu adottata in seno al Consiglio d'Europa, una organizzazione internazionale istituita a Londra il 5 maggio 1949 e con sede a Strasburgo in Francia che tra i suoi obiettivi ha quello di «attuare un'unione più stretta fra i suoi membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale» (art. 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa), soprattutto mediante la creazione di uno «spazio comune di diritto e democrazia in cui i diritti e le libertà fondamentali della persona, la democrazia ed il rispetto dello stato di diritto siano tutelati, promossi e garantiti».

In seno al Consiglio d'Europa sono stati adottati 218 trattati (quasi tutti entrati in vigore): il primo fu lo Statuto dell'organizzazione nel 1949 e l'ultimo è stato la *Convention on an Integrated Safety, Security and Service Approach at Football Matches and Other Sports Events*, adottata il 4 maggio 2016 dal Comitato dei Ministri, l'organo plenario dell'organizzazione, ed aperta alla firma il successivo 3 luglio.



Tra i principali organi del Consiglio d'Europa, oltre alla Corte di Strasburgo, va ricordato:

1) il Comitato dei Ministri che ha funzioni deliberative ed è composto dai Ministeri degli Affari esteri degli Stati membri. Si riunisce a livello ministeriale una volta l'anno e tutte le settimane a livello di Rappresentanti permanenti degli Stati membri presso il Consiglio d'Europa;

2) l'Assemblea parlamentare che, pur non avendo poteri vincolanti, rappresenta un foro di studio, ricerca e dibattito sui diritti umani oltre che un elemento di pressione e scrutinio sul rispetto dei diritti umani da parte degli Stati membri. Adotta Raccomandazioni (rivolte al Comitato dei Ministri), Risoluzioni (che manifestano la posizione dell'Assemblea) e Pareri non vincolanti (sull'ammissione di nuovi Stati membri e progetti di convenzioni allo studio) e pubblica anche rapporti su questioni specifiche. L'Assemblea, che si riunisce a Strasburgo quattro volte l'anno, si compone di 324 parlamentari designati dai Parlamenti tra i loro membri nel rispetto della proporzione tra le forze politiche a livello nazionale (le delegazioni nazionali variano da un minimo di 2 ad un massimo di 18 membri a seconda della popolazione dello Stato membro: la delegazione italiana consta di 18 membri);

3) il Segretario Generale, che resta in carica 5 anni e può essere rieletto, svolge funzioni amministrative e di rappresentanza.

Venendo ora alla Convenzione di Roma del 1950, gli Stati parte sono tenuti a riconoscere i diritti e le libertà ivi sanciti «a ogni persona [cittadino o straniero che sia] sottoposta alla loro giurisdizione» (art. 1).

La nozione di giurisdizione è innanzitutto e quasi sempre intesa in senso territoriale dalla Corte (nel senso che la Convenzione si applica ad ogni persona presente sul territorio dello Stato). In casi sempre più numerosi, però, la Corte ha anche affermato la giurisdizione extraterritoriale dello Stato e l'applicabilità della CEDU anche a fatti lesivi avvenuti fuori dal territorio dello Stato membro (ad esempio, in Iraq).

Nella prima parte (artt. 2-18) la Convenzione di Roma enuncia e garantisce un'ampia gamma di diritti e libertà fondamentali cui vanno



poi aggiunti gli ulteriori diritti previsti negli anni dai Protocolli modificativi della stessa (come, ad esempio, il diritto di proprietà). Tra i diritti e divieti enunciati dalla Convenzione, vi è il diritto alla vita (art. 2), i divieti di tortura, schiavitù e lavoro forzato (artt. 3-4), il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5), il diritto ad un equo processo (art. 6), il principio *nulla poena sine lege* (art. 7), le libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), la libertà di espressione (art. 10), la libertà di riunione ed associazione (art. 11), il divieto di discriminazione (art. 14), ecc.

Per garantire una tutela effettiva di questi diritti e libertà, la Convenzione contemplò la Corte europea dei diritti dell'uomo o Corte di Strasburgo (artt. 19-51) chiamata a controllare in via automatica ed obbligatoria il rispetto della CEDU da parte degli Stati membri all'esito di una procedura «interstatale» (art. 33) o «individuale» (art. 34) decisa con sentenza vincolante per lo Stato.

La competenza automatica ed obbligatoria della Corte, inizialmente non prevista dalla CEDU, fu introdotta dal Protocollo n. 11 alla Convenzione *che ristruttura il meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione*, in vigore dal 1° novembre 1998: per lo Stato «vale il consenso ad assoggettarsi alla giurisdizione della Corte prestato una volta per tutte al momento di vincolarsi» al Protocollo n. 11 (competenza obbligatoria) e l'individuo può «presentare ricorso alla Corte senza bisogno che lo Stato convenuto in giudizio accetti nel caso specifico il contraddittorio» (competenza automatica).

Nel corso degli anni il testo originario ed il sistema di controllo della Convenzione sono stati modificati o integrati da 16 Protocolli, alcuni dei quali non più in vigore o, come il n. 15 ed il n. 16, non ancora in vigore.

Le modifiche alla struttura e al funzionamento del sistema di controllo sono state apportate dai Protocolli nn. 11, 14 e 15 mentre i Protocolli nn. 1, 4, 6, 7, 12 e 13 hanno ampliato il novero dei diritti e delle libertà fondamentali che gli Stati devono garantire alle persone sotto la loro giurisdizione. Si pensi, ad esempio, al primo Protocollo addizionale (il n. 1), in vigore dal 1954, che tra gli altri ha garantito il diritto alla proprietà (art. 1) e all'istruzione (art. 2) e al Protocollo n. 4, in vigore dal 1968, che riconosce, *inter alia*, il diritto alla libera



circolazione e alla libera fissazione della propria residenza e il divieto di espulsioni individuali e collettive nei confronti dei propri cittadini.

I Protocolli 6 e 13 riguardano la pena di morte e la vietano in qualunque circostanza non ammettendo alcuna deroga.

Oltre all'attribuzione alla Corte della competenza automatica ed obbligatoria, il Protocollo n. 11 ha introdotto una modifica strutturale di particolare rilevanza determinando nel 1998 l'abolizione del sistema dualistico di controllo imperniato fino a quel momento sulle Corte e sulla *Commissione europea dei diritti dell'uomo* (*European Commission on Human Rights*, ECmHR), operativa dal 1954.

Il Protocollo n. 11 ha soppresso la Commissione che aveva la competenza esclusiva a ricevere ed istruire i ricorsi individuali e, nel caso, a proporre l'azione dinanzi alla Corte stando in giudizio per il ricorrente. Con la soppressione di questo sistema, l'individuo ha ora la possibilità, con diverse cautele procedurali, di adire direttamente la Corte e di stare in giudizio dinanzi ad essa.

Oltre alla competenza consultiva e, quando sarà operativa, a quella pregiudiziale, la Corte esercita la competenza giurisdizionale a seguito della presentazione di un ricorso interstatale (art. 33) o di un ricorso individuale (art. 34).

Il ricorso interstatale viene proposto da uno Stato parte nei confronti di un altro in nome dell'interesse oggettivo al rispetto della Convenzione e dei suoi Protocolli. Sebbene il ricorso sia stato talvolta usato per fini strumentali di natura politica, la legittimazione, che non dipende da alcun criterio di collegamento, va ricondotta a tale interesse oggettivo.

Il ricorso individuale viene invece proposto, previo esaurimento dei ricorsi interni, da una «persona fisica, organizzazione non governativa o gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli».

Le numerose condizioni di ammissibilità sono indicate dall'art. 35 (il Protocollo n. 15 una volta in vigore le modificherà in parte) e, se dichiarato ammissibile, il ricorso è esaminato da una delle Camere o dalla Grande Camera (composta da 17 giudici).

La Grande Camera è competente:



1) per le richieste di pareri consultivi ai sensi dell'art. 47;

2) per «rimessione» del caso ove «la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione o applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte» (art. 30). In questo caso, dunque, la Camera non pronuncia la sentenza e rimette la competenza a decidere alla Grande Camera;

3) per «rinvio» su richiesta di una delle parti ed entro tre mesi dalla pronuncia della sentenza da parte della Camera ove sussistano «situazioni eccezionali» (art. 43, par. 1). In tal caso la Grande Camera riesamina la sentenza (e pronuncia la propria) solo se la questione «solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale» (art. 43, par. 2);

4) sulle questioni deferite dal Comitato dei Ministri in base all'art. 46, par. 4, di cui subito si dirà.

Le sentenze delle Camere sono definitive a meno che non venga chiesto od ammesso il rinvio alla Grande Camera (art. 44, par. 2). Le sentenze della Grande Camera sono, invece, sempre definitive (art. 44, par. 1).

Una volta che sia stata accertata la violazione della CEDU, lo Stato «si impegna», vale a dire è obbligato, «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». (art. 46, par. 1).

L'obbligo di conformarsi alla sentenza è ampio e pervasivo perché lo Stato deve fare tutto ciò che è necessario per eliminare la violazione e ripristinare la piena conformità del proprio ordinamento interno rispetto alla Convenzione.

Qualunque atto, omissione o prassi dello Stato che sia in contrasto con le disposizioni della CEDU (come anche interpretate dalla giurisprudenza della Corte) dovrà essere modificato o, se necessario, abrogato affinché la conformità (e quindi il rispetto degli obblighi internazionali assunti) sia ripristinata.

L'obbligo grava su qualunque organo dello Stato e, dunque, anche i giudici nazionali sono vincolati al rispetto della giurisprudenza



di Strasburgo anche per ciò che riguarda le questioni interpretative e le qualificazioni delle situazioni giuridiche.

Ai sensi dell'art. 46, par. 2, sul rispetto e l'esecuzione delle sentenze vigila il Comitato dei Ministri (a livello di Rappresentanti permanenti) che a tal fine le riceve e si riunisce appositamente quattro volte l'anno (*DH meetings*). Per ciascuna sentenza da eseguire, il Comitato apre una procedura di controllo che si chiude solo quando lo Stato soccombente vi ha dato integralmente esecuzione. Nelle more, la questione resta all'esame del Comitato dei Ministri che può adottare Risoluzioni per sollecitare l'esecuzione o deplorare la mancata esecuzione.

Di particolare rilievo è poi la possibilità, introdotta dal Protocollo n. 14 e riservata al Comitato dall'art. 46, par. 4, di deferire lo Stato inadempiente alla Corte.

Se la Corte accerta la violazione dell'obbligo, allora «rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare»; altrimenti, il Comitato chiude l'esame del caso (art. 46, par. 5).

In caso di reiterata e persistente violazione della CEDU (incluso l'obbligo di eseguire le sentenze) e dello Statuto del Consiglio d'Europa (tra cui l'art. 3 che obbliga gli Stati membri a «collaborare sinceramente e operosamente» per conseguire gli scopi dell'organizzazione), il Comitato dei Ministri potrebbe sospendere e come *extrema ratio* anche espellere lo Stato dall'organizzazione.

Resta da evidenziare come nel prossimo futuro vi sarà una ulteriore riforma del sistema della Convenzione. L'esigenza di diminuire il numero eccessivo di casi pendenti (oltre 150 mila) per non rallentare e rendere inefficiente l'attività della Corte di Strasburgo determinò nell'aprile 2012 gli Stati parte, sotto impulso britannico, ad adottare la *Brighton Declaration* al termine della *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*.

La riforma decisa nel 2012 ha determinato l'adozione del Protocollo n. 15 *recante emendamento alla Convenzione* (aperto alla firma il 24 giugno 2013 e non ancora in vigore) e va in tre direzioni:



1) spinge gli Stati ad una maggiore e più efficace tutela dei diritti e delle libertà garantiti dalla CEDU così da ridurre le possibili violazioni e, dunque, le occasioni di ricorso;

2) riduce il termine per presentare il ricorso da sei a quattro mesi;

3) rafforza il principio giurisprudenziale del «margine di apprezzamento» di cui godono gli Stati nell'applicare la CEDU in funzione delle «circumstances of the case and the rights and freedom engaged» così da accentuare la sussidiarietà della Corte di Strasburgo rispetto alle giurisdizioni nazionali. Anche nel Preambolo della Convenzione sarà inserito un riferimento espresso alla «primary responsibility» degli Stati parte, «in accordance with the principle of subsidiarity», di garantire i diritti e le libertà fondamentali sancite dalla Convenzione.

La Conferenza di Brighton del 2012 ha altresì adottato il Protocollo n. 16, aperto alla firma il 2 ottobre 2013, non ancora in vigore e la cui ratifica è comunque opzionale per gli Stati nel senso che, a differenza del Protocollo n. 15, non è richiesta la ratifica unanime per la sua entrata in vigore.

Il Protocollo n. 16 introdurrà nel sistema di Strasburgo il meccanismo del rinvio pregiudiziale dalle giurisdizioni nazionali alla Corte già contemplato dall'art. 267 del TFUE per il sistema giurisdizionale dell'Unione. I giudici nazionali potranno chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale «on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms [...] in the context of a case pending before it» (art. 1, par. 1-2, del Protocollo n. 16). Un *panel* di 5 giudici della Grande Camera valuterà l'ammissibilità della richiesta di parere che, se accolta, determinerà l'adozione del parere da parte della Grande Camera (art. 2, par. 1-2).

Resta, infine, da ricordare che la possibilità di denunciare la CEDU è espressamente prevista dall'art. 58 mentre quella di recedere dal Consiglio d'Europa dall'art. 7 dello Statuto. Il recesso dall'organizzazione comporta anche la denuncia della Convenzione di Roma.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



La presentazione Power Point relativa ai contenuti disciplinari della lezione sarà presto disponibile



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

68. L'applicazione extraterritoriale dei trattati in materia di diritti umani

Si è già detto, nel corso delle precedenti lezioni, di come talvolta, in modo residuale rispetto all'ipotesi ordinaria di esercizio della potestà di governo sul proprio territorio, lo Stato esercita potestà di imperio (*power*) anche oltre i propri confini territoriali, ossia in territorio straniero oppure in spazi di nessuno. In questi casi di esercizio *extraterritoriale* della potestà di imperio si pone il problema di accertare, sulla base di alcuni criteri (nazionalità attiva, personalità passiva, universalità, bandiera, relazioni consolari e diplomatiche, etc.), l'eventuale sussistenza anche della giurisdizione dello Stato e, nel caso, di sancire l'applicazione della pertinente normativa interna ed internazionale.

Si è altresì evidenziato come in taluni casi (navi, aerei, sedi diplomatiche e consolari, ZEE, zona contigua) la prassi sia, in linea di principio e fatto salvo lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e qualche incertezza interpretativa e giurisprudenziale, comunque pacifica e condivisa nel ricollegare all'esercizio del *power* la giurisdizione dello Stato e l'applicazione della pertinente normativa.

In altri casi (immunità, controllo di territorio altrui in tempo di pace e di conflitto armato, controllo su persone in territorio straniero) la prassi è invece incerta e controversa vuoi perché le fattispecie riguardano situazioni politicamente delicate, vuoi perché sono oggetto di nuove interpretazioni da parte di alcuni Stati e/o degli organi chiamati a controllare il rispetto dei trattati posti a tutela dei diritti umani.



In tutti i casi di esercizio extraterritoriale della potestà di imperio il nodo giuridico riguarda l'applicazione o meno del principio secondo cui "la legge segue la bandiera", vale a dire del principio in base al quale il diritto regola sempre l'esercizio della potestà di imperio dello Stato (applicazione ovviamente scontata nel caso di esercizio della potestà dello Stato all'interno del proprio territorio).

Se nei casi relativi alle immunità lo Stato straniero pretende che le norme internazionali sulle immunità "seguano la bandiera", vale a dire si applichino agli atti e comportamenti dei propri organi in territorio straniero, diverso è invece il caso in cui la potestà di imperio si eserciti mediante il controllo su territori altrui (in tempo di pace o di conflitto armato) o su persone (cittadini o stranieri) che si trovano all'estero.

In tali casi, infatti, non è infrequente che gli Stati pretendano di sottrarre in tutto o in parte l'esercizio extraterritoriale del loro potere alla disciplina giuridica di diritto internazionale e, talvolta, anche di diritto interno e non è neanche infrequente che tale pretesa sia tutt'altro che pacifica quando di tale (dis)applicazione lo Stato deve renderne conto ad un giudice interno o ad una corte internazionale.

La vicenda di Guantanamo è solo il caso più eclatante che riassume tutti i problemi e le tensioni ora indicati.

