

Regolazione Onu e regolazione Ue

Kadi II: i diritti dei sospetti terroristi presi sul serio?

Tribunale dell'Unione europea, 30 settembre 2010, causa T-85/09 - Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea (Kadi II)

I giudici comunitari sono tenuti a garantire un controllo in linea di principio completo della legittimità delle misure europee di congelamento dei capitali, senza far beneficiare tali misure di una qualsivoglia immunità giurisdizionale per il fatto che esse mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Ciò deve valere, quanto meno, fin quando le procedure di riesame attuate dal comitato per le sanzioni non offrano manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale effettiva. Il controllo esercitato dal giudice comunitario sulle misure comunitarie di congelamento di capitali potrà essere qualificato come effettivo solo qualora abbia ad oggetto, indirettamente, le valutazioni di merito effettuate dal comitato per le sanzioni stesso, nonché gli elementi a queste soggiacenti. Il principio di un controllo giurisdizionale completo e rigoroso delle misure di congelamento dei capitali è a maggior ragione giustificato quando tali misure incidono in maniera sensibile e duratura sui diritti fondamentali degli interessati.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	Conforme: Corte di giustizia, 3 settembre 2008, causa C- 402/05 P, Kadi c. Consiglio e Commissione (Kadi I). Si vedano anche Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2006, causa T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consiglio (OMPI); Tribunale di primo grado, 23 ottobre 2008, causa T-256/07, People's Mojahedin Organization of Iran c. Consiglio (Prmoi I); Tribunale di primo grado, 11 giugno 2009, causa T-318/01, Othman c. Consiglio. Diforme: Tribunale di primo grado, 21 settembre 2005, causa T-315/01, Kadi c. Consiglio e Commissione
Dottrina	Sulla sentenza della Corte di giustizia, 3 settembre 2008, causa C- 402/05 P, Kadi c. Consiglio e Commissione (Kadi I), la letteratura è sterminata. Ci si limita qui a segnalare la raccolta di commenti pubblicata in questa Rivista con il titolo Terrorismo internazionale e principi di diritto. Una sentenza della Corte di giustizia che fa storia, 2008, 10, 1088 ss. Per un primo commento alla sentenza in esame, D. Simon, Kadi II: le Tribunal construit une théorie de l'intensité du contrôle de la légalité des mesures antiterroristes en prenant certaines distances avec l'arrêt Kadi I de la Cour de justice, in Europe, 2010, n. 10, 12-14.

Omissis.

Il commento di Mario Savino

Il nuovo capitolo della saga Kadi è importante per tre motivi. Primo, conferma l'impostazione della Corte di giustizia in merito all'estensione del controllo giurisdizionale sull'attuazione delle misure anti-terrorismo del Consiglio di sicurezza. Secondo, rende esplicita la formula Solange, anche attraverso il riferimento alla logica propria dei procedimenti amministrativi compositi. Terzo, pone il problema dell'intensità della judicial review: d'ora in avanti, il sindacato dei giudici comunitari sulle misure di congelamento imposte dalle Nazioni Unite si configurerà come "hard" o "soft look"? In particolare, quale ruolo giocherà lo scrutinio di proporzionalità?

Una decisione tardiva

Si può sottrarre a una persona mai riconosciuta colpevole per reati di terrorismo (e neppure mai rinviata a giudizio) (1) la disponibilità dei propri capitali a tempo indeterminato in nome della cooperazione internazionale nella lotta al terrorismo? E che cosa deve fare un giudice quando quella persona, dopo quasi un decennio, rivendica il diritto di sapere quali sono le prove a suo carico e, in assenza di accuse precise, chiede di riacquistare la disponibilità dei propri averi?

Molte democrazie liberali sono state chiamate, nel passato più o meno recente, a dare risposta a simili interrogativi, che perciò non sono del tutto nuovi. Tuttavia, nel caso di Yassin Abdullah Kadi, cittadino saudita, la questione delle garanzie da riconoscere a un sospetto terrorista si è terribilmente complicata. A quanto pare, l'ordine di sequestro dei suoi beni era partito "dall'alto": troppo dall'alto perché lo si potesse mettere in discussione. Il primo giudice intervenuto nella vicenda - il Tribunale di primo grado dell'Unione europea - si era limitato, nel 2005, a prenderne atto: *ubi maior...* (2) Cinque anni dopo, però, quello stesso tribunale, allineandosi al diverso orientamento manifestato medio tempore dal giudice superiore (la Corte di giustizia) (3), si ravvede e, con una decisione del 30 settembre 2010, pone termine al sequestro dei beni del signor Kadi (4). La vicenda ha un finale tutto sommato lieto: nessuno restituirà al signor Kadi il decennio di stenti e di emarginazione sociale appena trascorso, ma alla fine la giustizia trionfa. Qual è, allora, la morale della storia? Potrà un caso analogo ripetersi ancora? Per rispondere, bisogna soffermarsi sulle ragioni che hanno indotto i giudici di Lussemburgo a render giustizia. Le questioni affrontate nella sentenza Kadi II riguardano tre aspetti: il livello appropriato del sindacato giurisdizionale quando sia in gioco la cooperazione internazionale in materia di terrorismo; il rispetto del due process of law nei procedimenti compositi o misti (cioè quelli che - come nel caso di specie - prevedono un'alternanza di fasi globali ed europee); la proporzionalità della lesione inflitta al diritto di proprietà dalle misure di congelamento. Tali questioni sono di seguito esaminate partitamente, dopo un breve riepilogo delle principali tappe della storia.

La storia del signor Kadi: una vicenda kafkiana

Ripercorrere i fatti all'origine della controversia è un modo per riportare in primo piano il problema

di giustizia sostanziale, spesso oscurato dal dibattito teorico sui rapporti tra ordinamenti e sulla contrapposizione tra "monismo" del Tribunale e "dualismo" della Corte (5).

Note:

(1) È appunto il caso del signor Kadi. Come si legge al paragrafo 158 della sentenza del Tribunale, 30 settembre 2010, causa T-85/09, Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea (Kadi II), «L'indagine penale promossa a suo carico in Svizzera sarebbe stata abbandonata nel dicembre 2007 all'esito di un'indagine approfondita durata più di sei anni. Indagini simili in Turchia e in Albania sarebbero state chiuse dopo che le risultanze investigative avrebbero dimostrato che non vi era alcuna ragione di avviare procedimenti penali a suo carico».

(2) La sentenza del Tribunale di primo grado, 21 settembre 2005, causa T-315/01, Kadi c. Consiglio e Commissione, è stata commentata in questa Rivista da E. Chiti, La prevalenza del diritto delle Nazioni Unite su quello europeo, e da G. della Cananea, Una indebita limitazione del due process of law da parte delle Nazioni Unite e dell'Unione europea, 2006, 2, rispettivamente 150 ss. e 155 ss.

(3) Sulla nota sentenza della Corte di giustizia, 3 settembre 2008, causa C-402/05 P, Kadi c. Consiglio e Commissione (Kadi I), la letteratura è sterminata. Oltre ai lavori menzionati nelle pagine seguenti, ci si limita qui a segnalare la raccolta di commenti pubblicata in questa Rivista con il titolo Terrorismo internazionale e principi di diritto. Una sentenza della Corte di giustizia che fa storia, 2008, 10, 1088 ss., con contributi di A. Sandulli, Caso Kadi: tre percorsi a confronto, S. Cassese, Ordine comunitario e ordine globale, E. Chiti, I diritti di difesa e di proprietà nell'ordinamento europeo, M. Savino, Libertà e sicurezza nella lotta al terrorismo: quale bilanciamento?, G. Vesperi, Il principio del contraddittorio e le fasi comunitarie di procedimenti globali, e G. della Cananea, Un nuovo nomos per l'ordine globale.

