

Regolazione Onu e regolazione Ue

Kadi II, ultimo atto: un modello globale per la prevenzione amministrativa?

Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P - Pres. V. Skouris - Rel. K. Lenaerts - *Commissione europea, Consiglio dell'Unione europea e Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*

L'effettività del controllo giurisdizionale garantito dall'articolo 47 della Carta postula che, nello svolgere il controllo della legittimità dei motivi su cui si basa la decisione di sequestro dei beni di presunti terroristi, il giudice dell'Unione si assicuri che tale decisione, la quale riveste una portata individuale per detta persona, si fondi su una base di fatto sufficientemente solida. Ciò comporta una verifica dei fatti addotti nell'esposizione dei motivi sottesa a tale decisione, cosicché il controllo giurisdizionale non si limiti alla valutazione dell'astratta verosimiglianza dei motivi dedotti, ma consista invece nell'accertare se questi motivi, o per lo meno uno di essi considerato di per sé sufficiente a suffragare la medesima decisione, siano fondati. Considerazioni imperative riguardanti la sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri o la conduzione delle loro relazioni internazionali possono ostare alla comunicazione all'interessato di determinate informazioni o di alcuni elementi probatori. Tuttavia, in casi simili, spetta al giudice dell'Unione, cui non possono essere opposti il segreto o la riservatezza di tali informazioni o elementi, attuare, nell'ambito del controllo giurisdizionale che esercita, tecniche che consentano di conciliare le legittime preoccupazioni di sicurezza relative alla natura e alle fonti di informazione prese in considerazione nell'adottare la decisione di cui trattasi con la necessità di garantire adeguatamente all'interessato il rispetto dei suoi diritti processuali, quali il diritto ad essere sentito e il principio del contraddittorio.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Tribunale dell'Unione europea, 30 settembre 2010, causa T-85/09 - <i>Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea (Kadi II)</i> , e Corte di giustizia, 3 settembre 2008, causa C-402/05 P, <i>Kadi c. Consiglio e Commissione (Kadi I)</i> . Si veda anche Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2006, causa T-228/02, <i>Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consiglio (OMPI)</i> .
Difforme	Tribunale di primo grado, 21 settembre 2005, causa T-315/01, <i>Kadi c. Consiglio e Commissione</i>

Omissis.

Il commento di Mario Savino

La sentenza *Kadi II* della Corte di giustizia segna un punto di svolta nella definizione del grado di «giurisdizionalità» delle misure amministrative che - come il “congelamento” dei beni delle persone sospettate di sostenere la rete terroristica di Al-Qaeda - hanno una finalità preventiva. Per la prima volta, un giudice sovranazionale stabilisce in termini inequivocabili che l'intensità del sindacato giurisdizionale non è affievolita né dalla natura preventiva della misura anti-terrorismo, né dalle esigenze di effettività della cooperazione internazionale. La rilevanza delle libertà individuali in gioco esige un sindacato rigoroso non solo sul piano procedimentale, ma anche su quello sostanziale. Si delinea, così, un modello di prevenzione amministrativa, virtualmente globale, nel quale le misure restrittive devono fondarsi su fatti verificabili in giudizio, non su indizi presuntivi rispetto ai quali la giustiziabilità è impossibile.

Oltre le pene del sospetto

In una pronuncia del 1980, la Corte costituzionale italiana - ponendo fine a un dibattito ultradecennale - stabiliva che la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, in larga parte ereditate dall'epoca fascista, è subordinata «all'osservanza del principio di legalità e alla esistenza della garanzia giurisdizionale». Come nel processo penale, così «anche nel processo di prevenzione la prognosi di pericolosità (...) non può che poggiare su presupposti di fatto "previsti dalla legge" e, perciò, passibili di accertamento giudiziale» (1). Si respingeva, così, il modello preventivo tradizionale, costruito sulla premessa che in tanto l'amministrazione è in grado di garantire l'ordine pubblico e la sicurezza, in quanto le sia riconosciuta un'ampia discrezionalità nella individuazione delle persone pericolose.

Il modello tradizionale non è, però, tramontato. La lotta al terrorismo internazionale, guidata dalle Nazioni Unite, ha determinato una riscoperta delle virtù rassicuranti della prevenzione amministrativa a livello ultra-statale, dove i contrappesi al potere degli esecutivi sono più deboli. L'esaltazione di quelle virtù, rispetto alle ragioni di tutela delle libertà individuali, ha finito per legittimare l'idea di una più "alta" - e perciò insindacabile - discrezionalità inter-amministrativa o transgovernativa.

Così, nel 2013, è toccato alla Corte di giustizia ripristinare - con la sentenza in esame - le condizioni per una tutela effettiva dei diritti fondamentali *vis-à-vis* l'azione di prevenzione amministrativa promossa dal diritto internazionale. Tra quelle condizioni, un peso determinante ha, ancora una volta, il controllo giurisdizionale sui presupposti di fatto del provvedimento. Il giudice - anche quello dell'Unione - deve poter accertare che la decisione amministrativa si fonda «su una base di fatto sufficientemente solida» e verificare i «fatti addotti nell'esposizione dei motivi sottesa a tale decisione» (2).