La pretesa dell'Esecutivo statunitense di non applicare la Costituzione americana (e le garanzie relative ai diritti fondamentali della persona tra cui, nel caso di specie, il diritto di *habeas corpus*) agli stranieri detenuti presso la base navale di Guantanamo Bay in quanto sita in una zona di territorio cubano data in affitto agli Stati Uniti fu respinta dalla Corte Suprema in una serie di sentenze emanate tra il 2004 (sentenza *Rasul* e *Hamdi*) ed il 2008 (sentenza *Boumediene*) in cui, modificando la propria precedente giurisprudenza che negava l'applicazione extraterritoriale della Costituzione agli stranieri, la Corte ritenne che l'esercizio del *power* statunitense a Guantanamo fosse talmente pieno, esclusivo ed indisturbato da potersi equiparare all'esercizio di una sovranità *de facto* tale da giustificare dunque il fatto che la Costituzione "seguisse la bandiera" americana anche oltre confine.



Ben prima di Guantanamo però simili problemi si erano già posti.

Ad esempio, con un'attitudine opposta a quella dell'Esecutivo statunitense impegnato nella *global war on terror* dopo l'11 settembre, per lungo tempo la Corona britannica garantì l'applicazione del *writ of habeas corpus* (l'atto con cui il giudice ordina al potere esecutivo di tradurre in giudizio la persona arrestata onde esaminare la legalità del suo arresto e detenzione ed evitare abusi) «into all parts of the king's dominions» (e dunque anche in territori situati oltre i confini del Regno come appunto i *dominions* o le *exempt jurisdictions*) sulla base del presupposto che il Re, in quanto "sovrano illuminato" (*enlightened king*), avesse sempre titolo di conoscere le ragioni per cui uno dei suoi sudditi fosse stato privato della libertà indipendentemente da dove ciò fosse avvenuto.

Nel diritto internazionale contemporaneo il tema del rapporto tra esercizio extraterritoriale della potestà di imperio ed eventuale sussistenza della giurisdizione ed applicazione della legge si presenta con particolare evidenza in relazione ai trattati che tutelano i diritti umani.

Alcuni trattati (come, ad esempio, la CEDU, il Patto sui diritti civili e politici del 1966 e la CADU) si applicano infatti a chiunque (cittadino o straniero) sia «sottoposto alla giurisdizione» dello Stato (*subject to its jurisdiction*).

Gli organi di controllo di questi trattati (a cominciare dalla Corte di Strasburgo) tendono ormai ad applicarli sempre più spesso in via extraterritoriale i trattati il cui rispetto da parte degli Stati parte sono tenuti a garantire.

Ciò determina una tensione tra gli Stati e gli organi di controllo dato che i primi, quando *non* sussistono certi interessi economici o pubblici che solo l'applicazione extraterritoriale del diritto interno ed internazionale può tutelare (zona contigua, ZEE, sedi diplomatiche, navi/aerei, ecc.), sono inclini in linea di principio a scindere l'esercizio extraterritoriale del *power* dalla correlata applicazione del diritto così da non essere responsabili per gli atti di imperio compiuti all'estero. E ciò soprattutto quando l'applicazione del diritto internazionale dei



diritti umani riguarderebbe operazioni militari e di polizia effettuate dallo Stato.

In altre parole, nelle intenzioni dello Stato la potestà di imperio si deve esercitare anche *funzionalmente*, ossia anche fuori dal proprio territorio, ma ogni volta che sia possibile l'applicazione del diritto deve invece avere valenza solo *territoriale*, ossia solo limitata entro i confini statali. La classica domanda se “la legge segua la bandiera” (*does the Constitution follow the flag?*) e la ancor più classica risposta (*yes, but it doesn't quite catch up with it*) testimoniano questa intenzione spesso comune tra gli Stati.

Al contrario, invece, gli organi di controllo dei trattati sui diritti umani (ed i giudici interni nella misura in cui, come avviene nel sistema della CEDU, siano obbligati a conformarsi alle loro decisioni sentenze dell'organo) manifestano l'intenzione di ricollegare ogni volta che sia possibile l'applicazione della pertinente normativa internazionale all'esercizio extraterritoriale della potestà di imperio dello Stato.

Lo storico contrasto tra Re e “controllori” (giudici nazionali ed internazionali e Parlamenti), di cui la codificazione dell'*habeas corpus* in Gran Bretagna rappresenta forse l'esempio più illuminante (nota 51), si ripropone così anche oggi come il contrasto, sul piano internazionale, tra lo Stato parte e gli organi di controllo (corti, comitati, etc.) dei trattati e, sul piano interno, tra il potere esecutivo ed il potere giudiziario.

Sulla base della prassi contemporanea si può ritenere che il contrasto, in linea di principio, si stia risolvendo in favore:

1) sia dell'applicazione extraterritoriale del diritto in relazione all'esercizio della potestà di imperio con tendenziale e generale riconduzione degli individui, anche stranieri, sotto la giurisdizione dello Stato agente;

2) sia dell'applicazione extraterritoriale del diritto anche quando l'esercizio della potestà di imperio in territorio straniero è illegittima. Anche un atto illegittimo, dunque, può a certe condizioni ricondurre l'individuo sotto la giurisdizione extraterritoriale dello Stato agente. Ciò evita la paradossale conclusione di tutelare l'individuo solo quando la giurisdizione dello Stato sussiste legittimamente e non



anche quando l'atto è compiuto in una situazione illegittima in presenza di una giurisdizione dello Stato legittimamente sussistente e non anche invece da atti compiuti in situazioni illegittime per il diritto internazionale. In tale ottica, ad esempio, nel 1971 la CIG ritenne che il Sud Africa, nonostante occupasse illegalmente il territorio della Namibia, dovesse continuare a rispettare i suoi obblighi internazionali ed i diritti del popolo namibiano, a cominciare da quello all'autodeterminazione. In termini simili, nel 1991 il CCPR ritenne che l'Iraq, dopo aver occupato illegalmente il Kuwait nel 1990, aveva comunque la «clear responsibility under international law for the observance of human rights» della popolazione kuwaitiana.

Tali orientamenti sono condivisibili sebbene, a volte, desti perplessità nel caso concreto l'individuazione da parte degli organi di controllo di un criterio giurisdizionale (*jurisdictional link*) tra Stato ed individuo che sia idoneo, in quanto sufficientemente stretto, a ricondurre il secondo sotto la giurisdizione del primo. L'applicazione del criterio va calibrata in modo equilibrato onde evitare, da un canto, che l'individuo per il solo fatto di trovarsi all'estero (o di essere stato portato all'estero dallo Stato) sia privato di una tutela giuridica che avrebbe invece sul territorio statale (per dirla con la Corte Suprema statunitense, i diritti «should not be stripped away just because he happens to be in another land») e, dall'altro, che in modo incerto ed imprevedibile qualunque situazione extraterritoriale sia ricondotta sotto la giurisdizione dello Stato.

La giurisdizione extraterritoriale viene ritenuta sussistente, di solito, sulla base di un modello *territoriale* (*territorial* o *spatial jurisdiction*) o *personale* (*personal* o *individual jurisdiction*).

Il modello *territoriale* implica il controllo effettivo, diretto o indiretto (cioè attraverso autorità locali), da parte dello Stato sul territorio straniero (occupazione militare o qualunque altro caso di esercizio della potestà di governo) e si fonda sul principio, contemplato dal diritto internazionale dei conflitti armati in tema di occupazione bellica e riaffermato anche dalla CIG, che responsabilità internazionale e giurisdizione extraterritoriale dello Stato dipendono dal mero «physical control of a territory» e non dalla sovranità o da qualunque altro titolo di legittimazione territoriale.



In queste situazioni lo Stato, pur non esercitando «sovranità» (*sovereignty*) ma «giurisdizione territoriale» (*territorial jurisdiction*), deve rispondere delle violazioni commesse non solo dai propri organi ma anche da altri «actors present in the occupied territory», incluse le autorità locali subordinate.

Il modello *personale* implica invece che l'individuo, in ragione dell'atto compiuto dallo Stato in territorio straniero (o sul proprio territorio ma produttivo di effetti all'estero), si venga a trovare, per usare il linguaggio della Corte di Strasburgo, sotto l'«autorità ed il controllo» (*authority and control*) dello Stato e dunque sotto la sua giurisdizione.

In funzione di diversi criteri il modello personale si applica, ad esempio, ai casi di arresto all'estero di propri cittadini da parte dello Stato, alle detenzioni extraterritoriali (ossia di detenzioni di stranieri condotte da Stati parte ad un trattato sui diritti umani nel territorio di Stati non parte al trattato), agli atti di agenti diplomatici e consolari all'estero e agli atti compiuti a bordo di navi ed aeromobili.

L'applicazione del modello personale, essendo sganciata dal dato oggettivo del controllo territoriale, talvolta dà luogo ad incertezze e discrepanze nella giurisprudenza degli organi di controllo o, comunque, incontra particolari resistenze da parte degli Stati nel momento in cui l'organo di controllo lo applichi in una maniera considerata troppo ampia dallo Stato. Del resto, gli organi di controllo mirano, proprio riconoscendo la giurisdizione extraterritoriale su base personale, ad impedire che lo Stato possa non rispondere di certe violazioni (di cui senza dubbio risponderebbe se commesse sul proprio territorio) solo per il fatto che siano state commesse all'estero.

In altre parole, quella tensione di cui si è dato prima conto tra potere giudiziario (interno ed internazionale) e potere esecutivo relativa alla interpretazione ed applicazione del nesso tra *power*, *law* e territorio trova nell'interpretazione ed applicazione del modello personale di giurisdizione extraterritoriale uno dei punti di maggior divergenza e contrasto tra i due poteri.

Il modello personale viene applicato in maniera più o meno estensiva a seconda che si faccia coincidere o meno la qualità di «vittima» della violazione di un diritto tutelato da un trattato con la



qualità di «persona sotto la giurisdizione» (extraterritoriale) dello Stato parte al trattato.

La Commissione interamericana dei diritti umani (IACHR, organo di controllo della CADU) ed il CCPR (organo di controllo del Patto sui diritti civili e politici) affermano tale coincidenza e, dunque, in modo estensivo riconducono beni e persone sotto la giurisdizione dello Stato ogniqualvolta lo Stato, esercitando *power and authority* sulla persona o sul bene, ne violi un diritto convenzionalmente garantito. In questa accezione, dunque, ciò che solo rileva è l'esistenza di un rapporto di causa-effetto tra la condotta, commissiva od omissiva, dello Stato e la violazione del diritto tutelato. In pratica, chi è vittima di una violazione è sempre considerato anche sotto la giurisdizione extraterritoriale dello Stato autore della lesione.

In linea di principio, la Corte di Strasburgo rifiuta invece tale coincidenza e riconosce dunque la giurisdizione extraterritoriale su base personale (ma anche su base territoriale) solo quando sussista anche una «special justification» che, in funzione delle «particular circumstances of each case», qualifichi il rapporto di causa-effetto. E ciò proprio allo scopo di impedire che chiunque sia stato vittima, «wherever in the world», di una violazione dei propri diritti ad opera di uno Stato parte sia per ciò solo considerato anche «sotto la giurisdizione» ai fini dell'applicazione extraterritoriale della CEDU. Si vedrà però che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo l'interpretazione delle «special justifications» sta ormai diventando sempre più così estensiva da avvicinare in termini sostanziali la posizione della Corte a quella del CCPR e della IACHR.

I vari criteri che fondano l'applicazione del modello personale «do not operate in separate boxes» e possono dunque concorrere. In certe situazioni, quindi, la giurisdizione extraterritoriale può anche essere riconosciuta sulla base di più criteri, anche in parte coincidenti.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



La presentazione Power Point relativa ai contenuti disciplinari della lezione sarà presto disponibile



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

69. L'applicazione extraterritoriale della CEDU

a. L'applicazione extraterritoriale della CEDU sulla base del modello territoriale di giurisdizione

Si è ora detto che le clausole contenute in importanti trattati sui diritti umani (CEDU, ICCPR, CADU) li rendono applicabili a qualunque individuo che si venga a trovare sotto la giurisdizione di uno Stato parte e siano ormai interpretate anche extraterritorialmente dai relativi organi di controllo (Corte di Strasburgo, CCPR, IACHR).

Particolarmente significativa è la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, nell'affrontare il tema dell'applicazione extraterritoriale della CEDU, ha assunto progressivamente un approccio sempre più orientato al riconoscimento in qualunque situazione della giurisdizione extraterritoriale dello Stato e quindi alla correlata applicazione della CEDU.

L'art. 1 della CEDU ne prevede l'applicazione «ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione» di uno Stato parte (*everyone within their jurisdiction*). La Corte di Strasburgo da sempre evidenzia che la nozione di giurisdizione (e dunque anche l'applicazione della CEDU) è nel suo «ordinary meaning [...] primarily territorial» e che solo in casi eccezionali, «requiring special justification», la giurisdizione può essere extraterritoriale in base al modello territoriale o personale (sentenza *Banković*).

Per riconoscere in via eccezionale la giurisdizione extraterritoriale sulla base del modello territoriale la Corte richiede che lo Stato eserciti in territorio altrui un «controllo effettivo» (*effective*



control) di tipo diretto mediante le proprie forze armate oppure indiretto mediante una «amministrazione locale subordinata» (*subordinate local administration*).

L'effettività del controllo è determinata dalla Corte sulla base di alcuni indicatori come la presenza militare dello Stato sul territorio ed il supporto militare, economico e politico fornito alle Autorità locali.

Quando la presenza militare straniera è dominante sul territorio e/o il supporto militare, economico e politico garantisce la sopravvivenza dell'Autorità locale e la decisiva influenza dello Stato straniero sulla vita del territorio, lo Stato assume allora giurisdizione e responsabilità per l'applicazione di tutti i diritti e le libertà garantiti dalla CEDU in quel territorio e a tal fine non serve dimostrare che lo Stato avesse anche il «controllo specifico» (*detailed control*) sulle politiche e gli atti delle Autorità locali, essendo già provata e sufficiente l'esistenza di un «controllo complessivo» (*overall control*).

Si noti come in tali casi la Corte riqualifichi, anche ai sensi del diritto internazionale generale, l'entità socio-politica presente sul territorio come «amministrazione locale subordinata» dello Stato straniero parte alla CEDU anche quando quell'entità è in realtà sovrana ed indipendente o, comunque, il suo status di soggettività internazionale è ancora incerto nel diritto e nelle relazioni internazionali. In altre parole, al fine di applicare extraterritorialmente la CEDU la Corte riqualifica quelle entità come “governi fantoccio” degli Stati parte.

La giurisprudenza della Corte in materia riguarda essenzialmente, da un canto, il rapporto a Cipro Nord tra la Turchia e la Repubblica Turca di Cipro Nord (RTCN) e, dall'altro, il rapporto in Transnistria tra la Russia e la Repubblica Moldava di Transnistria (RMT) e nel Nagorno-Karabakh tra l'Armenia e la Repubblica del Nagorno-Karabakh (NKR).

Con riguardo a Cipro Nord, la Corte ritiene, non condivisibilmente, che la Turchia, in conseguenza dell'intervento militare del 1974 (impropriamente qualificato come «occupazione militare»), ivi eserciti l'*effective overall control* sia attraverso la presenza delle proprie forze armate che il sostegno fornito alla RTCN, considerata una «amministrazione locale subordinata» alla Turchia



piuttosto che, come invece è in realtà, uno Stato sovrano ed indipendente (perlomeno dal 15 novembre 1983, giorno di proclamazione dell'indipendenza).

Sin dalla sentenza *Loizidou* del 1995, quindi, la Corte afferma la giurisdizione extraterritoriale della Turchia a Cipro Nord senza considerare in modo adeguato quale autorità (se quella turca o turco-cipriota) controlli effettivamente il territorio esercitando la correlata potestà di governo.

Nel negare la soggettività internazionale della RTCN, la Corte attribuisce infatti rilievo decisivo ad elementi di per sé non costitutivi della soggettività internazionale di un ente politico quali la dipendenza economica e l'alleanza politica rispetto alla Turchia o la presenza, su invito, di forze armate turche.

Appare discutibile la posizione assunta dalla Corte perché la Turchia non ha il controllo effettivo, neanche in via complessiva, del territorio turco-cipriota e non ha instaurato un regime di occupazione militare. La controprova sta nel fatto che la Turchia non esercita a Cipro Nord poteri pubblici (*public powers*) a meno di non voler erroneamente considerare tali il disbrigo del servizio postale e di telecomunicazioni che è solo dovuto ai problemi provocati dal mancato riconoscimento internazionale della RTCN (cfr. anche nota 73).

Simile, ma non identica, la posizione della Corte con riguardo ai casi della Transnistria, regione separatista della Moldavia, e del Nagorno-Karabakh, regione separatista dell'Azerbaigian.