(4) Per un primo commento alla sentenza in esame, D. Simon, Kadi II: le Tribunal construit une théorie de l'intensité du contrôle de la légalité des mesures antiterroristes en prenant certaines distances avec l'arrêt Kadi I de la Cour de justice, in Europe, 2010, n. 10, 12-14. Si vedano anche T. Stahlberg, Case T-85/09, Kadi II, ECJBlog, 26 ottobre 2010 (<http://courtofjustice.blogspot.com/2010/10/case-t-8509-kadi-ii.html>), e A. Tzanakopoulos, Kadi II: The 1267 Sanctions Regime (Back) Before the General Court of the EU, in EJIL Analysis, 16 novembre 2010 (<http://www.ejiltalk.org/kadi-ii-the-1267-sanctions-regime-back-before-the-general-court-of-the-eu/>). Pochi mesi prima, il Tribunale aveva attuato l'orientamento della Corte di giustizia in un caso del tutto analogo a quello del signor Kadi: Tribunale di primo grado, 11 giugno 2009, causa T-318/01, Othman c. Consiglio.

(5) Tra le opinioni più influenti, si segnalano quelle di G. De Burca, The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi, in Harvard International Law Journal, 2010, vol. 51, 1, 1 ss., e di D. Halberstam e E. Stein, The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order, in Common Market Law Review, vol. 46, 2009, 13 ss. (in entrambi gli scritti menzionati, l'approccio dualista della Corte di giustizia in Kadi viene paragonato a quello della Corte Suprema degli Stati Uniti nella decisione Medellín del 25 marzo 2008 (552 U.S. 491 (2008)), ove si nega efficacia nell'ordinamento statunitense a una decisione della Corte internazionale di giustizia). Si vedano anche, ex multis, J.P. Jacqué, Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux, in Revue trimesièrielle de droit européen, 2009, vol. 45, 1, 161 ss., G. della Cananea, Global security and procedural due process of law between the United Nations and the European Union, in Columbia Journal of European Law, 2009, vol. 15, 3, 511 ss., I. Canor, (segue)

Il 29 ottobre 1999, il quotidiano USA Today pubblica un articolo nel quale si afferma che la Fondazione Muwafaq fornisce una «copertura» al principale terrorista internazionale in circolazione: Osama bin Laden. L'intelligence americana si allerta. Raccoglie informazioni sul conto del signor Kadi (all'epoca amministratore della Fondazione Muwafaq) e di un suo fratello (che pare non sia mai esistito). Quindi, sollecita il governo statunitense ad attivarsi in seno al Consiglio di sicurezza per ottenere il congelamento dei beni del signor Kadi in tutto il mondo.

L'operazione ha successo. Il 17 ottobre 2001 il comitato per le sanzioni del Consiglio di sicurezza dell'Onu inserisce il nominativo del signor Kadi nell'elenco dei sospetti terroristi associati ad Osama bin Laden. La richiesta americana, pur non essendo supportata - giova ricordarlo - da alcun atto giudiziario, produce effetti immediati. In Europa, la decisione "dall'alto" viene attuata in tre giorni. Ne servono due, alla Commissione, per inserire il nominativo nella black list europea (formalità adempiuta con l'approvazione del regolamento 19 ottobre 2001, n. 2062). Ne serve un altro, agli apparati esecutivi nazionali, per attuare il sequestro: dal 20 ottobre 2001, i capitali del signor Kadi vengono "congelati" in tutta l'Unione.

Dopo qualche tempo il giornalista Jack Kelley, autore dell'articolo del 1999 sulla Fondazione Muwafaq, viene licenziato e sul sito di USA Today compare un articolo rettificativo, nel quale si conferma che il sig. Kelley aveva «fabbricato taluni scoop» e che l'articolo su cui si erano basate le autorità americane conteneva vari errori. Questa circostanza, però, non basta a rimettere in discussione la decisione assunta dall'organo delle Nazioni Unite. Il signor Kadi, infatti, così "in alto" non può arrivare. L'organo che aveva deciso il sequestro cautelativo dei suoi capitali - il comitato per le sanzioni del Consiglio di sicurezza - è una sorta di club esclusivo: un consesso diplomatico impermeabile alle istanze dei singoli, anche di quanti vedano compromessi i loro diritti fondamentali (in particolare, il diritto di proprietà) dalle sue decisioni. All'epoca, infatti, solo uno stato membro poteva chiedere il riesame della decisione (6).

Il signor Kadi si rivolge allora al giudice europeo per ottenere l'annullamento dell'atto comunitario di esecuzione dell'ordine internazionale. Il Tribunale si pronuncia il 21 settembre 2005, negando di poter render giustizia. Gli argomenti sono due. Primo: in virtù del primato del diritto delle Nazioni Unite sul diritto interno, le autorità comunitarie

sono tenute ad attuare le decisioni del Consiglio di sicurezza, senza esercitare alcun margine di discrezionalità. Detto altrimenti, la decisione impugnata esegue un ordine "dall'alto", e gli ordini "dall'alto", com'è noto, non si discutono. Secondo argomento: il giudice domestico può solo verificare se la misura globale sia stata adottata in base al *ius cogens*, inteso come insieme dei principi inderogabili del diritto internazionale. Il giudice europeo può, cioè, solo indagare se l'ordine "dall'alto" risponda ai crismi previsti da quel codice d'onore universale. In concreto, questo timido controllo "dal basso" non sortisce risultati apprezzabili: tra i principi del *ius cogens* non compaiono i diritti del giusto procedimento invocati dal ricorrente. La misura di congelamento dei beni del signor Kadi supera così il vaglio del primo giudice europeo.

Il signor Kadi, tuttavia, non demorde e si appella al giudice supremo dell'ordinamento europeo: la Corte di giustizia. Con sentenza del 3 settembre 2008, l'alto consesso decide di prendere finalmente sul serio le rimostranze del signor Kadi. Gli argomenti impiegati sono speculari. Primo: fermo restando l'obbligo di rispettare il diritto internazionale, e in particolare gli impegni assunti nell'ambito delle Nazioni Unite, tale primato non comporta che le misure domestiche di attuazione abbiano carattere vincolato (7). L'eventuale illegittimità della misura europea non porterebbe, perciò, alla caducazione dell'atto internazionale presupposto. In breve, è vero che gli ordini "dall'alto" non si discutono, ma se quegli ordini si limitano a determinare i fini, ciò non basta a trasferire l'immunità all'atto con il quale si scelgono i mezzi. Secondo argomento: se «la Carta delle Nazioni Unite non impone la scelta di un modello prestabilito per attuare le risoluzioni», allora «tale attuazione deve intervenire nel rispetto

Note:
(segue nota 5)

The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and *Balancing of Values*, in *European Journal of International Law*, 2009, vol. 20, 3, 870 ss. Un elenco ampio (ma incompleto) dei commenti alla sentenza Kadi della Corte è consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=478012:cs&lang=en&list=478012:cs,463008:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=>.

