

Osservatorio sulle fonti

IL PROTOCOLLO FACOLTATIVO AL PATTO INTERNAZIONALE SUI DIRITTI ECONOMICI, SOCIALI E CULTURALI: VERSO UN ALLINEAMENTO DEI SISTEMI PROCEDURALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI

di *Deborah Russo**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le nuove procedure di controllo previste dal Protocollo. - 3. L'incidenza extraterritoriale del sistema di controllo. - 4. L'insolita previsione di uno *standard of review*. - 5. Considerazioni conclusive.

The paper deals with the recent entry into force of the Optional Protocol of the UN Covenant on economic, social and cultural rights. The Protocol has significantly increased the competence of the Committee on economic, social and cultural rights, by introducing three different procedural mechanisms of control: individual communications, inter-state communications and inquiry procedures. After a general overview of the main features of the new system of control, the paper focuses on two main critical issues: the extraterritorial impact of the new mechanisms and the novel provision of the standard of review based on reasonableness. While the paper underlines that the Protocol takes a step forward in the international protection of social rights, especially by providing the right to lodge individual complaints, it, also, argues that the specific features of economic, social and cultural rights should be further taken into consideration in the implementation of the Protocol. Much will depend on the role that the Committee on economic, social and cultural rights will play in the interpretation of certain controversial expressions contained in the Protocol, such as those of "jurisdiction" and "reasonableness".

* Ricercatrice di diritto internazionale, Università di Firenze

Osservatorio sulle fonti

1. Introduzione

Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali è stato adottato nel 1966 in seno alle Nazioni Unite al fine di realizzare, insieme al coevo Patto internazionale sui diritti civili e politici, un sistema complessivo di tutela dei diritti umani. I due Patti, pur costituendo espressione del medesimo disegno di promozione dei diritti umani, nascono con meccanismi di controllo diversi¹.

Solo il Patto internazionale sui diritti civili e politici è, infatti, originariamente dotato di un meccanismo di controllo incentrato sulla competenza di un organo tecnico appositamente istituito, il Comitato sui diritti dell'uomo. A quest'organo, composto da 18 esperti indipendenti dagli Stati, è affidato sia il monitoraggio periodico dei rapporti redatti dagli Stati contraenti in virtù dell'art. 40 del Patto, sia l'esame delle comunicazioni interstatali, previa accettazione degli Stati, ai sensi dell'art. 41 del medesimo, nonché di quelle individuali sulla base del Protocollo addizionale adottato contemporaneamente al Patto.

Il Patto sui diritti economici, sociali e culturali prevede, invece, un sistema di controllo di carattere essenzialmente politico basato sulla competenza del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite². Ciononostante, quest'organo ha sviluppato nel tempo una procedura di controllo basata sul monitoraggio periodico dei rapporti statali analoga a quella relativa al Patto sui diritti civili e politici³ e, nel 1985, ha istituito un organo ausiliario di carattere tecnico, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali (d'ora innanzi il Comitato), attribuendo ad esso la competenza a esaminare i rapporti statali e a formulare "suggestions and recommendations of a general nature", ossia osservazioni e commenti, privi di effetto giuridico vincolante⁴. Il neonato Comitato non vantava, tuttavia, competenze analoghe a quelle del suo omologo per l'esame delle comunicazioni interstatali e individuali. Da questo punto di vista, pertanto, il meccanismo di controllo previsto dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali restava più debole.

La diversità dei sistemi di controllo è parsa sin da subito difficilmente compatibile con la teoria dell'universalità, indivisibilità e interdipendenza dei diritti umani e con il principio della giustiziabilità dei diritti economici, sociali e culturali. Pertanto, l'elaborazione di un Protocollo facoltativo diretto a potenziare il sistema di controllo ha costi-

¹ Cfr. L. PINESCHI, *Il Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in ID. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 129; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 41 ss.

² Cfr. B.G. RAMCHARAN, *Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *NILR*, 1976, p. 151 ss.

³ Risoluzione n. 988 del 1976.

⁴ Risoluzione n. 17 del 1985. Cfr. P. ALSTON, *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in ID. (a cura di), *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 473 ss.; M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on Its Developments*, Clarendon Press, Oxford, 1998; S. LECKIE, *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Catalyst for Change in a System Needing Reform*, in P. ALSTON, J. CRAWFORD (a cura di), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 129 ss.

Osservatorio sulle fonti

tuito fin da subito uno degli obiettivi principali dell'azione delle Nazioni Unite per la promozione dei diritti umani⁵. Tale obiettivo è stato raggiunto con l'adozione del Protocollo facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che è entrato in vigore il 5 maggio 2013. L'Italia lo ha ratificato e reso esecutivo il 3 ottobre 2014⁶.

Il nuovo strumento integra il sistema di controllo del Patto grazie alla previsione di tre meccanismi di tutela aggiuntivi che potenziano la funzione di controllo del Comitato: le comunicazioni interstatali, le comunicazioni individuali e la procedura di inchiesta.