Sulla Transnistria la Corte ha ritenuto che lo stretto legame con la Russia riconduca la RMT sotto la «effective authority, or at the very least under the decisive influence, of Russia» che dunque ha giurisdizione e responsabilità per gli atti ivi compiuti dalle autorità locali. La riprova di tale legame starebbe anche nel fatto che la RMT, dalla dichiarazione di indipendenza e secessione violenta dalla Moldavia del 1990, «[has] survived by virtue of the military, economic, financial and political support that Russia gave it» (in termini pressoché identici la Corte ha qualificato anche il rapporto tra l'Armenia e la NKR).



Senza entrare in questi casi nel merito delle valutazioni di fatto operate dalla Corte per ritenere sussistenti tali legami, in termini generali notiamo che fino a quando l'applicazione della «special justification» del controllo effettivo contemplata dal modello territoriale di giurisdizione dipende essenzialmente dalla sussistenza (non importa ora se reale o meno) di elementi oggettivi (quali una situazione di occupazione militare, l'ingente presenza di forze armate straniere e l'esercizio di pubblici poteri da parte dello Stato straniero) vi sono sufficienti garanzie di certezza e prevedibilità delle valutazioni della Corte (e dunque dell'applicazione extraterritoriale della CEDU).

Nel momento in cui invece l'applicazione dipende in maniera rilevante (anche) da nozioni meno oggettive e più discrezionali (oltre che più complesse ed oscure) quale quella relativa al grado e alla portata dell'«influenza» e del «sostegno» fornito dallo Stato straniero o quella relativa alla capacità dello Stato e/o amministrazione locale subordinata di «sopravvivenza» in assenza del sostegno straniero, si corre il rischio di perdere qualcosa in termini di certezza e prevedibilità del sistema.

Vero è d'altra parte che L'utilizzo prevalente di simili indicatori, meno "misurabili" e più discrezionalmente valutabili (rispetto, ad esempio, all'esistenza o meno di un regime di occupazione militare) consentirebbe alla Corte, in linea con il fine ultimo di ampliare al massimo la sfera di tutela dei diritti umani, di rivedere in termini meno restrittivi l'ambito di applicazione della «special justification» dalla cui sussistenza dipende l'applicabilità del modello territoriale in termini meno restrittivi (riducendo anche la distanza con il diritto internazionale che non condiziona la extraterritorialità della giurisdizione alla sussistenza di una qualche «special justification»).

Il risultato finale determinerebbe la riconduzione sotto la giurisdizione extraterritoriale degli Stati parte di un maggiore numero di casi e situazioni altrimenti esclusi in linea con quella dinamica espansiva che la Corte sta anche promuovendo con riguardo al modello personale di giurisdizione extraterritoriale.



b. L'applicazione extraterritoriale della CEDU sulla base del modello personale di giurisdizione

Anche l'applicazione extraterritoriale della CEDU sulla base del modello personale di giurisdizione è condizionata alla sussistenza di una «special justification» che, in questo caso, consiste nell'esercizio da parte dello Stato di «autorità e controllo» (*authority and control*) sulla persona che abbia subito la violazione.

Nel corso degli anni la Corte ha riconosciuto sussistere l'autorità e il controllo dello Stato parte sull'individuo in conseguenza:

1) di certi atti compiuti da personale diplomatico e consolare sul territorio di Stati non parte alla CEDU (in questo caso l'ipotesi di esercizio extraterritoriale della giurisdizione era già prevista dal diritto internazionale generale e convenzionale in base al criterio delle relazioni diplomatiche e consolari). Ad esempio, la mancata assistenza legale fornita dal console britannico in Giordania ad una cittadina britannica tanto quanto la richiesta dell'Ambasciatore danese alla polizia della DDR di rimuovere dai locali dell'Ambasciata a Berlino un cittadino tedesco-orientale che ivi si era rifugiato furono considerati atti che riconducevano la persona (cittadina o meno che fosse dello Stato agente) sotto la giurisdizione dello Stato parte ai fini dell'applicazione extraterritoriale della CEDU;

2) di atti compiuti a bordo di navi od aeromobili battenti la propria bandiera (anche in questo caso l'ipotesi era già prevista dal diritto internazionale generale e convenzionale in base al criterio dello Stato di bandiera). Ad esempio, nella citata sentenza *Hirsi Jamaa* fu evidenziato come i ricorrenti, tutti aventi la nazionalità di Stati non parte alla CEDU, avessero passato diverse ore a bordo della nave italiana che li aveva salvati in mare e li stava riportando in Libia e, dunque, fossero senza dubbio sotto la giurisdizione italiana;

3) dell'esercizio, totale o parziale, ad opera dello Stato in territorio straniero, e su invito o con il consenso o l'acquiescenza del Governo locale, di poteri pubblici (*public powers*) normalmente esercitati da quel Governo tra cui, ad esempio, l'esercizio di funzioni giudiziarie (ad Andorra) o di istruzione pubblica (in Algeria);



4) della produzione di effetti extraterritoriali dell'atto compiuto sul territorio dello Stato parte (anche in questo caso l'ipotesi era già prevista dal diritto internazionale generale e convenzionale: si pensi al divieto di rimpatriare, respingere, allontanare o estradare uno straniero verso Paesi dove potrebbe essere torturato). A tal riguardo la Corte ritenne che l'eventuale estradizione di un cittadino tedesco da parte del Regno Unito (dove era detenuto) negli Stati Uniti (dove avrebbe corso il rischio di essere condannato a morte e, nelle more, di subire un trattamento inumano e degradante) avrebbe violato il divieto dell'art. 3 della CEDU;

5) dell'uso della forza da parte di organi dello Stato in territorio straniero «in certain circumstances» legate all'esercizio da parte dello Stato di un «physical power and control» sull'individuo vittima della violazione.

Tra i casi sub 5) richiamati a tal riguardo dalla stessa Corte, rientrano vi erano:

a) situazioni di custodia (arresto o presa in consegna) all'estero di persone propri cittadini di uno Stato da parte dello Stato con la cooperazione di Stati non parte alla CEDU: ad esempio, sia Sanchez Ramirez (cittadino venezuelano arrestato dalla polizia sudanese e poi consegnato ad agenti francesi che, dopo averlo fatto salire su un aereo militare e portato in una base militare francese, gli notificavano un mandato di arresto), sia Öcalan (cittadino turco consegnato all'aeroporto di Nairobi dalle autorità kenyote ad agenti turchi che lo arrestavano e lo riportavano in Turchia a bordo di un aereo turco) furono considerati sotto la giurisdizione di Francia e Turchia;

b) situazioni di controllo «pieno ed esclusivo» esercitato dallo Stato parte in alto mare e a bordo di navi battenti la bandiera di uno Stato non parte (nave cambogiana intercettata in alto mare e posta sotto la direzione delle autorità francesi con l'equipaggio confinato nelle proprie cabine sotto il controllo dei militari francesi);

c) situazioni di detenzione extraterritoriale di cittadini di Stati non parte in prigioni situate fuori dal territorio degli Stati parte (nel caso di specie, prigioni gestite dal Regno Unito in Iraq) ma poste sotto il «total and exclusive *de facto*, and subsequently *de jure*, control» esercitato dallo Stato parte (il controllo sull'edificio non muta



comunque il modello di giurisdizione extraterritoriale da personale a territoriale);

d) altre situazioni di custodia (diverse dall'arresto) in cui la vittima si era venuta comunque venuta a trovare sotto una sufficiente «autorità e/o controllo effettivo» dello Stato parte per ricadere sotto la sua giurisdizione (come nel caso in cui un soldato prenda in custodia una persona, la conduca in un luogo e poi la uccida).

Con riguardo specifico ai casi indicati ai nn. 1-2, la *special justification* dell'*authority and control* riguarda due situazioni già disciplinate dal diritto internazionale tanto che possono considerarsi autonome (e così sembra anche considerarle la Corte) rispetto alla distinzione qui proposta (tra l'altro, non in termini assoluti e prescrittivi ma al solo fine di rendere il più chiaro possibile il nostro discorso) tra modello territoriale e personale di giurisdizione extraterritoriale.

Con riguardo a tutti i casi indicati ai nn. 1-5, invece, va evidenziato in termini generali come la *special justification* dell'*authority and control* - sia quando sussista in conseguenza del controllo esercitato su certi luoghi (sedi diplomatiche e consolari, navi ed aeromobili, prigionie), sia quando sussista fuori da questi luoghi in conseguenza del *physical power and control* esercitato dallo Stato sulla persona, sia quando infine sussista in conseguenza dell'esercizio di *public powers* o degli effetti di certi atti - si caratterizzi per il tratto comune di essere quell'autorità e controllo dello Stato di natura e portata totale, esclusiva e sufficientemente duratura nel tempo con riguardo ai modi e/o agli effetti.

Anzi, per restare ancora alla linea di ragionamento della Corte, in tutti questi casi ciò che è realmente «decisivo» ai fini del riconoscimento della giurisdizione non è solo (e non è tanto) «the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held» ma, soprattutto, l'esercizio del «physical power and control» sulla vittima della violazione.

Fino agli sviluppi giurisprudenziali intercorsi nel 2011 (sentenza *Al-Skeini*) e 2014 (sentenza *Jaloud*), la Corte in linea di principio escludeva, dal novero degli atti idonei a fondare la giurisdizione extraterritoriale su base personale, solo quelli «instantaneous», ossia



quelli che per modalità e tempistica di loro attuazione implicassero un contatto troppo episodico, estemporaneo, appunto «istantaneo», tra Stato e individuo per “dare il tempo” alla persona, pur vittima dell’azione dello Stato, di restare anche assoggettata alla sua (non sufficientemente “lunga”, consolidata) autorità e controllo (si pensi al soldato che uccide durante un conflitto a fuoco in strada).

Condivisibile o meno che fosse questa macabra distinzione tra vittime “sotto controllo” (e giurisdizione) e non, la sentenza *Banković* del 2001 vi si conformava nel respingere il ricorso dei familiari delle vittime dei bombardamenti della NATO su Belgrado con cui chiedevano il riconoscimento su base personale della giurisdizione extraterritoriale degli Stati NATO anche parte della CEDU (nel 1999 la RFY non era ancora parte alla Convenzione di Roma) in ragione del «controllo effettivo» comunque esercitato su quelle persone mediante i bombardamenti che le avevano uccise.

In pratica, i ricorrenti chiedevano una nuova «specific application» del criterio del «controllo effettivo» applicato a Cipro Nord con riguardo al modello territoriale. Nel contesto del modello personale, la nuova applicazione del criterio avrebbe consentito di scendere sotto quella soglia di riconoscimento della giurisdizione extraterritoriale rappresentata dall’esistenza di un controllo abbastanza duraturo e protratto nel tempo, così estendendo la giurisdizione anche ad una violazione che originava da un contatto solo episodico e non duraturo tra Stato e individuo nella misura in cui, appunto, il secondo veniva ucciso “istantaneamente” da un missile lanciato da un aereo militare del primo.

La Corte, però, non accettò che il mero fatto di uccidere qualcuno (il mero *power to kill*) facesse di quella «vittima» anche una «persona sotto la giurisdizione» dello Stato agente ai sensi dell’art. 1 della CEDU.

L’idea di giurisdizione proposta dai ricorrenti, fondata su una nozione di causa-effetto, era inaccettabile per la Corte dato che, se accolta, avrebbe ricondotto sotto la giurisdizione dello Stato «anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt». Ancora una volta, dunque, la Corte respingeva



l'equiparazione tra «vittima» e «persona *within the jurisdiction*» che, come detto, altri organi di controllo (CCPR e IAHCR) invece riconoscono.

La sentenza *Banković* fece molto discutere da subito.

Fu criticato l'approccio restrittivo che negando l'applicazione della CEDU alle vittime dei bombardamenti della NATO, non autorizzati dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU, permise agli Stati di non rispondere delle gravi violazioni dei diritti umani conseguenti alla commissione di un atto di guerra. A nostro avviso, le ragioni della sentenza *Banković* piuttosto che nel diritto vanno forse ritrovate nella politica di un caso così tragico e delicato quale fu quello dell'uso della forza non autorizzato da parte della NATO nei confronti di uno Stato europeo.

La sentenza risultò oltremodo criticabile alla luce della successiva giurisprudenza della Corte che in modo esplicito o implicito ha riconsiderato diversamente proprio i punti che avevano fondato nel 2001 il diniego di giurisdizione.

Già, infatti, in due casi successivi del 2004 (*Issa v. Turkey*) e del 2007 (*Mansur Pad v. Turkey*) relativi a cittadini di Iraq ed Iran uccisi da forze armate turche durante operazioni antiterrorismo in Iraq ed Iran, nonostante l'identità delle situazioni in punto di diritto e, per certi versi, anche di fatto rispetto al caso *Banković*, la Corte ritenne che:

1) la CEDU era applicabile anche fuori dal territorio degli Stati parte (caso *Issa*) laddove invece nella sentenza *Banković* aveva considerato la CEDU (tra l'altro, smentendo la propria precedente giurisprudenza che l'aveva applicata, ad esempio, in Sudan nel caso *Sanchez Ramirez* e in Algeria nel caso *Gentilhomme*) un trattato operante in un contesto essenzialmente regionale e specificamente nello «spazio giuridico» (*legal space, espace juridique*) dei soli Stati parte e non «throughout the world»;

2) la Turchia avesse giurisdizione (perché le vittime si erano trovate «under the authority and/or the effective control») nel caso *Mansur Pad* che era identico al caso *Banković* (cittadini iraniani uccisi da colpi di arma da fuoco sparati da un elicottero militare turco tanto quanto i Serbi erano stati uccisi da missili lanciati da aerei militari).



La sentenza *Banković* costituisce comunque una nota sempre più stonata nella complessiva giurisprudenza della Corte, anche se molto probabilmente le ragioni di tale dissonanza vanno ricercate più nella politica giudiziaria che nel diritto.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



**La presentazione Power Point relativa ai
contenuti disciplinari della lezione sarà
presto disponibile**



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

70. La protezione dei diritti umani nell'Unione europea. L'apporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia

I Trattati istitutivi delle Comunità europee conclusi negli anni Cinquanta (Trattato CECA del 1951, Trattati CEE ed Euratom del 1957) avevano, come unico oggetto di disciplina, la dimensione economica dell'integrazione europea, non facendo alcun riferimento alla tutela e alla promozione dei diritti umani.

Ciò era dovuto agli obiettivi prettamente economici che i sei Stati fondatori (Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Germania Ovest, Francia e Italia) mediante la loro attuazione si prefiggevano di raggiungere: creazione tra loro di un mercato integrato in cui fosse garantita la libera circolazione dei fattori produttivi (merci, lavoratori, servizi e capitali) e instaurazione di un regime di concorrenza non falsato né dalle intese e dai comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, né dagli aiuti erogati dagli Stati.

Proprio facendo leva sulla mancanza di disciplina da parte dei Trattati e sulla separazione tra l'ordinamento ed il diritto comunitario, da una parte, e gli ordinamenti ed i diritti degli Stati membri, dall'altra, la Corte di Giustizia, in una sentenza storica del **1959** (sentenza 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Friedrich Stork & Co. c. Alta Autorità della CECA*, in *Raccolta 1959*, pp. 48-69), si era dichiarata incompetente a pronunciarsi sull'eventuale violazione da parte del diritto comunitario -nel caso di specie, una Decisione adottata dall'Alta Autorità della CECA- di un diritto fondamentale della persona tutelato da una norma interna.



Dovettero passare altri dieci anni perché la Corte di Giustizia, con la **sentenza Stauder**, mutasse orientamento e cominciasse ad affrontare il tema, da un lato, facendo espresso riferimento ai “diritti fondamentali della persona” in quanto parte dei principi generali del diritto comunitario (e non, invece, in quanto parte degli ordinamenti degli Stati membri, estranei alla sua competenza) e, dall’altro, utilizzandoli come parametro di legittimità per il diritto derivato di cui la Corte era tenuta a garantirne l’osservanza (si veda la sentenza 12 novembre **1969**, causa 29/69, *Erich Stauder e Città di Ulm-Sozialamt*, in *Raccolta 1969*, pp. 419-426).

Da quel momento in poi, la tutela dei diritti umani divenne, quindi, pur in un contesto di integrazione interstatuale prettamente economico e commerciale, un elemento rilevante, come testimoniato dalla sentenza ***Internationale Handelsgesellschaft*** del **1970**. In questa sentenza, la Corte di Giustizia, affermava che la tutela dei diritti fondamentali costituiva “parte integrante dei principi giuridici generali di cui [la Corte] garantisce l’osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l’ambito della struttura e delle finalità della Comunità”.