(6) Fino all'adozione della risoluzione 1730 (2006) del Consiglio di sicurezza, che istituisce un apposito "focal point", era preclusa ai privati la possibilità di presentare richieste dirette di riesame. Sul nuovo Office of the Ombudsperson, creato in sostituzione del focal point, si veda *infra*, spec. nota 21.

(7) Al contrario, la Corte sostiene che, essendo tenute a rispettare solo "i termini" e "gli obiettivi" stabiliti dalle risoluzioni Onu, le autorità europee conservino un margine di discrezionalità (Corte di giustizia, Kadi I, par. 296).

delle modalità applicabili a tal fine nell'ordinamento giuridico interno» (8). Il parametro di giudizio non è più lo *ius cogens* internazionale, ma i principi costituzionali del Trattato Ce, comprensivi dei diritti fondamentali (9). La Corte ammette così che il vincolo poizore per le autorità comunitarie non è quello derivante dall'Onu, ma dai diritti fondamentali che sono alla base dell'ordinamento europeo. Come dire che l'ordine "dall'alto", ove imponga la commissione di una palese ingiustizia, deve essere disatteso.

La tesi del Tribunale di primo grado, secondo la quale la giustizia recede al cospetto della cooperazione internazionale, viene quindi rovesciata. Tuttavia, il sequestro cautelativo sui beni del signor Kadi permane. La Corte di giustizia, infatti, riconosce che «l'annullamento del regolamento controverso con effetto immediato potrebbe arrecare un pregiudizio grave ed irreversibile all'efficacia delle misure restrittive» (10). Perciò, assegna alle autorità comunitarie un termine di tre mesi per adottare una nuova decisione che rispetti i diritti fondamentali del ricorrente.

La Commissione adempie. Il 28 novembre 2008, allo scadere del termine assegnatole, conferma, con regolamento n. 1190/2008, il congelamento dei beni del signor Kadi. Quest'ultimo pazientemente impugna il nuovo atto europeo, sostenendo che anch'esso violi i suoi diritti fondamentali: le garanzie che la Corte aveva imposto alle istituzioni comunitarie di adottare sarebbero state nuovamente disattese. Due anni più tardi, con la sentenza del 30 settembre 2010 che qui si commenta, il Tribunale accoglie il ricorso. Così, il signor Kadi riacquista la disponibilità delle sue fonti di sostentamento, nove anni dopo e senza alcun risarcimento dei danni morali e patrimoniali subiti.

Cooperazione internazionale e controllo dei giudici: la fine del doppio standard

L'individuazione del livello appropriato di controllo giurisdizionale dipende dal bilanciamento tra due esigenze in tensione reciproca: da un lato, garantire alla persona designata il diritto a un controllo giurisdizionale effettivo; dall'altro, contrastare efficacemente il terrorismo internazionale mediante l'adozione di misure di carattere preventivo che richiedono la cooperazione di tutti gli stati. Per contemporaneamente queste due esigenze, la Commissione propone di distinguere due livelli di controllo giurisdizionale, secondo che «la misura in questione sia o meno riconducibile all'esercizio di un potere proprio,

che comporta una valutazione discrezionale della Comunità» (11).

Nel caso in cui la Comunità eserciti un potere proprio, discrezionale appunto - come prevede la risoluzione del Consiglio di sicurezza 1373 (2001), che autorizza i paesi membri ad adottare autonome misure di prevenzione - sarebbe ammissibile un controllo giurisdizionale "pieno", che «si estenderebbe alla valutazione dei fatti e delle circostanze adottati per giustificare la misura di congelamento dei capitali di cui trattasi, nonché alla verifica degli elementi di prova e di informazione su cui è fondata tale valutazione» (12).

Nel caso, invece, in cui la Comunità sia chiamata ad applicare una decisione delle Nazioni Unite - come accade in base al diverso regime dettato dalla risoluzione 1267 (1999), rilevante nel caso Kadi (13) - un controllo giurisdizionale pieno non sarebbe appropriato e dovrebbe cedere il passo a un sindacato minimo (*marginal review*). La Commissione asserisce, infatti, di poter essa stessa esercitare sulla decisione del comitato per le sanzioni solo un «controllo dell'errore assolutamente manifesto di fatto o di valutazione, quale un errore in merito all'identità della persona designata», potendo, in tal caso, solo «prendere contatto con il comitato per le sanzioni affinché vi si ponga rimedio» (par. 96). Tale ridottissimo margine di controllo «dovrebbe essere rispettato non solo dagli organi politici della Comunità, ma anche dai suoi giudici» (par. 99). Anche perché un controllo giurisdizionale pieno sulla misura comunitaria di attuazione si risolverebbe in un sindacato sull'atto internazionale a monte e, in aggiunta, comprometterebbe l'efficacia della cooperazione internazionale (14).

Note:

(8) Corte di giustizia, Kadi I, par. 298.

(9) Corte di giustizia, Kadi I, par. 308.

(10) Corte di giustizia, Kadi I, par. 373.

(11) Tribunale, Kadi II, par. 86.

(12) Tribunale, Kadi II, par. 87, ove si richiama lo standard identificato nella sentenza del Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2006, causa T228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consiglio (Ompi)*, par. 154.

(13) Il Tribunale contrappone il regime derivante dalla Risoluzione 1267, che impone vincoli stringenti, al regime dettato dalla Risoluzione 1373, che rimette l'adozione di misure restrittive alla scelta degli stati (Tribunale, Kadi II, par. 32-33). Il primo regime è alla base della controversia Kadi, il secondo rileva, invece, nel caso Ompi (a proposito del quale, si leggano i par. 100-102).

(14) Ad avviso delle istituzioni comunitarie, «se ciascuno dei 192 Stati membri delle Nazioni Unite dovesse pronunciarsi, individualmente, sulle prove disponibili prima che sia adottata una misura esecutiva, il sistema centralizzato di sanzioni delle Nazioni Unite (segue)

Su questo punto - il più delicato dell'intera questione - l'argomentazione dei giudici comunitari è insoddisfacente. L'esordio è in aperta polemica con la Corte. Il Tribunale prima ammette che un livello di controllo giurisdizionale «approfondito e rigoroso» può effettivamente interferire con le prerogative del Consiglio di sicurezza (par. 114). Poi, si produce in una insolita rassegna delle critiche rivolte «negli ambienti giuridici» alla sentenza Kadi della Corte (15), avalla una lettura in chiave rigidamente dualista di quella sentenza, (16) e giunge a riconoscere la «serietà» di quelle critiche. Toltosi con poca eleganza il sassolino dalla scarpa, il Tribunale dichiara, quindi, riluttante di dover seguire l'indirizzo definito dalla Corte, in ossequio al principio gerarchico che regge la struttura giurisdizionale europea (par. 121). Nessuno tentativo, dunque, di spiegare l'abbandono dell'orientamento espresso nella sentenza Kadi del 2005, se non un banale richiamo all'auctoritas della Corte di giustizia: «vuolsi così colà dove si puote...».