Quella della Corte di giustizia nel caso *Kadi II* è una sentenza importante, perché abbatte i due pilastri che sorreggevano il sistema internazionalistico di prevenzione del terrorismo edificato dopo l'11 settembre 2001, ricostruendolo su nuove basi.

Il primo pilastro era l'idea per cui la lotta al terrorismo internazionale giustifica una riduzione del livello di tutela delle libertà individuali. Secondo la Corte di giustizia, invece, il bilanciamento non può riguardare le garanzie e l'effettività della tutela, ma soltanto i modi di esercizio del contraddittorio. Solo su questo piano rilevano i vincoli di riservatezza

connessi alle relazioni internazionali e all'attività di *intelligence*.

Il secondo pilastro era l'idea che la salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale o internazionale identifica un "buco grigio" del diritto amministrativo, nel quale nessun giudice può (anzi, deve) insinuarsi perché le valutazioni di merito, atinenti all'entità di una minaccia, sono appannaggio esclusivo dell'esecutivo (3). Per i giudici europei non è così: ineludibili ragioni di tutela dei diritti fondamentali impongono la verificabilità *in concreto* del giudizio di pericolosità da cui dipende l'adozione di misure così fortemente afflittive.

Come la Corte costituzionale nel 1980, così oggi la Corte di giustizia tenta di espungere dal sistema le «pene del sospetto»: le misure amministrative di prevenzione, surrogato della sanzione criminale, non potranno più essere disancorate dai "fatti".

Di seguito, ripercorre brevemente le tappe della saga *Kadi*, si esaminano i due problemi che la sentenza affronta: quello dell'immunità giurisdizionale che - secondo i ricorrenti, ma non secondo la Corte di giustizia - andrebbe riconosciuta alle misure europee di attuazione delle decisioni Onu; e quello dell'intensità del controllo giurisdizionale su tali misure. In chiusura, si sosterrà che dalla pronuncia emerge un modello di prevenzione amministrativa equilibrato, destinato a influenzare la giurisprudenza di altre corti nazionali e internazionali.

L'antefatto: le tappe della saga *Kadi*

Le vicende che sono all'origine del caso *Kadi* sono sin troppo note per essere qui analiticamente ripercorse (4). Basterà ricordare quanto segue.

Il 17 ottobre 2001, il Comitato per le sanzioni - organo ausiliario del Consiglio di sicurezza delle Na-

Note:

(1) Corte cost., sentenza 22 dicembre 1980, n. 177. Seguendo la stessa linea argomentativa, la scienza giuridica rilevava come la struttura probabilistica del giudizio di pericolosità si ponesse, di per sé, in conflitto con il principio di legalità (inteso come determinatezza della fattispecie) e con l'esigenza di effettività del diritto di difesa: per tutti, G. Corso, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione. Aspetti teorici e prospettive di riforma*, in G. Fiandaca e S. Costantino (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 125 ss.

(2) Corte di giustizia dell'Unione europea cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea, Consiglio dell'Unione europea e Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*, 18 luglio 2013, punto 119.

(3) A. Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 2009, vol. 122, 1096 ss.

(4) Per una ricostruzione più ampia, sia consentito rinviare a M. Savino, *Kadi II: i diritti dei sospetti terroristi presi sul serio?*, in *questa Rivista*, 2011, 258 ss.

zioni Unite - inserisce il nominativo del signor Kadi nella *black list* internazionale delle persone sospettate di avere rapporti con la rete Al-Qaeda. L'Unione europea inserisce, a sua volta, il nominativo nella sua *black list* (5), e le amministrazioni degli Stati membri danno immediata applicazione alla misura di sequestro dei beni. Dal 20 ottobre 2001, i capitali europei del signor Kadi sono "congelati".

Con la sentenza *Kadi I* del 21 settembre 2005 - primo atto della saga giurisprudenziale - il Tribunale dell'Unione respinge il ricorso del signor Kadi. Ad avviso dei giudici comunitari di primo grado, la misura europea impugnata costituisce mera attuazione di una decisione del Comitato per le sanzioni. Perciò, in virtù del primato del diritto internazionale e, in particolare, della Carta delle Nazioni Unite, il solo parametro di legittimità utilizzabile è lo *ius cogens* internazionale, che non include tra i suoi principi il rispetto del *due process* amministrativo. La violazione lamentata, dunque, non sussiste e la misura del sequestro deve ritenersi legittima (6).