La nuova disciplina risulta in gran parte modellata intorno a quelle già previste dal Patto sui diritti civili e politici e dagli altri trattati sui diritti umani che sono stati adottati nell'ambito delle Nazioni Unite. Ciò nondimeno essa apre una frontiera sperimentale nell'estendere l'applicazione di questi meccanismi alla tutela dei diritti economici, sociali e culturali, le cui forme più avanzate di tutela erano state sinora incentrate sul conferimento della legittimazione ad agire alle sole organizzazioni di rappresentanza degli interessi collettivi (sindacati, ONG etc.). E' questo il caso, in particolare, del meccanismo previsto dalla Carta sociale europea, adottata in seno al Consiglio d'Europa, che ha costituito sinora l'esperimento più sofisticato di tutela internazionale dei diritti sociali. Il sistema della Carta è stato limitato al controllo delle violazioni di carattere generale sulla base di una procedura volta all'esame delle "collective communications"⁷.

Da questo punto di vista, l'adozione del Protocollo comporta un significativo passo in avanti nell'estendere l'ambito del controllo anche alle violazioni di carattere individuale e nel riconoscere non solo alle organizzazioni, ma anche agli individui, il diritto di azione a tutela dei diritti sociali.

Alcune soluzioni adottate dai redattori del Protocollo presentano tuttavia profili problematici che rendono incerte le prospettive di sviluppo della tutela procedurale dei di-

⁵ L'impegno della Commissione ONU sui diritti umani è stato proclamato nella Dichiarazione e nel relativo Piano d'azione che sono stati adottati al termine della Conferenza mondiale sui diritti umani, UN doc. E/CN.4/1997/105 del 18 dicembre 1966. Tra i vari contributi relativi alla elaborazione del nuovo Protocollo si vedano: C. DE ALBUQUERQUE, *Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Missing Piece of the International Bill of Human Rights*, in *HRQ*, 2010, p. 144 ss.; C. MAHON, *Progress at the Front: the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *HRLR*, 2008, p. 617 ss.; E. RIEDEL, *New Bearings in Social Rights? The Communications Procedure under the ICESCR*, in U. FASTENRATH, R. GEIGER (a cura di), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 574 ss.; M. SCHEININ, *The Proposed Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Blueprint for UN Human Rights Treaty Body Reform – Without Amending the Existing Treaties*, in *HRLR*, 2006, p. 131 ss.; W. VANDENHOLE, *Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step: Towards a Complaints Procedure Complementing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *NQHR*, 2003, p. 423 ss.

⁶ Legge 3 ottobre 2014, n. 152, di ratifica ed esecuzione del Protocollo facoltativo relativo al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, fatto a New York il 10 dicembre 2008, GU Serie Generale n. 249 del 25 ottobre 2014.

⁷ Cfr. D.J. HARRIS, *Collective Complaints under the European Social Charter: Encouraging Progress?*, in K.H. KAIKOBAD, M. BOHLANDER (a cura di), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice*, Nijhoff, Koninklijke Brill, 2009, p. 3 ss.

Osservatorio sulle fonti

ritti umani. Nelle pagine che seguono, dopo una breve descrizione del funzionamento dei tre meccanismi di tutela previsti dal Protocollo, ci si soffermerà sui due profili più controversi del nuovo strumento internazionale: la portata extraterritoriale del sistema di controllo e lo *standard of review* che sarà applicato dal Comitato nell'esame delle comunicazioni individuali.

2. Le nuove procedure di controllo previste dal Protocollo

La competenza acquisita dal Comitato ruota intorno a tre meccanismi procedurali, il primo di carattere necessario e gli altri due di carattere solo opzionale in quanto attivabili solo a seguito di un'ulteriore manifestazione di volontà degli Stati parti: la procedura di esame delle comunicazioni proposte dagli individui vittime delle violazioni del Patto (comunicazioni individuali), la procedura di esame delle comunicazioni degli altri Stati contraenti (comunicazioni interstatali) e la procedura di inchiesta.

Una delle prime questioni di carattere generale che i redattori del Protocollo hanno affrontato concerne la delimitazione *ratione materiae* della competenza. Durante i negoziati, infatti, alcuni rappresentanti avevano proposto di seguire un approccio selettivo che avrebbe consentito agli Stati di scegliere, al momento dell'accettazione della competenza del Comitato, il novero dei diritti da subordinare all'attività di controllo⁸.

L'approccio *à la carte*, tuttavia, ha suscitato le critiche della maggioranza dei rappresentanti degli Stati e delle organizzazioni non governative presenti ai negoziati, che lo hanno considerato incompatibile, per un verso, con i principi dell'uguaglianza e dell'indivisibilità dei diritti e, per altro verso, con la parità di trattamento delle vittime⁹. La rilevanza di questi argomenti critici, insieme all'opportunità di scegliere una soluzione conforme alle esperienze degli altri sistemi di tutela dei trattati sui diritti umani, hanno favorito l'adozione della soluzione complessiva, e dunque a subordinare l'insieme dei diritti sanciti dal Patto ai meccanismi di controllo previsti dal Protocollo¹⁰.