Circumnavigato il passaggio più impervio, il Tribunale passa a esaminare la questione del livello di controllo giurisdizionale appropriato. Qui, il distacco dalla posizione della Commissione e del Consiglio (17) si consuma in modo repentino. Il Tribunale ricorda che, la Corte di giustizia ha già stabilito, nella sentenza Kadi del 2008, la necessità di svolgere un sindacato pieno (18). Nessun margine, perciò, residua né per l'applicazione del doppio standard invocato dalla Commissione, né per «qualsivoglia immunità giurisdizionale» (par. 126). Rispetto alla tesi della Corte di giustizia, però, qualcosa di nuovo affiora. Il Tribunale ammette che la regola del controllo giurisdizionale pieno «deve valere, quanto meno, fin quando le procedure di riesame attuate dal comitato per le sanzioni non offrano manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale effettiva» (par. 127) (19). Fa così la sua comparsa, nella giurisprudenza europea sul caso Kadi, il c.d. approccio Solange, da più parti invocato come necessario ammorbidimento dello "strong pluralism" professato dalla Corte di giustizia (20). La Corte, in effetti, non aveva chiarito se lo standard comunitario di tutela dei diritti fondamentali fosse influenzato oppure no dall'esistenza di garanzie procedurali e giurisdizionali presenti a livello Onu. Il Tribunale ora esplicita l'esistenza di un nesso, ammettendo che il giudice europeo possa fare un passo indietro qualora un altro giudice garantisca i diritti fondamentali a livello internazionale. La rivendicazione di autonomia dell'ordinamento comunitario, compiuta dalla Corte, si stempera così nel ricono-

scimento esplicito di un'apertura all'ordinamento delle Nazioni Unite (21).

Note:
(segue nota 14)

ni Unite nell'ambito della lotta al terrorismo internazionale «crollerebbe immediatamente» (Tribunale, Kadi II, par. 97). Per questo, il margine discrezionale di cui dispone il comitato per le sanzioni «dovrebbe essere rispettato non solo dagli organi politici della Comunità, ma anche dai suoi giudici» (par. 99), i quali dovrebbero limitarsi a verificare «per un verso, se il ricorrente si sia effettivamente visto riconoscere il diritto al contraddittorio e, per altro verso, se la valutazione operata dalla Commissione in merito alle osservazioni del ricorrente risulti irragionevole o viziata da un errore manifesto» (par. 101).

(15) Ad esempio, quella secondo cui controllare la legittimità di un atto comunitario adottato in attuazione di una risoluzione Onu, ove questa - come nel caso di specie - non lasci alcun margine di discrezionalità, «equivale necessariamente a controllare, alla luce delle norme e dei principi dell'ordinamento giuridico comunitario, la legittimità della risoluzione così attuata» (par. 116).

(16) Tribunale, Kadi II, par. 119: «la Corte sembra quindi avere interpretato il quadro costituzionale del Trattato Ce come quello di un ordinamento giuridico puramente autonomo, non subordinato alle norme superiori del diritto internazionale, nella fattispecie il diritto derivante dalla Carta delle Nazioni Unite». La posizione sostenuta dalla Corte nella sua pronuncia Kadi era, in verità, più articolata: da un lato, essa riconosce il primato del diritto delle Nazioni Unite, che produce obblighi vincolanti per gli Stati membri dell'Unione (ai sensi dell'art. 300, c. 7, Tr. Ce) e può giustificare deroghe alle norme comunitarie (art. 307, Tr. Ce); dall'altro, però, «tale prevalenza sul piano del diritto comunitario non si estenderebbe al diritto primario e, in particolare, ai principi generali nel cui novero vi sono i diritti fondamentali» (Corte di giustizia, Kadi I, par. 308).

(17) Posizione con la quale in un primo momento i giudici comunitari sembrano "flirtare", laddove affermano che essa «equivarrebbe, di fatto, ad accogliere l'orientamento seguito dal Tribunale nella sua sentenza Kadi» (Tribunale, Kadi II, par. 123).

(18) La Corte aveva, più esattamente, asserito che «i giudici comunitari devono, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato Ce, garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ivi inclusi gli atti comunitari che (...) mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite» (Corte di giustizia, Kadi I, par. 326).

(19) Il richiamo al punto 322 della sentenza Kadi della Corte serve a segnalare una continuità con la posizione della Corte che in realtà è solo parziale. In quel passaggio, l'apertura della Corte verso l'ordinamento Onu era stata molto meno esplicita («una tale immunità, che rappresenterebbe una deroga rilevante al regime di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali previsto dal Trattato Ce, non appare giustificata, poiché detta procedura di riesame non offre manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale»). Molto più esplicito, invece, era stato il riferimento operato dall'avvocato generale Maduro nelle sue conclusioni, al paragrafo 54.

(20) Sulla contrapposizione tra pluralist e constitutionalist approaches, e sulle possibili declinazioni in rapporto al caso Kadi I della Corte, G. De Burca, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, cit., spec. 31 ss.

(21) Nel paragrafo successivo, si tornerà sul tema per illustrare una diversa prospettiva e tentare di spiegare il silenzio della Corte di giustizia sul punto.

L'apertura, d'altro canto, è ottativa e, nel caso specifico, porta a poco. La recente istituzione di un Office of the ombudsperson, dotato di importanti compiti nell'ambito della procedura di delisting (22), non modifica - ad avviso del Tribunale - il carattere diplomatico di tale procedura e non garantisce un ricorso giurisdizionale effettivo (23). La conclusione è, dunque, perentoria: in queste circostanze, «il controllo esercitato dal giudice comunitario sulle misure comunitarie di congelamento di capitali potrà essere qualificato come effettivo solo qualora abbia ad oggetto, indirettamente, le valutazioni di merito effettuate dal comitato per le sanzioni stesso, nonché gli elementi a queste soggiacenti» (24).

Il Tribunale dimostra, così, di prendere sul serio, almeno nelle sue implicazioni, l'orientamento dalla Corte. Nel farlo, però, non rinuncia a rivendicare una parte del merito, laddove osserva che «una gran parte dei motivi sviluppati dalla Corte nella sua sentenza Kadi (...) sono ripresi dai motivi sviluppati dal Tribunale (...) nella causa che ha dato origine alla sentenza Ompi» (25). In Ompi, lo standard di tutela identificato dal Tribunale riguardava misure di congelamento sollecitate "dal basso", cioè dagli Stati membri dell'Unione, invece che "dall'alto" (dalle Nazioni Unite). Ma se la Corte di giustizia ritiene che la diversa origine della richiesta non faccia differenza, allora - conclude il Tribunale - il doppio standard che emergeva dalla sua giurisprudenza pregressa (Kadi I da un lato, Ompi dall'altro) non ha più ragion d'essere.

Così, sia pure in modo maldestro, il Tribunale ricuce lo "strappo" con la Corte. Il parametro della judicial review non è più influenzato - neppure secondo il giudice di primo grado - dalla circostanza che la misura europea costituisca attuazione di una decisione delle Nazioni Unite, almeno quando siano in gioco i diritti fondamentali. Le ragioni della cooperazione internazionale nella lotta al terrorismo non sono più sufficienti a giustificare un arretramento del controllo giurisdizionale.

Procedimenti "a due livelli" e diritti di difesa (presi sul serio)

A seguito della sentenza Kadi della Corte di giustizia, la Commissione aveva prontamente inviato al signor Kadi la sintesi dei motivi posti a fondamento della decisioni del comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite. Aveva, inoltre, invitato il signor Kadi a far pervenire sue osservazioni e memorie difensive, esaminate le quali la Commissione stessa

aveva deciso di confermare, con regolamento n. 1190/2008, la misura di congelamento. I diritti di difesa del signor Kadi sono stati in tal modo rispettati?