Il secondo atto è la sentenza *Kadi I* del 3 settembre 2008, con cui la Corte di giustizia rovescia l'orientamento del Tribunale. Il rovesciamento sta già nella premessa: il provvedimento europeo che attua la decisione di *listing* dell'Onu non ha carattere vincolato, bensì discrezionale, almeno per ciò che attiene alla scelta dei modi di esecuzione. L'attuazione, quindi, «deve intervenire nel rispetto delle modalità applicabili a tal fine nell'ordinamento giuridico interno» (7). Il parametro di giudizio non è più lo *ius cogens* internazionale, ma l'insieme dei principi costituzionali dell'Unione, comprensivi dei diritti fondamentali, tra i quali rientra il *due process* violato. Di qui, l'annullamento del regolamento impugnato, i cui effetti, però, sono rinviati di tre mesi, per consentire all'Unione di rimediare alla violazione.

Nei tre mesi concessi, la Commissione procede al riesame della decisione di *listing* in contraddittorio con l'interessato. L'elemento di novità è la comunicazione al signor Kadi della sintesi dei motivi trasmessa dal Comitato per le sanzioni (per il tramite della Francia). In risposta, il signor Kadi formula le sue osservazioni difensive e sollecita la produzione delle prove. La Commissione, però, comunica di non ritenere necessaria la produzione delle prove richieste e conferma - con il regolamento n. 1190 del 28 novembre 2008 - l'iscrizione del signor Kadi. Il 30 settembre 2010, il Tribunale si pronuncia sul nuovo ricorso, che ha ad oggetto il regolamento n. 1190/2008 e dà avvio alla causa *Kadi II*. Allineandosi all'orientamento della Corte di giustizia, il Tri-

bunale afferma che l'atto impugnato non può godere di alcuna immunità giurisdizionale e deve essere sottoposto a un controllo di legittimità «in linea di principio completo». Ciò implica, secondo il Tribunale, un sindacato pieno, procedimentale e sostanziale insieme, almeno «fin quando le procedure di riesame attuate dal comitato per le sanzioni non offrano manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale effettiva» (8). Il regolamento n. 1190/2008 è stato, quindi, annullato, in quanto «al ricorrente non è stata data la possibilità di contestare utilmente nessuna delle allegazioni formulate a suo carico, sulla base della sola sintesi dei motivi che gli è stata comunicata» (9).

Di conseguenza, il 5 ottobre 2012, il Comitato per le sanzioni decide di cancellare il signor Kadi dall'elenco. Sei giorni dopo, il *de-listing* avviene anche a livello europeo (10). Il signor Kadi riacquista, così, la disponibilità delle sue fonti di sostentamento dopo ben undici anni, durante i quali i sospetti relativi ai suoi rapporti con Al-Qaeda non sono mai stati provati in giudizio (11).

Note:

(5) Con l'approvazione del regolamento n. 2062/2001 della Commissione del 19 ottobre 2001, che ha modificato l'elenco contenuto nel regolamento n. 467/2001 del Consiglio, del 6 marzo 2001. Il nominativo del signor Kadi è stato altresì inserito nell'elenco figurante all'allegato I del regolamento (CE) n. 881/2002 del Consiglio, del 27 maggio 2002.

(6) Tribunale dell'Unione europea, 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione (Kadi I)*.

(7) Corte di giustizia dell'Unione europea, 3 settembre 2008, causa C-402/05 P, *Kadi c. Consiglio e Commissione (Kadi II)*, punto 298.

(8) Tribunale dell'Unione europea, 30 settembre 2010, causa T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea (Kadi II)*, punti 126-127. Il Tribunale ha ritenuto, così, insufficienti le nuove garanzie introdotte, nella procedura internazionale di *listing* e di riesame, in risposta alle pronunce delle giurisdizioni domestiche e, in particolare, comunitarie. Tali modifiche hanno portato, tra l'altro, a istituire presso il Consiglio di Sicurezza un «punto focale» incaricato di ricevere le domande individuali di riesame (risoluzione n. 1730 del 2006); a prevedere la elaborazione e la pubblicazione di una sintesi dei motivi dell'iscrizione (risoluzione n. 1822 del 2008); a creare un «Ufficio del mediatore» incaricato di redigere una relazione imparziale a beneficio del Comitato per le sanzioni in merito alla richieste di *de-listing* (risoluzione 1904 del 2009).

(9) Tribunale Ue, *Kadi II*, punto 177.

(10) Regolamento di esecuzione (Ue) n. 933/2012 della Commissione, dell'11 ottobre 2012, di modifica dell'allegato I del regolamento n. 881/2002.

(11) Cfr. Tribunale Ue, *Kadi II*, punto 158, ove si ricorda che il signor Kadi, a dispetto delle indagini penali promosse a suo carico in Svizzera, Turchia e Albania, non è mai stato rinviato a giudizio, in quanto «le risultanze investigative avrebbero dimostrato che non vi era alcuna ragione di avviare procedimenti penali a suo carico».