La procedura di esame delle comunicazioni individuali costituisce la parte essenziale della nuova disciplina, cui sono dedicati i primi dieci articoli del Protocollo. Essa prende avvio al momento della ricezione di una comunicazione proveniente da un individuo (o un gruppo di individui) che si ritenga vittima della violazione del Patto o da un suo rappresentante. A questo punto il Comitato è tenuto a trasmettere in via riservata la comunicazione allo Stato interessato, che ha a disposizione un periodo di tempo di sei mesi per formulare le proprie osservazioni e indicare, se del caso, le misure correttive adottate.

⁸ *Report of the fourth session of the Working Group*, UN doc. A/HCR/6/8, 30 agosto 2007, par. 30. Cfr. M. LANGFORD, *Closing the Gap? – An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *NJHR*, 2009, p. 19 ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Sulla rilevanza dell'approccio comparativo delle procedure di controllo si veda il rapporto redatto dal Segretario generale dell'ONU, *Comparative summary of existing communications and inquiry procedures and practices under international human rights instruments and under the United Nations system*, UN doc. E/CN.4/2005/WG.23/2, 22 Novembre 2004.

Osservatorio sulle fonti

L'esame implica innanzitutto una fase di valutazione dell'ammissibilità delle comunicazioni che concerne il rispetto di alcune condizioni di ricevibilità modellate sostanzialmente sulla base di quelle generalmente operanti negli altri sistemi di tutela dei diritti umani¹¹.

Una delle condizioni più rilevanti riguarda il previo esaurimento dei ricorsi interni. Con una formulazione insolita, è stata prevista la derogabilità di questa condizione qualora la trattazione dei ricorsi "exceed a reasonable period", ossia subisca irragionevoli ritardi. L'espressione dovrebbe essere interpretata in senso estensivo, in modo da ricomprendere, in accoglimento della giurisprudenza degli organi di controllo dei diritti umani, tutti i casi in cui i ricorsi interni non offrano più prospettive effettive di tutela¹².

Superato l'esame in punto di ammissibilità, il Comitato dovrebbe esperire un tentativo di regolamento amichevole il cui esito positivo potrebbe estinguere la procedura di esame. In caso contrario, il Comitato proseguirà l'esame delle comunicazioni nel merito e trasmetterà le proprie osservazioni conclusive alle parti. A questo punto, la procedura prevede che lo Stato interessato sottoponga, entro sei mesi, un rapporto scritto recante le informazioni sulle misure correttive adottate per porre fine alla violazione, rispetto al quale il Comitato potrebbe chiedere che sia fornito un supplemento di informazioni. Come è consueto per i sistemi internazionali di controllo sul rispetto dei diritti umani, la procedura persegue il metodo del dialogo persuasivo con l'organo di controllo, al quale spetta guidare gli Stati verso il rispetto degli *standards* minimi internazionali, senza poter imporre l'adozione di misure determinate.

Gli altri due meccanismi di controllo previsti dal Protocollo sono, come si è accennato, di carattere facoltativo: potranno dunque diventare operativi solo per quegli Stati contraenti che rilascino specifiche dichiarazioni di accettazione della competenza del Comitato. Il carattere opzionale di questi meccanismi non favorisce le prospettive di tutela derivanti dal Protocollo.

In particolare, il sistema basato sulle comunicazioni interstatali è subordinato alla condizione che entrambi gli Stati, quello ricorrente e quello convenuto, abbiano formulato la dichiarazione di accettazione della competenza del Comitato. Se questa condizione è soddisfatta, la procedura di controllo si sviluppa secondo una logica "negoziabile", ossia essenzialmente incentrata sul presupposto dell'esistenza di una controversia tra le Parti circa l'adempimento del Patto e sulla possibilità che l'intervento del Comitato faciliti l'adozione di una soluzione concordata.

L'art. 10 del Protocollo, che costituisce il fondamento giuridico di questa procedura,

¹¹ Art. 3 del Protocollo.

¹² La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni è stata modellata nella prassi degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani sia, per un verso, attraverso una definizione ampia della sua portata, che è stata riferita a tutte le tipologie di rimedi giurisdizionali e amministrativi previsti dall'ordinamento nazionale sia, per altro verso, attraverso il riconoscimento progressivo di varie circostanze eccezionali che potrebbero giustificare la deroga (quali, ad esempio, l'ineffettività del rimedio, il timore di soprusi da parte della pubblica autorità, la violazione delle regole del giusto procedimento nei ricorsi di tipo amministrativo etc.). Per un approfondimento sulla portata di questa regola e sulla relativa prassi di applicazione si rinvia a: R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2004.

Osservatorio sulle fonti

evidenza infatti come al Comitato non sia riconosciuto un ruolo decisivo per l'accertamento della violazione ma piuttosto una funzione di mediazione delle posizioni delle Parti. In particolare, al termine della procedura, il Comitato si limita a redigere un rapporto, nel quale dà conto degli argomenti prospettati dalle parti e al più esprime la propria opinione in merito. La formulazione della disposizione riflette l'atteggiamento di cautela dei redattori e ancor più la riluttanza degli Stati contraenti a sottomettersi a tali modalità di controllo "esterno" ed è essenzialmente in linea con la prassi internazionale che è da sempre caratterizzata dal tendenziale insuccesso dei sistemi di comunicazione interstatale. Questi sono stati generalmente previsti dai sistemi regionali di tutela dei diritti umani (Convenzione europea, Convenzione interamericana e Carta africana dei diritti umani), dal Patto sui diritti civili e politici e dalla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, ma non sono stati sfruttati dagli Stati. L'unico sistema che ha sinora funzionato è stato quello previsto dalla Convenzione europea, anche se il numero dei casi proposti risulta esiguo in confronto alla quantità dei ricorsi individuali.