La risposta del Tribunale è negativa: «i diritti della difesa del ricorrente sono stati "rispettati" solo in maniera puramente formale e apparente, dal momento che, in realtà, la Commissione si è considerata rigorosamente vincolata alle valutazioni del comitato per le sanzioni e pertanto non ha mai considerato l'ipotesi di metterle in discussione alla luce delle osservazioni del ricorrente» (par. 171).

Note:

(22) I compiti dell'Office of the Ombudsperson sono specificati nell'Allegato II della risoluzione 1904 (2009) del Consiglio di sicurezza. In particolare, questo "ufficio del mediatore" riceve le richieste individuali di de-listing (o radiazione), assiste il comitato per le sanzioni nella raccolta di informazioni, dialoga con le parti interessate (in particolar modo, con il governo designante e con la persona designata) e presenta un rapporto dettagliato al comitato per le sanzioni che ne tiene conto nell'adottare la decisione. In base al par. 20 della risoluzione 1904, «the Ombudsperson shall perform these tasks in an independent and impartial manner and shall neither seek nor receive instructions from any government». Il nuovo ufficio sostituisce il "focal point" creato con la risoluzione 1730 (2006), che aveva il solo compito di ricevere le istanze di riesame. Fino al 2006, tali istanze potevano essere presentate solo dagli Stati, che dovevano, però, tener conto delle richieste in tal senso formulate dai soggetti designati. Il Tribunale di primo grado aveva riconosciuto l'impugnabilità dell'eventuale diniego opposto dallo Stato alla richiesta formulata dalla persona designata (Tribunale, Kadi I, par. 270; v. anche Tribunale, 12 luglio 2006, causa T-49/04, Hassan, par. 120).

(23) In una recente sentenza, richiamata dal Tribunale, anche la Corte suprema del Regno Unito prende atto della novità rappresentata dall'Ombusman in termini analoghi: «While these improvements are to be welcomed, the fact remains that there was not when the designations were made, and still is not, any effective judicial remedy» (UK Supreme Court, 27 gennaio 2010, *Her Majesty's Treasury (Respondent) v Ahmed and Others* [2010] UKSC 2, par. 78).

(24) Tribunale, Kadi II, par. 129. Sulla scorta di una recente pronuncia della Corte di giustizia (29 giugno 2010, causa C-550/09, E e F, par. 57), il Tribunale chiarisce che il controllo giurisdizionale, è completo e adeguato se verte «non solo sulla fondatezza apparente dell'atto impugnato, ma anche sugli elementi probatori e di informazione su cui si basano le valutazioni svolte nell'atto stesso» (135), giacché la verifica dei fatti nonché degli elementi probatori e di informazione «risulta indispensabile per consentire di assicurare un giusto equilibrio fra le esigenze della lotta al terrorismo internazionale e la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali» (137).

(25) Tribunale, Kadi II, par. 138, ove il Tribunale puntigliosamente precisa: «i punti 336, 340, 342, 343, 344, 345, 346, 348, 349, 351 e 352 della sentenza Kadi della Corte riprendono, quantomeno, la sostanza dei corrispondenti punti 129, 128, 133, 156, 158, 160, 161, 162, 165, 166 e 173 della sentenza Ompi. Se ne deve dedurre che, riprendendo la parte essenziale della motivazione sviluppata dal Tribunale nella sentenza Ompi, in relazione alle presunte violazioni dei diritti della difesa e del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo, la Corte abbia approvato ed abbia inteso far propri il livello e l'intensità del controllo giurisdizionale effettuato dal Tribunale nella causa che ha dato origine alla sentenza Ompi».

Ad avviso del Tribunale, il principio del due process è stato vanificato sotto vari profili. Innanzi tutto, al signor Kadi non è stata data la possibilità di contestare utilmente gli addebiti a suo carico. La Commissione gli ha negato l'accesso agli elementi di prova, senza ponderare gli interessi del ricorrente con le esigenze di riservatezza delle informazioni in questione. Si è limitata, poi, a trasmettere all'interessato la sintesi dei motivi ricevuta dal comitato per le sanzioni: una sintesi contenente allegazioni vaghe, «manifestamente insufficienti a consentire al ricorrente di smentire efficacemente le accuse mossegli» (par. 174). Il contraddittorio nella fase istruttoria è stato, dunque, nella sostanza eluso (26).

Inoltre, la motivazione della nuova misura è carente: la Commissione non si è preoccupata di smentire gli elementi difensivi fatti valere dall'interessato. Questa carenza conferma che il ricorrente non ha avuto la possibilità di far valere utilmente il proprio punto di vista e che, quindi, i suoi diritti di difesa sono stati violati.

Infine, per le stesse ragioni, il signor Kadi non ha potuto neppure difendere in modo adeguato i propri diritti davanti al giudice europeo. A dispetto del chiaro obbligo in tal senso sancito dalla Corte, la Commissione, sostenuta dal Consiglio e dai governi intervenienti, ha negato l'accesso agli elementi di prova anche al giudice. La violazione del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo è una conseguenza di quel diniego.

Il Tribunale chiarisce, così, che i diritti di difesa non sono intangibili, ma vanno presi sul serio. Il loro pressoché completo sacrificio in base a un generico riferimento ad esigenze della cooperazione internazionale o al carattere riservato delle informazioni raccolte non è consentito. Le istituzioni comunitarie devono operare una puntuale operazione di bilanciamento tra i contrapposti interessi rilevanti nel caso concreto, in modo da minimizzare il vulnus inferto a quei diritti fondamentali.

Il Consiglio solleva, però, un'obiezione interessante. Fa notare ai giudici comunitari che «le garanzie procedurali supplementari poste in essere nella fattispecie dalla Commissione, a seguito della sentenza Kadi della Corte, corrispondono a quelle attuate dal Consiglio stesso a seguito della sentenza Ompi», e che queste ultime «sono state approvate dal Tribunale» (27). Per giustificare l'apparente contraddizione, il Tribunale - in uno degli snodi più importanti della pronuncia - sposta l'attenzione sul carattere composito dei procedimenti amministrativi che portano all'adozione dei provvedimenti di con-

gelamento dei capitali. L'argomentazione si dipana in tre passaggi.

a) Il diritto europeo prevede due distinti regimi di congelamento dei capitali. Entrambi delineano un procedimento amministrativo «a due livelli»: nazionale e comunitario, se la richiesta di congelamento viene «dal basso», cioè da uno stato membro dell'Unione; internazionale e comunitario, se l'input proviene «dall'alto», ossia dal comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite. I due procedimenti compositi (uno ascendente, l'altro discendente) presentano «profonde differenze procedurali» (28).

b) Nel procedimento nazionale-comunitario - all'origine del caso Ompi (e Pmoi I) (29) - i diritti della difesa sono anzitutto garantiti nella fase nazionale del procedimento, essendovi norme sulla partecipazione dell'interessato e un giudice pronto a garantire un controllo adeguato sul potere esercitato dall'amministrazione che designa i sospetti terroristi. Il Tribunale spiega che «sono proprio tali garanzie dei diritti della difesa esistenti a livello nazionale, soggette ad un controllo giurisdizionale effettivo, che dispensano le istituzioni comunitarie da qualsiasi obbligo di prevedere nuovamente garanzie vertenti sullo stesso oggetto a livello comunitario» (30). Per questo, nei procedimenti ascendenti, è ammissibile un affievolimento delle garanzie di difesa.