Il "vecchio" problema dell'immunità giurisdizionale

Con il primo motivo di appello, il Consiglio, sostenuto da alcuni Stati membri (Italia, Irlanda e Spagna), contesta la decisione del Tribunale di negare l'immunità giurisdizionale al regolamento impugnato. La questione non è nuova. Proprio su questo punto, nel caso *Kadi I*, la Corte di giustizia aveva sovvertito l'orientamento del Tribunale, affermando che «una simile immunità giurisdizionale di un atto comunitario (...) come corollario del principio di prevalenza sul piano del diritto internazionale degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite (...) non trova alcun fondamento nell'ambito del Trattato CE», giacché «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» (12). Tali diritti fungono, dunque, da "contro-limiti".

Nel caso *Kadi II*, il Tribunale si è uniformato all'orientamento della Corte, ma in modo riluttante, richiamando le critiche rivolte «negli ambienti giuridici» alla sentenza *Kadi I* della Corte: per un verso, controllare la legittimità di una misura comunitaria di attuazione di una risoluzione dell'Onu, ove questa - come nel caso di specie - non lasci significativi margini di discrezionalità, equivarrebbe «necessariamente a controllare, alla luce delle norme e dei principi dell'ordinamento giuridico comunitario, la legittimità della risoluzione così attuata» (13); per l'altro, rivendicare l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione implicherebbe un sostanziale disconoscimento del primato del diritto internazionale e, in particolare, del diritto derivante dalla Carta delle Nazioni Unite (14).

Invocando questi stessi argomenti, il Consiglio e i paesi intervenienti invitano la Corte a rivedere il suo orientamento. Invano.

La Corte si limita, infatti, a puntualizzare che quell'orientamento, ormai consolidato (15), non ha l'effetto di «rimettere in discussione il primato di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza sul piano del diritto internazionale». Piuttosto, i diritti fondamentali vengono prima: «il rispetto che le istituzioni dell'Unione devono alle istituzioni delle Nazioni Unite non può comportare l'assenza di controllo della legittimità di tali atti dell'Unione con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione» (16).

Questa precisazione non cancella i dubbi, il principale dei quali riguarda l'asserita natura discrezionale

delle misure europee di attuazione delle decisioni di *listing* dell'Onu. Nella sentenza *Kadi I*, la Corte aveva affermato l'esistenza di quel margine di discrezionalità in capo all'Unione, sostenendo che la decisione Onu, vincolante nei fini, non lo è nella scelta dei mezzi (17). La stessa tesi è stata recepita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Nada c. Svizzera* (18). Tuttavia, la forzatura resta (19). E il punto è dirimente: se le istituzioni dell'Unione non esercitano un autonomo margine di discrezionalità, l'oggetto della *judicial review* inevitabilmente diventa l'atto internazionale vincolante. Perciò, la reiterata affermazione del primato del diritto internazionale si scontra con la realtà di una decisione giurisprudenziale che obbliga gli Stati membri dell'Unione europea a violare specifici obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite (20).

Le implicazioni dirompenti di questa posizione sono, in prospettiva, mitigate dal richiamo alla formula *Solange* che riaffiora nella sentenza in esame. Secondo la Corte, nessuna immunità giurisdizionale è ammissibile «poiché, nonostante i miglioramenti apportati, (...) le procedure di radiazione e di revi-

Note:

(12) Corte di giustizia, *Kadi I*, punti 300 e 308.

(13) Tribunale Ue, *Kadi II*, punto 116.

(14) Tribunale Ue, *Kadi II*, punto 119.

(15) Ribadito, ad esempio, in Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 3 dicembre 2009, C-399/06 P e C-403/06 P, *Hassan e Ayadi c. Consiglio e Commissione*, punti da 69 a 75, e in Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 16 novembre 2011, C-548/09 P, *Bank Melli Iran c. Consiglio*, punto 105.

(16) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 67.

(17) Corte di giustizia, *Kadi I*, punti 298-299.

(18) Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 settembre 2012, *Nada c. Svizzera* (ricorso n. 10593/08), punto 176: «the United Nations Charter does not impose on States a particular model for the implementation of the resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII. Without prejudice to the binding nature of such resolutions, the Charter in principle leaves to UN member States a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order. The Charter thus imposes on States an obligation of result, leaving them to choose the means by which they give effect to the resolutions».

(19) In base al regime dettato dalla risoluzione Onu n. 1267 del 1999 (e ora dalla risoluzione n. 1989 del 2011), una volta che il Comitato per le sanzioni abbia inserito il nominativo nell'elenco internazionale, l'Unione non può far altro che procedere a sua volta all'inserimento nella *black list* europea.

(20) In tal senso, A. Tzanakopoulos, *Kadi Showdown: Substantive Review of (UN) Sanctions by the ECJ*, in *European Journal of International Law* - Blog (<http://www.ejiltalk.org/kadi-showdown/>), punti III-IV, il quale osserva come tale orientamento della Corte di giustizia ponga gli Stati membri davanti a una difficile alternativa: tentare di riformare in profondità le procedure a livello Onu oppure tentare di giustificare la violazione con argomenti accettabili in termini di diritto internazionale.

sione d'ufficio istituite a livello dell'ONU non offrono [all'interessato] le garanzie di una tutela giurisdizionale effettiva» (21). Quando quelle garanzie saranno offerte - quando, cioè, ci sarà un giudice all'Onu pronto ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali - la questione dell'immunità potrà essere riconsiderata.