Infine, il Protocollo disciplina, agli articoli 11 e 12, una procedura di inchiesta diretta ad accertare le gravi e sistematiche violazioni dei diritti tutelati dal Patto. Anche in questo caso, l'attivazione della procedura è subordinata alla condizione che gli Stati contraenti coinvolti abbiano accettato la competenza del Comitato. La procedura di inchiesta si snoda intorno a due fasi, la prima incentrata sulla verifica dell'attendibilità delle denunce ricevute dal Comitato e la seconda diretta a istituire al suo interno una commissione incaricata di esaminare, in via confidenziale e con la cooperazione dello Stato interessato, anche mediante ispezioni condotte *in loco* con il consenso dello Stato territoriale, lo stato dei fatti. Una volta esaminati i risultati dell'inchiesta, il Comitato è tenuto a trasmetterli allo Stato interessato insieme alle proprie considerazioni e raccomandazioni e può anche attivare una procedura di "follow up" finalizzata ad ottenere informazioni aggiuntive e a garantire adeguata pubblicità all'esito dell'inchiesta.

3. L'incidenza extraterritoriale del sistema di controllo

Uno dei profili più problematici dell'impostazione adottata dal nuovo Protocollo concerne la scelta di limitare la legittimazione ad agire alle sole vittime che si trovano sotto la giurisdizione dello Stato contraente autore della violazione. Precisamente, l'art. 2 prevede: "Communications may be submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals, under the jurisdiction of a State Party, claiming to be victims of a violation of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Covenant by that State Party".

La clausola limitativa del diritto ad agire tende ad ancorare la responsabilità degli Stati contraenti alle sole violazioni commesse nel proprio territorio, o al più a quelle commesse al di fuori dei confini dello Stato nei casi nei quali si riesca a dimostrare l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale. La sua elaborazione, probabilmente favorita dall'emulazione della disposizione corrispondente del Protocollo al Patto sui diritti civili e politici, pare tuttavia difficilmente giustificabile nel contesto della tutela dei

Osservatorio sulle fonti

diritti economici, sociali e culturali.

Il ricorso alla clausola in questione non risulta, infatti, compatibile con la crescente dimensione extraterritoriale della problematica della tutela internazionale di questi diritti. Questa è infatti sempre più influenzata dal fenomeno della globalizzazione dei rapporti economici e dall'incidenza dei comportamenti di attori non statali (organizzazioni internazionali economiche, imprese multinazionali, fondi sovrani, ONG etc.) sulla preservazione dei livelli di tutela dei diritti della popolazione. In questo contesto, la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali eccede la responsabilità del solo Stato territoriale ed è sempre più condizionata da una pluralità di livelli decisionali riconducibili ai poteri esercitati da Stati terzi o da soggetti privati. Si pensi, ad esempio, all'influenza che potrebbe esercitare lo Stato finanziatore di un progetto industriale in un Paese in via di sviluppo o all'incidenza talora devastante delle contromisure e delle ritorsioni o ancora alle conseguenze che possono derivare da programmi di aggiustamento e di contenimento della spesa pubblica imposti dalle organizzazioni internazionali a carattere economico (per esempio la Banca mondiale o il Fondo monetario internazionale). L'esigenza di preservare i diritti economici, sociali e culturali coinvolti in situazioni di questo tipo rende difficilmente giustificabile la limitazione della legittimazione ad agire delle vittime su base territoriale o giurisdizionale.

Peraltro, la clausola di limitazione non trova una corrispondenza nelle disposizioni contenute nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali. E ciò per due ragioni, riconducibili entrambe alla speciale formulazione dell'art. 2 del Patto. Questa disposizione, nel descrivere la natura degli obblighi gravanti sugli Stati contraenti, prevede che ciascuno Stato si impegni "to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures".

Come si nota dalla formulazione della norma, essa non prevede alcuna limitazione territoriale o giurisdizionale degli obblighi contratti dagli Stati contraenti, a differenza di quanto è stato previsto dalla corrispondente disposizione del Patto sui diritti civili e politici e dalla maggior parte dei trattati sui diritti umani. La tutela del Patto non è dunque subordinata ad alcuna limitazione su base territoriale o giurisdizionale.

Inoltre, la disposizione citata contiene un'altra specificità degna di nota: essa enuncia l'obbligo degli Stati contraenti di realizzare i diritti sanciti dal Patto non soltanto individualmente ma anche prestando assistenza e cooperazione internazionale. Questa precisazione è molto importante perché riconosce la dimensione extraterritoriale della tutela derivante dal Patto ed estende la portata degli obblighi degli Stati contraenti oltre i confini del proprio territorio. Ebbene, questa prospettiva di tutela rischia di essere frustrata a causa della clausola di limitazione giurisdizionale inserita nel Protocollo.