c) Al contrario, nel procedimento internazionale-comunitario - rilevante nel caso Kadi - la parte della procedura che si svolge davanti al comitato per le sanzioni è caratterizzata «da un'assenza di garanzie dei diritti della difesa su cui si eserciti un controllo giurisdizionale effettivo». E per questo che,

Note:

(26) La Corte di giustizia richiama, a riguardo, la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 19 febbraio 2009, A. e altri c. Regno Unito (n. 3455/05). In questa importante decisione, riguardante l'executive detention di presunti terroristi, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, sebbene la verifica della legittimità della carcerazione sia stata affidata a un organo giudiziario indipendente e ad avvocati specializzati (autorizzati a verificare gli elementi confidenziali senza tuttavia comunicarli ai ricorrenti), le garanzie procedurali (di cui all'articolo 5 capoverso 4 Cedu) sono state violate in quanto ai ricorrenti sono state comunicate solo informazioni generiche e l'organo di controllo ha disposto o prorogato la carcerazione sulla base di atti segreti (par. 217-223).

(27) Tribunale, Kadi II, par. 185.

(28) Tribunale, Kadi II, par. 185. I due regimi europei individuati dal Tribunale corrispondono ai regimi internazionali sopra richiamati, riconducibili alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza 1267 (1999) e 1373 (2001).

(29) Tribunale di primo grado, 23 ottobre 2008, causa T-256/07, People's Mojahedin Organization of Iran c. Consiglio (Pmoi I).

(30) Tribunale, Kadi II, par. 186 (ove il Tribunale rinviava alla sua pronuncia Ompi, par. 119 e 121-125).

«contrariamente a quanto stabilito nella causa Ompi, (...) le istituzioni comunitarie sono tenute a vigilare affinché siffatte garanzie siano instaurate ed attuate a livello comunitario» (31).

Questa parte dell'argomentazione consente di formulare tre osservazioni.

Innanzitutto, dopo aver accettato la tesi della Corte secondo cui il livello di controllo giurisdizionale deve essere il medesimo in entrambe le ipotesi di congelamento di capitali (ascendente, modello Ompi, e discendente, modello Kadi), il Tribunale si trova costretto a riconoscere che quella equivalenza vale in astratto, ma non in concreto. Data la presenza di un controllo giurisdizionale effettivo a livello nazionale, ma non a livello delle Nazioni Unite, il sindacato dei giudici comunitari dovrà essere, in concreto, più stringente nella seconda ipotesi (Kadi) che nella prima (Ompi). Paradossalmente, proprio laddove sono in gioco le esigenze della cooperazione internazionale, il Tribunale sembra spingersi ai limiti dell'"hard look" (32).

Seconda osservazione. La giustificazione di questa "asimmetria in concreto" è fondata sul richiamo alla teoria dei procedimenti composti. Dalla giurisprudenza comunitaria in materia sembra potersi ricavare il duplice criterio della complementarietà tra le fasi procedurali e della alternatività tra le garanzie: poiché il procedimento "a due livelli" è funzionalmente unitario (in quanto le attività istruttorie e decisorie, sebbene distribuite su due fasi o livelli, sono preordinate all'esercizio di un medesimo potere, e sono dunque complementari (33)), ne deriva che i diritti di difesa possono essere garantiti alternativamente in una o nell'altra delle due fasi: tendenzialmente, non è necessaria una loro duplicazione in ogni fase (34). Pertanto, se le garanzie di due processi dovessero rafforzarsi nella fase internazionale del procedimento composito (cioè a livello delle Nazioni Unite), l'intensità del controllo giurisdizionale sull'applicazione di quelle garanzie nella fase comunitaria potrebbe attenuarsi in misura corrispondente.

Si può, infine, osservare come l'alternatività dei rimedi presupponga una loro equivalenza: se le garanzie non sono comparabili, ciascun livello conserva le proprie. Ma questa nient'altro è che la formula Solange. La condizione di equivalenza, che la dottrina Solange serve solo a rendere esplicita con la clausola "so long as...", è già inscritta nella logica dei procedimenti amministrativi composti. In Kadi I, la Corte di giustizia non lo aveva chiarito, e i nostalgici della dottrina Solange non si sono accorti che la dimenticanza non era grave.

Diritto di proprietà e principio di proporzionalità (da prendere sul serio)

Il diritto di proprietà, al pari di altri diritti fondamentali, può essere sottoposto a restrizioni, a condizione che esse rispondano a obiettivi di interesse generale e siano proporzionali. Muovendo da questo assunto, nel sindacare la proporzionalità della misura di congelamento dei capitali del signor Kadi, la Corte di giustizia aveva sostenuto: a) che, in questa materia, «si deve riconoscere al legislatore

Note:

(31) Tribunale, Kadi II, par. 187. V. altresì, in tal senso, le conclusioni dell'avvocato generale Poiras Maduro nell'ambito della sentenza Kadi della Corte, par. 54.

(32) Si realizza, così, un completo rovesciamento rispetto all'impostazione inizialmente seguita dal Tribunale: nella decisione Kadi I del 2005, come si ricorderà, il Tribunale aveva dato prova di ossequiosa deferenza nei confronti dell'ordine "dall'alto", circoscrivendo il proprio sindacato al *ius cogens*; ora, in Kadi II, lo standard di tutela diventa non solo in linea di principio completo, ma anche, in concreto, penetrante.

(33) Un'applicazione specifica di questo criterio può essere rintracciata nella recente decisione del Tribunale di primo grado, 9 settembre 2010, causa T-348/07, *Stichting Al-Aqsa c. Consiglio*. L'inserimento dell'organizzazione Al-Aqsa nella black list europea è avvenuta, in origine, sulla base di un ordine di congelamento dei capitali adottato dal ministro degli affari esteri olandese. La cancellazione di quell'ordine, a seguito dell'adozione della misura europea, ha fatto venir meno - ad avviso del Tribunale - il presupposto procedurale necessario per la permanenza della misura europea, configurata quindi come atto di secondo grado che deve necessariamente poggiare su un provvedimento nazionale vigente. Al par. 178, infatti, si legge che «il Consiglio avrebbe dovuto trarre la logica conseguenza derivante dall'abrogazione della misura nazionale di congelamento dei capitali, constatando che non sussisteva più alcun "sostrato" di diritto nazionale atto a giustificare adeguatamente il mantenimento della misura comunitaria equivalente».