Il "nuovo" problema dell'intensità del controllo giurisdizionale

Archiviata la questione relativa all'immunità delle misure comunitarie di attuazione delle decisioni dell'Onu, l'attenzione dei giudici comunitari si sposta sul problema - centrale nel caso *Kadi II* - dell'intensità del controllo giurisdizionale. Quanto intenso deve essere il sindacato? E quale deve esserne l'oggetto?

Al primo interrogativo la Corte di giustizia aveva già risposto nella pronuncia *Kadi I*, affermando che i giudici comunitari devono garantire «un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali» (22). Ma che cosa significa l'inciso «in linea di principio»? Il controllo deve essere egualmente intenso sia sul versante procedimentale sia sul versante del merito, oppure no?

La tesi negativa era stata sostenuta, tra gli altri, dalla Commissione europea e dall'avvocato generale Bot; quella affermativa, dal Tribunale nella sentenza appellata. Per comprendere il passo in avanti compiuto nella sentenza *Kadi II* della Corte di giustizia, occorre richiamare quelle posizioni.

La Commissione, in sede di riesame della decisione di *listing*, aveva respinto la richiesta di produzione delle prove avanzata dal signor Kadi utilizzando due argomenti. Primo, la sentenza *Kadi I* della Corte non imporrebbe all'Unione di produrre prove, ma solo di trasmettere all'interessato una sintesi dei motivi e consentirgli di presentare le proprie osservazioni. Secondo, il carattere «preventivo» della misura comporta uno standard probatorio diverso rispetto a quello del procedimento penale, essendo sufficienti «motivi ragionevoli o un fondamento ragionevole» del sospetto (23). Ciò giustificerebbe, secondo la Commissione, l'irrelevanza della mancata incriminazione del signor Kadi nei procedimenti avviati a suo carico in Svizzera, Turchia e Albania. Muovendo da analoghe premesse - la natura «preventiva» della misura in esame, la sua derivazione «internazionale» e il carattere «politico» delle valutazioni da cui ha origine la decisione (24) - l'avvocato generale Bot ha proposto alla Corte di realizzare un compromesso nell'ambito del «rapporto dia-

lettico classico tra il controllo della legittimità esterna e quello della legittimità interna», e cioè: «in cambio del riconoscimento di una libertà di valutazione alle autorità politiche competenti e della conseguente limitazione del controllo di legittimità sostanziale, il giudice dell'Unione rafforza i vincoli formali e procedurali ai quali esso subordina l'adozione dell'atto» (25). In altri termini: uno *strict scrutiny* sul rispetto della procedura, in cambio di un blando controllo sul merito.

Il Tribunale, dal canto suo, aveva già respinto una simile impostazione, affermando - nella sentenza *Kadi II* impugnata - che il controllo giurisdizionale «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» (26).

Tuttavia, il Tribunale ne aveva tratto la conseguenza che si dovesse estendere al caso *Kadi* - cioè alla procedura di congelamento discendente (internazionale-nazionale) - lo standard di giudizio elaborato dallo stesso Tribunale nel caso *OMPI* per la procedura ascendente (nazionale-europea): uno standard ambiguo, poiché nella stessa sentenza *OMPI*, da un lato, si affermava che il controllo giurisdizionale «si estende alla valutazione dei fatti e delle circostanze fatti valere per giustificarla, nonché alla verifica degli elementi di prova e di informazione su cui è fondata tale valutazione» (27),

Note:

(21) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 133. In tal senso, già Tribunale Ue, *Kadi II*, punto 127. In Corte di giustizia, *Kadi I*, al punto 322 la Corte aveva asserito che «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».

(22) Corte di giustizia, *Kadi I*, punto 326.

(23) Così, nella lettera dell'8 dicembre 2008 indirizzata dalla Commissione al signor Kadi, il cui contenuto è in parte riportato nelle Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, 19 marzo 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione, Consiglio dell'Unione europea e Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*, punto 27.

(24) Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, *Kadi II*, punti 68, 71 e 80.

(25) Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, *Kadi II*, punto 47.

(26) Tribunale UE, *Kadi II*, punto 129. Si veda anche il punto 135, dove si afferma la necessità di «un controllo giurisdizionale, "in linea di principio completo", 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» (corsivo aggiunto).

(27) Tribunale dell'Unione europea, 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consiglio (OMPI)*, punto 154.

ma, dall'altro, si ammetteva la possibilità di praticare un «controllo ristretto» (28).