La lacuna, peraltro, non può dirsi adeguatamente compensata dalla possibilità che le violazioni extraterritoriali siano fatte valere nell'ambito della procedura delle comuni-

Osservatorio sulle fonti

cazioni interstatali¹³. Infatti, se è vero che l'art. 10 del Protocollo, nel disciplinare l'esame delle comunicazioni interstatali, non prevede la limitazione giurisdizionale, è certo che le prospettive di tutela offerte da questa procedura sono limitate a causa della condizione della previa accettazione della competenza del Comitato e della generale riluttanza degli Stati ad avvalersi di questo meccanismo procedurale.

La prospettiva più concreta di recupero della dimensione extraterritoriale è dunque quella offerta dalla valorizzazione del potere di interpretazione del Comitato. Nella prassi relativa al controllo periodico, infatti, questo organo ha talora considerato che la nozione di giurisdizione includesse, oltre la dimensione territoriale, anche quella funzionale e personale¹⁴.

Questa considerazione è stata principalmente riferita ad ambiti territoriali soggetti ad occupazione militare o comunque a forme di controllo *de facto* sul territorio straniero¹⁵, secondo una interpretazione analoga a quella seguita dagli altri organi di controllo dei trattati sui diritti umani¹⁶ e della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁷. In sostanza, que-

¹³ Questa possibilità è stata prospettata da C. COURTIS, M. SEPÚLVEDA, *Are Extra-Territorial Obligations Reviewable Under the Optional Protocol to the ICESCR?*, in *NTM*, 2009, p. 54 ss.

¹⁴ Cfr., ad esempio, *Concluding Observations: Israel*, UN doc. E/C.12/Add.90, 23 maggio 2003, par. 15. Per una trattazione generale dei riferimenti contenuti nelle pronunce del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali si rinvia a: F. COOMANS, *The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRLR*, 2001, p. 2 ss.

¹⁵ Cfr. anche la posizione della Corte internazionale di giustizia nel caso sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione del muro nei territori occupati palestinesi* (parere 9 luglio 2004, *ICJ Reports* 2004, p. 178 ss., par. 111). Una eccezione riguarda il Commento generale n. 15 sul diritto all'acqua nel quale il Comitato ha affermato il divieto di adottare comportamenti, quali la deviazione del corso di un fiume, che privano altri Stati della capacità di garantire il diritto all'acqua della popolazione locale (*General Comment n. 15*, UN doc. E/C.12/2002/11).

¹⁶ Nel Commento generale n. 31 sulla natura degli obblighi derivanti dal Patto sui diritti civili e politici il Comitato ha affermato che gli Stati parti "must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party" (*General Comment n. 31*, 26 maggio 2004, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, par. 10). Sulla stessa linea si veda l'interpretazione del Comitato contro la tortura, secondo il quale l'espressione "any territory under its jurisdiction includes all areas where the State party exercises, directly or indirectly, in whole or in part, de jure or de facto effective control, in accordance with international law" (*General Comment n. 2*, 24 gennaio 2008, CAT/C/GC/2, par. 16).

¹⁷ Tra i molti contributi su questo tema è possibile ricordare T. MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, in *AJIL*, 1995, p. 78 ss.; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2002; M. GONDEK, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011. Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte europea tra le molte pronunce in merito si possono ricordare: sent. 18 dicembre 1996, *Loizidou v. Turkey*, Reports, 1996-VI, 2234, par. 52, dec. 12 dicembre 2001, *Bankovic and others v. Belgium and 16 other Contracting States*, Reports, 2001-XII, par. 37; sent. 8 luglio 2004, *Ilasku and others v. Moldova and Russia*, <http://cmisk.echr.coe.int>, par. 2 ss.; sent. 16 novembre 2004, *Issa and others v. Turkey*, <http://cmisk.echr.coe.int>, par. 65 ss.; sent. 7 luglio 2011, *Al-Skeini and others v. United Kingdom*, Reports of Judgements and decisions 2011, par. 130 ss. (cfr. R. LAWSON, *Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in F. COOMANS, M.T. KAMMINGA (a cura

Osservatorio sulle fonti

sto orientamento comune agli organi di controllo fa perno sulla nozione del “controllo effettivo” come grimaldello per il riconoscimento della responsabilità statale per violazioni extraterritoriali. Si tratta pertanto di una proiezione fuori dai confini dello Stato dell’obbligo di rispettare i diritti umani. Tale obbligo infatti “accompagnerebbe” gli organi degli Stati anche quando operano al di fuori del proprio territorio. In casi eccezionali, inoltre, la giurisdizione dello Stato è stata configurata rispetto a situazioni in cui gli organi dello Stato esercitano potestà pubbliche fuori dal territorio, ad esempio, oltre che nel caso dell’esercizio delle missioni diplomatiche, nel caso di gestione di strutture carcerarie in territorio straniero.