Un’ulteriore specificazione si ebbe nel **1974** quando, nella sentenza ***Nold***, la Corte di Giustizia ribadì che il contenuto dei diritti fondamentali, da utilizzare come parametro di legittimità del diritto derivato, doveva essere ricostruito traendo ispirazione dalle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”. La Corte individuava poi, come ulteriori elementi di cui tener conto, i “trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell’uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito” (nel caso di specie, il riferimento era alla Convenzione di Roma del 1950; cfr. la sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Commissione*, in *Raccolta 1974*, pp. 492-508, spec. par. 13, p. 507).

In tale ottica, la Corte affermò che “i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui essa garantisce l’osservanza. La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti



fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati. I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto [dell'Unione europea]”.

Nella giurisprudenza della Corte, dunque, sia le Costituzioni degli Stati membri che i trattati internazionali come, ad esempio, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) ed i Patti dell'ONU del 1966 divengono elementi di cui tenere conto nell'ambito del diritto comunitario (oggi, dell'Unione).

Soprattutto la CEDU ha rappresentato, nel corso dei decenni, il più importante punto di riferimento per la Corte di Giustizia, anche per interpretare e/o definire il contenuto di nozioni da applicare poi nel sistema comunitario.

Nella sentenza **Rutili** del **1975**, ad esempio, le restrizioni imposte dal diritto comunitario al potere dello Stato membro di determinare liberamente le esigenze dell'ordine pubblico interno in relazione alla presenza o al comportamento nel proprio di un cittadino di un altro Stato membro vennero considerate dalla Corte “come la manifestazione specifica di un principio più generale, sancito dagli artt. 8, 9, 10 e 11 della [Convenzione di Roma] firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata da tutti gli Stati membri, e dall'art. 2 del protocollo n. 4 della stessa Convenzione [...] i quali stabiliscono, in termini identici, che le restrizioni apportate, in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ai diritti tutelati dagli articoli testé citati non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una “società democratica” (sentenza 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, in *Raccolta 1975*, pp. 1220-237, par. 32, p. 1232).

In questa sentenza, quindi, un principio generale desunto da alcune disposizioni di un trattato internazionale esterno al sistema comunitario viene utilizzato dalla Corte per specificare il contenuto della nozione, codificata dal diritto CEE, di “restrizione legittima”, nonché dei principi fondamentali della parità di trattamento e della libera circolazione dei lavoratori.



Anche grazie all'evoluzione giurisprudenziale sin qui brevemente ricordata, i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali furono formalmente richiamati nel 1992 dall'art. 6 del TUE, ai sensi del quale, "l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario" (paragrafi 1 e 2).

Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, poi, fanno sì che nell'attuale **art. 2 TUE** si legga che "l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

L'articolo **art. 6, par. 3, TUE**, fa invece riferimento alla CEDU come fonte di ispirazione, insieme alle tradizionali costituzionali comuni agli Stati membri, per la definizione dei principi generali dell'Unione.

Nonostante il richiamo espresso operato dal TUE, la CEDU resta solo una fonte di ispirazione per la Corte di Giustizia e non è direttamente applicabile nel sistema giuridico dell'Unione. Da ciò consegue che non vi è, a differenza di quanto avviene per il diritto dell'Unione, l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare il diritto interno in contrasto con la CEDU per il tramite dell'art. 6, par. 3.

In vista di un'integrazione sempre più stretta tra i sistemi giuridici dell'Unione e del Consiglio d'Europa, l'**art. 6, par. 2, TUE**, prevede l'adesione dell'Unione alla CEDU, come si dirà nella seguente lezione.

Vale la pena di ricordare, in questa sede, che il richiamo che l'art. 6, par. 1, fa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che, con



l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito valore giuridico, equiparato a quello dei Trattati.

In particolare, l'**art. 6, par. 1, TUE**, stabilisce che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni".

Tornando all'**art. 2 TUE**, si ricordi che il rispetto dei valori in esso sanciti, oltre che rappresentare una pre-condizione che gli Stati candidati devono soddisfare per essere ammessi nell'Unione (ex art. 49), costituisce il parametro che gli Stati membri devono sempre rispettare, pena l'attivazione del meccanismo sanzionatorio previsto dall'**articolo 7 del TUE** -finora mai applicato- che prevede, come *extrema ratio*, l'espulsione dello Stato membro che violi in maniera grave e persistente i valori indicati dall'**art. 2**.

Il meccanismo dell'**art. 7** può riguardare due casi:

1. un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'**art. 2** (art. 7, par. 1);
2. l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro di tali valori (art. 7, par. 2).

Nel primo caso, la competenza a constatare il rischio spetta, a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri e previa approvazione del Parlamento europeo, al Consiglio che delibera su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione. In ogni caso, prima di deliberare la constatazione, il Consiglio "ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni", sempre a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri e previa approvazione del Parlamento europeo.



Nel secondo caso, invece, la competenza a constatare spetta, all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo, al Consiglio europeo, che delibera su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione. Prima di deliberare la constatazione, il Consiglio europeo invita lo Stato membro in questione a presentare osservazioni.

Nel caso in cui il Consiglio europeo constati la violazione grave e persistente dei valori di cui all'art. 2, il Consiglio può decidere a maggioranza qualificata di "sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio".

Lo Stato membro destinatario della sanzione resta comunque obbligato al rispetto di tutti gli obblighi che gli derivano dai Trattati (art. 7, par. 3).

Ad integrazione del meccanismo previsto dall'art. 7, in una Comunicazione indirizzata al Consiglio e al Parlamento europeo del marzo 2014, la Commissione ha presentato la proposta di istituire una nuova misura (*EU Framework to strengthen the Rule of Law*, COM(2014) 158 final/2, Brussels, 19 March 2014) che le consentirebbe di intervenire presso lo Stato membro interessato allo scopo di ricercare una soluzione per evitare l'emergere di una minaccia sistemica allo stato di diritto, suscettibile di svilupparsi in un chiaro rischio o una grave violazione ai sensi dell'articolo 7 TUE, e che possa richiedere l'attivazione del meccanismo previsto dallo stesso articolo.

Il *Framework* non verrebbe attivato in caso di violazioni isolate dei diritti fondamentali, che restano di competenza dei sistemi giudiziari nazionali, ma solo in situazioni in cui le autorità di uno Stato membro stiano prendendo delle misure o stiano tollerando situazioni tali da interessare, sistematicamente e negativamente, l'integrità, la stabilità o il funzionamento delle Istituzioni.

Il *Framework* precederebbe, integrandolo, il meccanismo di cui all'art. 7, e si articolerebbe in tre fasi:



1) la Commissione valuta il problema e, accertata la sussistenza di un rischio sistemico per lo stato di diritto, apre la procedura di dialogo con lo Stato membro interessato attraverso l'invio di un *parere sullo stato di diritto*, in cui specifica le contestazioni e mette lo Stato in condizione di rispondere;

2) nel caso in cui il problema non sia risolto, la Commissione adotta una *raccomandazione sullo stato di diritto*, in cui sono chiaramente illustrate le ragioni a fondamento della preoccupazione della Commissione e si raccomanda allo Stato membro di risolvere il problema entro il termine indicato e di comunicare poi le misure adottate. La *raccomandazione* può anche indicare allo Stato le specifiche misure da adottare per affrontare il problema;

3) se la raccomandazione non viene eseguita in maniera soddisfacente dallo Stato, la Commissione valuta la possibilità di attivare la procedura contemplata dall'art. 7.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



**La presentazione Power Point relativa ai
contenuti disciplinari della lezione sarà
presto disponibile**



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

71. *Segue.* La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Proseguendo in questa rapida disamina relativa all'Unione europea e alla tutela dei diritti fondamentali, una tappa di particolare rilievo è costituita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, conosciuta anche come "Carta di Nizza".

L'idea di elaborare, a livello di Unione europea, un catalogo generale di diritti fondamentali emerse con particolare forza dalla seconda metà degli anni Novanta. Fu allora che la Commissione europea nominò due gruppi di esperti, incaricandoli di redigere due documenti a riguardo. Tra questi, il Rapporto SIMITIS, del 1999, evidenziava la necessità di garantire maggiore visibilità ma, soprattutto, maggiore giustiziabilità ai diritti fondamentali. Altra importante affermazione, per quanto concerne più specificamente i diritti economici, sociali e del lavoro, è quella che proponeva di unificare questi ultimi con i diritti civili in un medesimo catalogo, da incorporare nei Trattati.

Tale indirizzo venne in parte fatto proprio dal **Consiglio europeo** tenutosi a **Colonia** il **3** e il **4 giugno** del **1999**, durante il quale si confermò l'esigenza di stilare una Carta dei diritti fondamentali. Il compito di presentare una proposta di testo venne affidata, dallo stesso Consiglio europeo di Colonia, ad un organo preposto a tale scopo, che si autodefinì "Convenzione". Non veniva però specificato se la *Carta dei diritti fondamentali* così redatta avrebbe avuto o meno efficacia giuridica vincolante. «L'eventualità e le modalità necessarie per integrare la Carta nei Trattati» sarebbero state esaminate solo in un secondo tempo.



La *Carta* fu poi solennemente **proclamata a Nizza, il 7 dicembre 2000**, dai rappresentanti del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo, senza che le venisse conferita efficacia vincolante.

Il testo non entrò a far parte del *Trattato di Nizza*, ma costituì la seconda parte del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, progetto naufragato, come noto, dopo i referendum francese e olandese del 2005.

La Carta fu poi nuovamente proclamata, con alcuni adattamenti, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, e in questa versione è entrata **in vigore il 1° dicembre 2009, assieme al Trattato di Lisbona**.

È proprio con l'entrata in vigore del *Trattato di Lisbona* che alla *Carta* verrà attribuito il **medesimo valore giuridico dei Trattati**. Il nuovo **articolo 6** del Trattato sull'Unione Europea (TUE), come consolidato a Lisbona, afferma infatti che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati».

La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (o *Carta di Nizza*) enuncia quindi i diritti che l'Unione deve rispettare nell'applicazione del diritto comunitario, e costituisce una lista dei diritti garantiti a tutti i cittadini dell'Unione.

I diritti sanciti dalla *Carta* rientrano oggi, come detto, nel diritto primario dell'Unione europea; la conseguenza principale a livello giuridico è la possibilità di disapplicare la normativa nazionale che sia eventualmente in contrasto con il dettato della *Carta* stessa.

Non mancano, tuttavia, i **limiti** e le **cautele**, poste dallo stesso articolo 6 del TUE.

Si specifica innanzitutto che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati» (**art. 6, co. 2, TUE**).

In secondo luogo, i diritti, le libertà ed i principi tutelati dalla *Carta* devono essere interpretati ed applicati tenendo in debito conto le disposizioni generali del Titolo VII della *Carta* stessa (artt. 51-54: Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e



l'applicazione della Carta), e quindi con tutti gli accorgimenti e i limiti ivi previsti e secondo le relative spiegazioni (**art. 6, co. 3, TUE**).

L'importanza della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (che si ispira alla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950) è chiaramente dimostrata dal riscontro che essa ha trovato, ancor prima che con l'entrata in vigore del *Trattato di Lisbona* le venisse riconosciuto valore giuridico, non solo in atti delle Istituzioni dell'Unione ma, soprattutto, in molteplici decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Quest'ultima ha infatti iniziato a fare riferimento, nella sua giurisprudenza, ai diritti sanciti dalla Carta, confermando una tendenza già inaugurata in passato con altre Convenzioni e Carte giuridicamente non vincolanti.

- **Il contenuto della Carta di Nizza**

Con riguardo al contenuto della *Carta di Nizza*, occorre sottolineare come essa non innovi particolarmente nella elaborazione dei diritti tutelati, riaffermando, in buona parte, diritti, libertà e principi che già formano parte integrante del patrimonio culturale, politico e giuridico degli Stati membri e dell'Unione europea.

- **I diritti**

Tra i **diritti** tutelati si ricordino, in particolare:

- il diritto alla dignità umana (art. 1),
- il diritto alla vita (art. 2),
- il diritto all'integrità della persona (art. 3),
- la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4),
- la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5), il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 6),
- il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7),
- il diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8),
- il diritto di lavorare (art. 15),



- il diritto di proprietà (art. 17),
- il diritto di asilo (art. 18, ai sensi del quale «il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del TUE e del TFUE»),
- il diritto di essere protetto in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione (art. 19, ai sensi del quale «1. Le espulsioni collettive sono vietate. 2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti»),
- il divieto di qualsiasi forma di discriminazione (art. 21),
- il diritto alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30),
- il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31),
- il diritto di accesso ai documenti (art. 42)
- il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 47).

➤ **Le libertà fondamentali**

Tra le **libertà fondamentali**, si ricordi:

- la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 10),
- la libertà di espressione e d'informazione (art. 11),
- la libertà di riunione e di associazione (art. 12),
- la libertà d'impresa (art. 16),
- la libertà di circolazione e di soggiorno (art. 45).

➤ **I principi**

Tra i **principi**, infine, si ricordi:

- il principio dell'uguaglianza davanti alla legge (art. 20),
- il principio della diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22),
- il principio della parità tra donne e uomini (art. 23),



- il principio della presunzione di innocenza (art. 48),
- il principio della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49).

Sono altresì considerate sia le posizioni giuridiche dei singoli che di intere categorie come i lavoratori, come si vedrà meglio *infra* (in particolare, artt. 27-32), le persone con disabilità (art. 26), gli anziani (art. 25) ed i minori (art. 24). Un cenno meritano altresì quei diritti che, per la loro natura collettiva, richiedono un'azione positiva degli Stati membri e dell'Unione come, ad esempio, il diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale (art. 34), il diritto alla salute (art. 35) ed il diritto alla tutela dell'ambiente (art. 37).

➤ **La tutela dei diritti sociali e del lavoro nella Carta di Nizza**

La *Carta dei diritti fondamentali* risulta di particolare interesse per quanto riguarda la tutela dei diritti sociali e del lavoro, a lungo posti in secondo piano nell'ambito della Comunità e, poi, dell'Unione europea.

La *Carta di Nizza* dedica infatti il Titolo IV (“Solidarietà”) proprio ai diritti sociali e del lavoro. Vi si trovano sanciti, in particolare: il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (articolo 27); il diritto di negoziazione e di azioni collettive (articolo 28); il diritto di accesso ai servizi di collocamento (articolo 29); la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (articolo 30); il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (articolo 31); il divieto del lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (articolo 32); la garanzia della protezione della vita familiare (articolo 33); il diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale (articolo 34); la protezione della salute (articolo 35); l'accesso ai servizi d'interesse economico generale (articolo 36); la tutela dell'ambiente (articolo 37); la protezione dei consumatori (articolo 38).

Con la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* i diritti sociali assumono dunque una nuova importanza, e sono pienamente equiparati alle libertà classiche e ai diritti civili e politici, secondo un



principio di indivisibilità che prescinde da categorizzazioni e distinzioni. L'Unione europea fa quindi propria l'idea che i diritti fondamentali siano in egual modo necessari, nonché interdipendenti, per la realizzazione della libertà, dell'eguaglianza e della dignità umana.

Occorre rilevare come la *Carta di Nizza* sancisca, riorganizzandoli e riassumendoli, i diritti sociali già rientranti nell'*acquis communautaire*, alla cui formazione hanno concorso, nel corso dei decenni, tanto il diritto primario, quanto quello secondario della Comunità prima, e dell'Unione europea poi. Senza dimenticare l'apporto essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e l'eco di alcune importanti Carte e Convenzioni, in particolare quelle redatte in seno all'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

Dalla molteplicità delle influenze qui menzionate discende l'ampiezza del campo materiale delle tutele sociali offerte dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Essa non si limita, infatti, alle sole garanzie specificamente legate al diritto del lavoro, alla sicurezza sociale e all'accesso ai servizi d'interesse economico generale, ma ricomprende anche quelle concernenti la vita familiare e professionale, l'educazione, l'esclusione sociale e la povertà, la tutela delle categorie deboli.

Passando ora ad analizzare le singole disposizioni del Titolo V della *Carta di Nizza* rilevanti in materia sociale, occorre preliminarmente osservare come le disposizioni del Titolo V della *Carta* rientrino in due differenti gruppi di norme. In particolare, il primo gruppo ha ad oggetto i diritti dell'individuo già occupato in un'attività lavorativa, mentre il secondo gruppo non prende in considerazione tale condizione, e disegna un quadro di tutele applicabili anche nei casi di mancanza di lavoro o inabilità al lavoro.

1. I diritti dell'individuo già occupato in un'attività lavorativa

Al primo dei due gruppi menzionati possono essere ricondotte quelle disposizioni del Titolo IV della *Carta* già largamente assimilate



nell'ordinamento dell'Unione e previste dal suo diritto, tanto originario che derivato.