Inoltre, nella sentenza *Kadi II*, il Tribunale aveva compiuto un evidente errore, giustificando l'elevato standard di tutela anche in ragione della sospetta natura penale (invece che amministrativa) della misura di congelamento, natura desunta dalla durata illimitata del sequestro e dalla conseguente portata afflittiva. In realtà, il carattere afflittivo è un dato comune alle misure di prevenzione: nel dibattito italiano, analoghe misure sono state da molti considerate strumenti di «degradazione giuridica», incidenti, in quanto tali, sulla libertà personale (29). L'argomento della afflittività può, quindi, essere speso per giustificare la provvisorietà e la parziale «giurisdizionalizzazione» della misura (30), ma non per cancellarne la (prevalente) finalità preventiva e qualificare la stessa in termini di sanzione penale (31).

Tali incertezze del Tribunale hanno, dunque, indotto la Commissione, il Consiglio e il Regno Unito a riproporre la questione relativa all'appropriato grado di intensità del controllo giurisdizionale.

La Corte di giustizia, con la sentenza *Kadi II*, ha dissipato ogni dubbio, respingendo la tesi avallata dall'avvocato generale Bot e, con essa, qualsiasi baratto tra legittimità esterna e interna, tra forma e sostanza, tra procedura e merito. L'argomentazione si dipana in tre passaggi principali.

In primo luogo, ad avviso della Corte, il controllo giurisdizionale, per essere effettivo, deve consentire al giudice di verificare che la decisione impugnata «si fondi su una base di fatto sufficientemente solida» e «ciò comporta una verifica dei fatti addotti nell'esposizione dei motivi sottesa a tale decisione, cosicché il controllo giurisdizionale non si limiti alla valutazione dell'astratta verosimiglianza dei motivi dedotti, ma consista invece nell'accertare se questi motivi (...) siano fondati» (32). In particolare, «il giudice dell'Unione deve verificare l'esattezza materiale dei fatti dedotti in giudizio alla (...) e valutare l'efficacia probatoria di questi ultimi in funzione delle circostanze del caso e alla luce delle eventuali osservazioni presentate in proposito, in particolare, dalla persona interessata» (33).

L'insistenza della Corte sui «fatti» non lascia dubbi: il controllo giurisdizionale non riguarda solo la legittimità esterna, ossia il versante della procedura, ma si estende al merito, alla legittimità interna. In base allo schema giudiziario costruito dalla Corte, i fatti devono essere dedotti in giudizio dall'autorità comunitaria che ha adottato l'atto - se necessario,

con la collaborazione degli organi e degli Stati membri dell'Onu (34) e, comunque, senza alcuna inversione dell'onere della prova (35) - e devono essere accertati dal giudice attraverso il contraddittorio tra l'amministrazione e l'interessato.

In secondo luogo, la Corte ritorna sul problema della natura (penale o amministrativa) del congelamento e, mentre riconosce il carattere afflittivo della misura, ne riafferma la natura preventiva: il c.d. effetto di degradazione giuridica che essa produce a carico di un soggetto non è in contraddizione con la finalità di prevenzione, che anzi è tipicamente

Note:

(28) Tribunale Ue, *OMPI*, punto 159: non potendo il giudice comunitario «sostituire la sua valutazione delle prove, dei fatti e delle circostanze che giustificano l'adozione di tali misure a quella svolta dal Consiglio», il controllo «dev'essere limitato alla verifica del rispetto delle regole del procedimento e della motivazione, l'esattezza materiale dei fatti, l'assenza di un manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere».

(29) La tesi, come noto, risale a L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, spec. 7 ss.

(30) Nell'ordinamento italiano, il carattere provvisorio della misura amministrativa incidente sulla libertà personale e l'intervento del giudice in sede di convalida della misura sono imposti dall'art. 13, c. 3, Cost. In proposito, la giurisprudenza costituzionale, nonostante qualche oscillazione, è tradizionalmente restrittiva: tende, infatti, a escludere dall'ambito dell'art. 13 Cost. tutte le misure di prevenzione (personali e, a maggior ragione, reali, come quella in esame) che non implicino una coercizione fisica. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, un quadro riassuntivo è in G.P. Dolso, *Misure di prevenzione e Costituzione*, in F. Fiorentin (a cura di), *Le misure di prevenzione*, Torino, 2006, 13 ss.

(31) Per una ricostruzione del dibattito italiano sul punto, G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 499 ss., G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 259 ss., nonché, più di recente, in prospettiva penalistica, D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996. Nel dibattito internazionale in merito all'azione preventiva dello Stato e delle istituzioni ultra-statali, il tentativo di più ampia portata è ascrivibile a A.M. Dershovitz, *Preemption: a knife that cuts both ways*, London-New York, 2006.

(32) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 119 (corsivo aggiunto).

(33) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 124.

(34) La Corte di giustizia ha stabilito che l'autorità dell'Unione competente «è tenuta a valutare (...) la necessità di richiedere la collaborazione del comitato per le sanzioni e, tramite quest'ultimo, del membro dell'ONU che ha proposto l'inserimento della persona coinvolta nell'elenco riassuntivo di detto comitato, onde ottenere - nel contesto del clima di cooperazione proficua che, ex articolo 220, paragrafo 1, Tfeue, deve permeare le relazioni dell'Unione con gli organi delle Nazioni Unite nel settore della lotta al terrorismo internazionale - la comunicazione di informazioni o di elementi probatori, riservati o meno, che le consentano di assolvere tale obbligo di esame accurato ed imparziale» (Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 115).