(34) Si tratta, per l'appunto, di una regola solo "tendenziale". Decisivo, in gran parte della giurisprudenza comunitaria sui procedimenti composti, è il momento di esercizio del potere discrezionale. Se la scelta discrezionale è compiuta in una sola delle due fasi, è in quella fase che, in linea di principio, dovrebbero concentrarsi le garanzie di partecipazione ed è a quel livello che dovrebbero essere impugnate le decisioni. Nel leading case in materia (Corte di giustizia, 3 dicembre 1992, causa 97/91, *Oleificio Borelli spa c. Commissione*) la Corte ha stabilito che, in una procedura composita nella quale la Commissione decide in base ad un parere vincolante dell'autorità nazionale, l'atto da impugnare non è il provvedimento finale adottato dalla Commissione, ma l'atto "endoprocedimentale" emanato dall'amministrazione nazionale al termine della fase istruttoria. Tuttavia, se questo criterio fosse applicato in modo rigido al caso Kadi, la persona designata si troverebbe sotto scacco: l'atto da impugnare sarebbe la decisione del comitato per le sanzioni, che però non è impugnabile, data l'assenza di un giudice. Per uscire da questo cul de sac, da un lato, la Corte di giustizia ha affermato che la misura europea di attuazione non è un atto vincolato (se non nei fini) dall'atto globale presupposto (Corte di giustizia, Kadi I, par. 296 e 298-300), e, dall'altro, nel passaggio in esame, il Tribunale chiarisce che le garanzie di difesa, se non previste nella fase antecedente (globale), possono - anzi, devono - essere "recuperate" nella fase successiva (europea) (Tribunale, Kadi II, par. 185-187).

un ampio margine discrezionale sia nello scegliere le modalità d'attuazione, sia nel decidere se le loro conseguenze siano legittimate, nell'interesse generale, dalla volontà di perseguire l'obiettivo della legislazione di cui trattasi», ragion per cui il sequestro di capitali di sospetti terroristi, sebbene a tempo indeterminato, «non può, di per se stesso, essere considerato inadeguato o sproporzionato» (35); b) che, ciò nondimeno, nel caso specifico, il provvedimento restrittivo impugnato aveva imposto al diritto di proprietà una restrizione «ingiustificata», essendo stato adottato senza rispettare le garanzie del giusto procedimento (36).

Il Tribunale di primo grado si limita a riproporre quasi testualmente il secondo argomento: l'applicazione al ricorrente delle misure restrittive impugnate, essendo avvenuta senza fornire alcuna garanzia reale di contraddittorio, costituisce una restrizione ingiustificata del suo diritto di proprietà e viola, pertanto, il principio di proporzionalità, anche in considerazione della portata generale e della persistenza delle misure di congelamento a suo carico (37). Così, come nel ragionamento della Corte di giustizia, la violazione del principio di proporzionalità c'è, ma è indiretta, derivata: una ricaduta della violazione già accertata delle garanzie di due process.

Tuttavia, qualche spunto argomentativo ulteriore, sia pure monco, affiora. Il Tribunale parte dalla constatazione che le misure di congelamento dei capitali sono particolarmente oppressive. Non solo la restrizione del diritto di proprietà è considerevole, data la portata generale di quelle misure (che interessano tutti i beni della persona designata), ma il destinatario diviene di fatto «prigioniero» delle autorità statali: l'impossibilità di accedere ai capitali si traduce in una grave limitazione della libertà di movimento (38).

La lesività della misura è, poi, accentuata dalla dimensione temporale, che, nel caso in esame, assume proporzioni abnormi. Il Tribunale si chiede se, «essendo trascorsi quasi dieci anni dal congelamento iniziale dei capitali del ricorrente», i giudici comunitari possano continuare a sostenere - come avevano fatto in Kadi I - che «il congelamento dei capitali è una misura cautelare che, a differenza di una confisca, non lede la sostanza stessa del diritto di proprietà degli interessati sulle loro disponibilità finanziarie, ma soltanto l'utilizzo di queste ultime» (par. 150).

Per questa via, il Tribunale giunge a dubitare della natura preventiva (quindi amministrativa), invece che penale, delle misure di congelamento. È vero

che, stando alla risoluzione 1822 (2008) del Consiglio di sicurezza, le misure in questione «hanno carattere preventivo e sono indipendenti dalle norme penali di diritto interno». Tuttavia, questo non basta a dissolvere i dubbi dei giudici comunitari: «sulla scala di una vita umana, dieci anni rappresentano (...) una durata considerevole e la qualificazione delle misure in questione come aventi natura preventiva o repressiva, conservativa o di confisca, civile o penale, sembra ormai aperta» (39).

Il Tribunale, però, non va oltre. Si limita a utilizzare questo argomento per rafforzare la tesi (già dimostrata) dell'opportunità di un controllo giurisdizionale pieno (40). Non ne trae, invece, come pure parrebbe logico, alcuna conseguenza sul piano della proporzionalità della restrizione imposta al diritto fondamentale di proprietà da una misura di durata temporale illimitata (41).

Resta da chiedersi, allora, se la questione della natura giuridica delle misure di congelamento dei capitali di sospetti terroristi sia davvero «aperta»: si tratta di misure di carattere preventivo, cioè amministrativo, o di misure di tipo repressivo, quindi penale? La posta in gioco riguarda il sistema di garanzie: l'irrogazione di una pena richiede l'istruzione di un processo e il coinvolgimento di un giudice, in mancanza del quale il provvedimento restrittivo non può essere adottato.

La tesi timidamente adombrata dal Tribunale sembra far dipendere la natura amministrativa o penale dal profilo quantitativo della durata o afflittività

Note:

(35) Corte di giustizia, Kadi I, par. 360 (corsivo aggiunto) e 363.

(36) Corte di giustizia, Kadi I, par. 369-370.

(37) Tribunale, Kadi II, par. 192-194.

(38) Tribunale, Kadi II, par. 149. Qui il Tribunale riprende un argomento utilizzato dall'UK Supreme Court, sentenza Ahmed e a., par. 60 e 192.

(39) Il Tribunale cita, sul punto, il parere dell'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo, secondo il quale «Poiché le decisioni individuali d'iscrizione nell'elenco sono attualmente illimitate nel tempo, esse possono far sì che un temporaneo congelamento dei capitali divenga permanente, il che a sua volta può equivalere ad una sanzione penale, considerata la severità della sanzione» (Relazione all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 2 settembre 2009, Report on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, doc. A/HRC/12/22, par. 42).

(40) Tribunale, Kadi II, par. 151.

(41) Il vizio di proporzionalità, come detto, è accertato solo per via indiretta, in rapporto alla violazione delle garanzie di due process. Per la tesi secondo cui il potere di congelamento dei capitali, ove non sia previsto un termine, sia esso stesso non proporzionale, si veda, tra i primi, J. Reich, *Due Process and Sanctions Targeted Against Individuals Pursuant to U.N. Resolution 1267*, in *Yale Journal of International Law*, 2008, vol. 33, 511.

della misura, che appunto lederebbe la sostanza stessa del diritto di proprietà" (par. 150). Formulato in questi termini, il problema sembra mal posto, per due ragioni. La prima è che le misure di congelamento servono a prevenire il rischio che la persona designata possa finanziare attività o organizzazioni terroristiche. Il congelamento è una misura adottata non per sanzionare una condotta passata, ma per impedire un'azione futura. Quindi, ha carattere necessariamente preventivo, non repressivo. La seconda ragione è che, essendo una misura preventiva, essa implica un giudizio prognostico di tipo discrezionale, fondato su valutazioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale che tipicamente spettano all'esecutivo, non al giudice. Quest'ultimo deve poter intervenire ex post, per assicurare all'individuo adeguate garanzie procedurali (due process) e sostanziali (legittimità e fondatezza della scelta) ed evitare, così, che l'esercizio di quel potere discrezionale sfoci in arbitrio. Il giudice non potrà, invece, sostituire la propria valutazione di opportunità a quella compiuta dall'esecutivo. E', quindi, il duplice carattere preventivo e intrinsecamente discrezionale della misura che connota il congelamento come atto di natura amministrativa (42).