Gli organi di controllo non hanno invece ancora adeguatamente teorizzato la dimensione extraterritoriale degli obblighi positivi ricavabili dalle norme sui diritti umani che impongono agli Stati di adottare misure che realizzano le condizioni materiali e giuridiche essenziali all’effettivo godimento dei diritti. Tali misure includono, tra l’altro, l’adeguata regolazione dell’attività dei soggetti extrastatali al fine di prevenire e reprimere le violazioni ad essi imputabili.

Il Comitato ha più volte affermato che le disposizioni contenute nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali determinano anche obblighi di carattere positivo a carico degli Stati contraenti e ha enucleato, a partire dalle singole disposizioni del Patto, uno schema tripartito, che riconosce l’esistenza di tre distinti obblighi: l’obbligo di rispettare (*the obligation to respect*), ossia di astenersi dal compiere violazioni; l’obbligo di proteggere (*the obligation to protect*), ossia di adottare misure che consentano l’esercizio effettivo dei diritti e l’obbligo di realizzare (*the obligation to fulfil*), ossia di promuovere il perseguimento di *standards* più elevati di tutela¹⁸. Questo schema prevede pertanto l’impegno degli Stati di adottare misure positive che garantiscano l’effettivo godimento dei diritti e, in particolare, configura un dovere di *due diligence* che si concretizza nell’adeguata regolazione dell’attività dei privati a fini preventivi e repressivi dei loro eventuali comportamenti lesivi.

Nei suoi Commenti generali, inoltre, il Comitato ha ripetutamente menzionato l’influenza che gli Stati esercitano nell’ambito delle organizzazioni internazionali economiche, in particolare nella partecipazione ai relativi processi decisionali, esprimendosi tuttavia in termini *soft* e con modalità volte a incoraggiare il senso di responsabilità proprio degli Stati¹⁹. Il Comitato ha anche più volte riconosciuto la rilevanza della condotta di attori non statali, come le imprese multinazionali, per la tutela dei diritti sanciti dal

di), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Oxford, 2004, p. 83 ss.; R. NIGRO, *Il caso Al-Skeini dinanzi alla House of Lords e la nozione di “giurisdizione” nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Int.L.*, 2007, p. 283 ss.; M. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *EJIL*, 2012, p. 121 ss.).

¹⁸ Cfr. ad esempio: *General Comment n. 24, The right to the highest attainable standard of health*, UN doc. E/C.12/2000/4.

¹⁹ Cfr., ad esempio, il brano in cui il Comitato ha affermato: “States parties which are members of international financial institutions, notably the International Monetary Fund, the World Bank, and regional development banks, should pay greater attention to the protection of the right to health in influencing the lending policies, credit agreements and international measures of these institutions (*ibidem*, par. 39). L’uso dell’espressione “should” evidenzia la formulazione *soft* dell’osservazione.

Osservatorio sulle fonti

Patto ma non si è mai spinto fino a dichiarare l'esistenza di obblighi di regolazione dell'attività da essi svolta al di fuori dei confini dello Stato.

Vi sono argomenti, tuttavia, per prospettare che, sebbene la posizione del Comitato risulti allineata a quella degli altri organi di controllo dei trattati sui diritti umani nell'ancorare il fondamento della responsabilità al criterio del controllo effettivo del territorio, il Comitato potrebbe in futuro sviluppare il suo orientamento con riguardo alla portata degli obblighi positivi. Infatti, se, dal punto di vista teorico, può avere un senso legare il concetto di giurisdizione a quello del controllo effettivo rispetto all'esercizio di attività riferibili direttamente allo Stato – giacché il “controllo effettivo” descrive l'ambito spaziale sul quale si esercitano i poteri sovrani – questa identificazione non regge rispetto all'esercizio di attività riferibili a soggetti terzi, ma suscettibili di determinare una responsabilità dello Stato per violazione dell'obbligo di *due diligence*, ossia dell'obbligo di adottare tutte le misure adeguate a prevenire o reprimere le violazioni altrui. La nozione del “controllo effettivo” riguarda in effetti situazioni in cui vi è una attribuzione diretta agli organi dello Stato delle violazioni extraterritoriali e tende a confondere la questione della giurisdizione con quella dell'imputazione del fatto illecito commesso al di fuori del territorio dello Stato. Questa nozione sembra invece inadeguata a qualificare il concetto di giurisdizione rispetto agli obblighi positivi degli Stati e, segnatamente, all'obbligo di regolare l'attività altrui che incida anche in ambito extraterritoriale. Vi è dunque l'esigenza che il Comitato qualifichi diversamente la nozione di giurisdizione in questo contesto, o quantomeno di svincoli la nozione del controllo dalla dimensione territoriale/spaziale. E, infatti, non si può sostenere che gli Stati siano svincolati dall'obbligo di esercitare la dovuta diligenza rispetto ad attività di soggetti terzi (organizzazioni internazionali o privati) che possano incidere sulla sfera extraterritoriale, in assenza di un controllo effettivo sul territorio altrui, quando lo Stato può esercitare altre forme di controllo sul comportamento altrui. In questa prospettiva, il Comitato potrebbe richiamare l'obbligo degli Stati contraenti, previsto dal Patto ma non sufficientemente valorizzato dal Protocollo, di prestare assistenza e cooperazione internazionale per la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali a livello globale.