(35) In caso di contestazione, «è all'autorità competente dell'Unione che incombe il compito di dimostrare la fondatezza dei motivi posti a carico della persona interessata, e non già a quest'ultima di produrre la prova negativa dell'infondatezza di tali motivi» (Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 121).

perseguita con strumenti amministrativi e non penali (36).

Rispetto al processo penale, non cambia lo schema giudiziario di base, che presuppone sempre l'accertamento in contraddittorio di un fatto primario (il fatto di reato o quello da cui si inferisce la pericolosità del soggetto) e di uno o più fatti secondari (elementi probatori) che avvalorino il fatto primario. Cambia, invece, l'estensione dell'accertamento, che non deve necessariamente riguardare tutte le allegazioni (da cui dipende, nel processo penale, la quantificazione della pena): può bastare la verifica della fondatezza anche di uno solo dei motivi addotti, purché esso sia «sufficientemente preciso e concreto» e «di per sé costituisca un fondamento adeguato di tale decisione» (37).

In terzo luogo, la Corte di giustizia chiarisce che il bilanciamento tra le ragioni della cooperazione internazionale nella lotta al terrorismo e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali non può giustificare un controllo giurisdizionale meno intenso; può soltanto condizionare la scelta dei modi per realizzare il contraddittorio.

Se è vero, infatti, «che considerazioni imperative riguardanti la sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri o la conduzione delle loro relazioni internazionali possono ostare alla comunicazione all'interessato di determinate informazioni o di alcuni elementi probatori», spetta al giudice dell'Unione, «cui non possono essere opposti il segreto o la riservatezza di tali informazioni o elementi», individuare le tecniche processuali per conciliare le opposte esigenze (38). Il giudice deve, perciò, verificare la fondatezza delle ragioni addotte per escludere la comunicazione: ove ritenga quelle ragioni fondate, opererà il bilanciamento (39); in caso contrario, non terrà conto - ai fini del giudizio di legittimità dell'atto - delle informazioni e degli elementi probatori che l'autorità competente non abbia voluto comunicare all'interessato (40).

Definito, così, il modello di *hard look* - chiarito, cioè, che il controllo giurisdizionale sulle misure di congelamento di derivazione Onu è completo non solo «in linea di principio» e non solo sul piano procedimentale - la Corte di giustizia applica quei dettami al caso del signor Kadi. Afferma che i motivi addotti dall'Unione (e dal Consiglio di sicurezza) a fondamento della misura di sequestro sono troppo vaghi o non suffragati da elementi di informazione e probatori adeguati, e quindi conferma l'annullamento della misura europea disposto in primo grado.

Da questa pronuncia emerge, dunque, un messaggio

chiaro: il potere amministrativo di prevenzione del terrorismo - sia esso esercitato a livello internazionale o europeo - va «giurisdizionalizzato». Non è una questione di competenza, ma di modi di accertamento. Non è una questione di bilanciamento, ma di rispetto delle garanzie. E non è neppure una questione di maggiore o minore deferenza del giudice nei confronti del potere politico-amministrativo, bensì di giustiziabilità possibile o impossibile.

Un modello globale per la prevenzione amministrativa?

La sentenza *Kadi II* è figlia dei tempi. A livello internazionale, il clima è rasserenato dalla distanza temporale e geografica che separa i paesi occidentali dagli attentati della rete di Al-Qaeda. Il timore che l'apparato di garanzie proprio delle democrazie liberali finisca per dare man forte al terrorismo di matrice islamica si è affievolito. Al centro del dibattito (e delle preoccupazioni dei giudici) non vi è più l'efficacia delle misure ideate per inaridire le fonti di finanziamento dei terroristi. L'attenzione si sposta verso le storture di un sistema di prevenzione che ha due tratti distintivi.

Il primo attiene agli effetti della misura amministrativa - il «congelamento» dei beni - sulla quale il sistema è imperniato. Benché di tipo patrimoniale, quella misura ha, in ragione della sua onnicomprensività (il sequestro riguarda tutti i beni e le fonti di sostentamento del soggetto), un grado di afflittività elevato perché compromette la libertà di movimento e personale. Di qui, la necessità di un più

Note:

(36) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 132: «nonostante la loro natura preventiva, le misure restrittive in oggetto producono un significativo impatto negativo su tali libertà e diritti, dovuto, per un verso, al notevole sconvolgimento della vita sia professionale sia familiare della persona colpita, a causa delle restrizioni al suo diritto di proprietà conseguenti alla portata generale di tali misure e, come nel presente caso, dell'effettiva durata della loro applicazione, nonché, per altro verso, all'ignominia e alla diffidenza pubbliche che esse suscitano nei confronti di tale persona».

(37) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 130.