Si tratta, ad esempio, del diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa di cui **all'articolo 27**, garantito già dal *Trattato di Amsterdam* (artt. 138 e 139 del Trattato CE nella versione consolidata ad Amsterdam), che introduceva la consultazione e il dialogo tra le parti sociali come strumento preferenziale nell'ambito delle relazioni industriali a livello europeo.

Il successivo **articolo 28** della *Carta di Nizza* sancisce invece il diritto di negoziazione e di azioni collettive, che si sostanzia nel diritto dei lavoratori, dei datori di lavoro, o delle rispettive organizzazioni, «conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali», di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero.

Dalla lettura di tale previsione emerge come la libertà sindacale e il diritto di sciopero entrino pienamente a far parte dell'ordinamento dell'Unione europea a livello di diritto primario, potendo di conseguenza ricevere, da parte delle giurisdizioni dell'Unione europea, la dovuta tutela.

L'articolo 29 della *Carta*, intitolato al diritto di accesso ai servizi di collocamento, concerne invece la garanzia di un diritto a fruizione individuale del lavoratore, stabilendo che ogni persona abbia diritto di accedere ad un servizio di collocamento gratuito. È appena il caso di rilevare che la menzionata gratuità impone necessariamente, per poter essere garantita, oneri economici da parte dei singoli Stati membri.

Sempre con riguardo ai diritti connessi ai rapporti individuali di lavoro, il successivo **articolo 30** tutela il lavoratore contro il licenziamento ingiustificato, «conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali».

Tale disposizione è da leggere congiuntamente all'articolo 33 che, al comma secondo, garantisce la tutela contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità.

Il successivo **articolo 31** della *Carta di Nizza* integra il quadro delle tutele individuali del lavoratore sancendo il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque. La disposizione in argomento sancisce, in



particolare, il diritto di ogni lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose, nonché ad una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite.

Proprio quest'ultimo riferimento, previsto dall'articolo 31, al limite massimo della giornata lavorativa e ai periodi di riposo, costituisce un importante riconoscimento, a livello di diritto primario dell'Unione, di un diritto soggettivo faticosamente conquistato nei contesti nazionali attraverso decenni di lotte.

L'**articolo 32**, infine, ha riguardo al divieto del lavoro minorile e alla protezione dei giovani sul luogo di lavoro. Vi si sancisce che l'età minima per l'ammissione al lavoro «non può essere inferiore all'età in cui termina la scuola dell'obbligo, fatte salve le norme più favorevoli ai giovani ed eccettuate deroghe limitate». I giovani ammessi al lavoro devono inoltre beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età ed essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione. In quest'ultima precisazione consiste la differenza più rilevante della tutela del minore rispetto al lavoratore adulto, dovendosi, nel primo caso, tenere in considerazione le esigenze dell'età evolutiva, tanto dal punto di vista fisico e psichico, quanto da quello morale e sociale.

L'**articolo 33**, concernente la vita familiare e professionale, garantisce la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. Il secondo paragrafo, in particolare, specifica che «ogni persona ha il diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio» (articolo 33, paragrafo 2), proprio al fine di conciliare vita familiare e vita professionale.

Si tratta di un'importante riconoscimento dell'indivisibilità dei due elementi in questione, dal momento che le condizioni di lavoro e professionali si riflettono in modo determinante sulle condizioni della vita familiare e relazionale. Il problema concerne in particolar modo le



donne; non è un caso, quindi, che la disposizione specifichi diritti connessi alla condizione di maternità della lavoratrice.

2. Le tutele applicabili –anche- nei casi di mancanza di lavoro o inabilità al lavoro

Passando ad analizzare il secondo gruppo di diritti sociali sanciti dalla *Carta di Nizza*, occorre menzionare, innanzitutto, l'**articolo 34**, avente ad oggetto la sicurezza e l'assistenza sociale. È ivi dichiarato l'impegno dell'Unione a riconoscere e rispettare «il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali » (articolo 33, paragrafo 1).

A dimostrazione della rilevanza dell'articolo 34 della *Carta*, è da sottolineare come il diritto di accesso ai servizi sociali, previsto dalla disposizione in parola, sia sancito per la prima volta dal diritto primario dell'Unione. Inoltre, il fatto di estendere la platea dei destinatari del diritto all'assistenza sociale anche ad altri soggetti, oltre ad individuare le persone occupate come destinatari del diritto alla sicurezza sociale, contribuisce a disegnare un quadro di tutela generale contro la povertà e l'esclusione sociale.

La norma demanda alle legislazioni nazionali la concreta attuazione di tale diritto, essendo ovviamente in capo ai singoli Stati membri i relativi oneri finanziari.

Il successivo **articolo 35** della *Carta di Nizza* garantisce la protezione della salute, stabilendo il diritto di ogni persona ad accedere alla prevenzione sanitaria, nonché il diritto di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e dalle prassi nazionali. Si specifica inoltre che tutte le politiche ed attività dell'Unione saranno ispirate, nella loro definizione ed attuazione, alla necessità di garantire un livello elevato di protezione della salute umana. La disposizione contiene dunque un doppio rinvio, all'Unione europea da una parte, ed agli Stati membri dall'altra. Compete, infatti, a questi ultimi l'effettiva attuazione del diritto di accesso alla



prevenzione sanitaria e alle cure mediche, mentre resta all'Unione il compito di definire ed attuare politiche compatibili con la tutela di tale diritto. È appena il caso di rilevare che la disposizione in parola appare vaga nella sua formulazione, non definendo, in particolare, cosa debba intendersi per politiche compatibili con la tutela del diritto di accesso alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche.

Il ruolo affidato all'Unione europea appare ugualmente vago nel successivo **articolo 36**, avente ad oggetto l'accesso ai servizi d'interesse economico generale. In particolare, si fa riferimento alle legislazioni e prassi nazionali degli Stati membri, delle quali l'Unione deve tener conto, conformemente ai Trattati, per garantire il riconoscimento e il rispetto dell'accesso ai servizi di interesse economico generale da parte dell'Unione.

È da evidenziare, in ogni caso, la volontà dei redattori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di garantire che un determinato servizio possa essere fornito, a prescindere da considerazioni di natura puramente economica, in vista soprattutto della tutela della coesione sociale e territoriale e della qualità della vita dei consociati e delle fasce più deboli.

Infine, gli **articoli 37 e 38**, che chiudono il Titolo IV, riguardano, rispettivamente, la tutela dell'ambiente (articolo 37) e la protezione dei consumatori (articolo 38). Il primo sancisce la necessità porre come priorità delle politiche dell'Unione quella di garantire un livello elevato di tutela ambientale, nonché il miglioramento della qualità dell'ambiente, tenendo in debito conto il principio dello sviluppo sostenibile. L'articolo 38 afferma invece che le politiche dell'Unione devono garantire un livello elevato di protezione dei consumatori.

Da quanto sin qui detto appare chiaro che, nel quadro della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, hanno trovato il loro spazio tutti i diritti sociali fondamentali. Come si è visto, infatti, vi sono enunciati diritti sociali a fruizione individuale (quali, ad esempio, il diritto alla sicurezza e all'assistenza sociale, sia in generale che in particolare per soggetti deboli e svantaggiati, la formazione professionale, il diritto di accesso al collocamento gratuito, la tutela avverso il licenziamento ingiustificato), già ampiamente garantiti a



livello dai sistemi di diritto del lavoro dei singoli Stati membri dell'Unione europea.

Inoltre, trovano il loro riconoscimento anche i diritti sociali collettivi, dal diritto di associazione e riunione, al diritto di negoziazione e di azioni collettive, compreso lo sciopero, fino al diritto all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa. Questo secondo gruppo di diritti non è, a differenza dei diritti sociali individuali, uniformemente garantito da tutti i sistemi nazionali.

Oltre ai diritti sin qui menzionati, trovano tutela anche i cosiddetti diritti sociali "di quarta generazione", di contrasto, cioè, all'esclusione sociale. La *Carta di Nizza* compie così un passo avanti rispetto ad una scelta minima di garanzia dei soli diritti sociali e del lavoro già protetti dai singoli ordinamenti degli Stati membri.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



La presentazione Power Point relativa ai contenuti disciplinari della lezione sarà presto disponibile



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

72. La protezione dei diritti umani in America

Sulla falsariga del continente europeo anche il continente americano conosce articolati meccanismi di protezione dei diritti umani, in particolare la Corte interamericana dei diritti umani e la Commissione interamericana dei diritti umani, oltre che testi giuridici di sicuro rilievo, come la Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo e, soprattutto, la Convenzione americana dei diritti umani.

La *Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo* fu adottata nell'aprile del 1948 nel corso della nona Conferenza internazionale americana tenutasi a Bogotá in Colombia e si compone di 38 articoli: i primi 28 enunciano altrettanti diritti (di natura civile, politica, economica, sociale e culturale) mentre gli ultimi 10 elencano i doveri.

Sebbene non vincolante, la Dichiarazione è divenuta un punto di riferimento politico e giuridico nel corso degli anni. La coeva istituzione dell'*Organizzazione degli Stati Americani* (*Organization of American States*, OAS), che tra i suoi fini ha anche quello di promuovere il rispetto dei diritti umani, ha favorito un collegamento tra le enunciazioni di principio della Dichiarazione e quelle in materia di diritti umani contenute nella Carta istitutiva dell'OAS al punto che giurisprudenza e dottrina considerano ormai la Dichiarazione come «l'interpretazione autentica dei diritti dell'uomo riferiti nell'atto istitutivo dell'OAS», capace dunque di rafforzare l'obbligatorietà di quest'ultimi.

A riprova delle notevoli similitudini con il sistema europeo di tutela dei diritti umani, anche in questa regione geografica una



organizzazione internazionale, l'OAS, ha svolto un decisivo ruolo di impulso politico per la tutela dei diritti umani.

Come già in seno al Consiglio d'Europa, anche in seno all'OAS sono stati adottati numerosi trattati aventi ad oggetto la protezione dei diritti umani tra i quali, in particolare, va segnalata e, come in Europa rispetto alla CEDU, così anche in America l'OAS ha rappresentato la cornice politica e giuridica per l'adozione il 22 novembre 1969 a San Josè di Costa Rica della *Convenzione americana dei diritti dell'uomo* (CADU), per molti versi lo strumento di protezione dei diritti umani più simile alla CEDU all'omologo strumento europeo.

Le evidenti similitudini tra i due sistemi (che, prima delle modifiche introdotte dal Protocollo n. 11 alla CEDU, erano praticamente identici) si devono all'aver imitato gli Stati americani l'esperienza giuridica europea che già da quasi un ventennio sperimentava con successo un innovativo ed articolato sistema di protezione dei diritti umani fondato sul controllo giurisdizionale del rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi assunti con il trattato di protezione dei diritti umani.

A differenza della Convenzione di Roma del 1950, però, della CADU, adottata nel 1969 ed in vigore dal 1978, non sono parte tutti gli Stati membri dell'OAS ma solo 23 su 35: alcuni come il Canada non hanno neanche firmato la CADU; altri come gli Stati Uniti hanno firmato ma non ratificato la CADU; altri ancora (Venezuela e Trinidad & Tobago) hanno denunciato (rispettivamente nel 2012 e nel 1998) la Convenzione, dunque uscendone.

La CADU, cui sono allegati anche due Protocolli, consta di 82 articoli: dopo le *general obligations* (artt. 1-2), gli artt. 3-25 enunciano i diritti civili e politici mentre gli artt. 26-31 quelli economici, sociali e culturali.

Meritano un cenno gli artt. 1-2 che fissano gli obblighi generali per gli Stati parte. In particolare, con l'art. 1, par. 1, gli Stati assumono, da un lato, l'obbligo di rispettare i diritti e le libertà sancite dalla CADU e, dall'altro, quello di garantire a qualunque «essere umano» soggetto alla loro giurisdizione (*to all persons subject to jurisdiction, a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*) il pieno e libero esercizio di tali diritti e libertà senza alcuna discriminazione.



La IAHRC applica la giurisdizione anche in modo extraterritoriale ed equipara lo status di «vittima» a quello di «persona sotto la giurisdizione» dello Stato.

Nell'art. 2, invece, gli Stati si impegnano, nel caso in cui l'esercizio di un diritto o di una libertà sancito dalla CADU non sia già garantito «by legislative or other provisions», ad adottare tutte quelle misure legislative o di altro genere che siano necessarie per dare concreta attuazione alle previsioni convenzionali non ancora garantite.

Si è detto come il sistema americano di protezione dei diritti umani si articoli sulla *Corte interamericana dei diritti umani* (CIDU), che ha sede a San José nel Costa Rica, e sulla *Commissione interamericana dei diritti umani* (IAHRC), che ha sede a Washington.

La Commissione IAHRC, composta da 7 membri indipendenti eletti dall'Assemblea Generale dell'OAS, nacque nel 1959 (ossia prima dell'adozione nel 1969 della CADU che istituì la Corte interamericana dei diritti umani) come organo autonomo dell'OAS chiamato inizialmente a meri compiti di promozione dei diritti umani.

Negli anni successivi, però, alla IAHRC furono attribuite nuove ed ulteriori funzioni fino a divenire l'organo di tutela e promozione dei diritti umani del complessivo sistema dell'OAS, fondato su diversi trattati tra i quali la CADU e la Dichiarazione americana del 1948 sono i più importanti.

In particolare la Commissione è competente a ricevere ed esaminare le petizioni individuali (*individual petitions*) ed i ricorsi interstatali aventi ad oggetto la violazione della CADU (la competenza vale ovviamente per i soli Stati parte) e della Dichiarazione americana del 1948 (la competenza vale invece per tutti gli Stati OAS).

Con riguardo alla CADU, la competenza a ricevere le petizioni individuali è incondizionata (art. 44) mentre quella sui ricorsi interstatali dipende dalla previa accettazione da parte dello Stato (art. 45).

Ai sensi dell'art. 44, qualunque individuo, gruppo di persone od ONG può presentare (anche per conto di terzi) la petizione alla IAHRC. Si può anche ricorrere per non avere lo Stato impedito, investigato o punito la violazione.



Se la Commissione apre il caso, informa lo Stato membro e chiede documenti, informazioni e spiegazioni necessarie per istruirlo. Completata questa fase, l'IAHRC prepara un *report* (che non viene reso pubblico), contenente le sue Conclusioni e Raccomandazioni, che viene trasmesso allo Stato (a cui viene fissato un termine per dare seguito alle Raccomandazioni) e all'autore della petizione. Decorso il termine senza che lo Stato abbia risolto la situazione, la Commissione può adottare un secondo *report* (dando un nuovo termine per adempiere) oppure ricorrere alla CIDU, assumendo, in rappresentanza della persona, il ruolo di parte processuale.

La competenza della CIDU, però, sussiste solo se previamente accettata dallo Stato parte alla Convenzione del 1969 (art. 62). Ad oggi, tutti gli Stati parte, tranne Dominica e Grenada, hanno accettato la competenza (anche Trinidad & Tobago ed il Venezuela, fino alla denuncia della CADU, riconoscevano la competenza della Corte).

Le sentenze della CIDU sono obbligatorie ai sensi dell'art. 68 e possono obbligare lo Stato a far cessare la violazione del diritto (se necessario, anche modificando la legislazione interna per renderla conforme agli obblighi sanciti dalla CADU) e a risarcire il danno procurato alla vittima.

Conclusivamente va altresì dato conto del fatto che in seno alle organizzazioni internazionali del MERCOSUR (*Mercado Común del Sur*) e di UNASUR (*Comunidad Sudamericana de Naciones*) gli Stati membri hanno adottato alcuni Protocolli relativi alla protezione e rafforzamento della democrazia.

In ambito MERCOSUR, il Protocollo adottato nel 1998 ad Ushuaia sancisce come regola fondamentale che «la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo» (art. 1 del Protocollo di Ushuaia).

Sulla falsariga del meccanismo previsto dall'art. 7 del TFUE (cfr. § 5), dunque, in caso di «ruptura del orden democrático en un Estado Parte» si aprono le consultazioni tra lo Stato interessato e gli altri Stati membri e, qualora siano infruttuose, si adottano contromisure finalizzate a ripristinare la democrazia e l'ordine



costituzionale tra cui la sospensione della partecipazione dello Stato ai lavori dell'organizzazione (artt. 4-5 del Protocollo).

Sempre in ambito MERCOSUR è stato poi adottato nel 2005 il Protocollo di Asunción, in vigore dal 2010, che istituisce un meccanismo di consultazioni (e, se infruttuoso, prevede alcune contromisure simili a quelle previste dal Protocollo di Ushuaia) per il caso in cui si registrino gravi e sistematiche violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali «en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos» (art. 3).