Nessun problema allora? Una semplice svista del Tribunale? Come nel caso di altre misure amministrative che restringono libertà fondamentali (si pensi alla executive detention di sospetti terroristi, tanto in voga dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, o al trattenimento di immigrati nei centri di espulsione, sempre attuale), il problema esiste, e si pone per l'appunto in termini di proporzionalità: trattandosi di libertà fondamentali, le restrizioni imposte dall'amministrazione devono essere proporzionali, anche nella loro efficacia temporale. Siamo sicuri, allora, che il legislatore (sia esso nazionale, europeo o internazionale) debba godere di quell'ampia potestà discrezionale a esso riconosciuta - in Kadi I - dalla Corte di giustizia? È vero che spetta alle autorità legislative contemperare la tutela dei diritti individuali con la salvaguardia degli interessi fondamentali della collettività. E che, perciò, spetta in linea di principio ad esse stabilire quanto a lungo sia tollerabile la compressione di quei diritti (43). Ma se le norme non stabiliscono alcun limite temporale, come accade nel caso delle misure di congelamento, non deve forse il giudice richiamare il legislatore al rispetto del principio di proporzionalità e, se necessario, intervenire, sanzionando gli eccessi? In definitiva, al di là della errata impostazione del problema (la natura amministrativa delle misure di congelamento non è in discussione), il richiamo

del Tribunale di primo grado può essere inteso come un timido ma opportuno richiamo al legislatore. La reticenza del Tribunale, tuttavia, non consente di intravedere una disponibilità dei giudici comunitari alla supplenza. Eppure, nell'attesa di una modifica normativa sul punto, il principio di proporzionalità continua a essere uno dei principi generali dell'ordinamento comunitario: proprio quelli che la Corte di giustizia, in Kadi I, ha definito non negoziabili.

Conclusioni

Il nuovo capitolo della saga Kadi è importante per tre ragioni: perché - rispetto alla più nota sentenza Kadi della Corte di giustizia - fornisce una conferma, chiarisce un dubbio e ne apre un altro.

La conferma deriva dal fatto che il Tribunale, sia pure ob torto collo, accetta di adeguarsi all'orientamento della Corte di giustizia. La turbolenta riconciliazione così consumatasi sul Plateau de Kirchberg segna la fine del doppio standard di tutela dei diritti dei sospetti terroristi: il controllo giurisdizionale diventa pieno a prescindere dalla circostanza che l'ordine venga "dall'alto" (Nazioni Unite) o "dal basso" (Stati membri dell'Unione). Quella riconciliazione segna anche un definitivo arretramento del primato del diritto internazionale sul diritto europeo, almeno quando siano in gioco i diritti fondamentali. Ormai per (tutti) i giudici europei, le ragioni della cooperazione internazionale non giustificano alcuna forma di immunità giurisdizionale. L'ordine "dall'alto" è un ordine come gli altri: business as usual.

Il dubbio chiarito riguarda la querelle "Solange-non-Solange". Molti commentatori avevano letto la sentenza Kadi del 2008 come una netta chiusura della Corte di giustizia verso il diritto internazionale. Ol-

Note:

(42) Il potere di irrogare la sanzione è un potere assegnato all'esecutivo anche per ragioni di efficacia della misura: l'intervento ex ante da parte del giudice non è ipotizzabile dato che l'effetto-sorpresa da cui dipende l'efficacia della misura di congelamento non potrebbe essere adeguatamente preservato attraverso (a seguito di) un processo penale.

(43) Il limite evidentemente varia in rapporto al tipo di diritto e di lesione: 48 ore per la convalida dell'arresto (art. 13 cost.), poche settimane per la detenzione di sospetti terroristi (secondo la legislazione ora vigente negli Stati Uniti o nel Regno Unito), diciotto mesi per il trattenimento degli immigrati (come stabilito da una recente direttiva dell'Unione europea), e così via. Nel caso del sequestro temporaneo di beni, l'apparente minore lesività della fattispecie ha indotto il legislatore (globale, europeo, nazionale) a non prevedere limiti temporali in nome della cooperazione internazionale. Ma l'apparenza, com'è noto, inganna. E in certi casi è fonte di palesi ingiustizie.

tre a rivendicare l'autonomia dell'ordinamento comunitario e la supremazia dei suoi principi costituzionali sulle fonti di diritto internazionale (persino sulla Carta delle Nazioni Unite!), la Corte di giustizia non aveva neppure teso la mano al Consiglio di sicurezza: aveva, infatti, "dimenticato" di inserire nella sentenza la formula Solange, topos ormai classico nella letteratura europea sul dialogo tra i giudici. Era, dunque, mancato un segnale di disponibilità a rivedere la propria posizione qualora le Nazioni Unite avessero provveduto a rafforzare le garanzie procedurali. Ma la precisazione era davvero necessaria? Con il senno di poi, si direbbe di no. Il Consiglio di sicurezza ha già più volte modificato il regime di congelamento dei beni in senso garantistico: la misura non è ancora sufficiente, ma la direzione è chiara. Inoltre, nella nuova sentenza Kadi, il Tribunale si dichiara disposto a fare un passo indietro ove un giudice cominciasse a garantire i diritti fondamentali a livello internazionale. In aggiunta, il Tribunale ricostruisce il procedimento di adozione delle misure di congelamento come un procedimento composito, chiarendo che le garanzie fornite in una fase, se adeguate, non devono essere duplicate nell'altra. L'approccio Solange sembra, dunque, inscritto nella logica stessa dei procedimenti amministrativi "a due livelli".

Infine, dopo aver rassicurato e chiarito, la sentenza Kadi II apre un dubbio: si può accettare una restrizione del diritto di proprietà che abbia non solo portata generale (sui beni del designato) e fortemente afflittiva (nei confronti del destinatario e dei suoi familiari), ma anche una durata in astratto illimitata e in concreto (come nel caso Kadi) abnorme? Nell'impostare la questione, il Tribunale compie un faux pas, laddove ipotizza che la misura di congelamento, protrahendosi nel tempo la sua efficacia, finisca per assumere connotazioni penali. Come si è cercato di dimostrare, il carattere preventivo, e dunque amministrativo, della misura non sembra in discussione. Tuttavia, il richiamo del Tribunale genera una serie di interrogativi che i giudici comunitari dovranno presto o tardi affrontare. Quando - a partire, cioè, da quale momento - una restrizione del diritto di proprietà (come quella in esame) deve considerarsi non proporzionale? E se le norme non stabiliscono un termine massimo di durata del congelamento, non spetta al giudice intervenire, almeno nei casi - come quello del signor Kadi - in cui la durata del sequestro sia divenuta palesemente abnorme, e dunque di dubbia compatibilità con il principio di proporzionalità? In fondo, sono in gioco un principio generale (proporzionalità) e un di-

ritto fondamentale (proprietà), cioè tasselli importanti di quel nucleo costituzionale europeo che - stando alle affermazioni della Corte in Kadi - neppure il primato del diritto internazionale può intaccare. E davvero così oppure, a dispetto delle dichiarazioni di principio, i giudici comunitari sono in realtà disposti ad ammettere un "softer look", cioè a rinunciare a una interpretazione rigorosa del principio di proporzionalità in nome della lotta internazionale al terrorismo?