(38) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 125.

(39) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 128. Nel punto successivo si precisa che «per procedere ad un siffatto bilanciamento è ammissibile avvalersi di possibilità quali la comunicazione di una sintesi del contenuto delle informazioni o degli elementi probatori in questione» e che, comunque, «il giudice dell'Unione è tenuto a valutare se e in quale misura la mancata divulgazione di informazioni o di elementi probatori riservati all'interessato, e di riflesso l'impossibilità per quest'ultimo di presentare le sue osservazioni in proposito, siano in grado di influire sull'efficacia probatoria degli elementi di prova riservati».

(40) Corte di giustizia, *Kadi II*, punto 127.

saldo ancoraggio al principio di giurisdizionalità, non nel senso formale della competenza (giudiziale invece che amministrativa) ad adottare la misura, ma nel senso sostanziale della verificabilità in giudizio dei “fatti” sui quali essa si fonda.

Il secondo tratto sta proprio nel problematico collegamento con i “fatti”. Le misure di prevenzione *ante* o *praeter delictum* - come quella in esame - altro non sono che «succedanei di pene delle quali non si siano potuti accertare i presupposti» (41): se l'insufficienza delle prove non consente di comminare una sanzione penale, subentra la misura di prevenzione, che, in virtù della sua natura amministrativa, non richiede un accertamento in giudizio altrettanto rigoroso. La misura di prevenzione è, perciò, un surrogato della pena di dubbia compatibilità con i presidi di garanzia dei diritti fondamentali, dal diritto di difesa, alla necessaria predeterminazione legislativa dei presupposti della misura restrittiva, fino alla presunzione di non colpevolezza.

Una volta, però, che si riconosca l'irrinunciabilità di siffatti strumenti di difesa sociale, il problema è come tenere insieme lo Stato di prevenzione e lo Stato di diritto.

La Corte di giustizia aveva già chiarito - con la sentenza *Kadi I* - che la “globalizzazione” di questa dialettica non modifica i termini della questione: la proiezione dello Stato di prevenzione su scala internazionale, avvenuta con l'adozione del regime Onu sul “congelamento”, esige una parallela estensione dei principi di garanzia dello Stato di diritto.

In *Kadi II*, il problema diviene il grado appropriato di giurisdizionalità delle misure di prevenzione: come configurare uno schema giudiziario accettabile, nel quale all'insindacabile sospetto dell'amministrazione accusatrice si sostituisca un accertamento dei fatti in contraddittorio con l'accusato e ad opera di un soggetto davvero terzo?

La pronuncia in esame indica la via, stabilendo che la sintesi dei motivi fornita dal Comitato per le sanzioni dell'Onu non può bastare a giustificare il sequestro ultra-decennale dei beni del signor Kadi non solo per la genericità e l'approssimazione di alcune allegazioni, ma soprattutto perché in uno schema giudiziario corretto non vi è posto per una informazione autosufficiente, fornita dall'accusa e non avvalorata da prove. Neppure quando quello schema riguardi misure di prevenzione legittimate da un consenso politico internazionale sul valore prioritario della lotta al terrorismo. Legittimazione politica e legittimità giuridica non coincidono.

L'*hard look* così proposto dai giudici comunitari è forse eccessivo? Uno scacco alla prevenzione del

terrorismo internazionale? Non si finisce, per questa via, per imporre al Comitato per le sanzioni e alle amministrazioni nazionali che cooperano in quella sede una sorta di *probatio diabolica*?

La Corte di giustizia ritiene di no e chiarisce che esistono altri modi per contemperare le esigenze di riservatezza legate alla lotta al terrorismo con le esigenze di giustizia. Ciò che non è bilanciabile è il diritto a un sindacato giurisdizionale effettivo, tanto più quando si decida di anticipare la reazione afflittiva del pubblico potere a un momento che precede l'accertamento del fatto di reato.

L'attività amministrativa di prevenzione ritrova, così, le sue regole: può ammettersi, ed essere compatibile con i principi dello Stato di diritto, solo a condizione che il giudizio di pericolosità sia formulato in relazione a fatti contestabili (dall'interessato) e oggettivamente verificabili attraverso il sindacato di un soggetto davvero terzo (il giudice).

Tutto qua. E non è poco. Se si considera l'influenza esercitata dalla giurisprudenza comunitaria sulle altre corti nazionali e internazionali, la sentenza *Kadi II* della Corte di giustizia costituisce probabilmente un passo decisivo verso l'affermazione su scala globale di un modello accettabile - più equilibrato - di prevenzione del terrorismo internazionale: forma amministrativa e giurisdizionalità sostanziale devono coesistere, anche oltre lo Stato.

Nel frattempo, il primato del diritto internazionale può attendere. E così pure i sostenitori delle pragmatiche ragioni dell'anti-terrorismo. Almeno finché l'emergenza terrorismo non tornerà a farsi sentire.

Nota:

(41) Così, in termini generali, G. Corso, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione*, cit., 136.