Anche in ambito UNASUR, è stato adottato nel 2010 il Protocollo di Georgetown, in vigore dal 2014, che si applica in caso di rottura, o minaccia di rottura, dell'ordine democratico, di violazione dell'ordine costituzionale ed in presenza di qualunque situazione che ponga in pericolo «el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos» (art. 1).

Anche in questo caso il *Consejo de Jefes* riunito in via straordinaria (o, se impossibilitato, il *Consejo de Ministros*) adotterà le misure ritenute necessarie tra cui, ad esempio, l'interruzione totale o parziale delle relazioni diplomatiche e commerciali e delle comunicazioni con il Paese inadempiente (artt. 3-4).



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



**La presentazione Power Point relativa ai
contenuti disciplinari della lezione sarà
presto disponibile**



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

73. La protezione dei diritti umani in Africa, nel Sud-Est asiatico e nei Paesi arabi e musulmani

Quando fu istituita nel 1963 l'*Organizzazione dell'Unità Africana* (OUA) nessun riferimento ai diritti umani era contenuto nella sua Carta. Solamente alla fine degli anni Settanta, l'OUA invitò il proprio Segretario Generale a promuovere una Conferenza di esperti giuristi affinché lavorassero ad uno strumento regionale di protezione dei diritti umani che fu poi adottato nel 1981 a Banjul in Gambia quale *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, entrata poi in vigore nel 1986.

La Carta africana (68 articoli) presenta numerose similitudini con la Dichiarazione Universale del 1948 e pone particolarmente l'accento sia sul legame tra diritti individuali e diritti collettivi, che sul diritto collettivo dei popoli africani allo sviluppo.

Si distingue però dalla Dichiarazione del 1948 e da altri strumenti internazionali per alcune ragioni:

a) alcuni diritti non sono sanciti (diritto al matrimonio e alla libera scelta del coniuge, diritto ad elezioni periodiche, diritto alla libertà del voto, libertà sindacale);

b) la facoltà degli Stati di sospendere o limitare i diritti garantiti in date situazioni o per determinate ragioni non è disciplinata o, comunque, lo è attraverso un richiamo molto generico alla disciplina normativa dello Stato che lascia una significativa discrezionalità allo stesso.

La Carta africana elenca i *diritti* garantiti agli artt. 1-26 e i *doveri* individuali agli artt. 27-29. In particolare, l'art. 27, par. 1, evidenzia i



doveri del singolo verso la famiglia, la società, lo Stato, la Comunità internazionale e «other legally recognized communities».

L'art. 27, par. 2, precisa poi che i diritti e le libertà individuali «shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest». L'art. 28 impone il dovere di non discriminazione, tolleranza e mutuo rispetto mentre l'art. 29 sancisce un'articolata serie di doveri: da quelli verso la propria famiglia a quelli verso lo Stato; da quello di solidarietà nazionale a quello di proteggere e promuovere gli «African cultural values».

Agli artt. 30-63, poi, la Carta africana istituisce e disciplina l'organo di controllo, vale a dire la *Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli* (ACmHPR, *African Commission on Human and Peoples' Rights*) che ha ora sede a Banjul ed opera dal 1987. La Commissione africana è composta da 11 membri che sono eletti a scrutinio segreto dall'Assemblea dell'Unione africana (UA), l'organizzazione internazionale che dal 2001 ha sostituito l'OUA e di cui sono membri 54 Stati, ossia tutti gli Stati africani tranne il Marocco in segno di protesta per il fatto che la RASD (ossia il Sahara Occidentale) è Stato membro.

La Commissione africana ha tre compiti fondamentali:

1) promuovere i diritti dell'uomo (ad esempio, informando e sensibilizzando l'opinione pubblica africana, anche mediante raccomandazioni rivolte agli Stati su questioni specifiche);

2) interpretare le disposizioni della Carta africana su richiesta degli Stati membri, dell'UA o di altra organizzazione africana riconosciuta dall'UA (art. 45, par. 3);

3) ricevere ed esaminare le *communications* dagli Stati relative a violazioni commesse da altri Stati (artt. 47-49) e le *other communications*, ossia quelle presentate da persone e ONG per violazioni commesse dagli Stati (artt. 55-59).

Sulla base dell'art. 62 della Carta africana che obbliga gli Stati parte a presentare ogni due anni un *report* sull'attuazione delle disposizioni della Carta all'interno dei propri ordinamenti, la Commissione africana utilizza poi la *reporting procedure* per interagire con gli Stati allo scopo di promuovere e rafforzare la tutela dei diritti umani. A tal riguardo cerca di instaurare un dialogo



costruttivo che, in caso di inadempimento dello Stato rispetto agli obblighi sanciti dalla Carta africana, può determinare l'ACmHPR a formulare le «osservazioni» che ritenga appropriate e nei casi più gravi a denunciare lo Stato all'Assemblea dell'Unione. Come notato in dottrina, «la prassi finora registrata è stata largamente insoddisfacente».

Una prima importante modifica del sistema africano di protezione dei diritti umani si ebbe con l'adozione nel 1998 del Protocollo alla Carta africana istitutivo della *Corte africana per i diritti dell'uomo e dei popoli* (ACtHRP, *African Court on Human and Peoples' Rights*) ed entrato in vigore nel 2004.

I primi 11 giudici della ACtHRP, eletti dagli Stati membri dell'UA che abbiano ratificato il Protocollo, giurarono a luglio 2006 (il mandato è di 6 anni). La Corte è un organo dell'UA e, nella protezione dei diritti umani, ha una funzione complementare rispetto a quella affidata alla Commissione africana dalla Carta africana del 1981 (art. 2 del Protocollo).

L'ACtHRP ha competenza giurisdizionale e consultiva (artt. 3-4).

La competenza consultiva si esercita a richiesta di uno Stato membro dell'UA, della stessa UA e di qualunque organizzazione africana riconosciuta dall'UA e può avere ad oggetto «any legal matter relating to the Charter or any other relevant human rights instruments», a patto che la questione non sia già all'esame della Commissione africana (art. 4, par. 1).

La competenza giurisdizionale si estende invece a tutte le questioni relative all'interpretazione ed applicazione non solo della Carta africana, ma anche del Protocollo e di ogni altro trattato sui diritti umani che sia stato ratificato dagli Stati parte alla controversia (art. 3, par. 1).

Ai sensi dell'art. 5, par. 1, possono sottoporre casi all'attenzione della Corte africana, la Commissione africana, gli Stati parte al Protocollo (che siano attori o convenuti in un procedimento dinanzi alla Commissione africana oppure che abbiano un proprio cittadino quale vittima della violazione) e le organizzazioni intergovernative africane.



Ai sensi dell'art. 5, par. 3, anche le ONG che abbiano lo status di *observer* presso la Commissione africana e gli individui possono adire direttamente l'ACtHRP se lo Stato parte ha prestato il consenso (altrimenti possono rivolgersi solo alla Commissione africana). Ad oggi solo 7 Stati (Benin, Burkina Faso, Costa d'Avorio, Ghana, Malawi, Mali e Tanzania) hanno accettato questa competenza.

La giurisprudenza della Corte ha riconosciuto il diritto a disporre anche il risarcimento del danno nei confronti delle vittime di violazioni.

In seno all'UA, si è a lungo dibattuto sul rapporto istituzionale tra l'ACtHRP e la *Corte di giustizia africana* (ACJ, *African Court of Justice*), l'organo giurisdizionale dell'UA istituito nel 2003 dal Protocollo di Maputo (poi entrato in vigore nel 2009) e competente a conoscere tutte le controversie relative, *inter alia*, all'interpretazione ed applicazione dell'Atto Costitutivo dell'UA e di tutti i trattati ed altri strumenti giuridici adottati in seno all'Unione africana, a qualunque questione di diritto internazionale, al diritto derivato dell'UA (atti, decisioni, regolamenti e direttive adottati dagli organi dell'organizzazione) e a qualunque questione le sia sottoposta per mutuo consenso dagli Stati (art. 19, par. 1).

Inizialmente si intendeva mantenere separate le due istanze giudiziarie ma poi l'Unione africana optò per la loro fusione e a tal riguardo adottò nel 2008 il Protocollo di Sharm El-Sheikh, allegato all'Atto Costitutivo dell'Unione e non ancora in vigore, istitutivo di una sola *Corte africana di giustizia e dei diritti umani* (ACJHR, *African Court of Justice and Human Rights*) che sostituirà sia l'ACtHRP che l'ACJ.

Secondo l'art. 6 dello Statuto, la futura Corte africana si comporrà di tre Sezioni (*General Affairs; Human and Peoples' Rights; International Criminal Law*) e in base all'art. 28, lett. *a-i*, avrà una ampia competenza che, sulla falsariga di quella ora spettante all'ACJ, si estenderà non solo all'Atto Costitutivo dell'Unione africana ma anche, *inter alia*, ai trattati sui diritti umani indicati dalla lett. *c*, a qualunque altro trattato ed altro strumento giuridico adottato in seno all'UA (e, in precedenza, all'OUA), a qualunque questione di diritto internazionale, ai crimini internazionali indicati dall'art. 28A e al



diritto derivato (atti, decisioni, direttive e regolamenti) dell'Unione africana.

Gli emendamenti introdotti nello Statuto dal Protocollo di Malabo del 2014 hanno attribuito alla ACJHR anche una competenza sui crimini internazionali che, modellata sulla falsariga del sistema della CPI, sarà esercitata dall'*International Criminal Law Section* della Corte (composta da una Camera preliminare monocratica, da una *Trial Chamber* con tre giudici e da una Camera d'Appello con 5 giudici) e dall'Ufficio del Procuratore (eletto dall'Assemblea insieme a due Sostituti da una lista di cittadini africani designati dagli Stati parte).

La *International Criminal Law Section* potrà procedere anche in contumacia e non potrà comunque condannare a morte (art. 43A, nn. 1 e 3). La giurisdizione penale della Corte sarà automatica per gli Stati parte al Protocollo e allo Statuto e la competenza si potrà fondare sul criterio territoriale (incluso quello della bandiera per crimini commessi a bordo di navi ed aerei), sul criterio della nazionalità attiva e passiva o sul fatto che persone non aventi la nazionalità di uno Stato parte abbiano commesso atti extraterritoriali che minaccino un interesse vitale dello Stato (art. 46E *bis*, par. 2, lett. *a-d*).

Tra i numerosi crimini elencati dall'art. 28A e descritti dagli artt. 28B-28M (e fermo restando che i Capi di Stato o di Governo e gli altri «senior state officials based on their functions» godranno comunque dell'immunità personale), vi rientrano tra gli altri anche il crimine di aggressione, il genocidio (con l'innovativa inclusione, mancante invece nello Statuto della CPI, anche dello stupro e di ogni altra forma di violenza sessuale tra gli atti genocidiari), i crimini contro l'umanità e di guerra, il mutamento anticostituzionale di un governo «democraticamente eletto» (ipotesi di colpi di stato, assassini politici, rivolte eterodirette, rifiuto di cedere il potere alla parte vincitrice di elezioni «free, fair and regular», etc.), la pirateria, il terrorismo, la tratta degli esseri umani, il narcotraffico, i crimini ambientali, la corruzione ed il riciclaggio.

L'Assemblea dell'UA potrà in futuro aggiungere altri crimini alla lista allo scopo di «reflect developments in international law» (art. 28A, par. 2) e l'azione penale sarà esercitata dal Procuratore il quale,



come nel sistema della CPI, potrà agire *proprio motu*, su segnalazione di uno Stato parte, dell'Assemblea dei Capi di Stato o di Governo o del *Peace and Security Council* dell'Unione africana (art. 46F, par. 1-3).

Anche il concorso tra la giurisdizione dell'*International Criminal Law Section*, da un canto, e le giurisdizioni nazionali e (ove previsto nei relativi Statuti) delle Corti delle Comunità economiche regionali, dall'altro, riprende il modello della CPI nel senso che è caratterizzato dalla complementarità della prima rispetto alle seconde, poi articolata sulle stesse pre-condizioni di ammissibilità a cominciare dall'*inability* o *unwillingness* della giurisdizione che avrebbe competenza (art. 46H).

L'art. 29, par. 1, lett. *a-d*, individua i soggetti legittimati a ricorrere all'ACJHR per qualunque questione indicata dall'art. 28, lett. *a-h*: gli Stati parte al Protocollo, l'Assemblea, il *Peace and Security Council* (l'equivalente, *mutatis mutandis*, del Consiglio di Sicurezza dell'ONU), il Parlamento dell'Unione africana ed ogni altro organo autorizzato dall'Assemblea, i dipendenti dell'organizzazione e l'Ufficio del Procuratore.

Per le violazioni dei diritti umani, vale a dire quelle relative ai trattati indicati dall'art. 28, lett. *c* (nota 153), sono legittimati a ricorrere anche gli Stati parte al Protocollo; l'ACmHPR; l'*African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child*; le organizzazioni intergovernative africane accreditate presso l'UA o i suoi organi; le istituzioni nazionali africane per i diritti umani; le persone africane e le ONG africane accreditate presso l'UA o i suoi organi (in quest'ultimo caso, però, previo consenso dello Stato) (art. 30, lett. *a-f*).

Con riguardo alla protezione dei diritti umani nel continente asiatico siamo dinanzi ad un contesto giuridico meno sviluppato rispetto a quello dei continenti europeo, americano ed africano.

Negli ultimi anni, però, parallelamente al consolidamento istituzionale dell'ASEAN (*Association of South-East Asian Nations*), organizzazione di cooperazione regionale nata nel 1967 e che nel 2008 ha adottato una Carta costitutiva (*ASEAN Charter*) che l'ha resa più simile per struttura e fini perseguiti ai fenomeni più sviluppati di



integrazione regionale, vi sono stati alcuni interessanti sviluppi in seno all'ASEAN.

Sulla base dell'art. 14 della *ASEAN Charter*, che rimetteva al Vertice dei Capi di Stato o di Governo la creazione di un *Human Rights Body* che promuovesse la tutela dei diritti umani in linea con gli obiettivi (art. 1, par. 7) ed i principi (art. 2, par. 2, lett. i) dell'ASEAN (e al Vertice dei Ministri degli Affari esteri la determinazione delle modalità operative dell'organo), a luglio 2009 fu istituita l'*ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights* (AICHR).

Composta da 10 membri, nominati da ciascuno Stato membro con un mandato triennale e rieleggibile, l'AICHR ha numerosi compiti definiti dalle «Terms of Reference». Tra questi, sviluppare strategie per la promozione e la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, aumentare il grado di consapevolezza pubblica in materia di diritti umani mediante studi, ricerche ed attività informative, promuovere la capacità degli Stati membri di attuare effettivamente i trattati internazionali in materia di diritti umani, incoraggiarli a considerare la possibilità di ratificarne di nuovi e ottenere informazioni circa la promozione e protezione dei diritti umani al loro interno. L'AICHR conduce inoltre studi tematici e presenta un rapporto annuale sulle proprie attività ai Vertice dei Ministri degli Affari esteri.

All'AICHR (che si riunisce due volte l'anno) non è stata attribuita alcuna competenza realmente incisiva con riguardo al mancato rispetto dei diritti umani da parte degli Stati ASEAN e tanto meno alcun potere sanzionatorio (probabilmente sotto la pressione di quegli Stati membri come Laos, Cambogia, Myanmar e Viet Nam che sin dall'inizio si erano opposti alla sua creazione).

Va comunque evidenziato che, in attuazione di uno degli obiettivi sanciti dalle *Terms of Reference*, l'AICHR ha preparato la bozza della *ASEAN Human Rights Declaration* poi adottata il 18 novembre 2012 in occasione del 21° ASEAN Summit a Phnom Penh in Cambogia.

La Dichiarazione fissa 9 *general principles* ed enuncia poi i diritti civili e politici (nn. 10-25) e quelli economici, sociali e culturali



(nn. 26-34), dedicando una sezione apposita al diritto allo sviluppo (nn. 35-37) e al diritto alla pace (n. 39).

Va notato che tra i *general principles*, che richiamano gli enunciati fondamentali contenuti in tutti gli strumenti internazionali dalla Dichiarazione universale del 1948 in poi, vi è anche quello secondo cui il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali deve essere bilanciato (*balanced*) con l'adempimento dei corrispondenti doveri perché ogni individuo ha delle responsabilità verso tutti gli altri e verso la comunità e la società in cui vive e che spetta in ultima istanza agli Stati promuovere e proteggere i diritti umani (*General Principles*, n. 6).