In sintesi, è auspicabile che il Comitato, nell'esercizio delle nuove competenze, elabori una nozione di giurisdizione che risulti adeguata a soddisfare le esigenze di tutela proprie dei diritti economici, sociali e culturali e che accetti di conoscere anche le comunicazioni proposte dalle vittime di violazioni che non risiedano nello Stato o in territori posti sotto il suo controllo effettivo.

4. *L'insolita previsione di uno standard of review*

Merita infine dedicare alcuni cenni alla disposizione contenuta nell'art. 8, par. 4, del Protocollo, che stabilisce lo *standard of review* che sarà adottato dal Comitato nel valutare la compatibilità del comportamento dello Stato con gli *standards* internazionali di tutela. Essa è infatti da considerare come la previsione più innovativa del nuovo strumento internazionale. Secondo questa disposizione: “the Committee shall consider the reasonableness of the steps taken by the State Party”.

Osservatorio sulle fonti

L'indicazione del criterio decisionale costituisce una novità nel panorama dei sistemi di tutela internazionale dei diritti umani e ha suscitato un notevole dibattito nella fase della negoziazione del Protocollo²⁰. Alcuni rappresentanti, infatti, avevano escluso l'esigenza di precisare uno *standard of review* mentre altri avevano proposto l'adozione di uno *standard* più blando e deferente nei confronti del potere degli Stati di elaborare le proprie politiche economiche e sociali²¹. Questo si sarebbe dovuto concretizzare nell'esplicito riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento ("broad margin of appreciation") e dunque nell'adozione di un metodo di controllo basato sulla "non manifesta irragionevolezza" dell'azione dello Stato²².

Alla luce di queste discussioni, l'adozione del requisito della ragionevolezza delle misure statali è da considerare positivamente. Allo stesso tempo esso pone il problema di interpretare il significato della nozione di ragionevolezza, alla luce delle intenzioni dei redattori del Protocollo e della prospettiva di garantire un effettivo controllo dell'adempimento dei diritti economici, sociali e culturali.

Certamente, la scelta effettuata dai redattori deriva dall'esigenza di indicare un parametro sufficientemente flessibile e adeguato a consentire l'adattamento della valutazione del Comitato alle molte variabili del caso concreto, incluse quelle attinenti alle risorse economiche a disposizione dello Stato. L'esigenza della flessibilità è infatti conaturata alla portata degli obblighi assunti dagli Stati contraenti del Patto e, segnatamente, dell'impegno ad adottare con il massimo delle risorse disponibili le misure appropriate a conseguire progressivamente la piena realizzazione dei diritti enunciati. Da tale impegno discendono a carico degli Stati obblighi di mezzi. In particolare, tali obblighi implicano il riconoscimento agli Stati contraenti di poteri discrezionali sia nell'elaborazione dei programmi nazionali di politica economica e sociale, sia nella previsione delle misure appropriate alla realizzazione degli *standards* internazionali.

In questa prospettiva, l'esame del Comitato incontra alcuni limiti rilevanti. L'organo di controllo infatti non ha il potere di riesaminare nel merito le strategie politiche elaborate dagli Stati, sostituendosi agli organi nazionali nel giudizio concernente l'individuazione, tra le varie soluzioni possibili, della misura più appropriata nel caso di specie e dovrà invece limitarsi a valutare l'adeguatezza della particolare misura adottata, anche alla luce delle risorse economiche disponibili, a soddisfare il contenuto minimo dei diritti. Il Comitato pertanto deve restringere l'ambito del controllo alla particolare situazione del caso concreto.

Per questa ragione, alcuni autori hanno sottolineato che il criterio della ragionevolezza intende appunto stabilire una chiara delimitazione tra il ruolo delle autorità statali nel modellare le proprie politiche economiche e nell'effettuare le scelte circa i mezzi da im-

²⁰ B. GIFFEY, *The "Reasonableness" Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRLR*, 2011, p. 275 ss.; B. PORTER, *The Reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims from the Margins*, in *NJHR*, 2009, p. 46.

²¹ Si veda il rapporto della terza sessione di lavoro del Working Group, UN doc. E/CN.4/2006/47, 14 Marzo 2006, par. 96.

²² *Ibidem*.

Osservatorio sulle fonti

piegare per garantire i diritti individuali e quello del Comitato nel verificare che tali scelte risultino conformi agli *standards* minimi di tutela dei diritti. Di conseguenza, il ricorso alla ragionevolezza se, per un verso, salvaguarda il primo livello decisionale da ingiustificate interferenze del Comitato, per altro verso, esclude un approccio deferente nel controllo sul rispetto del contenuto minimo dei diritti.

Esso inoltre impone un'interpretazione contestualizzata delle misure adottate dagli Stati per tutelare i diritti economici, sociali e culturali che tenga conto della capacità finanziaria dello Stato, del suo assetto istituzionale e della presenza di altri interessi giuridici concorrenti meritevoli di tutela.