Ad evidenziare l'approccio peculiare al tema dei diritti umani determinato dal contesto socio-culturale del Sud-Est asiatico (per certi versi ben diverso da quello occidentale), si sottolinea che, fermo restando che i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti ed interrelati e che tutti i diritti e le libertà enunciati nella Dichiarazione sono parimenti importanti e meritevoli di pari tutela, in ogni caso la loro attuazione deve essere rapportata al contesto regionale e nazionale tenendo presenti i «different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds» di ciascuno Stato membro (*General Principles*, n. 7).

Con riguardo alla tutela dei diritti umani nei Paesi arabi, la Carta (*Charter*) della Lega degli Stati Arabi (*Arab League*), l'organizzazione di maggiore riferimento nata nel 1945 e di cui sono membri 22 Stati (la Siria è stata però sospesa dall'organizzazione nel 2011 a seguito del conflitto armato in atto sul proprio territorio), non fa menzione esplicita tra i suoi obiettivi di quello relativo alla tutela dei diritti umani.

A seguito delle iniziative promosse durante gli anni Sessanta dall'ONU, però, anche la Lega araba nel 1968 istituì la *Commissione araba permanente per i diritti umani* incaricata di studiare, discutere e promuovere tra gli Stati membri iniziative e progetti di convenzioni in materia. Nonostante negli anni l'attività della Commissione si sia prevalentemente focalizzata sulla questione israelo-palestinese a discapito di una visione e di una tutela più generale ed onnicomprensiva dei diritti umani della persona in quanto tale, ciò non



ha impedito di elaborare un primo progetto di *Carta araba dei diritti dell'uomo*, approvato poi nel 1994 dal Consiglio della Lega araba.

Nonostante l'entrata in vigore fosse condizionata al deposito di soli sette strumenti di ratifica, da subito la Carta araba del 1994 (che non entrò mai in vigore) fu oggetto di critiche e riserve da parte di alcuni Stati, in particolare di quelli islamici che contestavano alcune disposizioni in contrasto con la legge islamica della Sharia (che, ad esempio, non prevede l'uguaglianza tra uomo e donna, la parità dei coniugi, la libertà religiosa e non vieta le punizioni corporali, espressamente contemplate dalla Sharia) o, come l'Arabia Saudita, ritenevano addirittura che la legge coranica già fosse universale ed esaustiva in materia e che, quindi, la Carta araba fosse sostanzialmente inutile e duplicativa (anche per tale ragione Emirati Arabi Uniti, Oman, Qatar ed Arabia Saudita non hanno mai firmato i Patti del 1966).

La diffusa insoddisfazione, se non quando l'aperta opposizione (come nel caso dell'Oman), verso la Carta araba adottata nel 1994 spinse la Lega araba a riformularla. Nel 2004, quindi, la Commissione araba permanente per i diritti umani sottopose un nuovo testo che fu adottato in occasione del Vertice di Tunisi di maggio 2004 ed entrò in vigore nel 2008. Ad oggi, 13 Stati su 22 hanno ratificato la *Carta araba riveduta dei diritti dell'uomo* del 2004.

La Carta araba, che richiama la Dichiarazione universale del 1948, i Patti del 1966, la Carta dell'ONU e la Dichiarazione sui diritti umani nell'Islam adottata a Il Cairo nel 1990, nel rigettare nel Preambolo «all forms of racism and Zionism, which constitute a violation of human rights and a threat to international peace and security», fissa poi obblighi positivi e negativi per gli Stati.

Con riguardo agli obblighi positivi, la previsione generale si ritrova nell'art. 3, par. 1, che obbliga gli Stati a garantire ad ogni individuo il diritto di godere dei diritti e delle libertà sanciti dalla Carta araba senza discriminazioni. Con riguardo agli obblighi negativi, merita un cenno invece la previsione dell'art. 4, par. 2, in base a cui anche in «exceptional situations of emergency» nessuna deroga sarà ammessa ad una serie di diritti sanciti dalla Carta araba quali, ad esempio, il diritto alla vita, il divieto di tortura o trattamenti inumani,



crudeli e degradanti, il divieto di schiavitù ed il diritto ad un equo processo.

Il controllo sul rispetto e l'attuazione della Carta araba da parte degli Stati è affidato ad un *Arab Human Rights Committee* (art. 45) composto di sette membri al quale gli Stati, per il tramite del Segretario Generale della Lega araba, presentano ogni tre anni un *report* sulle misure adottate per realizzare, garantire e proteggere i diritti e le libertà sanciti dalla Carta araba (art. 48, par. 1). Il rapporto, discusso dal Comitato alla presenza del delegato dello Stato interessato, è poi oggetto di osservazioni (*comments*) e raccomandazioni (*recommendations*) da parte del Comitato (art. 48, par. 3-4). Inoltre, il Comitato presenta al Consiglio della Lega araba, per il tramite del Segretario Generale, anche un rapporto annuale di carattere generale, contenente osservazioni e raccomandazioni, sulla situazione dei diritti umani (art. 48, par. 5-6).

Con riguardo, infine, alla tutela dei diritti umani nei Paesi islamici, la Carta istitutiva dell'*Organizzazione della Cooperazione Islamica*, OCI (*Organization of the Islamic Cooperation*, OIC), l'organizzazione internazionale che vuole rappresentare «the collective voice of the Muslim world» in una ottica di solidarietà e fraternità tra i 57 Stati membri, da ultimo emendata nel 2008, prevede tra i suoi obiettivi e principi anche quello di promuovere e proteggere i diritti umani e le libertà fondamentali (inclusi quelli di donne, bambini, giovani, anziani e disabili) «as well as the preservation of Islamic family values» (art. 1, n. 14). A tal fine, dunque, gli Stati membri sostengono e promuovono a livello nazionale ed internazionale la *good governance*, la democrazia, i diritti umani e le libertà fondamentali e la *rule of law* (art. 2, n. 7).

Tra le iniziative più significative dell'OCI in materia si ricordi:

1) l'adozione a Il Cairo nel 1990 della *Dichiarazione sui diritti umani nell'Islam* (*Declaration on Human Rights in Islam*). Pur non vincolante giuridicamente costituisce la guida per gli Stati membri «in all aspects of life» come specificato nel Preambolo. La Dichiarazione ha una forte impronta e caratterizzazione religiosa e la legge coranica ne rappresenta il riferimento sovraordinato e la «sola fonte di riferimento per spiegare e chiarire ogni articolo di questa



Dichiarazione» (artt. 24-25). La Dichiarazione riconosce la parità tra uomo e donna (perché tutti gli esseri umani sono uguali dinanzi ad Allah) e ricollega le diversità di trattamento, codificate nel diritto islamico, al solo fatto che ciascuno svolge una diversa funzione nella famiglia e nella società;

2) l'istituzione nel 2011 della *Independent Permanent Human Rights Commission* (IPHRC), organo composto da 18 membri (sei per ciascuna area geografica - africana, araba ed asiatica - di appartenenza degli Stati membri dell'OIC), che ha quale obiettivo fondamentale quello di rafforzare i diritti umani e servire gli interessi dell'Umma (Comunità) islamica nel mondo, consolidare il rispetto per i «nobili valori» e le culture islamiche e promuovere il dialogo tra civiltà nel rispetto dei principi della Carta istitutiva dell'OIC.

Tra gli obiettivi e compiti indicati dal proprio Statuto, l'IPHRC (che si riunisce due volte l'anno) ha anche quello di fornire consulenza e presentare raccomandazioni agli organi dell'OIC in materia di diritti umani (art. 12), condurre studi e ricerche (art. 16), promuovere e rafforzare i diritti umani negli Stati membri fornendo «technical cooperation and assistance in the field of human rights and awareness-raising» (art. 14) e cooperare, su richiesta degli Stati, alla revisione o all'adozione di meccanismi e strumenti giuridici di tutela in armonia con i valori islamici ed i concordati (*agreed*) standards internazionali (art. 17).

Non è previsto un meccanismo di ricorso individuale e interstatale all'IPHRC che può comunque deliberare sulle questioni di sua competenza ed adottare, su richiesta dell'OIC, rapporti tematici.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



**La presentazione Power Point relativa ai
contenuti disciplinari della lezione sarà
presto disponibile**



Insegnamento di Diritto internazionale

VIII

La tutela dei diritti umani nel diritto internazionale

74. Gli status di protezione internazionale. Asilo diplomatico e territoriale

Come si è detto, lo Stato non ha un generale obbligo di diritto internazionale circa l'ammissione degli stranieri nel proprio territorio tanto che, in caso di ingresso o soggiorno irregolare dello straniero, lo Stato può allontanarlo dal proprio territorio verso lo Stato di nazionalità, residenza, provenienza o transito. In linea di principio dunque l'ammissione (a fini di lavoro, studio, affari, turismo, ecc.) è rimessa alla discrezionalità dello Stato che potrà adottare politiche (soprattutto in caso di immigrazione per ragioni di lavoro) più o meno restrittive. Non si è mai consolidato, infatti, nel diritto internazionale un obbligo di ammissione in tal senso.

Questo principio di libertà è però temperato in modo ampio ed incisivo da un'articolata serie di obblighi internazionali che, delineatisi soprattutto dopo la fine della seconda Guerra Mondiale, vertono attorno ad una alla norma generale, ormai presente in tutti gli strumenti internazionali di protezione oltre che nel diritto internazionale generale, che vieta allo Stato di respingere alla propria frontiera chi vi giunga in cerca di protezione (*divieto di respingimento* od *obbligo di non-refoulement*) se dal respingimento la persona in cerca di protezione possa correre il rischio di subire nel Paese di respingimento (che può essere quello di nazionalità, residenza, provenienza o transito) una grave violazione dei propri diritti fondamentali (ad esempio, possa essere condannato a morte o torturato).



Il divieto di respingimento dello straniero richiedente protezione internazionale prevale quindi sul diritto dello Stato di non ammetterlo nel proprio territorio.

Inizialmente previsto per i soli richiedenti protezione aventi titolo per ottenere lo status di «rifugiato» ed interpretato restrittivamente (nel senso che la protezione era garantita dal rischio di essere condannato a morte o torturato), il divieto di respingimento è ormai applicato anche a chi abbia titolo per ottenere altri status di protezione internazionale (come, ad esempio, quello di «protezione temporanea per ragioni umanitarie» o quello di «protezione sussidiaria») ed è interpretato estensivamente nel senso che la protezione riguarda anche la violazione di altri diritti fondamentali (in particolare, il diritto a non subire pene o trattamenti inumani o degradanti).

L'ampliamento della tutela si registra in particolare (se non quasi esclusivamente) nel continente europeo vuoi perché gli organi di controllo dei sistemi di protezione regionale dei diritti umani della CEDU e dell'Unione europea, vale a dire le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, adottano un'interpretazione ampia e garantista del divieto di respingimento (facendolo prevalere anche sulle esigenze di sicurezza nazionale degli Stati), vuoi perché l'Unione europea, oramai da diversi anni, è soggetta ad una pressione migratoria continua e senza precedenti con milioni di persone che da qualunque parte del mondo cercano di entrarvi irregolarmente non solo per essere protetti da rischi e minacce individuali e collettive alla loro persona (*richiedenti protezione internazionale*) ma anche, senza essere in fuga da nulla, solo per viverci e lavorare (*migranti economici*).

Per esigenze di maggior chiarezza possibile si può dunque introdurre una generale ed a-tecnica bipartizione tra «sfollati» (*displaced persons*), ossia tutti coloro che richiedono protezione internazionale in quanto lasciano o fuggono dal proprio Paese o regione di origine per l'esistenza di eventi o situazioni di rischio (esistente o minacciato) di natura individuale od oggettiva (persecuzione, conflitti armati, situazioni di violenza sistematica e/o generalizzata, catastrofi naturali, altre esigenze di carattere umanitario come ad esempio quella di sottoporsi a cure mediche, ecc.), e



«migranti economici», ossia come detto chi non fugge da nulla ma cerca solamente una vita migliore in un altro Paese.

All'interno della generale categoria delle *displaced persons* si individuano poi diverse ed ulteriori categorie specifiche di natura giuridica a seconda dello status di protezione che, di volta in volta ed in ragione delle specifiche condizioni del singolo individuo, gli viene attribuito dallo Stato dove lo straniero cerca, anche irregolarmente, di entrare ed essere ammesso per fruire della protezione internazionale.

Gli status di protezione internazionale sono numerosi ed alcuni sono previsti solo dalle legislazioni nazionali dei singoli Stati. Uno Stato, infatti, è libero di garantire una protezione agli stranieri più ampia rispetto a quella minima prevista dal diritto internazionale.

Il quadro internazionale in materia di protezione è dunque fondato, essenzialmente, su una tripartizione in cui si ritrovano:

1) lo status di *rifugiato*, previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e codificato in modo esaustivo anche nel diritto dell'Unione europea;

2) lo status di *protetto in via sussidiaria*, previsto da una norma di diritto internazionale generale la cui specifica attuazione è poi rimessa su base nazionale agli Stati (che, dunque, possono interpretare in modo più o meno estensivo la previsione o, come si dirà con riguardo alle *diplomatic assurances*, disapplicarla in presenza di certe condizioni). Si tratta di uno status simile, per ampiezza e contenuto della protezione, a quello di rifugiato ed in pratica è codificato in modo esaustivo solo nel diritto dell'Unione europea;

3) lo status di *protetto in via temporanea per ragioni umanitarie*, previsto da una norma di diritto internazionale generale la cui specifica attuazione, ancora una volta, è rimessa agli Stati su base nazionale. Si tratta di uno status che, di solito, tutela tutte quelle varieghe esigenze di protezione che non ricadono nelle previsioni tipizzate del rifugio o della protezione sussidiaria. Non esiste nel diritto dell'Unione europea uno status di protezione temporanea (che, dunque, viene disciplinato solo su base nazionale).

Lo status di *rifugiato* fu il primo ad essere codificato (non fu quindi introdotto *ex novo*) nel diritto internazionale dalla Convenzione di Ginevra del 1951 (per la normativa europea, modellata in gran parte



sulla Convenzione del 1951, il riferimento è la Direttiva 2011/95) e si fonda essenzialmente sull'obbligo, per lo Stato alla cui frontiera giunga lo straniero o l'apolide «perseguitato» in cerca di rifugio, di non respingerlo (art. 33).

Ai sensi della Convenzione del 1951 (e della Direttiva 2011/95) è «rifugiato» solo colui che «nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Stato» (art. 1A della Convenzione).

Una volta accolto lo straniero che denuncia la persecuzione lo Stato ne valuterà la posizione giuridica e fattuale e se l'elemento della persecuzione non dovesse sussistere (il requisito è costitutivo al fine di attribuire lo status), perché ad esempio il sedicente perseguitato è solo un criminale in fuga o un migrante economico, potrà allontanarlo verso lo Stato di origine o provenienza, sempre e solo a condizione però che dal rimpatrio non derivi il rischio concreto per l'individuo di subire un trattamento che, seppur non persecutorio, sia comunque lesivo dei suoi diritti fondamentali.

Se, invece, la persecuzione dovesse sussistere in ragione di determinati «atti» e «motivi» di persecuzione (che devono tra loro essere collegati) che la sostanziano, lo Stato *potrà* per il diritto internazionale (ma invece *dovrà* per il diritto dell'Unione) concedere una protezione ampia e duratura sul proprio territorio che dovrà essere commisurata, a seconda del diritto e/o della libertà in esame, allo stesso trattamento riservato ai propri cittadini, o al trattamento più favorevole possibile oppure, ad un trattamento almeno pari a quello riservato agli stranieri in generale.

I diritti e le libertà contemplati dalla Convenzione del 1951 sono numerosi ed includono, ad esempio, l'accesso all'educazione pubblica (art. 22), all'assistenza pubblica (art. 23), alla legislazione del lavoro e della sicurezza sociale (art. 24) ed il diritto ad esercitare un'attività di lavoro autonomo o subordinato (artt. 17-19).

Lo status personale si determina «in base alla legge del suo paese di domicilio o, in mancanza di domicilio, in base alla legge del paese



di residenza»; i diritti precedentemente acquisiti legati allo status personale e «in particolare quelli risultanti da matrimonio, saranno rispettati da tutti gli Stati contraenti, con riserva, se del caso, dell'adempimento delle formalità previste dalla legislazione di ciascuno Stato» (art. 12, par. 1-2).