Alcune ricerche sull'uso del canone della ragionevolezza nella pregressa attività di monitoraggio dei rapporti statali hanno evidenziato che il Comitato ha, in genere, verificato se le misure implementate dagli Stati rispondessero a certi criteri sostanziali e procedurali quali, ad esempio, la garanzia della disponibilità, accessibilità e qualità dei servizi offerti dagli Stati, l'elaborazione di rimedi effettivi per le vittime delle violazioni e la previsione di metodi partecipativi e inclusivi di tutti gli *stakeholders* nei processi decisionali²³.

Il requisito della ragionevolezza è stato anche utilizzato nel giudizio concernente l'accertamento di violazioni individuali nell'ambito di altri sistemi di controllo dei diritti umani. In questo contesto, tuttavia, questo *standard* è stato valorizzato principalmente al fine di giudicare la liceità dell'esercizio dei poteri di deroga consentiti agli Stati per la tutela di interessi, generali o individuali, confliggenti²⁴. Qui il requisito della ragionevolezza è stato spesso integrato nell'ambito di un procedimento di controllo finalizzato a verificare che le misure derogatorie fossero necessarie e proporzionate agli obiettivi perseguiti dallo Stato, ossia effettivamente indispensabili e congegnate nel modo meno pregiudizievole possibile di altri interessi.

Certamente è ancora presto per valutare se e fino a che punto queste precedenti esperienze potranno influire sull'interpretazione dello *standard* della ragionevolezza nel contesto dell'esame delle comunicazioni individuali da parte del Comitato e favorire lo sviluppo nel tempo di un metodo di controllo incisivo, basato anche sul principio della proporzionalità.

5. Considerazioni conclusive

La sintetica panoramica sulle più rilevanti novità introdotte dal Protocollo permette a questo punto di svolgere alcune brevi considerazioni conclusive concernenti il nuovo regime considerato nel suo complesso. Nelle pagine precedenti si è notato come la no-

²³ B. GRIFFEY, *The 'Reasonableness' Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRLR*, 2011, p. 275 ss.; B. PORTER, *Reasonableness in the Optional Protocol to the ICESCR*, Working Paper, Social Rights Advocacy Centre, 2012, <http://socialrightscura.ca/eng/documents>; B. PORTER, *The Reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims From the Margins*, in *NJIL*, 2009, p. 46 ss.

²⁴ *The Use of the "Reasonableness" Test in Assessing Compliance with International Human Rights Obligations*, 1° febbraio 2008, UN doc. A/HRC/8/WG.4/CRP.1.

Osservatorio sulle fonti

vella ha seguito il tracciato segnato dalle precedenti esperienze dei sistemi di controllo dei trattati sui diritti umani, senza sviluppare soluzioni particolarmente innovative e con la prevalente aspirazione di realizzare una volta per tutte, attraverso l'allineamento delle forme e delle modalità di controllo, i principi dell'universalità, indivisibilità e interdipendenza dei diritti umani.

Sebbene questa operazione risulti nel suo insieme senz'altro soddisfacente, la prospettiva del mero allineamento può sembrare riduttiva, se si considera che essa ha in sostanza comportato l'estensione di un meccanismo procedurale elaborato diversi decenni fa al fine di garantire l'attuazione dei diritti civili e politici, ossia di posizioni giuridiche che, per quanto complementari ai diritti economici, sociali e culturali e coesenziali alla tutela della dignità dell'uomo e del pieno sviluppo della sua personalità, presentano tuttavia caratteristiche ed esigenze di attuazione diverse.

In particolare, come è noto, la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali dipende prevalentemente dall'adozione di misure positive da parte degli Stati e dall'impegno a progredire nell'elaborazione di misure di protezione, da applicare non soltanto nella propria sfera territoriale, ma anche nell'ambito delle molteplici forme di cooperazione internazionale che la globalizzazione economica, politica e sociale continua ad alimentare.

Da questo punto di vista, non sembra che l'elaborazione del nuovo Protocollo abbia fornito l'occasione per sfruttare a pieno la possibilità di teorizzare nuove modalità di tutela, da calibrare in base alle specifiche esigenze di protezione di questi diritti nella società internazionale.

E' pur vero che il nuovo Protocollo segna l'importante traguardo di aver istituito il primo meccanismo di comunicazioni individuali nell'ambito della tutela internazionale dei diritti economici, sociali e culturali, approfondendo, da questo punto di vista, le potenzialità di tutela offerte dalla Carta sociale europea del Consiglio d'Europa. Allo stesso tempo, tuttavia, è probabile che le prospettive di successo del nuovo sistema dipenderanno in concreto dall'orientamento che il Comitato svilupperà nello svolgimento delle nuove competenze di controllo, ad esempio modellando alcune nozioni chiave, quali quelle di "giurisdizione" e di "ragionevolezza", intorno alle specifiche necessità di protezione dei diritti economici, sociali e culturali, e interpretando il proprio ruolo in modo propulsivo. Sarà a tal fine importante che il Comitato sviluppi un approccio il più possibile inclusivo di tutti gli attori internazionali rilevanti nei processi di sostegno e di promozione dei diritti economici, sociali e culturali, sviluppando modalità interattive di dialogo e di cooperazione dei diversi portatori di interessi.