Il carattere tendenzialmente definitivo della protezione riconosciuta ai rifugiati li rende, di fatto, assimilabili ai cittadini dello Stato di rifugio tanto che l'art. 34 della Convenzione dispone che «gli Stati Contraenti facilitano, entro i limiti del possibile, l'assimilazione e la naturalizzazione dei rifugiati» e l'art. 32, par. 1, condiziona l'espulsione del rifugiato che risiede regolarmente sul territorio dello Stato «soltanto a motivi di sicurezza nazionale o d'ordine pubblico». L'art. 33, par. 2, disapplica poi il divieto di espulsione e respingimento se il rifugiato «per motivi seri debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese».

Lo status di rifugiato viene meno se, ad esempio, la persona *volontariamente* ridomanda la protezione dello Stato di propria cittadinanza, ritorna nel Paese che aveva lasciato «o in cui non si era più recata per timore d'essere perseguitata» o se sono cessate le circostanze in base alle quali era stata riconosciuta come rifugiato (art. 1C, nn. 1 e 4-5, della Convenzione; in termini pressoché simili l'art. 11 della Direttiva 2011/95).

Lo status di rifugiato non viene invece concesso se vi è il «serio motivo di sospettare» che il richiedente, ad esempio, abbia commesso un crimine internazionale, un crimine grave di diritto comune fuori dal Paese di rifugio o si sia reso «colpevole di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite» (art. 1F, lett. a-c, della Convenzione nonché, in termini simili, l'art. 12 della Direttiva 2011/95).

La Convenzione di Ginevra del 1951 nacque in un preciso momento storico-politico, quello della contrapposizione tra il blocco sovietico e quello occidentale, caratterizzato dal tentativo degli oppositori politici dei regimi comunisti di raggiungere l'Occidente per fuggire le persecuzioni di cui erano oggetto per le loro idee politiche.



Nei decenni successivi, però, sono comparsi fenomeni diversi non più riconducibili all'ipotesi della persecuzione individuale per determinati motivi e attraverso determinati atti ma invece legati ad eventi o situazioni oggettive (come la presenza nel Paese o nella regione di un conflitto armato o di uno stato di caos istituzionale) di natura a-politica, collettiva e massiccia. A quel punto la Convenzione di Ginevra, con il suo approccio *ad personam* ed uno status ampiamente garantista e tendenzialmente definitivo, si è rivelata inadeguata a disciplinare giuridicamente i nuovi fenomeni socio-politici.

Anche per tale ragione, dinanzi ad afflussi massicci di persone in cerca di protezione da simili eventi si è consolidata una norma generale che garantisce protezione anche a chi, pur non perseguitato individualmente, rischi comunque di subire un «grave danno» alla propria persona, così imponendo allo Stato il divieto di respingerlo alla frontiera.

La norma di diritto internazionale amplia dunque il novero dei soggetti passibili di protezione internazionale affiancando ai rifugiati i *protetti in via sussidiaria* (la sussidiarietà della protezione è appunto con riguardo allo status di rifugiato).

La disciplina concreta circa l'attuazione della norma è poi rimessa alle legislazioni nazionali e l'Unione europea ha in materia la disciplina più avanzata e di maggior dettaglio, contenuta anch'essa nella citata Direttiva 2011/95.

La disciplina è in larga parte modellata (e talvolta coincidente) con quella applicabile allo status di rifugiato tanto che la Direttiva, agli artt. 20-35, introduce un livello minimo di diritti e benefici che gli Stati membri devono garantire ad ogni beneficiario di protezione internazionale (rifugiato o protetto in via sussidiaria che poi sia).

Il livello di protezione garantito alle due categorie è ormai pressoché identico su diversi aspetti (protezione dal respingimento, ricongiungimento familiare, accesso all'occupazione, assistenza sanitaria, ecc.) mentre restano differenze in tema, ad esempio, di permesso di soggiorno ed assistenza sociale. Ai sensi dell'art. 24, par. 1-2, infatti, il permesso di soggiorno per il rifugiato è valido per almeno tre anni ed è rinnovabile («purché non vi ostino imperiosi



motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico») mentre quello per il beneficiario di protezione sussidiaria, anch'esso rinnovabile, «deve essere valido per un periodo di almeno un anno e, in caso di rinnovo, per un periodo di almeno due anni, purché non vi ostino imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico».

Ai sensi dell'art. 2, lett. *f*, della Direttiva, può beneficiare di questo status lo straniero o l'apolide «che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno [...] e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese».

Ai sensi dell'art. 15 si considera un «grave danno» la condanna o l'esecuzione della pena di morte (lett. *a*), la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante (lett. *b*) e la «minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale» (lett. *c*).

Infine, in via residuale, vale a dire rispetto alle ipotesi in cui ossia quando il richiedente *non* abbia titolo per il rifugio o la protezione sussidiaria (ad esempio, in caso di rischio derivante da catastrofe naturale, da violenza endemica o violazione sistematica e generalizzata dei diritti umani in assenza di un conflitto armato, da gravi ed urgenti esigenze di salute, ecc.), si è delineato lo status di *protezione temporanea per ragioni umanitarie* correlato al perdurare, nel Paese o nella regione di origine dello straniero, della causa che lo ha spinto a fuggire.

Lo status si consolidò a partire dagli anni Settanta (il caso di prassi più eclatante riguardò la protezione concessa dalla Thailandia agli sfollati cambogiani in fuga dal regime dei Khmer Rossi) e dunque ben prima dello status di protezione sussidiaria.

Alcune ipotesi inizialmente disciplinate dallo status di protezione temporanea rientrano oggi in quello di protezione sussidiaria.

Come detto, però, si tenga presente che la norma generale sulla protezione sussidiaria ha trovato compiuta e dettagliata attuazione in



pratica solo nel diritto dell'Unione europea (che, infatti, non disciplina anche la protezione temporanea per ragioni umanitarie, rimettendola alle legislazioni degli Stati membri) mentre in molti Paesi o aree geografiche il principio generale della norma (e cioè che, indipendentemente dal fatto che sia perseguitato o meno, non si espone comunque uno straniero al rischio di subire un grave danno in conseguenza del respingimento) non viene poi attuato nella legislazione nazionale mediante il riconoscimento dell'articolato e garantista status di protezione sussidiaria ma attraverso il più provvisorio e meno oneroso (per lo Stato che accoglie) *temporary protected status*.

In questi casi, dunque, lo status di protezione temporanea conserva ancora una rilevanza giuridica significativa (se non quando esclusiva, perlomeno in termini di concreta attuazione e garanzia di uno status di protezione) e in ogni caso maggiore rispetto a quella che ormai ricopre, ad esempio, nell'Unione europea dove lo status di protezione sussidiaria ha un ampio spettro di applicazione ed è frequentemente utilizzato.

L'esame degli status di protezione conferma quanto inizialmente detto e cioè che il minimo comun denominatore giuridico è costituito dal rispetto dell'obbligo di *non-refoulement* alla frontiera. L'obbligo non vale solo in caso di respingimento alla frontiera ma anche nei casi di estradizione, allontanamento o consegna a qualunque titolo ad uno Stato terzo dello straniero già presente (regolarmente o meno) nel territorio dello Stato.

L'obbligo ha inoltre valenza extraterritoriale nel senso che non si applica solo quando materialmente l'individuo ha raggiunto la frontiera dello Stato ma vale anche, ad esempio, in alto mare se la persona si trovi sotto il controllo effettivo dello Stato e, dunque, sotto la sua giurisdizione.

La lettura extraterritoriale dell'obbligo serve ad impedirne una facile elusione da parte dello Stato che a quel punto (come facevano gli Stati Uniti con riguardo agli sfollati provenienti via mare da Haiti) potrebbe dichiararsi non astretto all'obbligo per il sol fatto che il respingimento è avvenuto avviene prima che la persona giunga



fisicamente alla frontiera (ad esempio, avviene in alto mare, a poca distanza dal limite delle acque territoriali dello Stato).

Nella prassi statunitense ed australiana, l'obbligo non solo viene interpretato in senso *non* extraterritoriale (il divieto varrebbe dunque solo lungo la frontiera fisica dello Stato) ma si considera anche adempiuto (e dunque lo straniero viene respinto, estradato, allontanato o consegnato) nel caso in cui lo Stato terzo dia «assicurazioni diplomatiche» (*diplomatic assurances*) scritte che la persona non subirà un trattamento lesivo dei suoi diritti umani, ossia contrario alle previsioni del diritto internazionale generale e convenzionale (a cominciare dalla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti).

Si ricordi che, per «diplomatic assurance», si intende la garanzia data dallo Stato richiedente allo Stato richiesto di non sottoporre a tortura o pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti l'individuo una volta consegnato. La garanzia è data a livello diplomatico e con dichiarazione scritta: si tratta quindi di una garanzia solo formale, tanto più che non esiste poi un rimedio per far valere l'eventuale violazione della garanzia.

In Europa, invece, sia la Corte di Strasburgo che quella di Lussemburgo, in linea con la generale interpretazione estensiva dei diritti individuali che prevalgono sempre e comunque sulle esigenze di sicurezza dello Stato, non attribuiscono alcun valore giuridico alle *diplomatic assurances* per cui lo Stato membro dell'Unione e/o parte alla CEDU può trasferire lo straniero solo se fornisce la prova effettiva e non formale che, stando alla *reality on the ground*, lo Stato terzo può considerarsi uno «Stato sicuro», *safe country* (il che rende di fatto impossibile qualunque trasferimento).

Fuori dal caso delle *diplomatic assurances* e dei respingimenti verso Stati non membri dell'Unione europea, va ancora evidenziato come la nozione di «Stato sicuro» sia ormai applicata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea anche ai «trasferimenti» da uno Stato membro all'altro sulla base del Regolamento Dublino III.

Si ricorda tale proposito che «un paese è considerato paese di origine sicuro se, sulla base dello status giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione



politica generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni [...], né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale» (così l'Allegato I della Direttiva 2013/32/UE del PE e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale).

L'art. 38, par. 1, lett. a-e, della Direttiva 2013/32 specifica poi che un Paese terzo è «sicuro» solo se il richiedente protezione, una volta ritornatovi, «riceverà un trattamento conforme ai seguenti criteri:

a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale;

b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella Direttiva 2011/95/UE;

c) è rispettato il principio di non-refoulement conformemente alla Convenzione di Ginevra;

d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale;

e) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della Convenzione di Ginevra».

Come detto, il Regolamento attribuisce, di solito, la competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale (e, se accolta, a proteggere poi il richiedente) allo Stato di primo ingresso, ossia lo Stato le cui frontiere che siano anche frontiere esterne dell'Unione siano state irregolarmente varcate. La norma (contestata da Italia e Grecia che in quanto "Stati di frontiera" sono competenti per quasi tutte le domande di protezione internazionale presentate nell'Unione e che potrebbe essere modificata, se non abrogata, in futuro) prevede dunque che se lo straniero in cerca di protezione raggiunge uno Stato membro diverso dallo Stato di primo ingresso e ivi presenta la domanda di protezione deve essere trasferito dal primo al secondo (che lo deve riprendere in carico) in quanto unico Stato competente.



A partire dal 2009, però, la Corte di Giustizia ha sospeso i trasferimenti sulla base del Regolamento Dublino III verso la Grecia (all'inizio del 2016 restano ancora sospesi) in quanto le «systemic deficiencies» del sistema greco di accoglienza ed esame delle domande di protezione non ne fanno uno Stato sicuro e quindi espongono la persona al rischio di subire un trattamento inumano o degradante. L'argomento sostenuto da alcuni Stati membri (nel caso di specie, Irlanda e Gran Bretagna) secondo cui la Grecia era uno «Stato sicuro» per il fatto stesso di essere un membro dell'Unione europea fu respinto dalla Corte perché non dimostrato in termini effettivi ma solo sostenuto sulla base della mera *membership* greca nell'Unione.

In senso conforme, con riguardo al mancato rispetto nel sistema greco degli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti) e 13 (diritto ad un ricorso effettivo) della CEDU, si era espressa anche la Corte di Strasburgo (cfr. la sentenza resa nei casi: *M.S.S. v. Belgium and Greece* del 21 gennaio 2011; *Sharifi et al. v. Italy and Greece* del 21 ottobre 2014).

Più recentemente, poi, ad ulteriore ampliamento della protezione garantita in Europa, è stato altresì ritenuto da un tribunale britannico (nota 187) e dalla Corte di Strasburgo (nota 188) che le «systemic deficiencies» di un sistema nazionale di asilo non sono un elemento costitutivo del divieto di trasferimento in base al Regolamento Dublino III.

Ciò significa che anche quando il sistema nazionale non presenti tali lacune sistemiche (come, ad esempio, quello italiano), prima di procedere al trasferimento lo Stato interessato dovrà valutare caso per caso, e sempre con riguardo esclusivo all'effettiva *reality on the ground* nello Stato di trasferimento, ossia di primo ingresso, se comunque dal trasferimento la persona possa correre il rischio di subire un trattamento inumano o degradante.

Solo se lo Stato che deve trasferire la persona riceva dallo Stato che deve riaccoglierlo «specific and individual guarantees» sul fatto che i richiedenti, una volta riconsegnati, saranno trattati «in a manner adapted» alla loro specifica situazione, allora si potrà procedere al trasferimenti.



Altrimenti, come in tutte le altre ipotesi finora indicate, si avrà una deroga (caso per caso o, per i soli trasferimenti verso la Grecia, di natura permanente) per via giurisprudenziale del criterio dello Stato di primo ingresso fissato dal Regolamento Dublino III.

Resta infine da evidenziare come la protezione internazionale venga concessa allo straniero sempre su base territoriale, ossia una volta che la persona sia «entro la sfera territoriale» dello Stato cui intende chiedere protezione. L'asilo «territoriale» è dunque la protezione che lo Stato garantisce nel proprio territorio allo straniero e rappresenta l'unica fattispecie conosciuta dal diritto internazionale, fatto salvo il caso eccezionale dell'asilo «diplomatico» dove la protezione è invece garantita fuori dal territorio dello Stato di rifugio (ad esempio, nelle sedi delle missioni diplomatiche e consolari o, nell'antichità, all'interno di chiese, conventi o templi). In tempi moderni, il caso tipico è proprio quello della persona che chiede rifugio all'interno di un'Ambasciata straniera sita sul territorio del proprio Stato di cittadinanza.

Si badi però che l'asilo diplomatico non è giuridicamente riconosciuto nel diritto internazionale (e nel diritto dell'Unione europea) in ragione del fatto che la sede della missione diplomatica e consolare non è territorio dello Stato di invio della missione ma dello Stato che ospita la missione.

Solo alcuni Stati latinoamericani, sulla base di una consuetudine regionale o locale, poi codificata (tra loro) in una Convenzione del 1954, attribuiscono rilevanza giuridica all'asilo diplomatico facendone derivare diritti ed obblighi tra lo Stato di invio (che concede la protezione) e lo Stato ospite (il cui cittadino ha chiesto rifugio) e, in particolare, il diritto del primo al «salvacondotto» nei confronti del secondo, ossia il diritto a condurre senza interferenze dalla sede diplomatica al proprio territorio la persona che ha chiesto ed ottenuto asilo.

Fuori da questa ipotesi eccezionale dell'asilo diplomatico, il fatto che lo Stato ospite non penetri nella sede diplomatica o consolare per arrestare il proprio cittadino o, come nel caso Assange, lo straniero richiesto in estradizione da uno Stato terzo che ivi si sia rifugiato chiedendo protezione internazionale si spiega con la volontà di



rispettare, in linea di principio ed anche in una situazione del genere, le immunità giuridiche della sede, la personalità dello Stato della missione ed il libero ed indisturbato esercizio delle sue funzioni politiche e diplomatiche.

La norma sull'asilo diplomatico non è ovviamente opponibile dallo Stato che la riconosce a chi, invece, ne sia estraneo. Il fatto dunque che l'Ecuador abbia concesso lo status di rifugiato a Julian Assange nella propria Ambasciata di Londra (dove Assange vi si è rifugiato da giugno 2012) non è giuridicamente opponibile alla Gran Bretagna che resta dunque libera di dare esecuzione al mandato di arresto, e correlata richiesta di estradizione, della Svezia nei confronti di Assange nel caso in cui questi dovesse uscire dai locali dell'Ambasciata.

Il Regno Unito, tra l'altro, oltre a rigettare qualunque pretesa giuridica fondata sulla nozione di asilo diplomatico, si è altresì riservato il diritto di intervenire, se la situazione non verrà risolta con una soluzione concordata tra i due Stati, all'interno dell'Ambasciata dell'Ecuador per arrestare Assange e dare seguito alla richiesta di estradizione.



Insegnamento di Diritto internazionale

Facoltà: Giurisprudenza
Corso di laurea: Giurisprudenza
CFU: 12
Docente: Valentina Ranaldi



La presentazione Power Point relativa ai contenuti disciplinari della lezione sarà presto disponibile